

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXI
SEGUNDA PARTE

OCTUBRE - NOVIEMBRE - DICIEMBRE

1990

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO
CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

CUARTO TRIMESTRE
1.990

SEGUNDA PARTE

PRESIDENTE
REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER

VICEPRESIDENTA
CONSUELO SARRIA OLCOS

SECRETARIA GENERAL
NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

PRESIDENTE
SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ
(Se retiró el 7 de noviembre de 1990.
A partir del 8 de Noviembre se posesionó
el doctor José Padilla Villar)

LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
RODRIO VIEIRA PUERTA
MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

SECRETARIO
VICTOR M. VILLAQUIRAN M.

SECCION SEGUNDA

PRESIDENTE
CLARA FORERO DE CASTRO
JOAQUIN BARRETO RUIZ
REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER
ALVARO LECOMPTE LUNA
DIEGO YOUNES MORENO
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
(Se posesionó el 8 de octubre de 1.990)

SECRETARIO
MIGUEL A. PERILLA PERILLA

SECCION TERCERA

PRESIDENTE
CARLOS BETANCUR JARAMILLO
GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO
(Se retiró el 24 de octubre de 1.990.
A partir del 25 de octubre de 1.990 se posesionó
el doctor Carlos Ramírez Arcila)
JULIO CESAR URIBE ACOSTA
CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA

SECRETARIO
FELIX ARTURO MORA VILLATE

SECCION CUARTA

PRESIDENTE
GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
JAIME ABELLA ZARATE
CARMELO MARTINEZ CONN
CONSUELO SARRIA OLCOS

SECRETARIO
JORGE A. TORRADO TORRADO

SECCION QUINTA

PRESIDENTE
MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
JORGE PENEN DELTIEURE
AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
EUCLIDES LONDOÑO CARDONA
(Se retiró el 23 de agosto de 1.990
A partir del 24 de agosto de 1.990 se posesionó
el doctor JOSÉ JOAQUÍN CAMACHO PARDO)

SECRETARIO
OCTAVIO GALINDO CARRILLO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

PRESIDENTE
JAIME PAREDES TAMAYO
JAIME BETANCUR CUARTAS
JAVIER HENAO HIDRON
HUMBERTO MORA OSEJO

SECRETARIA
ELIZABETH CASTRO REYES

FISCALIAS

1ª ALVARO LEON CAJIAO
2ª EDNE COHEN DAZA
3ª JAIME OSSA ARBELAEZ
4ª RAFAEL BALLEN MOLINA
5ª MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ
6ª DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
7ª MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
8ª JAIME MOSSOS GUARNIZO
9ª INES HURTADO CUBIDES
10ª FERNANDO OSPINA HENAO

RELATORES

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA
DANILO ROJAS BETANCOURTH

SECCION TERCERA

FALLA DEL SERVICIO DEL HIMAT-Inundación

Para la Sala es claro que existe una obligación a cargo del Himat, que éste debe cumplir con o sin la colaboración de los usuarios, de administrar, conservar, reparar, mantener, mejorar y limpiar los canales de drenaje existentes en las zonas bajo su jurisdicción. Obligación que ha de ser cumplida en forma tal que las obras bajo su control cumplan las funciones y propósitos para los cuales fueron diseñadas y construídas. Dicha obligación no se desarrolló conforme a las obligaciones legales y constitucionales del Himat, pues si bien es cierto que dicha entidad ejecutó obras de limpieza de los canales de drenaje cuyo desbordamiento originó la inundación que provocó daños a la propiedad del demandante, también lo es que ellas no se hicieron con la frecuencia necesaria, ni se adelantaron otras labores indispensables para la prevención de futuras inundaciones, labores de las cuales tenía conocimiento el Himat desde mucho antes de la ocurrencia de los hechos.

PERJUICIOS MATERIALES/LUCRO CESANTE

Existió un lucro cesante, representado por la pérdida de la utilidad que habrían generado los cultivos y el ganado del demandante durante un año. Así mismo, existió un daño emergente, representado por el costo de adecuación de los terrenos inundados para colocarlos en circunstancias iguales a las que estaban al momento de la inundación.

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

Bogotá D.E., Trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.*

Referencia: Expediente No. 3748 (178). Actor: Pedro Piedrahita Echeverry.

Procede la Sala a decidir en el proceso iniciado por el Señor Pedro Piedrahita Echeverry contra el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras - HIMAT para que, de acuerdo con la acción indemnizatoria prevista en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.- Que el instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (- HIMAT -), establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Agricultura, es responsable por **falla del servicio**, de la inundación acaecida en los precios (sic) denominados "San Pedro" y "San Pedro No. 1" ubicados el primero en la vereda del Salitre y el segundo en la vereda de Tunguaquita del municipio de Santa Rosa de Viterbo, Departamento de Boyacá, inundación que comenzó a presentarse el día 3 de Mayo de 1.981, como consecuencia de la inadecuada conservación del Canal del Couche.

"SEGUNDA.- Que en desarrollo de lo anterior, el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (- HIMAT -) es responsable de los daños y perjuicios ocasionados a mi mandante señor PEDRO PIEDRAHITA ECHEVERRY quien es el propietario de los terrenos ubicados dentro de la zona inundada.

"TERCERA.- El Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (- HIMAT -) debe pagar a mi mandante el señor PEDRO PIEDRAHITA ECHEVERRY el valor de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) que le fueron causados por esta falla en el servicio, valor cuyo monto total se establecerá en el curso del proceso.

ANTECEDENTES

Con fundamento de su solicitud, el demandante presenta a la Sala los siguientes hechos:

1.- Es propietario y poseedor de los predios denominados "San Pedro" y "San Pedro No. 1", ubicados en la vereda del Salitre, Municipio de Santa Rosa de Viterbo, Departamento de Boyacá, el primero de ellos con una extensión de 8.96 hectáreas y el segundo con 19.9 hectáreas, los cuales estaban dedicados al cultivo de papa, frijol, maíz y pastos naturales y artificiales.

2.- En el mes de mayo de 1.981, y como consecuencia del mal mantenimiento del canal del Couche, canal de drenaje y desagüe mantenido por el

Himat, el terreno de su propiedad se inundó, causando la pérdida de los cultivos anotados e impidiendo por varios meses la explotación económica de los predios de propiedad del demandante. Afirma el actor que dicho mal mantenimiento impidió el drenaje y desagüe oportuno del caudal del Canal del Couche, cuyo nivel se había incrementado notablemente en razón del fuerte invierno que azotó la zona en dicho año.

Afirma igualmente que:

"5o.- EL HIMAT tiene la obligación legal de conservar adecuadamente los canales según el Decreto No. 132 de enero 26 de 1.976 del Ministerio de Agricultura, por el cual se transforma el Servicio Colombiano de Meteorología e Hidrología y según el Acuerdo 16 del 8 de marzo de 1.977 aprobatorio del Reglamento General para el funcionamiento de los Distritos de Adecuación de Tierras (Artículo 4°.).

"6o.- EL HIMAT debía cumplir con esta obligación legal, en el caso del Canal del Couche, a través de su Regional #4 con sede en la ciudad de Duitama, Departamento de Boyacá.

"7o.- En distintas oportunidades la Asociación de Usuarios del Distrito de Riego y Drenaje del Alto Chicamocha y Firavitoba solicitó al HIMAT en Duitama y a la Gerencia General, tomaran las medidas necesarias para la conservación adecuada del Canal del Couche, a fin de evitar que se presentaran inundaciones en la región adyacente al Canal. En la etapa probatoria se adjuntarán las comunicaciones respectivas.

"8o.- Desatendiendo las múltiples solicitudes el HIMAT no tomó las medidas necesarias para la conservación del Canal del Couche.

"9o.- Como consecuencia de lo anterior, el día 3 de mayo de 1.981 comenzaron las inundaciones en la región, dentro de la cual se encuentra el predio de propiedad de mi mandante señor Pedro Piedrahita Echeverry. Estas inundaciones se prolongaron en sus efectos hasta el día 10 de julio de 1.981" (fl. 45 C.1).

ALEGATOS DE LAS PARTES

Luego de surtida la etapa probatoria y aportadas las pruebas solicitadas por las partes, ambas presentaron sus alegatos de conclusión. La parte actora sintetizó sus consideraciones así:

"Pues bien en primer lugar podemos anotar que sin lugar a dudas se inundaron los predios de mi poderdante, tal como quedó probado en todas y cada una de las pruebas que se practicaron, tanto las testimoniales como las documentales, e inclusive el peritazgo efectuado.

"Igualmente ha quedado demostrado que la causa de la inundación ocurrió como consecuencia del desbordamiento de las aguas que conducía el canal de Cuche (sic). Esto se desprende no sólo de las pruebas practicadas, sino que la demandada en ningún momento lo ha desvirtuado.

"Ahora bien, como consecuencia de ese hecho, es indudable que se produjo un daño, consistente en la pérdida de los cultivos de papa, zanahoria, repollo, la pérdida de pastos para el ganado, ganado en sí y disminución de la producción de leche, así como la improductividad de la tierra, mientras las aguas bajaron, y los terrenos alcanzaban nuevamente sus niveles normales de productividad, porque no podemos dejar de anotar que la inundación atrajo piedra, lodo, etc., que como es obvio alteraron el habitat natural del terreno. Este punto está demostrado con las pruebas practicadas en el curso del proceso." (fl. 582 C. 1 Bis).

Y a continuación afirma:

"No se requiere de un gran esfuerzo para pensar que si el demandado conocía que la causa para que el canal no fuera suficiente para evacuar las aguas en invierno, era la insuficiencia de una alcantarilla y un sifón, ha debido proceder a solucionar ese problema acometiendo las obras que se requieran. Sin embargo no lo hizo sabiendo cual era su solución. Es importante recalcar que las pruebas citadas fueron aportadas por el "HIMAT".

"Si a eso sumamos el escaso equipo y su poco rendimiento que el demandado tenía dispuesto para la conservación del canal, debemos concluir que la prestación de este servicio era defectuosa, tal como se demuestra con el informe elaborado por el HIMAT que aparece al folio 126 del cuaderno 1 en donde se señala con respecto a la maquinaria y el equipo en la zona, que "El rendimiento es malo y el mantenimiento costoso debido a que la mayoría cumplió su tiempo de servicio hace muchos años." "Este punto está corroborado con el informe elaborado por la División de distrito de Riegos que figura en el cuaderno folio 38 del expediente". (fl. 583-584 C.1 Bis).

Por su parte el apoderado de la entidad demandada afirmó:

"...Mi representada fue clara, directa y segura al aportar todas las pruebas que demuestran la periodicidad en la atención y el buen mantenimiento de los canales y obras a su cargo con lo cual demuestra que no se había descuidado el Canal Cuche, (sic) sino que por el contrario se le había dado el mantenimiento que requiere cualquier obra de esta enverdadura. Como consecuencia del fuerte invierno que azotó la región de Cuche, (sic) debido además a su configuración topográfica, propicio para inundaciones, tanto por la precipitación propia como por la escorrentía superficial de las cuencas tributarias, vivió momentos de emergencia al caer sobre esta zona precipitaciones que sobrepasaban los diseños del sistema de drenaje y a cual-

quiera registrada en los años anteriores. Tal como se desprende de las conclusiones antedichas, la inundación tuvo como consecuencia el pésimo drenaje natural de los suelos debido a su posición geomorfológica y a sus características internas; así mismo al exceso de lluvias que sobrepasaron ampliamente la probabilidad de seguridad con que se suelen construir las obras de drenaje; e igualmente al desbordamiento del río, que reportó cantidades adicionales de agua. En cosecuencia, en ningún momento a la falla del servicio por parte del HIMAT encargada del mantenimiento de los Distritos de Riego en el país." (fl. 565 vto. C. 1 Bis).

LA VISTA FISCAL

En concepto que obra a folio 348 a 351 del Cuaderno 1 del expediente, la señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado solicita a la Sala se declare la responsabilidad del HIMAT y se le condene a pagar "perjucios disminuidos". Dice así la Señora Fiscal:

"De todo el material probatorio allegado durante el trámite del proceso se puede concluir, que en la ocurrencia de la inundación que tuvo lugar en mayo de 1.981 ocurrieron diferentes factores y todos ellos fueron determinantes en la magnitud del problema".

"No se puede descartar, que existió una deficiente labor de mantenimiento y limpieza del canal. Tampoco se puede llegar al extremo de afirmar, como lo pretende la actora, que la obligación de conservación no se cumplió, pues al expediente se allegaron los cuadros y los informes de los diferentes trabajos realizados por el Himat, tendientes al mantenimiento y conservación de los canales de la zona".

"Está probado también, que precisamente en el mes de mayo de 1.981 aumentó la intensidad de las lluvias en esta región, lo que forzosamente agravó la situación".

"Los terrenos por los cuales se reclama con tierras que se caracterizan por la humedad y el hecho de estar situados a un nivel menor del que tiene el canal, dificulta aún más la operación del drenaje".

"Lo anterior lleva a concluir que en el presente caso, es procedente declarar la responsabilidad del ente demandado, pero disminuída o atenuada por las especiales circunstancias que se señalaron". (fl. 350 y 351 C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es bien sabido que la responsabilidad administrativa de la Nación o de sus entidades debe ser declarada cuando el juez encuentra en el expediente probados los tres elementos que la jurisprudencia ha consagrado como necesarios para tal efecto, así como la ausencia de causales de exculpación que eximan a la administración de responsabilidades en cada evento particular.

En el caso *sub-judice*, el primer elemento que surge claramente del expediente es el relacionado con el daño, representado por la pérdida de algunas cosechas, unos árboles, y los pastos naturales o cultivados en la propiedad del demandante, así como el lucro cesante en que pudo éste haber incurrido en virtud del tiempo durante el cual estuvo inundado su predio, así como los gastos necesarios para su recuperación. Tal daño, aun cuando no esté cuantificado, si está debidamente comprobado en diversas declaraciones de testigos, así como en informe pericial que obra a folios 36 y 37 Cuaderno 1.

Ahora bien, en cuanto a la falla se refiere, considera la Sala que las obligaciones del Himat en materia de conservación, mantenimiento y adecuación de canales en distritos de riego y drenaje a su cargo están consagradas claramente, y se desprenden del texto del decreto 132 de enero 26 de 1.976, así como del Acuerdo N° 16 de marzo 8 de 1.977, emanado de la Junta Directiva de esa entidad. En efecto, dice el artículo 4° del citado decreto, al referirse a las funciones del Himat:

> "8. Realizar los estudios y diseños, y construir las obras necesárias, para la regulación de las corrientes y demás cuerpos naturales de agua, con miras al control de inundaciones, avenidas y estiajes."
>
> "11. c) Administrar los distritos de adecuación de tierras que se concluyan en desarrollo de lo previsto en los literales anteriores, y los que en la actualidad posea el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, todo de conformidad con las disposiciones vigentes".

Dice a continuación el artículo 10 del citado decreto:

> "*Artículo 10.*- el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras "Himat" administrará y conservará las obras a que se refieren los numerales 8, 9, 10 y 11 del artículo Cuarto del presente decreto. Dicha administración y conservación podrá delegarlas en otras entidades públicas o en asociaciones de usuarios.
>
> "En los convenios que con este fin se celebren, deben estipularse la obligación que adquiere la entidad delegatoria de proveer la conservación y renovación de los correspondientes activos".

del Canal del Couche, no es lo único ni lo principal que lleva a la Sala a confirmar la ocurrencia de una grave falla.

Obran en el expediente innumerables documentos, aportados, tanto por la parte demandante como por la demandada, que demuestran una actitud descuidada y negligente de la administración frente a la problemática del Canal Couche. A raíz de una inundación de dimensiones similares a aquella a que se refiere el *sub-lite*, acaecida en el año de 1.977, tanto el demandante como los usuarios del canal elevaron sucesivas protestas y reclamos ante el Himat, el Ministerio de Agricultura y la Presidencia de la República sobre los problemas de desagüe de dicho canal, las cuales provocaron apenas una tímida y nominal reacción de la administración. Preocupa enormemente a la Sala el oficio N°. 06260 de Diciembre 12 de 1.977, dirigido por el director del Himat al Secretario General de la Presidencia de la República en el cual dice:

> "El Canal Cuche (sic) tiene una longitud de 6.3 kilómetros y drena un área plana de 1.000 hectáreas y recibe 7 quebradas que provienen de la ladera; cruza la carretera Duitama-Sogamoso mediante una alcantarilla de cajón y el río Chicamocha por un sifón y entrega sus aguas al canal principal de drenaje de la zona. La capacidad de evacuación de aguas del Canal Cuche (sic) está limitada por las obras de la carretera y el sifón en el río y cuando se presentan lluvias por encima de los promedios que generan los caudales de diseño se produce represamiento de las aguas del canal y por lo tanto inundaciones de corta duración. En el período del 30 de Octubre al 14 de noviembre cayó en la zona una precipitación de 135 mm la cual está por encima del promedio de 108 mm en 10 años y por lo tanto se presentaron inundaciones de corta duración. **Esta situación de acuerdo a las estadísticas se puede presentar cada 3 o 4 años**. (fl. 106 C.4) (Subrayas de la Sala).

El contenido del oficio mencionado está ratificado posteriormente en oficio 06487 de diciembre 21 de 1.977 dirigido por el Himat al demandante (fl. 119 C.4), en el cual se plantean alternativas de solución de fondo a la problemática del canal, se afirma que buena parte del problema radica en que la alcantarilla de desagüe del mismo bajo la carretera está a nivel superior que la razante del fondo del canal, y se dice que próximamente habría de llegar un equipo de bombeo que permitirá aliviar "la próxima emergencia que se llegue a presentar... en las épocas de lluvias".

Pues bien, impresiona a la Sala la exactitud del vaticinio a que se refería el primero de los oficios citados, puesto que menos de cuatro años más tarde, en 1.981, se produjo una nueva inundación motivada cuatro años más tarde, en 1.981, se produjo una nueva inundación motivada por las fuertes lluvias que en mayo de ese año cayeron. Pero aun a pesar de que se conocía el riesgo, ni el problema de desagüe de la alcantarilla bajo la carretera se había solucionado, ni la tan anunciada motobomba estaba en pleno funcionamiento por problemas en su instalación. Y si bien el canal se limpió, así fuese parcialmente, ello no era suficiente, como el mismo Himat lo había reconocido en 1.977, para evitar la

ocurrencia de inundaciones que, según dicho Instituto, podrían presentarse "tres o cuatro años" más tarde.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que indudablemente se produjo una falla del servicio por parte del Himat, pues las soluciones previstas para evitar una nueva inundación no se habían implementado totalmente, y por consiguiente, no se actúo ni con el interés, ni con la diligencia que el riesgo y la situación de la zona ameritaban.

Y es que en el caso presente el adecuado mantenimiento y conservación del canal de Couche, al igual que en todos los demás servicios a cargo del Estado, requería de una actitud positiva, dinámica, interesada, eficaz y eficiente por parte de éste para que se cumplieran los objetivos y finalidades del servicio.

Dicho cumplimiento no puede hacerse en forma puramente nominal, sino que exige la realización de todas las gestiones que sean necesarias, así como los mayores esfuerzos, para que se produzcan los mejores resultados para la comunidad. De otra forma no se observaría lo preceptuado por los artículos segundo y dieciseis de nuestra Constitución, ni se estaría a tono con las responsabilidades sociales que dichas normas demandan del Estado. Al fin y al cabo, las normas que regulan las obligaciones y deberes de la administración en todo lo referente a la gestión del servicio establecen cometidos mínimos, que requieren que ésta planee su actividad, prevea las distintas posibilidades, alternativas o riesgos de la gestión, utilice de la manera más eficiente y eficaz los recursos e instrumentos de que dispone y asegure el logro de los propósitos últimos de las finalidades consagradas en la normatividad que las regula.

Ello no ocurrió en el caso *sub-judice*, pues aun a pesar de que el Himat limpió los canales, estos no se mantuvieron limpios; y aunque se adquirió el equipo de bombeo requerido, este no pudo ser utilizado en forma por razones atribuibles a la administración; y a pesar de que se conocía el problema de desagüe bajo la carretera, el no fue solucionado. Así, el servicio no se prestó en la forma debida ni se garantizó el cumplimiento de los deberes a cargo del Himat, dando lugar a la existencia del segundo elemento necesario para la declaratoria de responsabilidad administrativa.

Ahora bien, el tercer elemento requerido para la dedicatoria de la responsabilidad antedicha es la relación de causalidad que debe existir entre la falla del servicio y el daño, relación que, según el apoderado de la demandada no se presentó en el caso *sub-judice*, por cuanto la inundación del predio del demandante -hecho causal- se debió a las fuertes lluvias, mas allá de lo normal, que se presentaron en el mes de mayo de 1.981 y no a factores imputables al Himat. Afirma que, en tales circunstancias, y aun en el supuesto de que hubiese habido falla del servicio, dichas fuertes lluvias constituyeron una fuerza mayor, imprevista e imprevisible, que determinaron la ocurrencia de una causal exonerativa de la responsabilidad administrativa.

Obran en el expediente pruebas que corroboran la afirmación anterior en cuanto a la intensidad de las lluvias caidas en el mes de mayo de 1.981. tanto en el Cuaderno 1 (folio 229) como en el 1 Bis, folio 477, aportaron demandante y demandada informes sobre la precipitación en milimetros caida sobre la zona de Santa Rosa de Viterbo, y de ellas se desprende que, efectivamente en mayo de 1.981 dicha precipitación fue de 260 mm, inmensamente superior a la de los meses anteriores del año, que en promedio, de enero a marzo, fue de 53.3 m. Fue también superior a los promedios históricos de los años anteriores, en los cuales la precipitación en el mes de mayo osciló entre 70.5 mm. en 1.979 y 156.0 en 1.980, salvo el año de 1.977, en el cual dicha precipitación ascendió a 191.0 mm.

Sin embargo, y aún a pesar de lo anteriormente dicho, la Sala no comparte totalmente lo aseverado por el apoderado de la parte demandada, en cuanto a que tal circunstancia se constituya en causal eximente de la responsabilidad administrativa, pues considera que la falla del servicio en que ésta entidad incurrió fue superior en sus efectos, frente a aquellos que pudieran derivarse del incremento en la pluviosidad. Indudablemente el invierno de 1.981 fue extremadamente fuerte, con una intensidad comparable solamente a la del invierno de 1.977, aun cuando este último fuese menor. Pero la probabilidad de que en 1.980 ó 1.981 se presentara un nuevo invierno fué prevista desde 1.977 por el Himat, razón por la cual mal podría afirmarse que se trató de un evento imprevisto o imprevisible. Tal vez la ciencia de la meteorología no permita predecir con exactitud la magnitud de futuras épocas de lluvia, y en ese sentido sería imposible pedirle al Himat que desde 1.977 supiese que el invierno de 1.981 iba a implicar una precipitación de 260 mm. Pero si es claro para la Sala que existían elementos para suponer razonablemente que en 1.980 o en 1.981 podría presentarse un invierno de intensidad comparable a la de 1.977, que podría acarrear consecuencias similares en cuanto a inundaciones se refiere, la posibilidad frente a la cual debería haberse tomado las medidas correctivas planteadas desde 1.977 por el Himat.

No quiere entrar la Sala en la controversia hipotética sobre qué habría ocurrido en 1.981 si dichas medidas preventivas se hubiesen tomado adecuadamente, pues ello lo llevaría a un universo especulativo impropio dentro del mundo de realidades que ha de manejar el juez administrativo. Por ello, es válido suponer, y así lo hace la Sala, que si dichas medidas se hubiesen tomado, o el daño no habría ocurrido o éste habría sido menor. Y en tal evento, es decir, si esas medidas correctivas planteadas desde 1.977 se hubiesen ejecutado, tal vez si podría configurarse la causal exonerativa a que se refiere la entidad demandada, pues no escapa a la Sala que el invierno de 1.981 tuvo una intensidad superior a la de 1.977, cuando tales correctivos fueron identificados. Pero, por las mismas razones, la causal alegada por la entidad demandada no es de recibo, pues la falla en que ella incurrió fue de una magnitud tal que desplazó, en opinión de la Sala, cualquier otra consideración al respecto.

Por ello, encuentra probados la Sala los diferentes elementos constitutivos de la responsabilidad administrativa del Himat, es decir la falla del servicio, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro, y así habrá de declararlo.

LOS PERJUICIOS

Encuentra la Sala que si bien se demostró la existencia del daño, éste no fue cuantificado adecuadamente a lo largo del proceso. Existen declaraciones sobre el valor de los mismos que difieren sustancialmente, hay certificaciones sobre el valor del ganado y estimaciones periciales sobre el valor de recuperación de una fanegada, pero que no fueron debidamente ratificadas en el expediente. Por ello, procederá una condena en abstracto que habrá de liquidarse mediante incidente posterior de acuerdo con los parámetros que más adelante se expresan.

1.- La Sala estima, con base en distintas pruebas que obran en el expediente, que el período desde que se produjo la inundación, hasta el momento en que tales tierras inundadas estuvieron en condiciones de ser explotadas nuevamente fue de un año. Por consiguiente, se reconocerá indemnización solamente por tal período.

2.- Estima la Sala que existió un lucro cesante, representado por la pérdida de la utilidad que habrían generado los cultivos y el ganado del demandante durante un año. Así mismo, existió un daño emergente, representado por el costo de adecuación de los terrenos inundados para colocarlos en circunstancias iguales a las que estaban al momento de la inundación.

3.- Por consiguiente, para efectos de la cuantificación de los perjuicios se hará lo siguiente:

a. Se estimará por peritos el valor de adecuación de la cantidad de dieciocho (18) hectáreas, incluyendo dentro de tal adecuación el monto de los gastos e inversiones necesarias para poner una tierra que ha sido inundada, en condiciones de ser explotada nuevamente. Y se dice que ello se limita a 18 hectáreas, por cuanto el dictamen pericial que obra a folios 532 y 533 se habla de que la finca estaba explotada en dos terceras partes. Dicha estimación se hará a valores de 1.990, por cuanto la Sala considera imposible la determinación retroactiva, a 1.981, de tales cantidades.

b. Se estimará por peritos la utilidad que produciría la explotación, durante un (1) año, de tres (3) hectáreas de papa; de dos (2) hectáreas de frijol y maíz; de trece (13) hectáreas de pastos, suponiendo para estas últimas la cabida de ganado y la cantidad de botellas de leche diarias que sean usuales en la región del Couche. Tales valores se determinarán en pesos de 1.990, por las mismas razones expresadas en el punto anterior.

c. Las cantidades anteriores no tendrán actualización, pues esta ya está incluída en la forma de determinación de los perjuicios.

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 administrativamente responsable al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras - HIMAT, por los perjuicios ocasionados al señor Pedro Piedrahita en su predio, a raíz de las inundaciones acaecidas en el mes de mayo de 1.981.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condénase al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras - Himat, al pago de los perjuicios que se determinen en incidente que se surtirá de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, para lo cual se tendrán en cuenta las pautas fijadas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: La presente condena 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 ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Ramirez Arcila, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO- Incumplimiento/ **INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-** Procedencia

La entidad demandada estaba obligada a hacer las reparaciones locativas; no sería legal entonces que tuviera que cubrirlas el arrendador, cuando, por lo demás, entre las obligaciones especiales del inquilino estaban las enunciadas en el artículo 2029 del C.C., o sea las de conservar la integridad interior de las paredes, techos, pavimentos y cañerías; mantener en estado de servicio las puertas, ventanas y cerraduras; reponer los cristales quebrados de las ventanas, puertas y tabiques.

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

Bogotá,D.E., Noviembre catorce (14) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 3084. Contratos. Actor: Sociedad Inversiones Plata Hermanos Ltda.

Procede la Sala a decidir el presente proceso iniciado por la Sociedad Inversiones Plata Hermanos Ltda. contra el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

En la demanda, la aludida sociedad solicitó:

PRIMERO: Que el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia es responsable de los perjuicios sufridos por la Sociedad INVERSIONES PLATA HERMANOS LIMITADA, por causa y con ocasión de haber incumplido, por acción y

por omisión, el contrato administrativo de arrendamiento, celebrado entre tal establecimiento público y Nepomuceno Plata Rueda, cedente de sus derechos de arrendador a mi poderdante, el 1° de septiembre de 1.974.

"SEGUNDO: Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia a pagar, dentro del término de 30 días, contados a partir de la ejecutoria del fallo, según el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, la suma de ONCE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($11.578.245.37) MONEDA LEGAL, distribuídos así:

"DAÑO EMERGENTE: El causado materialmente en el edificio, según especificación del hecho 13° del libelo, por limpieza general, trabajos de pintura, eléctricos, de carpintería, cambio de vidrios, de plomería, etc. $1.355.916.oo

b) Pagos que debió verificar el demandado y tuvo que ejecutar el actor, en reemplazo de aquél, a favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por pago del servicio. $239.077.oo

"LUCRO CESANTE: a) Intereses de $239.077.oo, a la rata del 3% mensual, desde julio 14 de 1.978, a octubre 14 de 1.980, esto es, durante 27 meses: $193.652.37

b) Cánones dejados de obtener, correspondientes al arriendo de 2.711 metros cuadrados, área útil del edificio, desde el 2 de octubre de 1.978, día de la entrega del edificio a su dueño, al 2 de octubre de 1.980, es decir, durante 24 meses a razón de $150.oo por metro cuadrado, mensualmente $9.759.600.oo

PERJUICIOS MORALES: $50.000.oo

TOTAL A PAGAR $11.578.245.37

"TERCERO: Que tanto los intereses en mención como los cánones dichos se aumenten en proporción al mayor tiempo en que demore su cancelación.

"EN SUBSIDIO: Que los perjuicios referidos sean regulados por peritos, durante el proceso.

"CUARTO: Que, como consecuencia de la pérdida que ha sufrido el poder adquisitivo de la moneda colombiana, se agregue al monto de los perjuicios la suma exactamente compensatoria de tal pérdida, en el lapso comprendido entre el 2 de octubre de 1.978 y el día en que se verifique el pago".

En el libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Que el Fondo Rotatorio tomó en arrendamiento el 1° de septiembre de 1.974 el edificio de la carrera 11 # 11-76 de Bogotá, de propiedad del señor Nepomuceno Plata R., contrato que terminó el 2 de octubre de 1.978.

b) Que el 21 de septiembre de 1.974 el propietario vendió a la sociedad demandante el inmueble, subrogándose ésta en los derechos derivados del contrato de arrendamiento.

c) Que si bien la demandante cumplió todas las obligaciones, no sucedió igual con la entidad demandada, pues no mantuvo el edificio en el estado en que lo recibió, no lo usó legítimamente ni le hizo las reparaciones locativas que debió hacerle.

d) Que en el acta de entrega del edificio se especificaron, piso por piso, los diferentes daños al inmueble y que el valor de su reparación ascendió a la suma de $11.578.245.37.

Como se infiere de la causa pretendi, la demandante alega el incumplimiento contractual del Fondo y reclama perjuicios por el valor señalado debidamente actualizado, discriminados entre daño emergente ($1.335.916 por concepto de limpieza general, pintura, electricidad, carpintería, vidrios, plomería, etc. etc. y $239.077. por pago de servicios a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá) y lucro cesante (cánones dejados de percibir del 2 de octubre de 1.978 -fecha de entrega del edificio- y el 2 de octubre de 1.980 por la suma de $9.759.600.oo; $193.652.37 intereses sobre $239.077.oo desde julio 14 de 1.978 a octubre 14 de 1.980; y perjuicios morales por $50.000.oo.

La entidad demandada no asumió ninguna defensa durante el trámite de la instancia, salvo la contestación de la demanda. En cambio, la parte actora alegó de conclusión e insistió en las pretensiones de la misma.

Por su lado, la señora fiscal 2a. de la Corporación conceptuó el 10 de agosto de 1.990 (a folios 128 y siguientes) en el sentido de que debían acogerse en mínima parte las súplicas de la demanda. Rechaza la pretensión del pago de los cánones de arrendamiento durante los 24 meses posteriores a la entrega del inmueble a la arrendadora, porque no existe ninguna razón valedera para ello y porque en forma alguna ese lapso puede tomarse como el necesario para las reparaciones que requirió el inmueble. Tampoco tiene razón de ser la pretensión de que la entidad debe pagarle a la parte actora los cánones de arrendamiento por el tiempo que el inmueble permaneció desocupado porque "precisamente la terminación del contrato y la entrega o restitución del bien objeto del mismo, pone fin a las obligaciones de las partes, lo que indica que en el presente caso, la administración no tenía porqué continuar pagando el precio del arriendo, pues el contrato ya había terminado. Glosa la fiscalía también el pago de unas cuentas de servicio de energía y agua

porque "al folio 1 y siguientes del c.#2 aparecen unas fotocopias sin autenticar, en las cuales se observa que el tiempo que se cobra corresponde, a excepción de unos pocos días, (12 aproximadamente) a un período posterior a la entrega del inmueble, tiempo éste que no está comprendido en el contrato de arrendamiento y por consiguiente no tiene porque pagarlo la entidad demandada."

Con idéntica razón desestima la fiscalía el reclamo del pago de intereses sobre $239.077.oo a la tasa del 3% mensual desde junio 14 de 1.978 a octubre 14 de 1.980, o sea durante 27 meses.

Concluye la vista fiscal con la siguiente advertencia:

> "Tenemos pues, que todo lo que la sociedad actora solicita, sólo tendría derecho a una mínima parte, que aunque no fué especificada en la demanda, sí aparece en el acta de entrega del inmueble suscrita el 2 de octubre de 1.978, anexada al folio 14 y siguientes del cuaderno principal".

Para la Sala, la demanda merece ser acogida parcialmente, como pasa a explicarse.

Resultaron probados los siguientes hechos:

a) Que entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y el señor Nepomuceno Plata se celebró el contrato de arrendamiento del edificio de la carrera 11 #11-76 de esta ciudad y concretamente de sus pisos 2° a 8°, para el funcionamiento de los juzgados penales municipales.

b) Que aunque el plazo pactado inicialmente fué de un año, por sucesivas prórrogas se extendió hasta el 2 de octubre de 1.978, fecha en la que se suscribió acta de entrega del inmueble.

c) Que el canon mensual se convino en $50.772.18.

d) Que se pactó también que a la finalización del contrato el inmueble debía devolverse en el mismo estado en que fue entregado, salvo el deterioro natural causado por el uso y goce legítimos.

e) Que el contrato celebrado inicialmente con el señor Nepomuceno Plata fué cedido, con la aceptación del Fondo, a la sociedad Inversiones Plata Hnos. Ltda., mediante contrato 7410 de septiembre 21 de 1.974 de la Notaría 4a. de esta ciudad (cláusula sexta).

f) Que haciendo uso de la cláusula 8a. del contrato de arrendamiento, el Fondo avisó oportunamente la entrega del inmueble a su propietaria (ver oficio 2096 de 1° de junio de 1.978, a folio 13).

g) Que el 2 de octubre de ese mismo año se suscribió entre las partes el acta de entrega del edificio; acta en la cual se discriminan, piso por piso, los deterioros y faltantes que presentaba la edificación. En dicha acta no se observa ninguna constancia u observación del Fondo (ver acta a folios 14 y siguientes del cuaderno principal).

h) Que a folios 20 y siguientes se observa el estudio o presupuesto que la firma "Servicón Integrados Ltda." hizo de los trabajos y reparación que debían hacérsele al edificio para ponerlo en estado de funcionamiento. Presupuesto que comprende costos por limpieza y pintura general, trabajos de electricidad, plomería, cerrajería, tejados, telefonía y carpintería; cambios de vidrios y bombas de agua.

i) Que en ese mismo estudio se precisó que el trabajo completo podría cumplirse en diez semanas y valdría $1.335.916.oo.

j) Que a folios 38, 39 y 40 aparecen documentos relacionados con el pago que por la suma de $239.077.oo tuvo que hacer el arrendador a la Empresa de Acueducto de Bogotá.

Los hechos que se dejan especificados muestran la terminación del contrato de arrendamiento y la entrega de la cosa arrendada al arrendador. Pero muestran además que el edificio fue entregado en las condiciones narradas en el acta de entrega (folio 14 y siguientes) en la que se especifican los daños y faltantes que según el acervo probatorio valen $1.335.916.oo, con relación al 3 de enero de 1.979.

Aunque todo da a entender que esos daños y faltantes no se causaron sólo a partir del contrato de arrendamiento que se adjuntó a los autos, sino desde el año de 1.950, habrá que de resolverse el asunto únicamente con apoyo en el convenio que realmente se aprobó. De la prueba testimonial se infiere que el arrendamiento venia de muchos años atrás (a folios 80 y siguientes del C.#2).

En dicho contrato se convino que las reparaciones locativas por cuenta de la entidad arrendataria y las necesarias por cuenta del arrendador. Se hace esta precisión porque en la cláusula séptima (restitución del inmueble) se afirma que el Fondo devolverá al arrendador en la misma forma en que le fué entregado, salvo el deterioro natural causado por el uso y goce legítimos.

Aquí cabe preguntar: Lo restituyó en esas condiciones? Y muestra el acervo probatorio que no fué así. Y aunque no existe prueba del estado en el que lo recibió el 1° de septiembre de 1.974 (fecha de iniciación del plazo contractual), habrá que presumir que fué en regular estado de servicio, tal como prevé el inciso 3° del artículo 2005 del C.C.. No aparece prueba alguna que acredite que el Fondo recibió el inmueble en el estado de deterioro que lo entregó.

Si el Fondo estaba obligado a hacer las reparaciones locativas, o sea "aquellas especies o clases de deterioros que ordinariamente se producen por el uso normal de la cosa." (artículo 1998 del C.C.), ¿por qué lo devolvió en las condiciones anotadas? La respuesta no puede ser otra: no las hizo; y no sería legal entonces que tuviera que cubrirlos el arrendador, cuando, por lo demás, entre las obligaciones especiales del inquilino estaban las enunciadas en el artículo 2029 *ibídem*, o sea las de conservar la integridad interior de las paredes, techos, pavimentos y cañerías; mantener en estado de servicio las puertas, ventanas y cerraduras; reponer los cristales quebrados en las ventanas, puertas y tabiques.

Obsérvese que ese mismo artículo en su inciso final insiste sobre la presunción de que el edificio fué recibido por el arrendatario en buen estado, bajo todos los indicados aspectos, a menos de prueba en contrario.

Vistos el acto de entrega y el presupuesto de obras hecho por "Servicios Integrados Ltda." estima la Sala que el Fondo le debe resarcir a la arrendadora, por concepto de daños y deterioros, los valores equivalentes a los rubros que se indicarán más adelante que no encajan en el deterioro natural causado por el uso y goce legítimos.

En este orden de ideas debe indemnizarle los valores correspondientes a los trabajos de telefonía, electricidad, carpintería, cerrajería y plomería. Asimismo deberá pagarle el costo correspondiente al cambio de vidrios, arreglo del tejado y bombas de agua.

No se incluye en estos rubros lo relacionado con la limpieza y la pintura general, porque dentro del proceso no logró acreditarse el real estado que tenía el inmueble a la fecha de la iniciación de la relación contractual.

Aunque los valores que figuran en el estudio de "Servicios Integrados" no se demostraron por otros medios probatorios, sí servirán de apoyo para la determinación real de los mismos a la fecha de la entrega del edificio. Como es obvio, la condena tendrá que hacerse en abstracto porque no existe la prueba de que se hubieran efectuado, a qué costos, en qué fechas y por cuenta de quién. El acta de entrega igualmente deberá tenerse en cuenta para la determinación de dichos valores. También deberá reconocérsele a la arrendadora una indemnización equivalente a las 10 semanas que, según los expertos, debían durar los trabajos de reparación del edificio. El valor de esta indemnización deberá liquidarse de acuerdo con el valor mensual del cánon del contrato.

Es lógica esta condena, porque si no se hubiera devuelto el inmueble en las condiciones anotadas, no habría tenido que someterse a esas refacciones. La pretensión por lucro cesante (cánones dejados de percibir, desde que se recibió el inmueble por el Fondo el 2 de octubre de 1.978 al 2 de octubre de 1.980) no tiene razón de ser y menos cuando las reparaciones que debían introducírsele al edificio podían hacerse en 10 semanas o menos.

A este respecto, la Sala comparte la vista fiscal, cuando sostiene:

> "Resulta temerario pretender que el antiguo arrendatario tenga que pagarle al arrendador o dueño del inmueble, el cánon de arrendamiento por el tiempo que el inmueble esté desocupado y hasta que vuelva a ser productivo. Precisamente la terminación del contrato y la entrega o restitución del bien objeto del mismo, pone fin a las obligaciones de las partes, lo que indica que en el presente caso, la administración no tenía porque continuar pagando el precio del arriendo, pues el contrato ya había terminado".

Como el valor de los servicios de acueducto corrían a cargo del Fondo, deberá éste pagarlos, pero sólo los correspondientes al período de un año, o sea, que deberá pagar sólo lo que debía ese 2 de agosto de 1.978. Como no se determinó bien este extremo, deberá establecerse en el incidente de liquidación. Se observa que los recibos que obran en el expediente son fotocopias sin autenticación.

Los valores históricos por los distintos conceptos que resulten probados, deberán actualizarse siguiendo la fórmula

$$Vp = \frac{Vh\text{-}ind.f;}{ind.i.}$$

de donde Vp o valor presente, la suma actualizada que deberá pagar el fondo; Vh o valor histórico, lo que valía la indemnización en octubre de 1.978 cuando terminó el contrato; ind. f. índice final de precios al consumidor, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia; ind. i. el vigente en octubre de 1.974.

La suma determinada como valor histórico devengará intereses a la tasa del 6% anual, técnico o efectivo, sin capitalizar intereses. No se imponen los corrientes además porque se ordenó la revaluación de la deuda, en la forma indicada.

Se anota que no se le da valor probatorio al dictámen pericial porque partió de supuestos o no aprobados o no aceptables legalmente.

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 :

Declárase responsable al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia de los daños causados a la Sociedad Inversiones Plata Hnos. Ltda, por el incumplimiento del contrato de arrendamiento del edificio de la carrera 11 # 11-76 de esta ciudad.

En consecuencia, condénase en abstracto al aludido fondo a pagarle a la mencionada sociedad la indemnización correspondiente, la que será determinada en incidente (artículo 137 del C. de P.C) y con sujeción a las orientaciones dadas en la motivación.

Hecha la liquidación y ejecutoriada la providencia que la contiene, la condena devengará intereses comerciales durante los primeros seis meses y moratorios luego.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 8 de noviembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala, *Carlos Gustavo Arrieta P., Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta,*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA/ ACCION *IN REM VERSO*/ CONVENIO

Fuera del enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, en el presente asunto también se cumple el otro presupuesto de *la actio in rem verso* (el de la subsidiaridad de la acción), porque el demandante no tenía la acción contractual propiamente dicha que le hubiera permitido obtener el restablecimiento de un derecho, porque el contrato de obra pública no se celebró como lo mandaba el ordenamiento y ni siquiera aparece por escrito. Más que un contrato de obra pública se dio una realización contractual de hecho o un convenio, que al ser cumplido por el demandante comprometió la responsabilidad de la entidad que se benefició con la obra.

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

Bogotá D.E. Noviembre quince (15) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 5883. Contratos. Actor: Jose Antonio Velasco Pardo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes de este proceso contra la sentencia de diciembre 19 de 1.988 dictada por el tribunal administrativo del Valle, mediante la cual se dispuso:

"1°.- DECLARASE PROBADA LA EXCEPCION de pago parcial de la suma demandada, que lo fué respecto al valor de $2.000.000.oo mcte. de que trata la Resolución Nro. 1528 de 17 de mayo de 1.982 del Gerente del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional del Valle del Cauca.

"2°.- DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

"3°.- DECLARAR que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, debe pagar al Dr. JOSE ANTONIO VELASCO PARDO, o a quien represente legalmente sus intereses, la suma de NUEVE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS ($9.797.653.24 Mcte.) MONEDA CORRIENTE, valor total de las obras realizadas en el año de 1.982, en el edificio "BELLAVISTA" de propiedad del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en esta ciudad.

"4°.- DISPONER que el citado valor ($9.797.653.24 M/Cte) se reajuste tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor (art. 178 del C.C.A.).

"Estése a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"5°.- NEGAR LAS DEMAS PETICIONES DE LA DEMANDA."

Como hechos se narraron en síntesis, en la demanda:

1) Que mediante las órdenes de trabajo, contenidas en las Resoluciones #s 1528, 3075, 3121, 3152 y 3153, en su órden, de 17 de mayo, octubre 15, octubre 21 y octubre 22 de 1.982, el gerente del I.S.S. contrató la remodelación del edificio Bellavista de la gerencia en Cali, con el Doctor José Antonio Velasco Pardo.

2) Que además de las ordenes impartidas, se ejecutaron trabajos por orden de la gerencia, sin resolución previa por la suma de $2.727.858.24. Todo lo cual asciende a la suma de $11.229.028.24 que no ha sido cancelada aún.

3) Que las obras ejecutadas fueron recibidas a entera satisfacción.

Al hacer la fundamentación jurídica, la parte actora destaca como causa petendi el enriquecimiento sin causa. Arguye que como existió urgencia para la ejecución de esas obras de remodelación, se apeló al sistema de las órdenes de trabajo, por valor inferior a los $2.000.000.oo cada una, legalizadas posteriormente mediante resolución.

El Instituto de los Seguros Sociales se opone a la condena por cuanto en dichas ordenes de trabajo se violaron las normas de la contratación administrativa y propone las excepciones de pago parcial e inexistencia de la obligación.

El *a-quo*, luego del trámite de la instancia, y con apoyo tanto en el estudio efectuado por el profesor Alvaro Pérez Vives, titulado "De la responsabilidad de la administración por enriquecimiento sin causa", como en la jurisprudencia de esta Sala, accedió a las súplicas de la demanda.

De ese fallo, se destaca:

"El Tribunal, con fundamento en la que es doctrina del Consejo de Estado y decisión ya adoptada en otros procesos por este Tribunal, despachará favorablemente las peticiones de la demanda. De otra parte, la Corporación observa que correspondía a la Administración exigir el cumplimiento de la totalidad de los requisitos de ley, no hacerlo -como sucedió- constituye en omisión de su parte que no debe afectar en forma alguna el patrimonio económico del demandante.

"El Tribunal dispondrá que se pague por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Seccional del Valle del Cauca, los valores determinados en las Resoluciones Nros. 3075 de octubre 15 de 1.982 ($1.996.366.oo), 3121 de octubre 21 de 1.982 ($1.904.361.oo), 3152 octubre 22 de 1.982 ($1.771.774.oo), 3153 de octubre 22 de 1.987 ($1.397.294.oo), y que se paguen, además, "las diferentes obras realizadas en la cocina, baños, terrazas y remodelación de varias oficinas, cuyos trabajos no fueron autorizados expresamente por Resolución", obras que ascienden a la suma de $2.727.858.24. Estas sumas se pagarán con sujeción a lo dispuesto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

"No se resuelve sobre la "objeción por error grave porque el dictámen de los peritos no se le ha tenido en cuenta por lo deficiente de la fundamentación del mismo peritazgo.

"Se declarará probada la excepción de pago parcial de la suma demandada. No así la de caducidad, ya que no regía el Decreto 01 de 1.984.

"Se declararán no probadas las demás excepciones por los motivos expuestos en esta providencia."

Descontentas las partes con la decisión, apelaron. La actora concretó su discrepancia a dos aspectos, así: por cuanto el *a-quo* denegó la pretensión 2a, relacionada con el lucro cesante de la cantidad adecuada por la entidad pública; y porque reconoció la excepción parcial de pago por $2.000.000.oo correspondiente a la resolución #1528 de 17 de mayo de 1.982. Por su lado, la demandada interpuso el recurso en lo referente a las obligaciones impuestas en los ordinales 3° y 4° del fallo.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello se considera:

Para la fiscalía séptima de la Corporación la sentencia deberá revocarse, para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda. De esa vista fiscal de agosto 6 de 1.990 (a folios 190 y siguientes) se destaca:

"Procede la Fiscalía a estudiar cada una de las situaciones propuestas por la parte actora:

"1.- El primer caso descrito, conforme a las pruebas allegadas por las partes está compuesto por dos situaciones diferentes que deben analizarse por separado. Ellas son:

"a) La constituída por el caso de la Resolución 1528 del 17 de mayo de 1.982. Esta Resolución dio origen a un contrato, el No. 262082 (ver cuaderno No. 3) que fué suscrito por el demandante y la entidad demandada y al cual se le dio cumplimiento por ambas partes culminando con su pago; en consecuencia, sin más elementos de juicio ni fundamentación jurídica sobre el punto y conforme a lo afirmado por la parte demandante durante el juicio (ver folios 93 y ss.) el aspecto en cuestión no es objeto de debate y, por lo mismo las peticiones de la demanda deben ser denegadas.

"b) La conformada por el grupo de las resoluciones números 3075, 3121, 3252 y 3153 de octubre 15, 21 y 22, respectivamente.

"Al respecto la Fiscalía debe precisar que el texto de las providencias no es el de un contrato; las Resoluciones mencionadas se identifican como aquéllas por las cuales " se imparte una autorización " y en su parte resolutiva deciden contratar con el actor unas obras y señalan el número y valor de la correspondiente reserva presupuestal.

"En el informativo no aparece contrato alguno celebrado con base en las citadas resoluciones y la misma parte demandante acepta que no hay contrato (folio 93 y siguientes); en consecuencia es necesario establecer en este punto, la existencia de las órdenes de trabajo por las cuales se dio comienzo a las obras, las actas de entrega de las mismas etc. para decidir si se llevaron a cabo tales obras y en qué cuantía y deducir así, si hubo enriquecimiento de la Administración y en qué monto.

"Los testimonios recogidos en el proceso no dan cuenta de los hechos anteriormente mencionados; son más bien ilustrativos acerca de las prácticas llevadas a cabo por la Administración para adelantar las obras pero que de ninguna manera dan luz para el caso concreto ni sobre los contratos ni sobre la realización de las obras, su calidad (ver folios 71 a 77, 89, 92).

"La inspección judicial adelantada en el juicio tampoco arroja luz sobre los aspectos sometidos a prueba y sí demuestra plenamente que no hay

órdenes de trabajo ni actas de entrega de las obras ni documento alguno aparte de las Resoluciones tantas veces citadas que sólo prueban la intención de celebrar un contrato como ya se dijo (ver folios 93 a 95).

"El dictámen pericial no ofrece tampoco certeza sobre los hechos que debían demostrarse, porque los peritos hacen un supuesto avalúo sobre supuestas obras realizadas, lo cual no es de recibo para establecer los hechos controvertidos. (ver cuaderno No. 2 folios 11 y 12, 45 y 46).

"De todo lo anterior se deduce que en lo tocante a este punto las peticiones de la demanda están llamadas a no prosperar por no aparecer demostrada ni la existencia del contrato ni la realización de las obras que, se alega, fueron ejecutadas ni sus valores ni la recepción de las mismas por parte de la Administración; es decir, no se prueba que la Administración se enriqueció y el monto de tal enriquecimiento.

"2.- Ejecución de obras por valor de $2.727.853.24. En relación con este aspecto encuentra la Fiscalía que no aparece Resolución o resoluciones por las cuales se imparta autorización para contratar, como en el caso anterior, y tampoco aparece orden de trabajo alguno ni recibo de las obras por parte de la administración o de la interventoría y las pruebas aportadas no dan luz sobre el particular; en consecuencia por este aspecto, las peticiones deben denegarse."

Para la Sala, la sentencia apelada merece ser confirmada parcialmente, pese a que el *a-quo* no hizo una evaluación probatoria adecuada y ajustada a las reglas de la sana crítica y pese a que la actividad probatoria de la parte actora deja mucho que desear.

Se anota, en primer término, que desde el punto de vista del régimen de la contratación administrativa, se puso en evidencia que la entidad pública se lo llevó de calle. Muestran los hechos un fraccionamiento artificial del contrato de obra pública, presumiblemente para eludir las normas sobre licitación, so pretexto de urgencia. Dada la fecha de ocurrencia de los hechos, las violaciones se dieron en relación con el decreto 150 de 1.976.

Con todo, la aplicación estricta de este régimen legal propiciaría en este evento un enriquecimiento sin causa a la entidad pública y un empobrecimiento consecuencial al Doctor José Antonio Velasco Pardo, quien le construyó al Instituto una serie de obras en la unidad Bellavista de la seccional del Valle del Cauca.

Fuera de estos enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, en el presente asunto también se cumple el otro presupuesto de la actio in rem verso (el de la subsidiaridad de la acción), porque el Doctor Velasco no tenía la acción contractual propiamente dicha que le hubiera permitido obtener el restablecimiento de un derecho, porque el contrato de obra pública no se celebró como lo mandaba el ordenamiento y ni siquiera aparece por escrito.

Mas que un contrato de obra pública se dio una relación contractual de hecho o un convenio, que al ser cumplido por el demandante comprometió la responsabilidad de la entidad que se benefició con la obra.

Muestran los autos que el gerente de los seguros Sociales de la Seccional del Valle impartió, mediante resolución, cinco autorizaciones para contratar, cada una de ellas por un valor inferior a $2.000.000.oo (a excepción de la #1528 que tiene este valor) y que se relacionan con la ejecución, en su orden, de "acabados varios" (#1 528); "obras de carpintería metálica (#3075); "mampostería, repello y enchapes; (#3121) carpintería de madera de 1°, 3° y 3° piso" (#3152), y "cabados varios de gradas, guardaescobas y remates de losa (#3153).

Si bien es cierto, con fundamento en la primera autorización se celebró el contrato correspondiente, el que se ejecutó y se pagó debidamente, como se explicará luego, no sucedió igual con los demás. No quiere decir esto que el trabajo allí autorizado no se hubiera ejecutado. Aunque no existe la constancia de la recepción de las obras correspondientes, existen pruebas que muestran su ejecución y recepción a entera satisfacción. Entre estas cabe destacar los testimonios de las siguientes personas, funcionarios del Instituto en ese entonces: Doctor Harold Rizo Otero (gerente de la seccional, a folios 71 y siguientes), Darío Federico Arboleda (Jefe de la oficina jurídica, a folios 74 y siguientes) Jorge Ernesto Holguín Beplat (Director General, a folios 77 y siguientes). En estos testimonios se confirma que las obras fueron ejecutadas por el Doctor Velasco y recibidas a entera satisfacción por la entidad pública.

Aunque no aparece el acta de recepción de los trabajos con su discriminación correspondiente, obran en el C.#2 los presupuestos de las distintas obras, según autorizaciones, con el visto bueno de funcionarios del Instituto. Dichos presupuestos coinciden con los valores globales señalados en las autorizaciones mencionadas atrás. Fuera de ésto existe un indicio serio que refuerza la posición del demandante, cual es la actitud asumida por la entidad demandada a través de este proceso, en la que la defensa se orienta más a demostrar la violación del régimen de la contratación pública (nemo auditur propriam...) que a probar la no ejecución de las obras. Este punto lo concretó sólo a las obras estimadas en $2.727.858.24, que no tienen ni contrato, ni resolución de autorización.

Para la Sala, entonces, se dio un enriquecimiento sin causa en el presente asunto y la administración deberá indemnizar al demandante. Se estima que las obras relacionadas con la resolución 1528 y con el contrato consiguiente #262-82, se pagaron al contratista; circunstancia ésta que fué aceptada por la parte actora durante la inspección judicial que obra a folios 93 y siguientes del C. #1. En esto deberá confirmarse la decisión del *a-quo*.

La jurisprudencia sobre el enriquecimiento sin causa que aquí se reitera tiene su apoyo en sentencias de esta misma Sala tales como las que figuran en

los procesos #s 1850, de marzo 9 de 1.984 (Prisego Ltda.), 4101 de marzo 12 de 1.987 (Mora, Mora y Cía Ltda.) y 3886 de agosto 6 de 1.987 (Conic Ltda.).

Con apoyo a esa tesis jurisprudencial y con lo que resultó probado suficientemente, deberá confirmarse la condena hecha por el *a-quo* en torno a las obras ejecutadas con base en las resoluciones #s 3075 por $1.996.366.oo. 3121 por $1.904.361.oo, 3152 por $1.771.774.oo y 3152 por $1.397.294.oo. Lo que arroja un total de $7.069.795,oo. Se anota, así mismo, que se probó la reserva presupuestal de cada una de las sumas indicadas (ver certificado a folio 43 del C.#1).

No se incluye en la condena el valor de las obras que se afirma se realizaron en la cocina, baños, terrazas y remodelación de varias oficinas por un valor de $2.727.858.24. Esto por cuanto no resultó bien probado este extremo. Así, no se demostró que las obras hubieran sido autorizadas expresamente por la gerencia del I.S.S. No existió resolución a ese respecto; tampoco se probó el contrato escrito, máxime teniendo en cuenta su valor superior a los $2.000.000.oo ni la ocurrencia de la licitación privada. Ni la prueba testimonial ni la pericial dan fé de su ejecución y menos de su discriminación. Los testigos afirman que se hicieron las obras por el contratista, pero sus dichos son demasiado generales y vagos y de ellos no se desprende la concordancia entre lo pretendido por valor de $2.727.853.24 y lo que se trata de probar por otros medios. Además, se perdió la oportunidad de acompañar la prueba de la autorización para la ejecución de dichas obras, tal como se expresó en la inspección judicial, por cuanto no se adjuntó siquiera el estudio presentado a la entidad interventora de las obras (Cesco Ltda.) con el visto bueno del instituto y debidamente autenticado.

Fuera de lo dicho, los peritos coinciden en afirmar que "debemos admitir que gran parte de dichas obras no fué posible constatar o localizar en el sitio indicado". Pero, además, parten de una presunción no aceptable, (de que fueron recibidas a satisfacción y en tiempo oportuno y de la calidad exigida), que está concebida en los siguientes términos y que de paso le resta credibilidad a la prueba pericial: "Presumimos que estas obras fueron aceptadas o revisadas por la firma interventora Cesco Ltda., a su debido tiempo, ya que el I.S.S. está ocupando todas las dependencias en donde se ejecutan los trabajos descritos en los presupuestos mencionados". Pues bien. Ni siquiera las obras que dice fueron autorizadas por la gerencia estan comprendidos en algun presupuesto aprobado por la entidad pública. Obsérvese que a folios 22 y siguientes del C.#2 figura una fotocopia sin autenticar del presupuesto de dichas obras, suscrito solo por el arquitecto contratista, hoy demandante. Tampoco existe reserva presupuestal para el pago de las obras que dice se ejecutaron con autorización de la gerencia.

Aquí falló la carga de la prueba; la que corría a cargo del actor. Si no la cumplió, suyos son los riesgos de la incertidumbre probatoria.

De lo expuesto se infiere que la sentencia deberá confirmarse parcialmente, con las siguientes precisiones: a) El valor de la condena o valor histórico para actualizar será de $7.069.795; b) Esta cifra deberá actualizarse mediante la fórmula

$$Vp = \frac{vh\ ind.f}{ind.i;}$$

o sea Vp o valor presente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia; vh o valor histórico, o monto de la indemnización a octubre 22 de 1.982. Se toma esta fecha porque aunque se afirma en la demanda que las obras se ejecutaron en los mese de enero y febrero de 1.982, la autorización última se dió en la indicada fecha. En principio, no podían ejecutarse antes de su autorización: ind. f. o índice final de precios al por mayor certificado por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo; ind. i. o índice inicial, correspondiente a octubre de 1.982.

Además, y a título de lucro cesante, el valor histórico señalado devengará intereses al 16% anual desde esta última fecha a la de la indicada ejecutoria, sin capitalizar intereses. No se imponen los corrientes porque los intereses del 6% se estiman desprovistos de corrección monetaria, lo que no sucede con aquellos.

Finalmente estima la Sala que la Procuraduría General deberá tener en cuenta que a instancias de la entidad demandada se pretermitió seriamente el régimen de contratación vigente a la sazón, o sea el decreto 150 de 1.976, en especial lo que tiene que ver con el fraccionamiento del contrato, la licitación, la no suscripción de contratos, etc. etc. Se observa que la razón de urgencia que se insinúa para justificar lo hecho no apareció demostrado por parte alguna.

Por lo expuesto, y en desacuerdo 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 :

1) Confírmanse los ordinales 1°, 2° y 5° de la sentencia de diciembre 19 de 1.988, dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca.

2) Modifícanse los ordinales 3° y 4°, los que quedarán así:

3) Declárese que el Instituto de los Seguros Sociales debe pagar al Doctor José Antonio Velasco Pardo, o a quién represente legalmente sus intereses, la suma de $7.069.795.oo (SIETE MILLONES SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE), valor de la indemnización por lo perjuicios causados por la citada entidad durante la ejecución de las obras de remodelación del edificio "Bellavista".

4) Dispónese el reajuste de la citada cifra, o valor histórico de la indemnización, con sujeción a la formula indicada atrás. Valor histórico que, además, devengará intereses a la tasa del 6% anual desde octubre 22 de 1.982 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

5) Las condenas impuestas se entienden en concreto y devengarán intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego. La correspondiente cuenta de cobro deberá acompañarse con los índices de precios indicados en la motivación.

6) Envíense las copias a la Procuraduría de la demanda y de las sentencias de primera y segunda instancias para que inicie, si lo estima conveniente, investigación contra los funcionarios del I.S.S. (Seccional del Valle), que prestaban sus servicios en aquél entonces.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 8 de noviembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; Carlos Gustavo Arrieta P., *Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONCURRENCIA DE CULPAS/CULPA DE LA VICTIMA

Cuando a más de la conducta negligente de la víctima se prueba la actividad ilegal de la administración, se presenta forzosamente la llamada concurrencia de culpas, según la cual, el juez subjetivamente reduce la indemnización, teniendo en cuenta el grado de incuria del afectado. La culpa de la víctima no excluye, *per ser*, la falla en el servicio, naturalmente si ésta se encuentra debidamente acreditada. La compensación de culpas será total cuando el hecho nocivo se produjo por tal negligencia de la víctima que de todas maneras hubiere acaecido.

INDEMNIZACION A FORFAIT

No se tendrán en cuenta las prestaciones que reconoció la Policía Nacional a la viuda para deducirlas del monto de la indemnización, porque ellas tienen una causa diferente, que es la relación laboral que existió entre el empleador y la víctima, y las que aquí se decretan se basan en la falla de la administración.

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

Bogotá D.E. Noviembre quince (15) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 5990. Indemnizaciones. Actor: Olga Isabel Rada Sánchez.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de los actores, contra la sentencia de fecha septiembre 14 de 1.989, proferida por el tribunal administrativo de Risaralda en el proceso de la referencia, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

Los hechos sustento de la pretensión se resumen así:

El 22 de noviembre de 1.986, a altas horas de la noche, en un establecimiento de diversión denominado " Fonda el Manzanillo", ubicado en el municipio de Santa Rosa de Cabal-Risaralda, el agente de policía Hugo Humberto Yela, quien se encontraba de servicio y uniformado, en estado de embriaguez, lesionó de varios disparos con su carabina de dotación oficial al también agente Jaime Londoño García. El agente Londoño García fué trasladado al hospital " San Jorge " de la ciudad de Pereira y allí falleció posteriormente.

El homicida y el occiso se encontraban desde tempranas horas de la noche jugando billar e ingiriendo bebidas embriagantes en el establecimiento arriba mencionado, cuando se presentó una disputa trivial entre Londoño García y Yela y este último le disparó a aquél a quemarropa en actitud excesiva y alevosa.

Otros agentes de policía que se encontraban presentes en el lugar de los hechos no intervinieron para evitar la tragedia, ni tampoco auxiliaron en debida forma al herido.

Los actores sufrieron perjuicios de orden moral y material que deben ser resarcidos.

El *a-quo* no accede a las peticiones de la demanda fundamentado en que:

1) No se probó la falla en el servicio, ya que el único testimonio arrimado al proceso por la actora se limitó a demostrar la embriaguez de los agentes Londoño García y Yela, pero no el momento culminante de los hechos (folio 201 C.1).

2) De la investigación disciplinaria adelantada por la Policía Nacional se desprende que el agente Yela tuvo que matar al agente Londoño, para defenderse de una agresión injusta del último (folio 201 C1).

3) Se trata de un caso de culpa exclusiva de la víctima (folio 202 C.1).

El recurrente, en su escrito de sustentación, considera que el tribunal se equivocó al considerar que la falla debió probarse al instante preciso del homicidio y no en los momentos antecedentes, tal como se plantea en la demanda. Es decir, que la falta se presentó con la embriaguez de los agentes de policía, estando en servicio y armas oficiales.

El señor apoderado de la demandada solicita se confirme la sentencia, por las siguientes razones:

1) Hubo culpa exclusiva de la víctima.

2) Se presentó también el fenómeno de la falta personal del agente Yela y por lo tanto el resarcimiento de perjuicio debe perseguirse a través de la parte civil dentro del respectivo proceso penal.

3) La Policía Nacional reconoció la cantidad de $1.087.114.oo a la viuda y los hijos del occiso, por concepto de indemnización por muerte y auxilio de cesantía.

La señora fiscal de la Corporación considera que la sentencia se debe confirmar, por cuanto según la prueba que obra en el expediente, el hecho se debió a la "conducta de la propia víctima" (folio 231 C.1).

SE CONSIDERA:

Ha sido reiterada la jurisprudencia al determinar que los extremos que deben probarse dentro de la teoría de la falta del servicio son: la falla en sí, el perjuicio y el nexo causal, naturalmente suponiendo la actividad de la administración. Con respecto al primer elemento, o sea a la falla, también se ha dicho que su comprobación dentro del proceso no conduce indefectiblemente a una condena, porque se puede presentar que el daño no aparezca acreditado, que no exista la relación de causalidad entre aquélla y éste, que el hecho sea el resultado exclusivo de la actividad personal del agente o de un tercero o que el acontecimiento fué el resultado único de la conducta de la víctima. En estos casos, a pesar que la falla se vea clara en el proceso, no podrá haber condena porque se rompe la unidad argumental de la teoría.

Sin embargo sobre esta última exculpación de la responsabilidad extracontractual administrativa, la jurisprudencia ha sido muy parca y por lo tanto es necesario precisar algunos conceptos.

La culpa exclusiva de la víctima ha de entenderse como una conducta negligente de ésta, que por sí sola ocasiona el daño. Lo anterior significa que en este evento no puede haber lugar a la reparación del perjuicio por parte de la entidad pública, porque hace falta uno de los elementos como es la falta o falla en el servicio. Sin embargo cuando a mas de la conducta negligente de la víctima se prueba la actividad ilegal de la administración, se presenta forzosamente la llamada concurrencia de culpas, según la cual, el juez subjetivamente reduce la indemnización, teniendo en cuenta el grado de incuria del afectado. Se concluye entonces, que la culpa de la víctima no excluye, pese, la falla en el servicio, naturalmente si ésta se encuentra debidamente acreditada.

Pero se podrá afirmar que la culpa de víctima pueda ser de tal magnitud que absorba completamente la falla en el servicio. La respuesta a esta inquietud puede ser afirmativa, pues la compensación de las culpas será total cuando el hecho nocivo se produjo por tal negligencia de la víctima que de todas manera hubiere acaecido.

En el presente caso no queda duda de la evidencia de la falla del servicio, ya que está debidamente probado que todos los agentes de policía adscritos a la vereda " El Manzanillo", se encontraban de servicio, uniformados y con armas de dotación, ingiriendo bebidas embriagantes en un establecimiento público. El simple hecho de haber ingerido licor, estando en posesión de armas de dotación, ha sido considerado como una falta a los deberes oficiales, en sentencias de esta Sala como las de Adela Monzón de Silva, expediente 3272 y Jorge Mario Bernal Medina, expediente Nro. 5496.

Pero si no hay duda de falla en el servicio, tampoco la hay en la culpa de la víctima, ya que también está debidamente acreditado en el proceso que el agente Londoño García se encontraba en estado de embriaguez y en actitud agresiva contra el agente Yela, en los momentos que antecedieron a la tragedia. Para la Sala es claro que la conducta del occiso tuvo incidencia en la del agente homicida, pero no alcanzó a justificar la reacción excesiva de éste, hasta llegar a eximir totalmente de responsabilidad a la administración. Si bien es cierto que el agente Londoño García fué absuelto por la justicia penal con el argumento de la legítima defensa (fls. 148 a 157), también es cierto que la falla en el servicio fué tan protuberante que no alcanzó a eclipsar la conducta irregular de la víctima ni a justificar la respuesta del victimario, hasta el punto que se afirma que toda la tragedia se desencadenó por la falta de control por parte de los superiores a sus subalternos. Además no hay que olvidar que la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo que las decisiones de los juicios criminales dan plena certeza en los administrativos de la ocurrencia del hecho, pero no de las circunstancias que rodearon su acaecimiento, las que pueden subsumirse en una normatividad diferente para lograr un fin también diferente.

Con respecto a la circunstancia de ser el occiso agente de la policía, podría pensarse que su muerte ocurrió dentro de los riesgos propios del servicio, pero ello no es así porque dentro del riesgo normal no está el de morir a manos de un compañero de armas.

Por último, no se tendrán en cuenta las prestaciones que reconoció la Policía Nacional a la viuda para deducirlas del monto de la indemnización, porque como ya lo ha sostenido esta sección ellas tienen una causa diferente, que es la relación laboral que existió entre el empleador y la victima, y las que aquí se decretan se basan en la falla de la administración.

Visto lo anterior la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar declarará la responsabilidad de la administración con las indemnizaciones reducidas en un 50%, en razón de la culpa de la víctima.

El reconocimiento de los perjuicios materiales tendrá que hacerse en abstracto, ya que en el expediente no obran los índices de precios actualizados suministrados por el DANE, ni tampoco las tablas para el cálculo de vida probable de las personas.

Las pautas para la liquidación de los perjuicios materiales serán las siguientes:

1-) Se tendrá en cuenta el último salario devengado por la víctima pero sólo en un 75%, que se distribuirá así: 50% para la cónyuge supérstite y el otro 50% para distribuirlo por partes iguales entre sus menores hijos.

2-) La indemnización se calculará teniendo en cuenta los períodos vencido y futuro. El vencido, que será igual para todos, se contará entre la época de ocurrencia del hecho y la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia. El futuro entre la fecha de ejecutoria de esta decisión y la edad probable del occiso, para la cónyuge, y la fecha de ejecutoria y la mayor edad para los hijos.

3-) La indemnización vencida se actualizará de acuerdo a los índices de precios suministrados por el DANE.

4-) No se reconocerán perjuicios materiales a la madre de la víctima por cuanto no se acreditó la dependencia económica.

5-) Todas las anteriores indemnizaciones se reducirán en un 50%.

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: REVOCASE la sentencia de septiembre catorce (14) de mil novecientos ochenta y nueve (1.989) dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda;

SEGUNDO: Declárese administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional por la muerte del agente Jaime Londoño García en las circunstancias descritas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Condénese a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional- a pagar por concepto de perjuicios morales, según certificación del Banco de la República a la fecha del presente fallo, el equivalente en pesos de las cantidades de gramos oro que a continuación se detallan, a las siguientes personas: Ofelia

García de Londoño, madre de la vIctima, 500 grs oro, Olga Isabel Rada Sánchez, cónyuge, 500 grs oro; Jaime Alberto y Viviana Patricia Londoño Rada, hijos, 500 grs oro para cada uno.

CUARTO: Condénese *in-genere* a la Nación-Ministerio de Defensa - Policía Nacional - al reconocimiento de los perjuícios materiales, de acuerdo a las bases dadas en la presente providencia a Olga Isabel Rada Sánchez, Jaime Alberto Y Viviana Patricia Londoño Rada.

QUINTO: La liquidación deberá presentarse dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y su trámite se hará de acuerdo al art. 137 del C. de P.C.

SEXTO: Dése aplicación a lo dispuesto en el último inciso del art. 177 del C.C.A.

COPIESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE y en firme regrese al tribunal de origen para su cumplimiento.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta P., Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

Hay falla del servicio. Es necesario que la fuerza pública sea formada y educada dentro de la filosofía que ve en el hombre al ser más importante de la creación. El Estado está obligado, pues, a reconocer los derechos de las personas y a hacerlos respetar. Ese deber vincula tanto al legislador, como al ejecutivo y a los tribunales, sólo que estos últimos se encuentran ante la triste realidad de los hechos cumplidos y tiene que limitar su acción a sancionar al delincuente y a ordenar las indemnizaciones de ley.

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

Tercera.- Bogotá, D.E., Noviembre quince (15) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6135. Actor: Magadalena Posso Durango e Hijos. DEMANDADO: LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el grado de consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el día quince (15) de Diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), que declaró a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, responsable de la muerte del señor JESUS ANTONIO DURANGO PATIÑO, por las razones que en la citada providencia se precisan.

Para la mejor compresión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares de caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

"HECHOS

Fueron expuestos en la demanda de la siguiente manera:

"1. El día 18 de julio de 1.986, a eso de las 5 p.m, se encontraba el señor JESUS ANTONIO DURANGO PATIÑO, tomando unas copas en el sitio denominado "El Cambalache", en cercanías al antiguo edificio del Correo, inmediación a la Avenida 1° de Mayo de esta ciudad, cuando dos (2) agentes de la Policía Nacional que se encontraban en servicio, retuvieron y capturaron ilegalmente al señor JESUS ANTONIO DURANGO PATIÑO y luego de oponer resistencia a los uniformados, éstos lo esposaron y condujeron a golpes de bolillo y pie, desde este sitio hasta la carrera Bolívar con la calle Calibío, al frente de la puerta principal de la Gobernación, en este sitio se sumaron tres (3) uniformados más, quienes en forma inmisericorde le propinaron brutales golpes y maltratos en distintas partes del cuerpo, entre ellas en la cavidad toráxica.

"2. Como era de esperarse, la ciudadanía se aglomeró alrededor y ante esta escena de violencia le gritaban a los uniformados que por favor no lo golpearan más en esa forma, entre ellos intervino en auxilio de la víctima, el Administrador de la Pastelería Santa Clara, señor Nicolás Ochoa y un poco más tarde intervino el joven Jorge Durango, quien ajeno a la situación pasó por el lugar en forma desprevenida, pues se dirigía a tomar el bus para el Liceo Marco Fidel Suárez, cuando se acercó a la aglomeración, reconoció que la víctima de tal masacre oficial era su propio padre; intervino pidiendo clemencia a los uniformados, ante lo cual no se le prestó atención, por el contrario fue también amenazado de retención. El cuerpo del Señor JESUS ANTONIO DURANGO PATIÑO, fue arrastrado por la calle Bolívar y conducido hasta el vehículo oficial, tipo furgón No. 451, placas No. 69-31 y el cual descendió de la esquina del Parque Berrío por la Calle Colombia de esta ciudad.

"3. Al día siguiente, sábado 19 de julio, con el fin de dar con el paradero del señor JESUS ANTONIO DURANGO P. los familiares indagaron en diversos sitios, entre ellos en la Estación de Policía La Candelaria, que se encuentra situada en la calle 48 No. 60-108, Avenida del Río, en donde inicialmente ocultando toda información para procurarse la propia impunidad, fue negada la retención por parte de los agentes de la portería de la persona de las características y de la identificación descritas y dadas por los averiguantes; sin embargo el hecho de encontrar y hacerse allí la entrega de la cédula de ciudadanía correspondiente a JESUS ANTONIO DURANGO PATIÑO y la cual él portaba, evidenció todo lo contrario.

"4. Por si fuera poco, una vez privado de su libertad en forma indebida y como consecuencia de los golpes, la autoridad de policía le ocasionó la muerte y la cual sin lugar a dudas tuvo lugar en los patios de la Estación de Policía la Candelaria, sin embargo abandonaron su cadáver en inmediaciones o riveras (sic) del río Medellín y con el propósito de ocultar la responsabilidad. La diligencia de levantamiento del cadáver fué practicada por el Juzgado 20 de Instrucción Criminal, siendo posteriormente conducido al Anfiteatro de esta ciudad, en donde se practicó diligencia de necropcia (sic), el 21 de julio de 1.986. Ese mismo día fue reconocido por sus hijas Marta Oliva y Luz Mila Durango Posso.

"5. Al momento de fallecer el Señor JESUS ANTONIO DURANGO PATIÑO, contaba con 55 años de edad y aportaba al sustento de su familia con una suma equivalente al salario mínimo legal vigente a la fecha de su muerte, pues se trataba de una persona honrada (sic) y trabajadora. Con la muerte de su esposo y padre la familia DURANGO POSSO, no sólo se ha visto privada del sustento económico sino del afecto y cariño de su progenitor, ya que dicha familia se ha caracterizado por su unidad y armonía.

"6. El Señor Jesús Antonio Durango Patiño y la Señora Magdalena Posso, contrajeron matrimonio católico en la Iglesia del Municipio de Peque, el día 9 de Abril de 1.955, de dicha unión procrearon los siguientes hijos: Gloria Estela, Luz Mila, Ana Rosa, Marta Oliva, Jose Fernando y Jorge Iván Durango Posso.

"7. Sobre la responsabilidad por la muerte del señor JESUS ANTONIO DURANGO PATIÑO, el Juzgado 13 Superior, avocó al conocimiento y la investigación correspondiente, determinando mediante auto que así lo declaró, que la competencia para juzgar a los responsables correspondía a la Justicia Penal Militar, pues hayó (sic) del acervo probatorio que se trataba de un delito militar, cometido en ocasión del servicio por agentes de la Policía Nacional, correspondiéndole por reparto al Juzgado 92 Penal Militar, en donde se encuentra el expediente radicado bajo el No. 193, Departamento de Policía Metropolitana del Valle de Aburrá".

.....

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. A efecto de probar los hechos relatados en la demanda declararon en este proceso las siguientes personas:

1.1. Nicolás Alberto Ochoa Roldán, quien trabaja como administrador en la Panadería Santa Clara de Bolívar con Carabobo, afirma que el 18 de Julio de 1.986 "... oí un escándalo y me asomo y vi que traían un señor arrastrando unos agentes de la policía, creo que eran cuatro y venía otro

señor con ellos de sudadera rosada, pero su aspecto era policía vestido de civil, lo traían arrastrando, y esposado a la espalda y lo estaban golpeando en el trayecto de hasta la panadería como a un metro y medio donde lo descargaron y él no decía nada y estaba como inconciente y yo me arrimé y les hice el reclamo a los agentes, que no era un trato para una persona humana y entonces el agente me contestó, uno de ellos, no se meta en lo que no le importa y yo le dije que él era una persona humana y que tenía derecho a un trato mejor y me arrimé a la brava porque no me iban a dejar meter, lo levanté y le revisé una herida que tenía en la frente pero no recuerdo en qué lado, y el paciente no me contestó nada, y yo le pregunté que qué tenía que, le había pasado y no me contestó nada, sino que murmuraba entre dientes y tocía mucho, entonces un agente me dijo que era un criminal y que lo había atacado y creo que me dijo que con un cuchillo y yo dije que fuera lo que fuera no tenía por qué tratarlo así, después de eso me entraron los compañeros de la panadería, y me dijeron que no me metiera en problemas que de pronto me aporriaban y yo me paré en la puerta y ahí fue donde llegó uno de los mismos agentes y me dijo que me hiciera cargo de ese señor que me lo dejaban, y yo dije que no, que ya que lo tenía así que lo llevaran a un centro asistencial y que yo no me metía con ese señor en ese estado, no es mas, yo ví que lo llevaron arrastrando otra media cuadra como hasta Boyacá y lo metieron a un furgón de antimotines".

"P. Además de la lesión le advirtió en la frente en el arco superciliar izquierdo, le advirtió alguna otra lesión o contusión?. CONTESTO: Tenía heridas en la muñeca ya que estaba esposado, y escoriaciones en una de las piernas a causa de la arrastrada, y en un hombro también tenía escoriaciones, no recuerdo muy precisamente, creó que en uno de los costados tenía un golpe dado como con un garrote contundente". (Fl. 108 y 109).

1.2. Antonio José Jaramillo Gómez, fl. 11 y ss. expresa: "Nosotros, Misael Infante y mi persona, subíamos por Calibío, al llegar a la esquina de la Gobernación vimos un tumulto de gente, entonces al ver esto nos arrimamos y oímos que la gente gritaba: no le peguen más!. Entonces cuando pudimos ver bien, vimos a un señor tirado en el suelo, que se estaba quejando entonces la gente volvía y repetía: no le den más que el señor está indefenso!, entonces cuando la gente decía eso, los agentes que procedían en ese momento, no los conozco, vestían uniforme común y corriente, ropa verde que usan ellos, entonces cuando la gente les decían que no le pegaran más, ellos decían, o sea los agentes, retírense, retírense, retírense, entonces llegaron y le siguieron dando bolillo; al momento apareció un muchacho ahí y se abalanzó diciendo: El es mi papá; y decía no le peguen más que él es mi papá!. Ya la gente empezó a correr cuando empezaron a repartir bolillo para que la gente se dispersara.

1.3. Máximo Durango Patiño, fl. 114, hermano de la víctima y quien no fué testigo presencial de los hechos expresa: "... me contaron que ya lo habían

buscado en el Distrito de La Candelaria, en el Anfiteatro y que no daban razón de él; también me dijo que ese sábado 19 de julio en la Estación de La Candelaria, en la portería, le habían entregado la Cédula de Ciudadanía a su hija Rosa y que decían - el agente que estaba en la portería - que esa Cédula hacía más de dos meses que estaba ahí. Ya al día siguiente, lunes 21 de julio, más o menos ocho u ocho y media, me presenté personalmente al Distrito de La Candelaria, hablé con el encargado de atender las personas pidiendo cita con el comandante, me pidió que le explicara de qué se trataba, subió y le comentó al comandante, pero me mandó decir que no me podía atender; sin embargo este agente me dijo: mire señor, ese suboficial que está en el patio, al pie de esa patrulla, le puede informar porque a él le tocó intervenir en el caso. Fui donde el oficial que me señaló, que tenía en la camisa el nombre de Cano S., hablé con él, le pregunté si sabía sobre el procedimiento y me dijo que efectivamente mi hermano había estado detenido allá, pero que ese era un loco que se había puesto a darle patadas a los demás reclusos y que por esa razón, desde esa misma noche había ordenado que lo sacaran a la calle".

1.4. Jorge Iván Durango Posso, fl. 118, hijos de la víctima: "Ese día iba a estudiar yo, estudio nocturno, ví un tumulto de gente, eso eran por ahí las seis o seis y diez, entonces me asomé a ver qué pasaba cuando, pues, yo en ese momento lo ví esposado con las manos atrás, con la camisa totalmente destrozada, muy aporriado, él no se movía, estaba con los ojos cerrados, ...

"... me dijeron: si no queres que lo golpeemos más, ayúdanos a llevarlo, o levantarlo para la patrulla; bueno, entonces yo lo cogí de la cabeza y otro de los pies hasta llegar al pasaje Veracruz, de ahí entró un civil, lo cogió del pelo y dijo: dejénmelo a mí, lo cogió del pelo y lo llevó hasta la patrulla que estaba al frente del parque de Berrio y lo tiró al carro como cualquier cosa. Ya estos fueron los hechos que yo ví. Yo anoté la placa del carro, número del control, placa: OM6931. Control: 451. Al otro día, primero estuve en la Inspección Norte y allá no estaba; luego fui al Distrito La Candelaria, fui por él y me lo negaron, que allá no había estado, que si estaba muy borracho o muy loco, lo anotaban como N.N.; en el momento en que yo me fui a venir ví que un agente colocó una cédula no mostrando la cara sino al revés, entonces al ver el número de inscripción para votación "Escuela La Fontera" entonces le dije: Agente, me hace el favor y me voltea la cédula, entonces la volteó y la reconocí que era de mi papá, entonces le dije: Agente esa es la cédula de mi papá, él no se encuentra aquí?. El me dijo: no se encuentra. Lo único que me dijeron de la cédula era que la habían podido votar antes, anteriormente mucho tiempo atrás, entonces, yo le contesté que mi papá andaba con la cédula el día que desapareció. Luego fué una hermana mía y allá le entregaron la cédula a ella, hermana de nombre Ana Rosa Durango. Ya el domingo voy con un tío mío de nombre Oscar Posso allá mismo al Distrito, allá nos dejaron entrar con mucha amabilidad, nos presentaron los libros para que lo buscáramos personalmente y no se encontraba; entonces, antes de eso, nosotros dijimos todo lo que fué; nos preguntaron, llamaron a un agente.

Preguntaron: quién manejaba el carro ese día?. Entonces uno dijo, tal agente, lo llamaron, entonces él dijo: Sí mi cabo, yo estuve manejando ese carro todo el día pero quién, mejor nosotros no subimos a ningún señor de esas características y pregunta: ¿Quién les dijo a ustedes eso?. El tío mío les dice: él es el hijo y los vio cuando lo subieron al carro. Luego el agente se niega y dice: no mi cabo, yo ese día no manejé ese carro; recuerde que yo fui a hacer un trasteo en otro carro a otra parte; luego otro agente lo saca del lío con esta frase: Cabo ese carro lo manejó el uno y el otro y que no tuvo chofer fijo".

Estas mismas personas, además de otras, declararon en el Juzgado 20 de Instrucción Criminal al cual correspondió adelantar la averiguación preliminar por la muerte del señor Jesús Antonio Durango Patiño.

Por auto del 7 de octubre de 1.986, el Juzgado 13 Superior de Medellín la remitió, por competencia, a la Justicia Penal Militar, por considerar que si se había cometido algún delito, éste había sido con ocasión del servicio (fl. 77).

2. La diligencia del levantamiento del cadáver (fl. 58) correspondió al Juzgado 20 de Instrucción Criminal, y fué practicada el 21 de julio de 1.986 a las 9:15 a.m. en la Avenida del Río, detrás de la Plaza Minoristas: "No se le encontró documento alguno que lo pueda identificar y tampoco se le halló objeto alguno en sus ropas, por lo tanto se trata de un N.N. Con relación a las heridas presenta: lasceraciones en espalda y tórax, hematoma en la frente y a un lado del ojo derecho, encima del párpado izquierdo tiene una pequeña herida, muestra lividez y rigidez cadavérica y en estado cianótico. ... SE DEJA CONSTANCIA que cerca a este lugar, están las Instalaciones de BOMBEROS y el DISTRITO DE POLICIA LA CANDELARIA". (Fl. 58 y 58 vto.).

La necropsia practicada ese mismo día anota : "Con erosiones en todo el tronco, en ambos codos y frente. Con frialdad, rigidez y lividece dorsales. Múltiples equimosis lineales en dorso del tronco que demarcan objeto contundente lineal y menores de 15 cms. de longitud. Piel con lesiones de arrastre post-mortem en dorso del tronco y miembros inferiores".

"DIAGNOSTICO MACROSCOPICO

"Huellas de múltiples contusiones en la superficie corporal y en pulmones, arrastre en vida y post-mortem.

"CONCLUSION.

"El deceso de N.N. (JESUS ANTONIO DURANGO PATIÑO), fué consecuencia natural y directa de la hipoxia desencadenada por trauma contuso

en tórax y bronconeumonía sobreagregada en una persona con una enfemedad coronaria - arterioesclerótica - que estrechaba el 70% de la luz, y ya había producido efectos isquémicos en el corazón como lo demostraban las cicatrices fibrosas descritas".

Con estos elementos, considera la Sala, se encuentra demostrado que la causa de la muerte del señor Jesús Antonio Durango Patiño fueron las múltiples contusiones y golpes sufridos a manos de los agentes de la policía, cuando tres días antes lo habían retenido en cercanías de la Gobernación del Departamento.

Poco importa que haya ingresado o no a la estación de policía La Candelaria. Si bien existen serios indicios de que efectivamente estuvo allí: lo expresado por el suboficial Cano S. al hermano de la víctima, el hecho de haber encontrado la cédula de ciudadanía de aquél en ese lugar y la cercanía del sitio en donde fué encontrado el cadáver.

Poco importa también que no se haya identificado con nombre propio a los agentes causantes del daño. Precisamente una de las características de la teoría de la falla del servicio es que el daño imputable al Estado así sea anónimo, compromete su responsabilidad.

3. Inicialmente en relación con las personas capturadas o detenidas la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 1.981 acudió a la figura del depósito necesario de la mujer en el proceso de divorcio que contemplaba el art. 157 ord. 2° del C.C., hoy derogado por la ley 1a. de 1.976.

Se pretendió acudir a esa figura con el objeto de establecer una obligación de resultado para las autoridades: demostrar que devolvieron sano y salvo al retenido al seno de la sociedad. Había, pues, una especie de presunción de que todo daño que se presentara durante la retención le era imputable a aquéllas.

Ese criterio fue variado en sentencia del 6 de Diciembre de 1.988 con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo: "Ha dicho esta sala que todo detenido merece respeto en su integridad moral y física. Ninguna sindicación delictual por monstruosa que sea autoriza la tortura o la pena de muerte. Este proceso y otros que se han estudiado por la Corporación parecen dar a entender que el artículo 29 de la Carta, que en forma declamatoria prohíbe la pena capital, fuera una simple declaración retórica.

"Este proceder duele y hace pensar que la otra norma de la Constitución, la que habla de que las autoridades de la República están instituídas para proteger todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, puede llegar a ser simple letra muerta.

"La autoridad no puede salirse de los cauces trazados por la Constitución y la ley. Su fuerza moral está en ese respeto. ...

"Frente al detenido la autoridad militar tenía una obligación de resultado: respetar su vida, su integridad personal y psíquica.

"No es un caso de depósito necesario, figura desafortunada utilizada por la Sala en asunto similar fallado hace alguno años. No, es sólo el cumplimiento de un deber legal. Toda autoridad militar o de policía en su misión de reprimir la delincuencia debe capturar a las personas cuando sobre ellas pesa alguna sindicación. No nace con esa aprehensión una relación contractual para mantenerlo con vida. Es una obligación legal, ligada a las garantías constitucionales mismas".

En el presente caso ha debido demostrar la entidad demandada que liberó al retenido en las mismas condiciones de sanidad física y mental en las que lo había capturado, si pretendía exonerarse de toda responsabilidad. Ante la ausencia de ese hecho eximente, debe reparar los perjuicios ocasionados a los demandantes."

4. Se demanda el reconocimiento de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) así como los morales.

Para acreditar el primer rubro la parte demandante solicitó la práctica de un dictamen pericial que no halló ningún elemento para su tasación. No aparece demostrado en forma alguna en el proceso gastos de hospitalización, cirugía, entierro que permita determinar el monto actualizado del daño emergente.

Tampoco existe prueba sobre los ingresos que percibía el Señor Durango Patiño. Su hermano y su hijo en forma vaga afirman que el trabajaba en voladuras de rocas y piedras, pero no saben decir con quién ni a cuánto ascendían sus ingresos.

Con respecto al daño moral la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que estos se presumen entre cónyuges e hijos **hasta** en la suma equivalente a 1.000 gramos de oro para cada uno. En este sentido resulta bien ilustrativo el art. 106 del C.P. en cuanto afirma que el juez podrá fijar **prudencialmente** esa indemnización **hasta** el equivalente en moneda nacional, de un mil gramos de oro, teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido. Esto significa que no se tiene derecho en forma **automática** al máximo de la indemnización por daño moral toda vez que se trata de la reparación de un intangible más que de una compensación.

Así las cosas, se condenará al pago de 1.000 gramos de oro para la cónyuge Magdalena Posso y 500 gramos para cada uno de sus hijos Luz Mila, Ana Rosa, Marta Oliva, José Fernando, Jorge Iván y Gloria Estela Durango Posso.

5. En relación con la vista fiscal no entiende la Sala por qué razón la ausencia en el expediente del registro civil de nacimiento de la víctima daría lugar a sentencia absolutoria, cuando en lo único que incidiría es en la tasación del lucro cesante, que perfectamente podría deferirse al incidente que regulan los artículos 172 del C.C.A. y 308 del C de P.C., en el evento de que se hubiera encontrado procedente condenar a indemnización por tal concepto.

6. Inicialmente se dijo que este proceso era de única instancia por no exceder la suma de $2.880.000.oo (fl. 24 y 25). Posteriormente, se corrigió la demanda para decir que la cuantía excedía esa suma ($3.481.000) y debía tramitarse como de primera instancia. Por tal razón, de conformidad con el art. 184 del C.C.A. si esta sentencia no fuere apelada por la Administración, se ordenará su consulta ante la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. Declárese a la Nación (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) responsable de la muerte del Señor Jesús Antonio Durango Patiño, hecho ocurrido en la Ciudad de Medellín el día 21 de julio de 1.986.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se le condena al pago de 1.000 gramos de oro en favor de la Señora Magdalena Posso de Durango; y 500 gramos de oro en favor de Luz Mila, Ana Rosa, Marta Oliva, Jose Fernando, Jorge Iván y Gloria Estela Durango Posso, para cada uno como indemnización por el daño moral sufrido a raíz de la muerte de su cónyuge y padre, respectivamente. Para tal efecto se tomará su cotización a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

3. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

4. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los arts. 176 y ss. del C.C.A.

5. Si no fuere apelada por la Administración, consúltese. (art. 169 C.C.A.)."

II. VISTA FISCAL

La Fiscal Segundo de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo discurre dentro del siguiente temperamento:

"Se dice también en la demanda, que el día 18 de julio 1.986 en las horas de la tarde fué capturado Jesús Antonio Durango Patiño, por dos agentes de la Policía Nacional; como el civil opuso resistencia, fue golpeado fuertemente y esposado fué conducido a rastras hasta la carrera Bolívar con calle Calibío, ; en ese lugar se sumaron otros tres agentes quienes le propinaron brutales golpes al detenido. Lo anterior fué presenciado por la ciudadanía que imploraba a los policías cesaran de golpear al sujeto. En forma directa intervino el señor Nicolás Ochoa, administrador de la pastelería Santa Clara y poco mas tarde el joven Jorge Durango, hijo de la víctima, quien casualmente pasaba por el sitio.

El detenido fué arrastrado hasta un vehículo oficial identificado con placas No. 69-31.

Al día siguiente de los hechos los familiares de Jesús Antonio se dirigieron a la Estación de Policía para averiguar por el detenido, pero los agentes se negaron a dar información, desconociendo los hechos. Sin embargo, la cédula de ciudadanía de Jesús Antonio Durango apareció en la Estación y le fue entregada a una de sus hijas.

El cuerpo sin vida de Durango Patiño fué encontrado después en cercanías de la Estación, en las orillas del río Medellín. El Juzgado 20 de Instrucción Criminal hizo el levantamiento del cadáver, y el 21 de julio de 1.986 le fué practicada la necropsia y reconocido por sus familiares.

Tramitado el proceso de acuerdo con las normas, se allegaron las pruebas sobre la forma en que se sucedieron los hechos.

El Tribunal se refirió a las declaraciones de los diferentes testigos presenciales para establecer, que el sujeto Jesús Antonio Durango fué detenido por los agentes de policía, siendo víctima de los malos tratos y golpes que estos le propinaron. Se comprobó igualmente, que fué conducido por los agente en un vehículo oficial para después aparecer muerto. Se presume pues, que al detenido le sobrevino la muerte estando bajo la custodia de las autoridades.

El resultado de la necropsia visible al folio 53 demuestra que Jesús Antonio Durango murió a consecuencia de los múltiples golpes de que fué víctima.

Como la Policía estaba obligada a velar por la integridad del detenido, y como éste resultó muerto, sin que se haya probado que fué puesto en

libertad sano y salvo, debe declararse la responsabilidad del ente oficial y condenársele a pagar los perjuicios.

En el expediente no se demostró de manera satisfactoria el trabajo que desempeñaba la víctima. Por lo que el Tribunal negó los perjuicios materiales. Aunque este extremo del proceso a podido ser objeto de prueba posterior en un incidente de regulación de perjuicios, por tratarse de una consulta no podrá ser modificado.

La parte interesada interpuso recurso de apelación, que fué desechada por extemporáneo.

Así pues, que la sentencia deberá ser confirmada y así lo solicita esta agencia del Ministerio Público".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La Sala encuentra que en el *sub-lite* el *a-quo* hizo una juiciosa y seria valoración de la prueba lo que le permitió concluir, sin espacios para la duda, que la falla del servicio estaba debidamente acreditada. Como en la parte medular de la sentencia consultada se transcribe, en lo pertinente, el universo de lo dicho por los declarantes NICOLAS ALBERTO OCHOA ROLDAN, ANTONIO JOSE JARAMILLO GOMEZ, MAXIMO DURANGO PATIÑO, y JORGE IVAN DURANGO POSSO, la Sala desea registrar simplemente que con lo expuesto por el primero de los nombrados habría sido suficiente para llegar a la misma verdad jurídica. El Señor Ochoa Roldán percibió en forma directa la forma como los agentes de la policía traían a la víctima, esposada a la espalda, golpeándola y arrastrándola. Por ello tuvo compasión por su suerte e imploró por ella recibiendo, de los agentes del orden, la inaceptable respuesta de que "NO SE META EN LO QUE NO LE IMPORTA". Hizo bien el testigo en responder que la víctima era una persona humana que tenía derecho a un trato mejor. Mas significativa su deposición cuando agrega que "ME ARRIME A LA BRAVA PORQUE NO ME IBAN A DEJAR METER, LO LEVANTE Y LE REVISE UNA HERIDA QUE TENIA EN LA FRENTE: ". Testimonios como éste reconfortan el espíritu y hacen renacer la fé en la prueba testimonial, tan venida a menos en los tiempos que corren. A lo largo de su exposición el declarante recuerda que el agente de la policía le dijo que se trataba de un CRIMINAL, fluyendo de inmediato la respuesta "FUERA LO QUE FUERA NO TENIA PORQUE TRATARLO ASI ...". La Sala destaca el valor de personas que como el señor Ochoa Roldán deponen sin temores y actúan en todo momento viendo a sus conciudadanos como personas y no como cosas, y no se dejan encerrar en las devastadoras consecuencias de las actitudes que centran solo en el grupo, teniendo el valor de arriesgar su vida para salvar la del hermano. Curar o revisar las heridas es muestra de altruísmo excesivo, pues en ese momento hizo mas de lo que era su deber. La valoración que se deja hecha del citado testimonio es suficiente para no cuestionar la existencia de la falla del servicio.

B) Dentro del proceso se demostró igualmente, el matrimonio de la señora María Magdalena Posso con el señor JESUS ANTONIO DURANGO.y la calidad de hijos legítimos que tienen los demandantes GLORIA ESTELA, LUZ MILA, ANA ROSA, MARTA OLIVA, JOSE FERNANDO Y JORGE IVAN DURANGO POSSO (C.1 Fol 3 y ss.ss), realidad que los legitima para impetrar la condena que se fulminó en la sentencia consultada.

Como la condena fué solo por perjuicios morales subjetivos, la Sala patrocina el temperamento que ella tiene, siendo verdad aceptada por la doctrina y la jurisprudencia que la fijación del monto de los mismos rige al arbitrio judicial, no pudiendo el *ad quem* hacer mas oneroso el fallo cuando conocen de éste y sólo en el grado de consulta.

La realidad que se deja precisada lleva a la confirmación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el día quince (15) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989).

C) A manera de pedagogía jurídica y judicial. la Sala desea aprovechar la ocasión para recordar, como tantas veces lo ha hecho que es necesario que la fuerza pública sea formada y educada dentro de la filosofía que ve en el hombre el ser mas importante de la creación, pues como lo anotaba Tomás y Valiente al terminar una conferencia sobre la tortura judicial en la Universidad de Salamanca. en el año de 1.971, no hay en el mundo nada mas importante y valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre.

El sentido de respeto hacia la persona humana y su dignidad ha sido reivindicado por la conciencia universal especialmente al final de la segunda guerra mundial y se plasmó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en la 183 Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1.948, donde se proclama:

Que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Que " nadie estará sometido a esclavitud ni servidumbre".

Que " nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

El Estado está obligado, pues, a reconocer esos derechos y hacerlos respetar. Ese deber vincula tanto al legislador, como al ejecutivo y a los tribunales, sólo

que éstos últimos se encuentran ante la triste realidad de los hechos cumplidos y tienen que limitar su acción a sancionar al delincuente y a ordenar las indemnizaciones de ley.

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°) CONFIRMASE la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el día quince (15) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989) dentro del proceso del rubro;

2°) Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE,COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO/ CONTRATO DE TRACTO/ SUCESIVO

El evento *sub examine* se refiere a la solicitud de declaratoria de resolución de un contrato interadministrativo de aquellos en que por naturaleza el cumplimiento de las prestaciones que componen su objeto es periódico es decir, es un contrato de tracto sucesivo. En ellos no hay lugar a hablar en estricto sentido de acción de resolución del mismo, sino de terminación o resciliación del contrato. Basada en su capacidad interpretativa, entiende la Sala que el interés del actor fue obtener que se declarara la terminación del contrato con la consecuente indemnización de perjuicios.

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

Bogotá D.E., diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.*

Referencia: Expediente No. 5656. Actor: Empresas Municipales de Cali "Emcali".

Procede la Sala a decidir el grado de consulta de la sentencia del 18 de octubre de 1.988 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Las Empresas Municipales de Cali, Emcali, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 87 del C.C.A., demandan la resolución del contrato suscrito entre dicho establecimiento público y el Municipio de Puerto Tejada (Cauca), el cual se protocolizó mediante escritura pública número 4.448 del 19 de agosto de 1.966, de la Notaría Segunda de Cali.

2. El contrato interadministrativo mencionado tenía por objeto que Emcali suministrara y distribuyera energía eléctrica para el alumbrado público de la población de Puerto Tejada, en la cantidad que fuera precisa para cubrir las necesidades de dicho servicio, recibiendo como contraprestación del mismo 0.04 centavos de peso por watio instalado, los cuales serían pagados por el Municipio de Puerto Tejada dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura. La mora en el pago de las facturas presentadas obligaba al Municipio de Puerto Tejada a reconocer a Emcali interés moratorio equivalente al 1% mensual, en tanto que el término de duración del contrato era de 20 años, prorrogables por períodos no inferiores a 10 años.

3. En la fecha de presentación de la demanda, las Empresas Públicas de Cali-Emcali, estimaron que el Municipio de Puerto Tejada les adeudaba por concepto del no pago del servicio prestado la suma de $27.352.778.04, para lo cual presentaron como prueba las facturas insolutas correspondientes. Solicitaron, en consecuencia la resolución del contrato y el pago de las sumas adeudadas, incluyendo la indemnización correspondiente por lucro cesante y el daño emergente sufrido por ellas a causa del incumplimiento del contrato por parte del Municipio de Puerto Tejada.

4. Admitida y notificada la demanda, se decretaron las pruebas solicitadas por el actor, sin que la entidad demandada respondiera la demanda,ni aportara pruebas que controvirtieran las afirmaciones y pruebas presentadas por la entidad demandante.

5. Surtida la etapa probatoria, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, sin que ninguna de ellas lo hiciera.

6. El Tribunal Superior del Cauca, previo concepto del agente fiscal, procedió a dictar sentencia favorable, decretando la resolución del contrato y condenado al Municipio de Puerto Tejada a pagar los perjuicios causados por su incumplimiento, fundamentando su decisión en las consideraciones que se resumen así:

a. Se acreditó en debida forma la existencia y representación de la entidad demandante; así como la existencia, legalidad y contenido del contrato de suministro de energía eléctrica para el alumbrado público, suscrito entre ésta y el municipio de Puerto Tejada y protocolizado mediante escritura No. 4.448 de la Notaría 2ª de Cali, otorgada el 19 de agosto de 1.966.

b. El representante legal del Municipio de Puerto Tejada fue notificado de la demanda, sin obtener que él o alguna otra autoridad del municipio prestara atención alguna al proceso, o hiciera cualquier observación sobre el mismo.

c. De acuerdo con las pruebas presentadas por el actor, no controvertidas por la contraparte, ésta adeudaba a aquella al 19 de julio de 1.985, por razón del contrato mencionado la suma de $27.352.778.04, suma que en marzo 9 de 1.987 ascendía a $41.16.095. (fl. 194-195).

d. Concluye el Tribunal afirmando que "el incumplimiento en el pago de determinada (sic) la resolución del contrato de suministro de energía en virtud de la norma general prevista en el artículo 1546 del C.C., con el consiguiente pago de perjuicios; y ordenando que la regulación de estos se haga vía incidental "ordenando para ello, tomar en consideración el estado actual de la cuenta del Municipio de Puerto Tejada con Emcali, con deducción obviamente de las sumas que se hubiesen abonado al 1° de octubre de ese año (1.988) y los intereses convenidos en la cláusula novena del contrato extendido en la escritura pública N° 4.448 del 19 de agosto de 1.966 de la Notaría Segunda del Circuito de Cali.

7. El apoderado del Municipio de Puerto Tejada -Cauca- interpuso recurso de apelación contra la sentencia del tribunal. No obstante, no lo sustentó, razón por la cual éste fue declarado desierto, ordenándose que se diera trámite al grado de consulta que procede de acuerdo con el artículo 184 C.C.A. Corrido el traslado a las partes, éstas no se presentaron alegatos de conclusión.

8. La Fiscalía Segunda de esta Corporación emitió el concepto respectivo, solicitando "se revoque la sentencia del tribunal y se abstenga de resolver, por improcedencia de la acción. Fundamenta su concepto de fondo, en las siguientes consideraciones:

> "En relación con la demanda, llama la atención que solamente en la postrimería del contrato, después de transcurridos más de 18 años de vigencia, se aduzca la falta de cancelación de unos recibos, para solicitar la resolución de un contrato interadministrativo de suministro de energía constitutivo de un servicio público de primordial importancia para la comunidad".
>
> "Mas parece que las Empresas, ante la proximidad de vencerse el término de 20 años de contrato y no habiendo realizado el cobro por vía ejecutiva, hayan optado por presentar demanda contractual ante lo contencioso administrativo. Nótese que la demanda fué presentada en julio 30 de 1.985 y en el término contractual vencía en agosto de 1.986".
>
> "En la sentencia, como ya se vió, se declaró resuelto el contrato como lo solicitó la parte Actora. Pero resulta, que en los contratos de tracto sucesivo, como el presente, no es procedente la resolución, pues ésta implica deshacer retrospectivamente los efectos del contrato hasta su etapa inicial, lo cual no puede suceder sino en los contratos instantáneos".

"Con mayor razón cuando el término de duración del contrato ya estaba para vencerse cuando se presentó la demanda y había vencido cuando se profirió la sentencia de primera instancia".

"En la demanda solamente se señalaron como perjuicios, el daño emergente y el lucro cesante, ciñendose así a lo que establece el art. 1617 del C.C. sobre la materia y a la cláusula novena del contrato".

"Por otra parte se observa, que por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, las obligaciones también se causaron periódicamente y cada una de ellas se hizo exigible al vencimiento del plazo estipulado en el contrato".

"La demanda en el fondo, lo que busca es hacer efectivas las referidas obligaciones. Pero como es apenas obvio, la vía procesal escogida por el Actor no es la adecuada para lograr esta finalidad". (fls. 216 y 217 C.1).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la decisión del a-quo deberá ser confirmada parcialmente, pues ella se sustenta en un juicioso análisis probatorio y de los hechos. Sin embargo, considera necesario hacer las siguientes precisiones:

El evento subexamine se refiere a la solicitud de declaratoria de resolución de un contrato interadministrativo de aquellos en que por naturaleza el cumplimiento de las prestaciones que componen su objeto es periódico, es decir, es un contrato de tracto sucesivo. En ellos no hay lugar a hablar en estricto sentido de acción de resolución del mismo, sino de determinación o resciliación del contrato.

Y bien es sabido que, cuando la administración incumple alguna o algunas de las obligaciones que asume en virtud de un contrato, el contratante cumplido tiene alternativamente dos posibilidades: o pide la resolución o terminación del contrato, o bien solicita el cumplimiento del mismo, incluyendo ambos caminos el resarcimiento o indemnización por los perjuicios causados.

Pese a que tanto el actor como el Tribunal se equivocan cuando, el primero solicita y el segundo decreta la solución del contrato, en lugar de referirse uno y otro a la terminación del mismo, esta Sala, apartándose del criterio de la colaboradora fiscal, no encuentra en ello razón suficiente para abstenerse de fallar, sino que, basada en su capacidad interpretativa entiende que el interés e intención del actor fueron precisamente obtener que se declara la terminación del contrato con la consecuente indemnización de perjuicios.

Ahora bien, no obstante que la declaratoria de terminación del contrato por parte del *a-quo* es posterior a la terminación misma del contrato por expiración del término de vigencia de 20 años contemplados por él, procede efectuar esta

declaratoria de terminación y no la de resolución, pues los efectos de una y otra difieren.

En efecto, de estarse a lo decretado por el *a-quo* el contrato se entendería extinguido desde la fecha de su celebración, en tanto que con la declaratoria de terminación del mismo, la sentencia tendrá efectos hacia el futuro y por tanto los suministros de energía realizados por el actor y los pagos efectuados -si los hubiere- por el Municipio tendrán que reconocerse, para efectos de la regulación de perjuicios y la determinación del monto del incumplimiento por parte del ente publico demandado.

Así las cosas, y demostrada como quedó la caducidad de la acción, mediante la prueba de la vigencia, legalidad y contenido del contrato interadministrativo celebrado por las Empresas Públicas de Cali-Emcali y el Municipio de Puerto Tejada-Cauca-, y habiéndose además probado el incumplimiento del mismo por parte de éste, esta Sala, con la salvedad hecha respecto a la calificación dada a la acción tanto por el actor, como por el Tribunal, comparte la decisión del *a-quo*, y en consecuencia de lo anterior 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: Modifícase el numeral 1°) de la Sentencia de 18 de octubre de 1.988 del Tribunal Administrativo del Cauca, el cual quedará así:

1.) Se declara terminado, por no haberse realizado el pago de la energía eléctrica suministrada para alumbrado público, dentro del plazo estipulado, el contrato interadministrativo de concesión y suministro de energía celebrado entre el establecimiento público "Empresas Municipales de Cali -Emcali" y el Municipio de Puerto Tejada, protocolizado con la escritura pública N° 4.448 de 19 de agosto de 1.966 de la Notaría Segunda del Circuíto de Cali.

SEGUNDO: Confírmase el numeral 2° de la mencionada providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES/ DERECHO DE DOMINIO- Inmuebles/ LEGITIMACION EN LA CAUSA

Con la indemnización por ocupación permanente, quien alega el carácter de dueño tendrá la carga de probar no sólo que es titular de ese derecho, sino que está en condiciones de transferirlo al ente público que le debe pagar la indemnización correspondiente. En otras palabras, debe acompañar la escritura pública de adquisición con sus constancias de registro, acompañadas del certificado del registrador sobre suficiencia del título. Por algo la misma Corte Suprema cuando conocía de estos asuntos los asimilaba a una acción reivindicatoria, con la diferencia de que como no podía ordenarse la restitución del inmueble, se condenaba al pago de su equivalencia en dinero.

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

Bogotá, D.E., Noviembre diez y seis (16) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5868. Consulta. Actor: Jose Domingo Pedreros y Otra.

Se decide el grado de consulta contra la sentencia de fecha 11 de mayo de 1.989, proferida por el tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

" Primero.- Declárase no probada la excepción propuesta por la parte demandada.

" Segundo.- Declárase que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. es responsable de los perjuicios ocasionados con la ocupación permanente de los lotes números 17 y 18 de la Manzana A de la Urbanización El Triunfo (San Luis), ubicados en el municipio de Suba, Distrito Especial y distinguidos con los números 128-A-67 y 128-A-61 de la carrera 47, respectivamente, de la nomenclatura urbana y determinados por los linderos descritos en esta sentencia.

" Tercero.- Como consecuencia de la declaración anterior la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. pagará al señor José Domingo Pedreros y a la señora María Teresa Clavijo de Pedreros los siguientes valores por concepto de perjuicios materiales ocasionados con la ocupación permanente de los mencionados lotes.

" a.- Por concepto de daño emergente la suma de $3.442.500.oo que se actualizará en la forma indicada en la parte motiva de esta sentencia.

" b.- Por concepto de lucro cesante los intereses legales del 6% anual causados sobre la suma de $765.000.oo entre el 20 de junio de 1.977 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

" Cuarto.- Esta sentencia protocolizada y registrada obrará como título traslaticio de dominio de los mencionados lotes y a favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

" Quinto.- La suma en pesos equivalente a la condena ganará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y comerciales moratorios del vencimiento de este término hasta su cancelación.

" Sexto.- Para el cumplimiento del presente fallo dese aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.".

En la demanda se formulan las siguientes pretensiones:

"PRIMERA.- Que se declare a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. responsable de la ocupación de hecho permanente en los lotes 17 y 18 de la manzana A, de la Urbanización EL TRIUNFO "SAN LUIS" zona de Suba D.E. de Bogotá, predios distinguidos con los números 128-A-67 y 128-A-61 de la carrera 47, de la nomenclatura urbana, cuyos linderos y demás anexidades fueron determinados en los hechos de este libelo.

"SEGUNDO.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., al pago por su valor comercial actual de los mencionados inmuebles.

"TERCERO.- Que igualmente se condena a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. al pago de los daños y perjuicios que le han causado hasta la fecha a mis representados por la ocupación de los inmuebles de su propiedad. Dichos perjuicios deberán ser tasados al tenor de lo establecido en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

"CUARTO.- Que se condene en costos a la parte demandada.".

Los hechos descritos en el escrito introductorio se sintetizan así:

1.- Que los señores José Domingo Pedreros y Mary Teresa Clavijo de Pedreros son propietarios de los lotes números 17 y 18 ubicados en la manzana "A" de la urbanización "El Triunfo", situada en la zona de Suba de esta ciudad, identificados con el número de matrícula inmobiliaria 050-0259234 y que corresponden a los números 128-A-67 y 128-A-61 de la carrera 47 de la nomenclatura urbana de la División de Catastro del Distrito Especial.

2.- Que el hecho anterior aparece certificado en la escritura de compraventa No. 7466 del 17 de septiembre de 1.974, suscrita en la Notaría Novena de la ciudad de Bogotá.

3.- Que en el año de 1.976, debido a la construcción del canal "Córdoba" por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, la propiedad de los actores fué ocupada en forma total por la citada empresa.

4.- Que los esposos Pedreros no han sido hasta la fecha notificados de negociación o expropiación alguna referente a los lotes que son objeto de esta demanda.

5.- Que la ocupación de hecho de sus propiedades ha causado a los poderdantes perjuicios de orden económico que deben ser indemnizados.

El *a-quo* accedió a las pretensiones de la demanda con los argumentos que a continuación se sintetizan:

1.- Que la administración cuando ocupa un inmueble de propiedad privada con el objeto de construir una obra pública, debe indemnizar a su propietario, so pena de violar el principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

2.- Que en el expediente se encuentran debidamente acreditados los tres elementos requeridos para reconocer la indemnización en estos casos a saber:

a) La ocupación permanente del inmueble, situación que se encuentra demostrada con la inspección judicial realizada sobre el inmueble y el dictamen de los peritos.

b) La propiedad del inmueble, hecho que se encuentra demostrado con "la segunda copia tomada del original de la Escritura Pública 7466 del 17 de Noviembre de 1.974 de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá con la constancia del Registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, efectuado el 31 de Diciembre de 1.974 en el folio de matrícula número 050-0259232." (fl. 203 cuaderno 1).

c) El daño ocasionado con la ocupación. Este elemento se encuentra demostrado con el mismo hecho de la ocupación, pues producida ésta se despojó a los demandantes de la posesión de los inmuebles ocupados y, además, con la destinación de los mismos a una obra pública resultaron afectados en su derecho de propiedad, como quiera que parte de los lotes ingresaron al patrimonio de la entidad demandada. De otro lado, como se constató en la diligencia de inspección judicial y lo señalan los peritos en su dictamen pericial, la construcción del Canal de Córdoba dió lugar a que se construyera una servidumbre de tránsito sobre las partes de los lotes no afectados con la obra pública" (fl. 205 C.1).

LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

La apoderada de la actora, con argumentos similares a los de la demanda, solicita que se confirme la sentencia consultada y que se adicione con la condena al pago de los frutos civiles (fls. 214 a 216 C. 1).

La parte demandada no se hizo presente en esta instancia.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal 2a. de la Corporación solicita se confirme la sentencia, pues considera que en el expediente se encuentran debidamente acreditados los presupuestos de la sentencia favorable al demandante (fls. 218 a 222 C. 1).

SE CONSIDERA

El proceso se inició ante la jurisdicción ordinaria por demanda presentada ante el juzgado civil del circuito de Bogotá el 24 de Junio de 1.983 (folio 48 vto. C. 1).

Al entrar en vigencia el Decreto 01 de 1.984 (1° de marzo) fué remitido a la jurisdicción contencioso administrativa (fls. 127 y vto. C. 1), la cual avocó su conocimiento por auto de julio 6 de 1.987 (fl. 138 C. 1) proferido por el tribunal administrativo de Cundinamarca.

El *a-quo* estimó que en el proceso se acreditaron debidamente los presupuestos para ordenar el reconocimiento de la indemnización por ocupación permanente de un inmueble con ocasión de la construcción de una obra pública. En lo relacionado con la prueba de la propiedad la da por establecida con "la segunda copia tomada del original de la Escritura Pública 7464 del 176 de noviembre de 1.974 de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá con la constancia del Registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, efectuado el 31 de diciembre de 1.984 en el folio de matrícula 050-1259234" (fl. 203 C. 1).

Para la Sala el asunto amerita algunas reflexiones previas, ya que el punto ha tenido diferente tratamiento en la jurisprudencia de la Sala, como pasa a explicarse:

1) Inicialmente se adoptó el criterio general que aparece sintetizado en la sentencia de 20 de octubre de 1.987, en el sentido de que quien alega el carácter de propietario de un inmueble con fines indemnizatorios debía no sólo acompañar la escritura pública correspondiente con sus notas de registro, sino el certificado de libertad. Allí se dijo:

"En casos como el sub judice, en que los actores alegan el carácter de dueños de los inmuebles que sufrieron daños por hechos de la administración, se ha exigido como prueba para la legitimación activa, la copia de la escritura pública de adquisición del inmueble acompañada con el certificado de libertad expedido por el registrador de instrumentos públicos. Se ha hecho esta doble exigencia, porque se estima que la escritura pública prueba la existencia del contrato pero no la tradición. Como también que esa escritura con la nota de registro demuestra que se efectuó la tradición en favor del adquirente, pero no la vigencia del título de dominio en cabeza de la persona que quiera hacer valer judicialmente los derechos derivados de su propiedad. En otras palabras, con ese certificado del registrador se acredita la vigencia del título alegado por el demandante al momento de la presentación de la demanda y la prueba de su legitimación activa." (Expediente 5025. Actor: Pedro José Sarmiento Romero).

En este mismo sentido, se aplicó el criterio de las sentencias correspondientes a los procesos #s. 4493 (Beatriz María Martínez) y 5230 (Germán H. Montoya), en su orden, de enero 30 de 1.987 y septiembre 23 de 1.988.

2) En la sentencia de octubre 5 de 1.989 (Proceso 5320 Marta Cecilia Klinker de Jaramillo, ponente Doctor Gustavo de Greiff Restrepo) se precisó el alcance de la tesis y se dijo que bastaba al actor, en casos como el allí estudiado, demostrar el derecho de propiedad con la escritura de adquisición correspondiente, con las notas de registro de rigor.

En este fallo se expresó:

"La Sala no comparte la tesis del *a-quo* según la cual la actora debía, además, comprobar que en el momento de promover el presente proceso todavía ostentaba su calidad de dueña mediante certificado actualizado de la misma Oficina de Registro.

"Para la Sala, quien invoque ser el propietario de un inmueble, para derivar de este despacho alguna pretensión, sólo tiene que demostrar el título por el cual adquirió y que se le hizo la tradición y si el demandado pone en duda esa calidad, es él quien tiene la carga de demostrar su afirmación, lo que logrará mediante el certificado actualizado de la Oficina de Registro, en el cual conste que el actor ya no es propietario.

"Ninguna norma, ni del Código Civil, ni del Procedimiento Civil, ni del Decreto 1250 de 1.970, ni en general de cualquier otro estatuto, le impone al que alega ser propietario de un inmueble, la carga de llevar al proceso el mencionado certificado. Lo único que exige el art. 256 del estatuto procesal es que "cuando la ley exija la inscripción de un documento en un registro público, la copia que se aduzca como prueba deberá llevar la nota de haberse efectuado aquella...".

"Demostrado por el actor el derecho de dominio mediante el título y el modo, al demandado le correspondería demostrar que se extinguió en cabeza de aquél, si es que desea deducir de este hecho consecuencias en su favor. (Actori incumbi probatio reus in excepiendo fir actor)."

3) Para la Sala es esta la oportunidad para introducir una precisión más, porque estima que ninguno de los dos extremos puede generalizarse, ya que una y otra tesis tienen su operancia, según sea el caso controvertido. Así, el demandante legítima su interés a una indemnización apoyado en su derecho de dominio, sin que la sentencia favorable implique la transferencia de este derecho, la tesis enunciada en el punto segundo conserva toda su vigencia, puesto que el debate parte del supuesto de que el demandante es titular de ese derecho de dominio y que por eso demanda y no implica propiamente una definición sobre la propiedad misma.

Como ejemplo pueden citarse las acciones indemnizatorias relacionadas con los daños en la propiedad inmueble causados, bien por trabajos públicos o por su ocupación transitoria. En cambio, como sucede con la indemnización por ocupación permanente, quien alega el carácter de dueño tendrá la carga de probar no sólo que es titular de ese derecho, sino que esta en condiciones de transferirlo al ente público que le debe pagar la indemnización correspondiente. En otras palabras, debe acompañar la escritura pública de adquisición con sus constancias de registro, acompañada del certificado del registrador sobre suficiencia del título. Por algo la misma Corte Suprema cuando conocía de estos

asuntos los asimilaba a una acción reivindicatoria, con la diferencia de que como no podía ordenarse la restitución del inmueble, se condenaba al pago de su equivalencia en dinero.

En el *sub lite* la falta del certificado de tradición y libertad se suplió mediante acto para mejor proveer, ya que con la demanda sólo se trajo copia de la escritura #7464 de la Notaría 9a. de Bogotá, con la constancia de su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (a folio 15 vuelto del C. #1).

La exigencia en el caso concreto es clara, ya que el proceso versa sobre la ocupación permanente de inmueble y en éstos, como en los reivindicatorios, el dominio en cabeza del demandante tendrá que quedar adecuadamente probado para efectos de la legitimación.

Además, es conveniente precisar que de acuerdo con el artículo 219 del C.C.A. (56 del decreto 2304 de 1.989) las sentencias condenatorias dictadas en los procesos indemnizatorios por ocupación permanente de la propiedad con ocasión de trabajos públicos, son título traslaticio de dominio a favor de la administración y por ello es esencial que en el proceso se acredite la vigencia del título en cabeza del demandante; circunstancia que sólo puede ser demostrada con el certificado de tradición y libertad, válido a la fecha de presentación de la demanda, expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados. De lo contrario se podría presentar la situación de que la condena se hiciera a favor de quien ya no es titular del derecho de dominio que se indemniza y que la sentencia no pudiera inscribirse como título traslaticio de dicho derecho por no afectar a dicho titular.

Precisado lo anterior y vista la argumentación expuesta en la sentencia consultada, la Sala estima que deberá confirmarse por hallarse ajustada a la ley. Apreciación en la que también coincide la señora fiscal, tal como se lee a folios 220 y siguientes del cuaderno principal.

Estima la Sala que sobra repetir la seria motivación escrita por el *a-quo*. Y si bien no tiene objeción en el problema de fondo y en la determinación del daño emergente a partir del 22 de marzo de 1.985, fecha del dictamen pericial, por un valor de $3.442.500 a razón de 9.000 el mt^2, , tampoco encuentra objeción en la actualización de dicha cifra, mediante la fórmula Vp= vh(ind.f/ind.i); o sea Vp = $3.442.500 (ind.f/ind.i); siendo el ind.f el índice final a la fecha de ejecutoria del presente fallo e ind.i el índice inicial correspondiente a abril de 1.985.

En cuanto al lucro cesante, la Sala comparte la aplicación del interés técnico del 6% anual, precisamente por haberse decretado también la revaluación del daño emergente. Discrepa sí del *a-quo* en que debió aplicar ese interés al valor histórico, o sea sobre $3.442.500 y no en relación con $765.000.OO como lo dispuso el tribunal. Pese a esto, la sentencia no podrá

modificarse en este campo por venir precisamente en consulta, la cual se entiende siempre impuesta a favor de la entidad demandada, cuando la sentencia de primera instancia le impone obligación a su cargo.

Por lo expuesto y de acuerdo 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 la sentencia consultada de 11 de mayo de 1.989.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 15 de noviembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Ramirez Arcila, Carlos Gustavo Arrieta P., Julio Cesar Uribe Acosta.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

EXPROPIACION/ TRANSITO DE LEGISLACION/ INCORA/ CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL

Al darse el tránsito de legislación y el cambio de jurisdicción bajo el régimen nuevo, aquellos procesos que se encontraban en primera instancia ante el juez del circuito debieron haber pasado en primera instancia ante el Tribunal Administrativo respectivo. Los que se encontraban en segunda instancia, han debido hacerlo ante el Consejo de Estado. Sin embargo, ¿qué ha debido ocurrir con aquellas providencias que se encontraban en segunda instancia, pero que, por virtud del artículo 25 de la Ley 30 de 1.988, dejaron de tenerla? La Sala considera que lo procedente en este evento es que tal segunda instancia se debe continuar surtiendo hasta su terminación en el Consejo de Estado, así se trate de aquellas decisiones del juez que, bajo el régimen de la Ley 30 de 1.988, no son susceptibles de apelación. Si el recurso de apelación no su hubiese aún tramitado, el interesado no podría interponerlo, pues la Ley 30 le privó de ese derecho, mas no ocurre así con los ya interpuestos y tramitados, los cuales deben continuar hasta su terminación.

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

Bogotá, D.E., veintidos (22) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla,*

Referencia: Expediente No. 6045. Actor: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora contra el auto de 18 de septiembre de 1.988, por el cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dispuso anular la actuación surtida por esa Corporación, y remitir el expediente al Tribunal Superior de Cúcuta, para que este se pronunciase sobre el recurso de reposición interpuesto con anterioridad contra la providencia de 17 de agosto de 1.988, por la cual dicho tribunal había declarado en segunda instancia, la nulidad del proceso a partir de la fijación del edicto emplazatorio.

Para la mejor comprensión de los hechos del caso sub-judice, la Sala se permite resumirlos así:

1. Con fecha 21 de octubre de 1.986, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - Incora presentó ante el Juez Civil del Circuito de Cúcuta, demanda de expropiación de un predio, ordenada por la Resolución 00241 de enero 25 de 1.984 y aprobada por la Junta del Instituto mediante Resolución 002 de la misma fecha.

2. Surtido el trámite, mediante providencia de 1 de marzo de 1.988, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cúcuta resolvió abstenerse de decidir sobre el fondo de la litis, pues consideró que se dió, durante el proceso, un "replanteo de linderos" del inmueble materia del mismo.

3. Contra la providencia anterior, interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial el apoderado del Incora, recurso decidido por dicha corporación el 17 de agosto de 1.988, oportunidad en la cual se decidió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la fijación del edicto emplazatorio en secretaría,. Para ello el Tribunal Superior, en Sala Unitaria, se fundamentó en que tal fundación no se había realizado en el inmueble objeto de la expropiación, habiéndose infringido así el inciso 2 del artículo 452 del C. de P. C., incurriéndose en la causal de nulidad prevista en el numeral 8 del artículo 152 del C. de P.C.

4. Contra dicha providencia interpuso recurso de reposición el apoderado del Incora, solicitando que se aclarase si la nulidad declarada incluía o no la de las diligencias de entrega previa de algunos lotes de terreno, diligencias realizadas por el Juzgado de Cúcuta durante el trámite del proceso y antes de su decisión inhibitoria.

5. Antes de decidir el recurso interpuesto, el Tribunal Superior procedió a enviar el expediente correspondiente al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por considerar que, de acuerdo con el artículo 65 del decreto 1127 de 1.988, reglamentario de la Ley 30 de ese año, se había presentado una "derogatoria de jurisdicción" (fl. 200).

6. Mediante auto de marzo 10 de 1.989, el Tribunal Administrativo decide avocar el conocimiento, por ser competente para ello.

7. Mediante auto de 3 de mayo de 1.989, el mismo tribunal ordena rechazar in limite la demanda presentada por el Incora, por Caducidad de la Acción, pues esta se había solicitado ante el Juzgado el 21 de Octubre de 1.986, con base en resoluciones de enero de 1.984.

8. Ante la anterior decisión, el Fiscal Primero interpuso recurso de reposición, el cual fuera decidido por auto de 23 de mayo de 1.989, en el cual se revoca en su integridad el auto de mayo 3.

9. Mediante auto de 27 de junio de 1.989, el Tribunal optó por decidir el recurso de reposición que había interpuesto el Incora contra la providencia de 17 de agosto de 1.988 del Tribunal Superior (puntos 3 y 4), y resolvió NO reponer tal auto, argumentando no ser "del ámbito de la jurisdicción administrativa desatar el recurso interpuesto ante una jurisdicción diferente". (fl. 213).

10. Contra lo anterior interpuso nuevamente recurso de reposición del Incora, el cual fue decidido en auto de 18 de septiembre de 1.989, aprobado y discutido según acta 29 de septiembre de 1.989, providencia en la cual el Tribunal administrativo decidió declarar la nulidad de lo actuado por él a partir del auto de 10 de marzo de 1.989 (mediante el cual se avoca el conocimiento del caso), y devolver el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial para que allí se resuelva el recurso de reposición que se había interpuesto contra su decisión de agosto 17 de 1.988. Fundamentó se decisión en los siguientes argumentos:

> "En efecto, antes de su envío a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 65 del Decreto N° 2107 de 1.988, el Tribunal Superior tenía pendiente despachar el Recurso de Reposición intentado por una de las partes contra su proveído del 17 de Agosto de 1.988. Sabido es que en estos casos corresponde únicamente a quien profirió el auto recurrido, la facultad para reestudiarlo "con miras a su revocatoria, reforma, adición y aclaración" y que dicha Competencia - por su carácter especial- no puede prorrogarse.
>
> "Acorde con ello creemos que, pese al fenómeno subrogatorio de la Jurisdicción, derivado de un mandamiento legal, no procedía remitir el expediente a su nueva órbita de conocimiento, sin que se hubiera cumplido con la obligación procesal de desatar el Recurso de Reposición, condición indispensable para revocar o darle firmeza a la actuación impugnada". (fl. 217).

11. Contra esta determinación apeló el Incora, mediante escrito que obra a folios 223 y 227 a 230 del expediente, en el cual solicitó la revocatoria del auto anterior, la definición final de lo referente a la jurisdicción, y la solución a su petición original sobre la aclaratoria de los alcances de la nulidad decretada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial. En juiciosa argumentación, el recurrente alega que la jurisdicción es improrrogable, y que si se devolviese el expediente a la jurisdicción ordinaria, se incurriría en una nueva causal de anulación, a la luz de lo dispuesto en el artículo 152 del C. de P.C.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Considera la Sala que no es frecuente encontrar un caso en el cual la indecisión y falta de consistencia en la actuación de los jueces se vea con más nitidez que en el presente, aun cuando podría pensarse que ello se debe en parte, a las confusiones generadas a raíz de la expedición de la Ley 30 de 1.988 y su decreto reglamentario 2107 del mismo año. Por ello desatará la presente controversia haciendo una precisión de los alcances y efectos de algunas de tales modificaciones, para así evitar la ocurrencia futura de situaciones parecidas a la presente.

La expedición de las normas mencionadas indudablemente representó un cambio de fundamental importancia en lo referente al proceso de expropiación agraria de inmuebles, pues además de modificarse el procedimiento y establecerse nuevas reglas sobre recursos, se cambio la jurisdicción competente para su conocimiento. Así, el artículo 65 del decreto 2107 dispuso que los procesos de expropiación que se tramitaban ante la jurisdicción ordinaria, pasarían de **inmediato** al conocimiento de los tribunales administrativos, **en el estado en que se encontrasen** (subrayas de la Sala), es decir, sin tener en cuenta la etapa procesal de los mismos, y sin que, por igual razón, le fuesen aplicables al cambio los postulados del artículo 40 de la ley 153 de 1.887. Ello por cuanto tal disposición se aplica es a los procedimientos, entendidos como las ritualidades propias de cada proceso, y no a los cambios de jurisdicción, los cuales producen efecto inmediato.

Ahora bien, el cambio inmediato, "en estado en que se encuentren" puede haberse producido en primera o segunda instancia, pues tal era el procedimiento anterior ante la jurisdicción ordinaria, lo cual en principio llevaría a pensar que ante la jurisdicción contencioso administrativo se podrían dar igualmente las dos instancias. Pero ello no es así, por cuanto el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 30 de 1.988 estableció que en el proceso de expropiación las providencias que se dicten serán susceptibles únicamente del recurso de reposición, con la excepción de la sentencia, del auto que deniegue la apertura a pruebas, o la práctica de alguna pedida oportunamente, y la que resuelva la liquidación de condenas, las cuales serán susceptibles únicamente del recurso de reposición. Es decir, la doble instancia solo se permite en estas últimas decisiones, mas no en las demás que se produzcan en el proceso de expropiación.

Por consiguiente, al darle el tránsito de legislación y el cambio de jurisdicción bajo el régimen nuevo, aquellos procesos que se encontraban en primera instancia ante el Juez del Circuito debieron haber pasado la primera instancia ente el Tribunal Administrativo respectivo. Los que se encontraban en segunda instancia, han debido hacerlo ante el Consejo de Estado, pues esta era y sigue siendo la Corporación competente para tal propósito. Sin embargo, que ha debido ocurrir, se pregunta la Sala, con aquellas providencias que se encontraban en segunda instancia pero que, por virtud del artículo 25 de la ley 30 de 1.988, dejaron de tenerla? Tendría que entenderse entonces que tal ley eliminó la posibilidad de continuar con la tramitación

ante el Consejo de Estado de un recurso que antes existía, que se estaba cursando, pero que posteriormente dejó de existir? Opina la Sala que tal interpretación no sería válida, pues se alejaría de los principios generales del derecho procesal y vulneraría derechos adquiridos conforme a la ley anterior, motivo por el cual considera que lo procedente en este evento es que tal segunda instancia se deba continuar surtiendo hasta su terminación en el Consejo de Estado, así se trate de aquellas decisiones del juez que, bajo el régimen de la Ley 30 de 1.988, no son susceptibles de apelación.

Si el recurso de apelación no se hubiese aún tramitado, el interesado no podría interponerlo, pues la Ley 30 le privó de ese derecho mas no ocurre así con los ya interpuestos y tramitados, los cuales deben continuar hasta su terminación.

Por ello, en el caso sub-judice la Sala considera necesario revocar la providencia apelada, pues no existe fundamento alguno a la determinación del *a-quo* de remitir nuevamente el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial, pues la corporación competente para decidir el recurso interpuesto es el Consejo de Estado, no solamente por lo dicho en el párrafo anterior, sino además porque la providencia original que dio origen al recurso pendiente, aquella mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito decidió anular lo actuado por el juez de primera instancia, de haber sido tomada por el magistrado ponente, hubiese sido también susceptible de recurso ante la Sala, al tenor de lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo.

En lo que si asiste razón al Tribunal Administrativo, pero por razones diferentes a las que expresa, es en anular lo actuado por él a partir del auto de 10 de marzo de 1.988, pues lo que en esa oportunidad ha debido hacer esa corporación era remitir el expediente al Consejo de Estado, para que aquí se surtiese el recurso pendiente. Al haber actuado de manera diferente y haber avocado el conocimiento de un recurso que no le correspondía, incurrió en una de las causales de nulidad previstas en el Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, resulta que en su alegato el apelante solicita ante esta Corporación disponga que "el Tribunal Administrativo, desde ya y sin más dilación, avoque y prosiga por tener la jurisdicción el conocimiento del presente proceso de expropiación, y decida el citado recurso de reposición", (folio 227 vuelto), refiriéndose al recurso interpuesto contra la decisión de Sala Unitaria de 17 de agosto de 1.988. Observa la Sala que no es posible acceder a lo pedido, pues, al tenor de lo antes dicho, quien es competente para tales efectos es el Consejo de Estado, razón por la cual mal haría esta Corporación en remitirlo al juez de primera instancia. Pero, para no incurrir en errores como los cometidos en el pasado, puede la Sala avocar directamente el conocimiento de dicho recurso contra la decisión de agosto de 1.988, así ello no haya sido solicitado expresamente por el apelante? Ello es perfectamente viable, no solamente por razones de economía procesal, sino porque es posible interpretar la impugnación en tal sentido, ya que lo que en el fondo desea el recurrente es que se absuelva

su petición. De ahí que proceda a continuación la Sala a resolver el recurso que en 1.988 había interpuesto el Incora contra la decisión de 18 de agosto de 1.988, en el sentido de aclarar si la nulidad decretada incluía o no la de las diligencias de entrega de algunos lotes, realizada dentro del marco de lo actuado por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cúcuta.

Para esta Corporación es claro que la nulidad decretada por el Tribunal, la cual incluía "lo actuado a partir de la fijación del Edicto Emplazatorio en Secretaría, inclusive" (fl. 196) cubre todas y cualquiera actuaciones realizadas con posterioridad al 20 de noviembre de 1.986, fecha de fijación del edicto correspondiente (folio 33). Y como las diligencias de entrega material de los lotes Nos. 16 y 19 fueron llevadas a cabo en noviembre 18 de 1.987 y enero de 1.988 (folio 131 y 141 a 143), y lo fueron mediante comisionado, la nulidad decretada las cubre también, pues no hizo el sentenciador aclaración ni excepción al respecto, como no tenía que hacerlo, pues tales diligencias fueron parte integral del proceso surtido con posterioridad a la fijación del edicto de secretaría. Por consiguiente, son nulas también dichas diligencias de entrega.

En mérito de lo expuesto, se **RESUELVE:**

PRIMERO: Anúlase lo actuado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a partir del auto de marzo 10 de 1.988, inclusive, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Aclárase el auto de 17 de agosto de 1.989 de Sala Unitaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil, en el sentido de que la nulidad decretada cubre la entrega de los lotes 16 y 19 a que se refieren los folios 131 a 133 y 141 a 143 del expediente, realizadas los días 18 de noviembre de 1.987 y enero 4 de 1.988, respectivamente.

TERCERO: Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutiva y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintidos (22) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Ramirez Arcila, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES/ ACCION DE REVISION/ ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En el *sub lite* se da la acumulación indebida, ya que la acción especial del artículo 12 de la Ley 4a. de 1.973 y tiene un alcance propio delimitado en la ley y cuya finalidad restablecedora se infiere de la misma acción, pues cuando ésta prospera el dominio volverá a radicarse en el patrimonio del demandante. En forma alguna se puede acumular con una de restablecimiento del derecho. No obstante haberse producido esa indebida acumulación, la Sala considera que no se debe declarar la ineptitud de la demanda, sino estudiar la pretensión principal de revisión e inhibirse en la de restablecimiento.

EXTINCION DEL DOMINIO/ NOTIFICACION/ COMUNERO

Cuando se inicia un proceso de extinción de dominio de un predio agrario, la resolución que tal cosa dispone tendrá que notificársele personalmente a la persona o personas que figuran, según el certificado del registro, como propietarios del inmueble. Es apenas obvio que así sea, por los efectos extintivos que pueden llegar a producirse al final de la actuación administrativa. Si esa notificación personal no puede hacerse, se cumplirá en la forma prevista en el art. 318 del C.P.C.. Cuando la propiedad pertenezca a varias personas o sea una comunidad, todos los comuneros, sin excepción deberán ser notificados en la misma forma. Si bien por activa un comunero puede demandar en su propio nombre y en el de la comunidad, por pasiva todos deberán ser demandados, a menos que la comunidad tenga un administrador debidamente acreditado.

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

EXP. 5024 Bogotá D.E., Noviembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 5024. Incora. Actor: HEREDEROS DE CESAR EUGENIO Díaz GRANADOS Y OTROS.

Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia. Mediante demanda presentada el 13 de diciembre de 1.988 los herederos de Cesar Eugenio Díaz Granados y otros demandan la nulidad de las resoluciones #s. 2053 y 142 de 24 de mayo de 1.978 proferidas por el Incora, mediante las cuales se declaró extinguido el derecho de dominio que los actores tienen en el predio "Frente de Majagual" (Departamento de Sucre) y la revisión del procedimiento seguido para su expedición. Solicitan también los actores que se condene al Incora al pago de los perjuicios causados con el procedimiento irregular de extinción; perjuicios que comprenden el valor comercial del predio y de los frutos civiles o naturales dejados de percibir desde el cumplimiento de las resoluciones demandadas, o sea desde el 11 de julio de 1.979.

Como hechos se narran en síntesis:

a) Que los actores fueron copropietarios del predio "Frente de Majagual" hasta el 11 de julio de 1.979, fecha en la cual se inscribieron las resoluciones de extinción #s 2053 y 142 de mayo 24 de 1.978.

b) Que el inmueble perteneció a los demandantes, así: una tercera parte de la mitad a los herederos de César Eugenio Díaz Granados (María Cristina, Carlos de Jesús y Amelia del Socorro Díaz Granados de O.); una tercera parte de la mitad a Isabel Díaz Granados W., fallecida el 13 de Mayo de 1.950, hoy a sus herederos, hermanos César Eugenio, Faustino, Ana Cristina y Armando Díaz Granados; una tercera parte de la mitad a Tulia Cristina Díaz Granados W., fallecida el 14 de febrero de 1.944, hoy a sus herederos, hermanos César Eugenio, Faustino, Ana Cristina y Armando Díaz Granados; y el resto del predio a los señores Rafael Manotas W., hoy sus herederos, Elodia Manotas de S., hoy sus herederos, Edgardo Manotas W., hoy sus herederos, y Clara y María C. Manotas W.

c) Que los copropietarios declararon la existencia del predio el 25 de enero de 1.967 en escrito dirigido al Agustín Codazzi, por el señor Modesto Torres R. apoderado general de los comuneros Cesar Eugenio, Isabel María y Tulia Díaz Granados.

d) Que dicha declaración sirvió de base para que el Incora iniciará las gestiones de verificación de la titularidad del inmueble y su estado de explotación.

e) Que mediante resolución # 03429 de 5 de abril de 1.968, el Incora abrió el procedimiento de extinción de dominio privado; resolución que se inscribió en la Oficina de Registro de Magangué el 10 de mayo de ese año.

f) Que la resolución aludida se notificó así: los copropietarios de la mitad, señores Rafael, Elodia, Edgardo, Clara y María Cristina recibieron notificación personal (a folios 46, 47, 48, 49 y 50 de los antecedentes); a los otros comuneros, por ser difuntos (Cesar, Isabel María y Tulia Díaz Granados) no les pudo notificar. (a folio 45 ant).

g) Que el subdirector del Incora, pese a saber esta circunstancia y al hecho de haberse dirigido al juzgado de San Marcos pidiendo certificación sobre los herederos mencionados, ordenó el emplazamiento de las personas fallecidas y no el de sus herederos (a folio 57 ant.) y les nombró curador ad litem el 13 de julio de 1.970.

h) Que realizada esta irregular notificación se continuó el trámite de extinción, el que culminó con las resoluciones impugnadas.

i) Que dichas resoluciones debían notificarse en la forma prevista en los artículos 11 y 12 del decreto 2733 de 1.959 y fueron notificadas por edicto luego que el funcionario comisionado por oficio 1770 de 2 de octubre de 1.978 de la Regional Incora del Atlántico informó que no se había podido localizar a los propietarios de predio.

j) Que pese a esto se le dió ejecución a las resoluciones de extinción, mediante la inscripción en la Oficina de Registro de Magangué.

k) Que el Incora incumplió la ley, no sólo al emplazar a los difuntos sino al hacer caso omiso del proceso reivindicatorio incoado por los copropietarios del predio.

l) Que los poderdantes María Cristina, Carlos de Jesús y Amelia son herederos de César Eugenio Díaz Granados W. según auto de reconocimiento dictado por el juez civil municipal de San marcos; y que los poderdantes César, Faustino, Ana Cristina y Armando Díaz Granados son herederos en las sucesiones líquidas de los copropietarios Isabel María y Tulia Díaz Granados, por presentación de Elodia Díaz Granados de A, hermana de las citadas copropietarias.

m) Que César, Faustino, Ana Cristina y Armando son hijos de Elodia y Faustino Alvarado, y que Elodia Díaz Granados de Alvarado fué hermana de las condueñas Isabel María y Tulia Cristina Díaz Granados,hijas de César Díaz Granados y Cristina Wilches, en cuya sucesión fueron adjudicatarias en la finca " Frente de Majagual" según hijuelas que se acompañan a esta demanda.

En el capítulo "Fundamentos de Derecho" sostiene la parte actora que el procedimiento de extinción está afectado de nulidad absoluta, ya que la resolución

que lo inició no fué notificada en legal forma, pese a que el Incora sabía del fallecimiento de algunos de los copropietarios; además, el procedimiento seguido, el emplazamiento a los fallecidos, no tiene respaldo alguno.

La acción de restablecimiento se funda en los artículos 10, 11 y 12 del decreto 2733 de 1.959, ya que la administración al ejecutar el acto de extinción sin agotar el procedimiento de la notificación personal, causó perjuicios a la parte actora.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir.

Para la Sala en primer término se deberán estudiar las excepciones propuestas por el Incora en su escrito de contestación de la demanda. Allí se alegaron: la caducidad, la falta de presupuestos de la acción y la demanda, la inexistencia de la acción y la indebida acumulación de pretensiones. Pese a su formulación, no se estudiarán en ese orden porque la caducidad está vinculada con el problema de fondo, o sea la falta de notificación adecuada tanto de la resolución que inició el proceso de extinción como de la que lo culminó.

La excepción de falta de la denuncia predial (exigencia que traen los artículos 22 y 23 de la ley 135 de 1.961) no podrá prosperar porque a folios 2 del anexo #1 figura un documento que llena esas exigencias, así no se haya presentado en el formato oficial. Tan cierto es que cumplió su cometido que con base en él el Incora inició las gestiones averiguatorias y pidió al Registrador de Instrumentos Públicos la certificación relacionada con el inmueble "Frente Majagual".

La carencia de acción no es propiamente una excepción. En principio el derecho de accionar es abstracto y público y pueden acudir a la jurisdicción en acciones que busquen un reconocimiento de derechos todos aquellos que se crean lesionados en un derecho suyo amparado por la ley. Además, contrariando lo que dice el Incora, los actores se presentan a este proceso como copropietarios del inmueble y no como simples poseedores materiales.

La indebida acumulación de pretensiones. Vista la demanda, si se dió este fenómeno, ya que la acción de revisión de proceso de extinción se acumuló con una de restablecimiento del derecho por daños causados con la actuación administrativa.

Pues bien, la Sala considera que se da en el caso *subjudice* esa acumulación indebida, ya que la acción especial contemplada en el artículo 12 de la ley 4a. de 1.973 tiene un alcance propio de limitado en la ley y cuya finalidad restablecedora se infiere de la misma acción, pues cuando ésta prospera el dominio volverá a radicarse en el patrimonio del demandante. En forma alguna se pude acumular con una de restablecimiento del derecho porque la acción contemplada en la norma aludida se dirige a revisar todo el procedimiento seguido para declarar extinguido el dominio, con miras a restablecer el derecho de propiedad en cabeza de su titular y nada más; y la de restableci-

miento formulada (debió hablar de reparación directa) busca indemnizar pecuniariamente al administrado por hechos de la administración, omisiones u operaciones administrativas. Además, las dos acciones presentan términos de caducidad diferentes, 30 días la de revisión y dos años la de reparación directa o cuatro años la de restablecimiento formalmente solicitada. Fuera de todo lo dicho la de revisión tiene la particularidad de que los efectos de la resolución de extinción se suspenden durante 30 días contados a partir de su ejecutoria, mientras que en las de reparación o restablecimiento el termino de caducidad corre ininterrumpidamente desde el acaecimiento del hecho perjudicial o desde la notificación del acto administrativo. Se observa que incurre el actor en equivocación al hablar de acción de restablecimiento porque en ésta su reconocimiento se deriva de la nulidad del acto y no de toda la actuación.

No obstante haberse producido esa indebida acumulación, la Sala considera que no debe declarar la ineptitud de la demanda, sino estudiar la pretensión principal de revisión e inhibirse en la de restablecimiento. Se sigue en esto la jurisprudencia tanto de la Corporación como de la Corte Suprema de Justicia.

Visto lo anterior, pasa la Sala a estudiar el asunto de fondo. Con esto, dado el enfoque hecho por la parte demandante, se dilucidará la caducidad propuesta, como se dijo atrás. Se procede así porque se pretende en este proceso la nulidad de toda la actuación o procedimiento extintivo y con ella la de los actos que lo culminaron, por falta de notificación de la resolución de apertura #03429 de 5 de abril de 1.968.

A este respecto, se anota:

En la resolución 2053 de 1.977, que declaró extinguido el dominio, se advierte:

"La citada providencia (la resolución #03429) se inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del círculo de Magangué (folio 39), se notificó al Procurador Agrario (folio 35) a **varios copropietarios** (folios 46 a 50); y al curador ad litem designado para representar a Cesar, Isabel María y Tulia Díaz Granados Wilches (folio 75)".

Ahora bien.

Cuando se inicia un proceso de extinción de dominio de un predio agrario, la resolución que tal cosa dispone tendrá que notificársele personalmente a la persona o personas que figuran, según el certificado del registro, como propietarios del inmueble. Es apenas obvio que así sea, por los efectos extintivos que pueden llegar a producirse al final de la actuación administrativa. Si esa notificación personal no puede hacerse, se cumplirá en la forma prevista en el artículo 318 del C. de P.C. Notificación esta última que no es alternativa, sino el subsidio o para el caso de que no haya podido hacerse la personal.

Cuando la propiedad es de un solo dueño, el asunto no presenta mayor dificultad. Pero, cuando la propiedad pertenezca a varias personas o sea una comunidad, todos los comuneros sin excepción deberán ser notificados en la misma forma. Se aplica aquí algo que se da a nivel jurisdiccional. Si bien por activa un comunero puede demandar en su propio nombre y el de la comunidad, por pasiva todos deberán ser demandados, a menos que la comunidad tenga un administrador debidamente acreditado.

Por esa razón, en el caso *subjudice* tenía el Incora que notificar la resolución de apertura del proceso a todos los comuneros.

Lo hizo así? Para la Sala no existe duda al respecto: La notificación fué incompleta e irregular.

Para entender mejor este punto e identificar a quienes debía hacerse la notificación, se observa:

Según el certificado de Registro de 7 de marzo de 1.968 (a folios 28 y siguientes del anexo #1) "los títulos a favor de Rafael, Edgardo, Clara C. y María C. Manotas Wilches, Elodia Manotas de Solano, César E., Isabel María y Tulia Díaz Granados Wilches, no ha sido cancelados por ninguno de los medios que señala el artículo 789 del C.C.".

En otras palabras, estas personas debieron ser notificadas, bien directamente o a través de sus herederos, si a la fecha ya habían fallecido.

Muestra el acervo probatorio que la resolución 03429 de 5 de abril de 1.968 ordenó la notificación personal a los propietarios del predio (artículo 6°). Así mismo se previó por auto de mayo 22 de 1.968, que si alguno o algunos de los propietarios hubieran fallecido "La Dirección Regional comisionada solicitará y enviará a esta dependencia las certificaciones del juzgado o juzgados correspondientes, acerca de en quién o quiénes recae la calidad de heredero. Conocida esta certificación por el comisionado, deberá proceder inmediatamente a notificar personalmente a dichos herederos".

También obra en el expediente el oficio comisorio dirigido a la Regional del proyecto Atlántico #3 (a folio 41), en el cual se ordena expresamente la notificación personal a los señores Rafael, Edgardo, Clara C. y María C. Manotas Wilches y a César E., Isabel María y Tulio Díaz Granados Wilches. como se observa, en el mismo figuran las mismas personas citadas en el certificado del Registro, a excepción de la señora Elodia Manotas de Solano. Así mismo allí se ordenó indagar por las personas fallecidas.

En el memorando de julio 10 de 1.968, que obra a folios 46 del anexo, se informa que fueron notificadas personalmente las siguientes personas: Rafael,

Edgardo, Clara, María Manotas Wilches y Elodia Manotas de Solano (a folios 47 a 51 del mismo anexo).

También se informa en ese memo "que no se pudo notificar a los señores **César, Isabel María y Tulia Díaz Granados por ser difuntos,** habiendo ocurrido sus muertes en San Marcos (Sucre) y posiblemente es allí donde residen sus herederos".

Pese a esta información y de haberse constatado la muerte de César, Isabel María y Tulia Díaz Granados, se ordenó la notificación de estas personas, no de sus herederos, mediante el trámite previsto en el artículo 317 del código judicial. Se entiende el vigente a la sazón, o sea la ley 105 de 1.931. A folios 59 del anexo aparece la copia del edicto emplazatorio y en él se les emplaza como si estuvieran vivas.

Ante esta circunstancia, debidamente conocida por el Incora, debió hacerse, sí, la notificación prevista en ese articulo 317, pero a los causahabientes; o sea mediante edicto emplazatorio fijado por un mes en la secretaría y publicado por tres veces en un periódico de la localidad o en el oficial del departamento y en último caso en el Diario Oficial.

Pero, no se procedió así. Las diligencias que obran a folios 58 y siguientes del anexo no reúnen las exigencias de ley, porque: a) se ordena emplazar a César, Isabel María y Tulia, cuando debió impartirse la orden para sus herederos (a folio 58); b) el edicto vuelve a repetir sus nombres y para nada habla de su fallecimiento y menos que el emplazamiento es para sus causahabientes; c) se nombró como curador ad litem de las citadas personas naturales (no de sus herederos) al Doctor Enrique Carlos Hernández; y d) el curador designado intervino en el proceso sin alegar el fallecimiento de las mencionadas personas y sin abogar por el derecho de los presuntos herederos.

Aparece tan notoria esta falta de notificación y la negligencia del Incora en la orientación del proceso desde un principio con todas las personas interesadas, que sobra analizar la notificación hecha de la resolución que culminó el proceso de extinción, o sea la 2053. Así las cosas, deberá revisarse el proceso extintivo desde su iniciación. En esto coincide la Sala con la apreciación fiscal. Pero el despacho se abstiene de analizar si se dieron las causales de extinción, las que, para la fiscalía, aparecen bien evidenciadas. Por consiguiente, no habiéndose notificado la resolución #03429 que inició el procedimiento a todos los interesados, no puede hablarse de caducidad de la acción de revisión propuesta. Frente a los herederos no emplazados no puede hablarse de que corrió el término.

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) Deniéganse las excepciones propuestas.

2) Como consecuencia de la revisión efectuada, anulándose las resoluciones #s. 2053 y 142 de 24 de mayo de 1.978.

3) Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 22 de Noviembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta P., Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

LEGITIMACION EN LA CAUSA/ LEGITIMACION POR PASIVA/ FONDO VIAL NACIONAL

Inicialmente la obligación de construir los pasos inferiores o superiores en las carreteras construidas con posterioridad a las líneas férreas, estaba a cargo de la Nación entre 1.963 y 1.967 (Leyes 146 y 64) la Nación incurrió en la omisión de ese deber legal. Como la tragedia ocurrió luego, cuando ya la Nación no tenía esa obligación, porque ésta se la había adscrito al Fondo Vial, habrá que concluir que la demanda se dirigió contra la persona pública no obligada para tal efecto. Se presentó aquí un problema de falta de legitimación en la causa de la parte demandada que conduce a una sentencia inhibitoria. Como la *legitimatio ad causam* se refiere a la pretensión misma y no a la acción ni al procedimiento, su calificación deberá hacerse en el fallo y no puede afirmarse que por el solo hecho de la admisión se haya producido una relación definitiva para tomar una decisión de mérito. En otras palabras, el auto admisorio de la demanda califica sólo si las partes tienen capacidad jurídica y procesal para actuar.

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

Bogotá D.E. Noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 5741. Indemnizaciones. Actor: Luz Marina Roa Franco y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de febrero de 1.989, dictada por el tribunal administrativo del Quindío, mediante el cual dispuso:

"1.- Por falta de 'legitimación en la causa por pasiva', se declara inhibido el Tribunal para decidir en el fondo este proceso".

"2.- Condénase a los demandantes a pagarle a la Nación Colombiana -Ministerio de Obras Públicas y Transporte, las costas causadas en esta instancia. Liquídense por la Secretaría".

"3.- Una vez en firme esta providencia, archívese el expediente".

En la demanda presentada el 18 de abril de 1.988 se hicieron las siguientes súplicas principales:

"1. LA NACION (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) es responsable de la **totalidad** de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de LUIS EDUARDO CASTIBLANCO GONZALEZ, el 25 de abril de 1.986, en el paso a nivel "TITINA" de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia con la carretera nacional que de la ciudad de Armenia lleva al aeropuerto "EL EDEN" y al Valle del Cauca".

"En consecuencia:

"1.1. Condénase a la NACION (Ministerio de Obra Públicas y Transporte) a pagar a LUZ MARINA ROA FRANCO y a JUAN SIMON, LUIS EDUARDO y MARY LUZ CASTIBLANCO ROA".

"1.1.1. **daños morales**,

"por el equivalente en pesos, de la fecha de **ejecutoria** de la sentencia, de mil gramos de oro-fino, **para cada uno**.

"1.1.2. **Perjuicios patrimoniales**:

"1.1.2.1. por lo que cueste el pleito, incluyendo, claro está, el valor de los honorarios que le deben pagar a los abogados por hacer valer procesalmente sus derechos, fijado su monto, dándole aplicación a las Tarifas de los Colegios de Abogados de Armenia, o del Quindío, y de Bogotá, para esta especie de procesos cuotalitis".

En subsidio se impetra lo que figura explicado a folios 10 y siguientes.

Como hechos se narran, en síntesis:

1) Que a eso de las 11 de la noche del día 25 de abril de 1.986, la locomotora Diesel #325 con el tren de carga 321 de los Ferrocarriles Nacionales arrolló los vehículos que se especifican en el hecho 1° del libelo, produciéndole la muerte al conductor de uno de ellos, señor Luis Eduardo Castiblanco González.

2) Que todo se debió a que la Nación (Ministerio de Obras) no han procedido a construír el "paso inferior o superior" del cruce de las vías con el fin de evitar el paso a nivel allí existente, en cumplimiento de lo ordenado desde hace ya casi 25 años por la ley 146 del 31 de diciembre de 1.963.

3) Que el señor Castiblanco había nacido el 4 de abril de 1.954 y tenía al morir 36 años, con una supervivencia de 42.5 años.

4) Que hizo vida de pareja con Luz Marina Roa F. y con ella procrearon 3 hijos, Luz Marina, Luis Eduardo y Juan Simón.

5) Que el indicado señor era conductor de profesión; estaba trabajando en ese entonces con el señor José Vicente González y devengaba $45.000.oo mensuales.

6) Que con lo que devengaba sostenía a su mujer y a sus hijos, porque estas personas eran pobres y necesitaban su ayuda.

7) Que la muerte del señor Castiblanco causó a los demandantes daños tanto morales como materiales.

En el capítulo fundamentos de derecho, dice la demanda:

> "Son aplicables el Preámbulo y los artículos 2°, 16, 20, 51 y 119 (4° in fine) de la Constitución Nacional; 6° y 4° del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales de las Naciones Unidas y de la Convención Americana de Derechos, recibidos en nuestro ordenamiento jurídico mediante las leyes 74 de 1.968 y 16 de 1.974; 1° especialmente, de la ley 146 del 31 de diciembre de 1.963; 86 del C.C. Administrativo; 1613 y ss. del C. Civil; 4° y 8° de la ley 153 de 1.887 y 107 y 106 del C. Penal".

En torno a estas normas, se desarrolló en el libelo la fundamentación jurídica de las pretensiones (de folios 15 a 19).

Cumplido el trámite de la primera instancia, el *a-quo* falló en la forma indicada, o sea en forma inhibitoria por falta de legitimación en la causa por pasiva. Para ese efecto, sostuvo el tribunal:

> "De lo antes explicado, se deduce que la demanda fué dirigida contra la persona jurídica de derecho público que no correspondía (Nación

colombiana -Ministerio de Obras Públicas y Transporte), por no ser la obligada en el momento en que ocurrió el accidente en el que perdió la vida Luis Eduardo Castiblanco González, o en este momento, a cumplir lo dispuesto en la ley 146 de 1.963, pues para el 25 de abril de 1.986 la entidad obligada a ello era el Fondo Vial Nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que es una persona jurídica distinta a la Nación Colombiana, Fondo que entre las obligaciones que tiene a su cargo está la de construír y conservar las carreteras nacionales y es por ello que el Tribunal llega a la conclusión que falta la legitimación en la causa por pasiva, lo que le impide a la Corporación dictar sentencia de fondo, por faltar uno de los presupuestos sustanciales o materiales de ésta".

"Al respecto, Hernando Devis Echandía, en su obra `Compendio del Derecho Procesal' Tomo I, Teoría General del Proceso, tercera edición, Editorial ABC 1.972, a las páginas 242 y 229, dice:

"164. PRESUPUESTOS MATERIALES O SUSTANCIALES DE LA SENTENCIA DE FONDO".

"Estos presupuestos son los requisitos para que el juez pueda, en la sentencia, proveer de fondo o mérito, es decir, resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido y el demandado la obligación correlativa, o si el sindicato tiene o no la responsabilidad que se le imputa. La falta de estos presupuestos hace que la sentencia sea inhibitoria. Se refieren a la pretensión y no al procedimiento ni a la acción, y son las siguientes:

"1) La `legitimatio ad causam' o legitimación en la causa".

....

p) Su falta debe declararse de oficio en la sentencia. Como sucede con la ausencia de interés sustancial, la de la debida legitimación en la causa constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda proferir sentencia de fondo y mérito, y no una excepción ni un impedimento procesal".

"Si en el momento de decidir la litis, el juez encuentra que falta esta condición para la sentencia de fondo o mérito, debe declararlo así oficiosamente y limitarse a proferir una sentencia inhibitoria, inclusive en los países donde se exige alegar todas las excepciones".

"Por eso es un error considerar que la sentencia que desestima la demanda por ausencia de legitimación en la causa, es desfavorable al demandante con efectos de cosa juzgada, como expusimos en el punto d)".

Descontenta la otra parte actora con la sentencia, interpuso el recurso de apelación. Tramitado el recurso es oportuno entrar a decidir.

Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal 7a. de la Corporación, el fallo apelado merece ser revocado y condenada la nación al pago de los perjuicios irrogados a los demandantes. De esa vista fiscal de agosto 15 de 1.990, que obra a folios 156 y siguientes, se destaca:

"Para la Fiscalía esta claro que la parte actora señaló en el libelo un demandado cumplimiento así con el presupuesto procesal señalado en el numeral 1° del Art. 137 del decreto 01 de 1.984, vigente a la fecha de su presentación; así que por este aspecto la demanda debe considerarse ajustada a derecho y efectivamente, así se consideró en el auto admisorio en el cual se ordenó la notificación a la Nación como demandada y ésta se hizo parte en el juicio y concurrió a él en debida forma".

"La Fiscalía estima, por lo antes visto que una declaratoria de inhibición como la pronunciada por el Tribunal responde a una confusión entre los presupuestos de la demanda, aspecto puramente formal, y el contenido mismo de la pretensión, o sea, la procedencia de la petición elevada en el libelo. El primer aspecto se cumple si se señala debidamente al demandado que, como presupuesto de la demanda, aparece cumplido en el presente caso y el segundo aspecto, que atañe al fondo del negocio, implica establecer si este demandado tenía a su cargo la obligación que se le endilga y si cumplió o no: en otras palabras, si la parte demandada debe absolverse o condenarse".

"Así las cosas en opinión de la Fiscalía la sentencia inhibitoria no procede en el presente caso en el cual debe estudiarse el fondo del negocio".

"El problema de fondo se reduce a establecer si la Nación es responsable por la muerte del señor Luis Eduardo Castiblanco González ocurrida en la noche del 25 de abril de 1.986 como consecuencia de la colisión de una locomotora de los Ferrocarriles Nacionales y el camión conducido por la víctima en el paso nivel existente entre la línea férrea y la carretera Armenia-La Tebaida y cuya causa se atribuye al no cumplimiento por parte de la Nación de la obligación establecida en la Ley 146 de 1.963".

"El Art. 1° de la ley mencionada es del siguiente tenor:

"*Artículo 1°*, La Nación, en toda carretera que se encuentre incorporada al Plan Vial Nacional, y que haya sido construída en fecha posterior a las líneas férreas que atraviese en todo su recorrido, procederá a construír los pasos inferiores o superiores, según la técnica aconsejable, para evitar la existencia de los llamados paso a nivel sobre las líneas férreas".

"De la transcripción se deduce claramente que la Nación quedó obligada a construír pasos inferiores o superiores en toda carretera incorporada al Plan Vial Nacional cuya construcción fuera posterior en el tiempo a la línea férrea que atravesara en su recorrido".

"Debe precisarse, entonces, que si la obligación es de la Nación y ésta se considera persona jurídica a tenor de lo previsto por el Art. 80 de la ley 153 de 1.887, tal obligación no puede transferirse a otra persona jurídica en la forma en que se plantea por parte del Ministerio de Obras Públicas y, por lo mismo, la obligación en mención sigue siendo de la Nación".

"Aparece demostrado que la carretera fué construída con posterioridad a la línea férrea (fl. 75) y que se halla incorporada al Plan Vial Nacional (Fls. 75 y 106), luego se dan los presupuestos establecidos en la Ley 146 de 1.963".

"De las pruebas allegadas se deduce claramente que se produjo el accidente en cuestión (fls. 60 a 67) y que en tal accidente perdió la vida el señor Castiblanco González (fls. 46 y s.s.) y en el sitio del accidente existía el paso nivel que era denominado como "Titina" (fls. 20 y s.s.)".

"En este orden de ideas para la Fiscalía aparece demostrada plenamente la falla de servicio de la Administración, puesto que se prueba la omisión de la Administración, el hecho dañoso y la relación de causalidad entre los extremos mencionados".

"Como consecuencia de lo anterior debe condenarse a la Nación Ministerio de Obras Públicas al pago de los perjuicios solicitados en la medida que aparezcan demostrados".

Para la Sala la sentencia deberá confirmarse, ya que sí se puso de presente en el proceso la falta de legitimación en causa de la parte demandada. Visto el desarrollo legal en este campo hay que concluir que a partir de la vigencia de la ley 146 de 1.963 (que prohibió los llamados "paso a nivel") la obligación de construir los pasos inferiores o superiores en las carreteras construidas con posterioridad en las líneas férreas, estaba a cargo de la nación. Obligación que se prolongó hasta la vigencia de la ley 64 de 1.967, mediante la cual se creó el Fondo Vial Nacional, establecimiento público que tomó a su cargo, entre otros cometidos, el aquí cuestionado".

No existe duda de que inicialmente la obligación de construir esos pasos inferiores o superiores estaba a cargo de la Nación. Y tampoco se duda de que entre 1.963 y 1.967 (leyes 146 y 64) la Nación incurrió en la omisión de ese deber legal. Si el accidente que aquí se analiza hubiera ocurrido en ese período, se habría deducido claramente la relación de causalidad entre el hecho perjudicial y el daño sufrido por la víctima. Pero como la tragedia ocurrió luego (en abril 25 de 1.986) cuando ya la Nación no tenía esta obligación, porque esta se le había

adscrito al Fondo Vial, habrá que concluir que la demanda se dirigió contra la persona pública no obligaba para el efecto.

Se presentó aquí, como bien lo dijo el Tribunal, un problema de falta de legitimación en la causa de la parte demandada, que conduce a una sentencia inhibitoria.

No basta, en casos como el aquí debatido y como lo afirma la fiscalía, que el demandante haya citado a la nación en su demanda para que no pueda haber sentencia inhibitoria. No, en esto el Ministerio público confunde la legitimatio ad causam o presupuesto procesal, con la legitimatio ad causam o presupuesto material de la sentencia de fondo, referido a la presentación misma.

No puede olvidarse que la falta de los presupuestos materiales, legitimación en la causa o interés sustancial, conforman impedimento de carácter sustancial para que pueda darse la sentencia de fondo o mérito, y no una excepción o un impedimento procesal.

Es sabido que entre los presupuestos procesales están los de la acción y de la demanda y que entre tales ocupa un lugar de relieve la legitimatio ad processum o sea la capacidad jurídica y procesal de las partes para intervenir en el proceso; legitimación que puede ser activa o pasiva. Estos presupuestos, denominados también previos, deben concurrir al momento de presentarse la demanda para que el juez pueda admitirla. Pero, como es obvio, el juez califica los presupuestos procesales,entre estos la legitimatio ad processum, desde un punto de vista formal y no puede adentrarse en el estudio, por ejemplo, de si la persona demandante es quien realmente tiene el derecho pretendido o es su titular o si el demandado es la persona que debe responder por la pretensión propuesta. Si así fuera podría producirse prejuzgamiento.

Pero como la legitimatio ad causa se refiere a la pretensión misma y no a la acción ni al procedimiento, su calificación deberá hacerse en el fallo y no puede afirmarse que por el solo hecho de la admisión se haya producido una relación definitiva para tomar una decisión de mérito. En otras palabras, el auto admisorio de la demanda califica solo si las partes tienen capacidad jurídica y procesal para actuar. Por eso puede presentarse el caso, como el aquí debatido, en el que pese a haberse admitido la demanda, al final, en la sentencia, se defina que la persona citada como demandada no era la que debía responder por los hechos que le imputan.

Vistas las ideas precedentes, se anota finalmente:

La Nación no está obligada hoy a responder por las resultas del juicio. Si el hecho perjudicial hubiera ocurrido antes de la ley 64 de 1.967, durante la vigencia de la ley 146 de 1.963, nadie estaría poniendo en duda esa legitimación. Pero la creación del Fondo Vial, con la asunción de las obligaciones que tenía la nación en cuanto a construcción de vías y obras relacionadas con ellas, despeja cualquier duda.

No puede responsabilizarse patrimonialmente a nadie por el hecho de una omisión, cuando ésta no ha producido un daño. Sólo una vez causado éste surge el interés sustancial para la persona afectada, interés o titularidad del derecho pretendido que deberá demostrarse dentro del proceso y estimado en la sentencia. Así, la persona afectada, con capacidad jurídica y procesal para actuar, podrá demandar, pero para lograr una sentencia favorable deberá probar no sólo ese interés sustancial a ser resarcido sino que la persona demandada es la obligada a hacerlo.

Lo afirmado tiene su respaldo en las leyes 146 de 1.963 y 64 de 1.967.

El Fondo Vial, en consecuencia, no es responsable por el incumplimiento de la ley 146 del 1.963, por hechos acaecidos durante su vigencia.

Pero sí lo sería, en gracia de discusión, de los daños causados con la omisión en la construcción de los pasos inferiores de las vías férreas, a partir de la vigencia de la ley 64 de 1.967. Aunque esta ley no habla expresamente de construir pasos inferiores o superiores para eliminar los pasos a nivel, se entiende esta obligación claramente comprendida en su artículo 4°, en especial cuando se insiste en que en desarrollo de su objeto, el Fondo "directamente o mediante contratos" deberá adelantar: c) La construcción de las carreteras previstas en disposiciones legales y de las vías de acceso,variantes, puentes y demás obras complementarias, de conformidad con las modalidades y especificaciones que adopte el Ministerio de Obras Públicas".

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

FALLA :

Confírmase en todas sus partes la sentencia apelada de 16 de febrero de 1.989, dictada por el tribunal administrativo del Quindío.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 29 de noviembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta P.,Carlos Ramirez Arcila, Juan de Dios Montes*, Conjuez.

Amparo Castro de Gutiérrez, Secretaria ad-hoc.

CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ RECURSO DE APELACION/ LEGITIMACION PROCESAL.

Por apelación interpuesta por la parte demandante le correspondió al Consejo de Estado la competencia para conocer en segunda instancia del auto. La competencia del Consejo de Estado se circunscribe a conocer de la admisión o inadmisión de la demanda. Solamente cuando se trata de la legitimación en la causa, aunque no en todos los casos, o sea en los que la ley no lo exige, se entra a estudiar su procedencia sólo en el momento de la sentencia, pero tratándose la legitimación procesal, que es un presupuesto de la demanda debe ser estudiado al momento de su admisión. No sería prudente, esperar hasta el momento del fallo, para verificar la idoneidad de los poderes.

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

Bogotá, D.E., veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Ramirez Arcila.*

Referencia: Expediente No. 5471. Actor: Jaime Pumarejo Certaín y otros.

Se procede a decidir el recurso de súplica interpuesto por el apoderado del "opositor" contra el auto de fecha agosto 16 de 1.990, por el cual el magistrado ponente resolvió negativamente un incidente de nulidad solicitado por el mismo apoderado.

En los apartes principales de la providencia suplicada se expresa:

"Razonó así el incidentante, al final de su alegato:

"En consecuencia, se incurrió en la causal de nulidad del numeral 2 del artículo 152 del C. de P.C.A.) Porque habiendo sido adoptada la decisión de inadmitir la demanda presentada a nombre de Eva Certaín de Pumarejo, Beatriz Elena Certaín de Pumarejo, Alberto Mario Pumarejo Certaín, Olga Pumarejo Certaín y Roberto Pumarejo K. por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sólo esta Sala tenía competencia para revocar o modificar esta decisión y B) porque tratándose, como se trataba, de una petición que por primera vez se formulaba en el proceso, fundada en una nueva situación probatoria, fáctica y jurídica, la competencia pertenecía exclusivamente al Tribunal de primera instancia.

"Y se incurrió en la causal 3 del mismo ordenamiento legal, porque: A)- la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se encontraba legalmente ejecutoriada y se procedió en contra de ella, y B)- porque la Sección Tercera, que actuaba como Juez *adquem* se arrogó competencia que la ley le asigna al Juez *a-quo* y decidió pretermitiendo la respectiva instancia".

"Para el suscrito ponente la nulidad alegada no se da en el presente caso, como pasa a explicarse. (fl. 16, C. 1 bis.).

"El presente asunto, de carácter agrario, llegó a su conocimiento en virtud de la apelación interpuesta por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda. Tramitado el recurso, el suscrito ponente presentó su ponencia, la cual resultó empatada. En tal virtud se envolvió a la Plena para el desempate, ya que a la sazón era la competente para tales efectos. En esa primera etapa se produjo cambio de Consejero en la sección y la Plena autorizó su regreso al seno de ésta para discutir de nuevo el proyecto. Con el nuevo magistrado se mantuvo el empate y hubo de regresar a la Sala Plena (ver autos de febrero 2 y abril 26 de 1.989). Esta Sala en su sesión de 15 de agosto dirimió el empate en la parte pertinente y al respecto dijo:

"..."

"Se dice también que la Sala no podía tomar la decisión `porque, tratándose, como se trataba, de una petición que por primera vez se formulaba en el proceso, fundada en una nueva situación probatoria, fáctica y jurídica, la competencia pertenecía exclusivamente al tribunal de instancia'".

"Esto no es de recibo. Olvida el distinguido apoderado los poderes del juez *ad-quem*, el que cuando revoca una decisión de inferior (en este caso de inadmisión de demandada) puede innovar, o sea tomar la decisión de reemplazo que aquel no tomó (la admisión de la demanda). Decisión que por ser objeto de recursos debe permanecer en segunda instancia hasta su

ejecutoria; fenómeno que no se produce sino una vez se decidan los recursos interpuestos contra ella. Luego, la competencia de la Sala en esta segunda instancia aun no ha determinado".

"Lo alegado en tomo a la causal 3a. es una reiteración de lo dicho en relación con la 2a. De allí que no tenga objeto repetir argumentos". (fls. 19 y 20, C. 1 bis.).

I. RECURSO DE SUPLICA

Contra esta providencia interpuso recurso de súplica el apoderado de la parte opositora, en apoyo de lo cual expuso en algunos apartes:

"Lo que no es cierto es que la Sala Plena hubiera tomado la decisión de inadmitir la demanda en relación con los comuneros distintos del doctor Jaime Pumarejo Certaín C. No., esa decisión de inadmisión la tenía que tomar la Sección, CON BASE EN LO DECIDIDO POR LA PLENA EN RELACION CON LOS PODERES". (Las mayúsculas son mías). (fl. 23, C. 1 bis.).

"...

"Si, como lo expresó el auto de 15 de agosto de 1.989, 'el empate estaba circunscrito a los aspectos anotados (el alcance de los poderes de fòlios 1 y 3 y si podía con base en ellos admitirse la demanda)'; si la Sala Plena procedió con competencia al dirimir ese empate; y si lo resolvió en el sentido de que los poderes otorgados 'por los sedicentes comuneros' no podían ser admitidos y, en consecuencia, tampoco la demanda presentada con base en ellos, --pues que ésta era la materia propia del recurso de apelación y era lo que se trataba de decidir a través del examen de los poderes-- es inconcebible que en el auto que recurro se diga que la decisión de la Sala Plena no tenía aparejada la de inadmisión de la cuestionada demanda y que fue la Sección --no obstante que no contaba con la mayoría necesaria para adoptar decisión alrededor de ese tema-- la que tomó la determinación de no admitirla".

"...

"B). De otro lado, la competencia del Consejo de Estado, en lo tocante con el recurso de apelación contra el auto del Tribunal de Magdalena que inadmitió la demanda está circunscrita al examen de esa providencia sobre las mismas bases que tuvo el inferior para proferirla. En su función de juez *ad-quem* no puede salirse de ese estricto marco y, por lo tanto, no le es dado estudiar ni resolver peticiones presentadas sobre hechos nuevos y pruebas distintas de los que fueron tenidos en cuenta para dictar la decisión apelada, pues, de ese modo,

saltándose la primera instancia, incurre en usurpación de la competencia del inferior". (fl. 26, C. 1 bis.).

"...

"Alrededor de este aspecto, vale la pena repetir lo dicho en el escrito dirigido al ponente y que éste no se ocupó de rebatir: "3) porque se habría usurpado la competencia del Tribunal Administrativo del Magdalena y pretermitido la correspondiente instancia, por cuanto la presentación de nuevas pruebas (poderes confiriendo personería al abogado para instaurar demanda sobre restablecimiento del derecho, lógicamente a partir de la fecha en que fueron presentados; léase con atención el texto de los poderes) creaban una nueva situación en el proceso, frente a la cual únicamente el juez de la primera instancia tenía competencia para examinarla y resolverla (la Sección, en el auto que se recurrió decidía la apelación y obraba como *ad-quem*), pero se le arrebató la capacidad y la oportunidad de poderlo hacer.- Los dichos poderes, huelga decirlo, ni siquiera pretendieron ratificar o convalidar la inservible demanda, como tampoco se aceptó que lo hiciera el que se presentó andando la actuación que se declaró nula, en el que tampoco se dijo que se **ampliaba el poder** para que se pudiera demandar el restablecimiento del derecho'".

"La Sección Tercera, al proferir la decisión de reemplazo de la contenida en el auto del Tribunal Administrativo del Magdalena que revocaba, tenía que hacerlo dentro de la órbita de la competencia que ese recurso le trazaba, y, por lo tanto, **no podía innovar** --como piensa el ponente que podía hacerlo--, proveyendo sobre cuestiones nuevas, que fue lo que en verdad hizo al no fundarse en los mismos elementos de juicio que tuvo el inferior para proferir su auto, sino en las nuevas pruebas que recibió, aportadas por los demandantes para constituir **por primera vez** y de modo legal apoderado en el juicio, --pruebas que aquel proveído no contempló ni pudo contemplar--, por lo cual su pronunciamiento resultó hecho sobre una cuestión nueva en el proceso, incorporada a él **por primera vez** en la segunda instancia, y, por lo mismo, sobre asunto distinto del que resolvió el auto apelado, no por la materia, sino por los fundamentos probatorios y fácticos que le sirvieron de soporte".

"Cuál habría sido la decisión del Tribunal del Magdalena frente a los nuevos poderes presentados? Habría admitido la demanda simplemente con eficacia retroactiva, esto es, desde la fecha en que fue **inválidamente presentada**? O la habría admitido con eficacia a partir de la fecha de presentación de los nuevos poderes que subsanaban su defecto?. O habría mantenido su inadmisión por estar caducada la acción de restablecimiento del derecho para cuya instauración se habilitaba al abogado? Cuál es la razón para que la Sección Tercera hubiese admitido con efecto retroactivo válido?". (fls. 27 y 28, C. 1 bis.).

El apoderado de la parte actora al oponerse al recurso, expuesto al final de su oposición:

"Todo parece indicar, que el Recurrente no se dio cuenta que el mencionado Auto confirma la decisión inicial, Revocando Parcialmente, pués claramente admite la Demanda para otros comuneros con excepción de la señora EVA CERTAIN DE PUMAREJO.- Es mas, el H. Magistrado Conductor, sabiamente afirma que no tiene porque entrar a explicar porque no tomó esa decisión, por la sencilla razón que ese punto aludido por el Recurrente, no podía ser objeto del Auto Recurrido de Súplica, por cuanto no es necesario explicar que es un fenómeno o un acto que escapa al debate de una Nulidad Procesal".

"Para rematar con sus consideraciones el Auto que ahora se Recurre, el H. Magistrado Conductor, dice en él, que en cuanto al Nuevo Recurso de Reposición (cero y van dos Reposiciones sobre el mismo Auto) cuando se resuelva el Segundo Recurso de Reposición, se tocará en lo posible el punto".

"En la repetición que el distinguido apoderado de Mattos Liñán, hace en su Incidente de Nulidad, que es el mismo que propone en su escrito de Reposición, en cuanto a que la Sala no podía tomar decisión, 'porque tratándose como se trataba, de una petición que por primera vez se formulaba en el Proceso, fundada en una nueva situación probatoria, dizque la competencia permanecía exclusivamente al Tribunal de Primera Instancia'.

"Lo mas seguro es, que el apoderado de Mattos Liñán, ignoraba los Poderes del Juez *ad-quem*. Sabido es que cuando el Juez de Segunda Instancia Revoca una decisión del inferior, puede tomar la decisión que reemplace a la Revocada.- Por ello y porque esta decisión de Segunda Instancia no se produce sino una vez, se decidan los Recursos contra ella".

"No entiendo la razón, porque el Recurrente, tanto en el Recurso de Reposición como en el de Súplica, reitera su alegación en torno a la causal 3a. del art. 152 hoy 140, con lo dicho en relación con la causal 2a. de la misma norma. (fls. 37, C. 1 bis.)".

II. ANTECEDENTES

El presente conflicto procesal tiene como antecedente la demanda de NULIDAD que ante el Consejo de Estado presentó el día 28 de junio de 1.984, el Dr. Hernando D. Escobar de Castro, como apoderado del Dr. Jaime Pumarejo Certaín, quien a la vez actúa en representación de Eva Certaín de Pumarejo, Beatriz Elena Pumarejo y otros para que con citación y audiencia del agente del Ministerio Público y del gerente del Instituto de la Reforma Agraria y de los señores Francisco Andrade, Silvia Tobias y Silvia Rosa Andrade, se decrete la

nulidad de varias resoluciones y se ordene el Restablecimiento de derecho (fls. 124 y ss., C. 1). Admitida la demanda y ordenados los traslados correspondientes, se solicitó por parte de los demandados la nulidad de lo actuado en virtud de no haberse citado en esta calidad al señor Carlos Enrique Mattos Liñán, propietario de uno de los predios trabados dentro del conflicto. (fl. 151, C. 1).

Teniéndose en cuenta "que el proceso apenas se inicia", la nulidad impetrada no se decretó pero, en cambio, se ordena la notificación del auto admisorio al señor Mattos Liñán. (fl. 170, C. 1).

Verificada esta notificación, su apoderado solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha 23 de julio de 1.984, con fundamento en la causal consagrada en el numeral 2° del art. 152 del C. de P.C., ya que por razón de competencia, el conocimiento de los procesos originados en acciones de restablecimiento contra actos del Incora, le corresponde a los Tribunales de acuerdo con el lugar de ubicación del predio.

Por auto de fecha diciembre 4 de 1.987 aunque no se decretó la nulidad propuesta, se resolvió enviar "el expediente por competencia al Tribunal Administrativo del Magdalena en donde se continuará el trámite..." (fl. 18).

Recurrido en súplica este auto, el resto de la Sala decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, y el envío del expediente a dicho Tribunal en el cual se la inadmitió por insuficiencia de los poderes otorgados por los demandantes. El auto inadmisorio fue apelado, y al decidirse el recurso se produjo empate en la Sección Tercera, el cual fue resuelto por la Sala Plena por considerar que uno de los poderes, el que obra a folio 1 del expediente, "satisface el presupuesto de la legitimatio ad procesum por activa en cabeza del doctor Jaime Pumarejo Certaín y que el poder que se otorgó a éste por los sedicientes comuneros, por ser de carácter general, debió otorgarse por escritura pública; y que por tanto, no podía reconocerse al Doctor Escobar de Castro el poder para representar judicialmente a estos últimos".

Regresado el expediente a la Sección Tercera, por auto de octubre 5 de 1.989 (fl. 582, C. 1), luego de admitirse la demanda a favor del comunero Jaime Pumarejo C. se inadmitió en relación con Eva Certaín de Pumarejo, Beatriz Elena Pumarejo C., Alberto Mario Pumarejo C., Olga Pumarejo de Saénz y Roberto Pumarejo K.

Lo así resuelto fue objeto de recursos de reposición interpuestos por los apoderados de ambas partes, lo cual se decidió mediante auto de fecha marzo 23 de 1.990, a favor de los demandantes, con excepción de la señora Eva Certaín de Pumarejo.

Después de lo anterior, el apoderado del señor Mattos Liñán solicitó la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 23 de marzo de 1.990, inclusive, y al serle denegada interpuso el recurso de súplica, el que se procede a resolver, para lo cual,

III. SE CONSIDERA:

La competencia en el presente negocio le corresponde en primera instancia al Tribunal del Magdalena y para conocer en la segunda, al Consejo de Estado. Esto obedece al principio fundamental que se denomina "de las dos instancias, y para este caso tiene apoyo en lo dispuesto en el art. 181 del C.C.A.

En el *sub-lite*, el tribunal, mediante auto de julio 8 de 1.988, inadmitió la demanda al considerar "insuficiencia de poder para actuar en la forma en que se hizo" "No obstante - se dice en dicho auto - que el poder se otorgó para una acción de nulidad, el apoderado incoó una de restablecimiento del derecho, para la demanda,habida cuenta de que ya no puede corregise por haber caducado la acción ya que pasaron los dos años de que disponían los actores conforme al Artículo 136 inciso sexto del Código Contencioso Administrativo, todo conforme al Art. 143 del mismo Código". (fl. 522).

Por apelación interpuesta por la parte demandante le correspondió al Consejo de Estado la competencia para conocer en segunda instancia, de la vigencia de este auto. La competencia del Consejo de Estado se circunscribe, por consiguiente, a conocer de la admisión o inadmisión de la demanda, y nada más.

"Cuando se apela de un auto interlocutorio -explica el procesalista Devis Echandía el superior no adquiere competencia sino sobre el punto incidental o especial que fue materia del recurso, porque la instancia continúa ante el inferior, y por esto no puede ocuparse de los demás aspectos del proceso" (Compendio de Derecho Procesal, Tomo I pag. 507, Ed. A.B.C. 1.978).

Después de que la Sala Plena del Consejo de Estado en su sesión del 15 de agosto de 1.989, consideró que el poder que obra a folio 1 del expediente, satisface el presupuesto de la legitimatio ad procesum por activa en cabeza del Dr. Jaime Pumarejo Certaín", pero no los demás, era apenas procedente, revocar parcialmente el auto recurrido en cuanto no se admitió la demanda respecto del Dr. Jaime Pumarejo C. y confirmar en cuanto a los otros comuneros.

A los anteriores lineamientos se ajustó, en términos generales, la Sala Tercera al revocar el auto de junio 8 de 1.988 dictado por el Tribunal Administrativo del Magdalena "e inadmitir" la demanda en relación con Eva Certaín Pumarejo..." y los demás mandantes. (fl. 599).

Este auto que tuvo un salvamento y una aclaración de voto, fue recurrido por los apoderados de ambas partes, pero el de los demandantes a su pedido de reposición acompañó una serie de poderes cuya declaratoria como pruebas, ni se hizo, ni se podía hacer; no obstante, la Sala, con intervención de un conjuez por razón de dos salvamentos de voto, resolvió:

"1) Confírmase el auto de 5 de octubre de 1.989 en todas sus partes, menos en aquélla que toca con la inadmisión de la demanda de las siguientes personas: Beatriz Elena Pumarejo C., Alberto Mario Pumarejo, Olga Pumarejo de Saenz y Roberto Pumarejo K".

"En otros términos, la demanda se admite también frente a las citadas personas y se mantiene la inadmisión frente a la señora Eva Certaín de Pumarejo". (fl. 655, C. 1)".

En la fundamentación de este fallo, la Sala Tercera transcribe y "hace suya - según se expresa,- la excelente argumentación que expuso el señor Consejero de Greiff Restrepo en su aclaración de voto de 5 de octubre de este año (1.989). y la hace suya porque es un acertado análisis de uno de los puntos de la presente controversia y porque contesta buena parte de los argumentos expuesto por el recurrente". (fls. 650 y 651).

Sin embargo, es bastante significativo que el mismo Consejero citado haya salvado el voto respecto de esta providencia, en la siguiente forma:

"Aun cuando sigo considerando válida la tesis expuesta en el auto recurrido acerca de acciones de nulidad en las que automáticamente puede producirse el restablecimiento del derecho, cambié de parecer en cuanto a su aplicabilidad en el *sub-judice* porque aquí de lo que se trata es de un caso en el cual el apoderado judicial se le confiere poder para adelantar un proceso de nulidad y lo emplea para incoar uno de nulidad **con restablecimiento del derecho**, para lo cual carecía de facultad". (fl. 656, C. 1).

Pero además de esto, que ya le resta mérito a la motivación del auto suplicado, no se puede insistir ahora,con referencia a los nuevos poderes otorgados, que la valoración de ellos, junto con las demás pruebas deba hacerse al momento del fallo, como tampoco tendría sentido el dejar para esa oportunidad el reconocimiento de la personería a los apoderados.

Textualmente se dice en la providencia recurrida:

"7) Finalmente, la sala recuerda que la valoración probatoria deberá hacerse en el fallo, Allí se calificará el alcance de las distintas pruebas aducidas con la demanda y las demás que oportunamente se incorporen al proceso. En este orden de ideas se volverá, como es obvio, sobre los certificados y otros documentos que las partes hayan aportado, en especial los que hagan referencia a la prueba de la legitimación".

"Visto lo anterior, la sala pasa a estudiar el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el mismo auto de octubre 5 de 1.989, en cuanto éste inadmitió la demanda en relación con Eva Certaín de Pumarejo, Beatriz Elena Pumarejo Certaín, Alberto Mario Pumarejo Certaín, Olga Pumarejo

"1) Confírmase el auto de 5 de octubre de 1.989 en todas sus partes, menos en aquélla que toca con la inadmisión de la demanda de las siguientes personas: Beatriz Elena Pumarejo C., Alberto Mario Pumarejo, Olga Pumarejo de Saenz y Roberto Pumarejo K".

"En otros términos, la demanda se admite también frente a las citadas personas y se mantiene la inadmisión frente a la señora Eva Certaín de Pumarejo". (fl. 655, C. 1)".

En la fundamentación de este fallo, la Sala Tercera transcribe y "hace suya - según se expresa,- la excelente argumentación que expuso el señor Consejero de Greiff Restrepo en su aclaración de voto de 5 de octubre de este año (1.989). y la hace suya porque es un acertado análisis de uno de los puntos de la presente controversia y porque contesta buena parte de los argumentos expuesto por el recurrente". (fls. 650 y 651).

Sin embargo, es bastante significativo que el mismo Consejero citado haya salvado el voto respecto de esta providencia, en la siguiente forma:

"Aun cuando sigo considerando válida la tesis expuesta en el auto recurrido acerca de acciones de nulidad en las que automáticamente puede producirse el restablecimiento del derecho, cambié de parecer en cuanto a su aplicabilidad en el *sub-judice* porque aquí de lo que se trata es de un caso en el cual el apoderado judicial se le confiere poder para adelantar un proceso de nulidad y lo emplea para incoar uno de nulidad **con restablecimiento del derecho**, para lo cual carecía de facultad". (fl. 656, C. 1).

Pero además de esto, que ya le resta mérito a la motivación del auto suplicado, no se puede insistir ahora,con referencia a los nuevos poderes otorgados, que la valoración de ellos, junto con las demás pruebas deba hacerse al momento del fallo, como tampoco tendría sentido el dejar para esa oportunidad el reconocimiento de la personería a los apoderados.

Textualmente se dice en la providencia recurrida:

"7) Finalmente, la sala recuerda que la valoración probatoria deberá hacerse en el fallo, Allí se calificará el alcance de las distintas pruebas aducidas con la demanda y las demás que oportunamente se incorporen al proceso. En este orden de ideas se volverá, como es obvio, sobre los certificados y otros documentos que las partes hayan aportado, en especial los que hagan referencia a la prueba de la legitimación".

"Visto lo anterior, la sala pasa a estudiar el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el mismo auto de octubre 5 de 1.989, en cuanto éste inadmitió la demanda en relación con Eva Certaín de Pumarejo, Beatriz Elena Pumarejo Certaín, Alberto Mario Pumarejo Certaín, Olga Pumarejo

Saenz y Roberto Pumarejo K. La razón de dicha inadmisión radicó en que el poder otorgado por las citadas personas al Doctor Jaime Pumarejo Certaín, en su carácter de comuneros del predio 'La Isla', no reunía las exigencias legales por ser de carácter general, ya que no se otorgó por escritura pública".

"Pues bien. Con el escrito de reposición que obra a folios 28 y siguientes del cuaderno principal se acompañaron los poderes especiales que las mencionadas personas otorgaron al Doctor Fernando D. Escobar de Castro, con excepción de la señora Eva Certaín de Pumarejo; poderes que se dieron para instaurar una acción de restablecimiento contra resoluciones que adjudicaron como baldío el citado inmueble. Así, obran en el expediente, en su orden, los poderes otorgados con sujeción a la ley procesal por los siguientes señores: Alberto Mario Pumarejo C., Beatriz Elena Pumarejo C., Olga Pumarejo de Saenz y Roberto Pumarejo K.".

"En relación con estas personas se repondría el auto, no así frente a la señora Eva Certaín de Pumarejo, la que no confirió poder". (fls. 654 y 655, C. 1)".

En algunas de las líneas transcritas se dice "que la valoración probatoria deberá hacerse en el fallo. Allí se calificará el alcance de las distintas pruebas aducidas con la demanda.

...En este orden de ideas se volverá como es obvio, sobre los certificados y otros documentos que las partes hayan aportado, en especial los que hagan referencia a la prueba de la legitimación". (fl. 654).

Sobre este último vocablo, la Sala tiene que hacer alguna precisión, pues solamente cuando se trata de la legitimación en la causa, aunque no en todos los casos, o sea en los que la ley no lo exige, se entra a estudiar su procedencia sólo en el momento de la sentencia, pero tratándose de la legitimación procesal, que es un presupuesto de la demanda debe ser estudiado al momento de su admisión. No sería prudente, esperar hasta el momento del fallo, para verificar la idoneidad de los poderes.

No está por demás recordar, que conforme al inciso 5, del art. 139 del C.C.A., a la demanda "deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título ..." y en lo que respecta con la falta de competencia, pues es concretamente en lo que se apoya la nulidad que se reclama, el art. 357 del C. de P.C., aplicable por extensión, en su inciso 2 prescribe: "En la apelación de autos, el superior solo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desglosas...".

La frase "solo tendrá competencia", es muy clara y no da margen a ninguna duda. Cualquiera actuación distinta a la permitida en la norma estaría por fuera de competencia, es decir, se carecería de competencia para ello, que es precisamente lo que consagra como causal 2ª de nulidad de artículo 140, (art. 152 del C. de P.C.).

Todo lo anterior, lleva a la Sala a concluir que el auto suplicado debe ser revocado, en mérito de lo cual

SE RESUELVE :

REVOCASE el auto de fecha 16 de agosto de 1.990 y en su lugar, DECLARASE LA NULIDAD de todo lo actuado a partir del auto de fecha 23 de marzo de 1.990, inclusive.

Cópiese, notifíquese y una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este auto fué discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha 29 de noviembre de 1.990.

Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES

El hecho de que la administración no hubiere ejecutado ella misma la vía peatonal la exime de responsabilidad, puesto que al proferir la reglamentación de dicha vía mediante resolución, está ejerciendo en este caso la función general que le corresponde de adelantar la política de desarrollo municipal. La Causa de la ocupación fue la de los trabajos públicos, por cuanto la administración expidió la base para su ejecución y facilitó la maquinaria para ella, y una vez concluida la obra, ella pasa a ser propiedad de la Nación. No se ordena deducción por valorización, por la cantidad de terreno ocupada (69.92%).

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

Bogotá, D.E., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Ramirez Arcila.*

Referencia: Expediente Número 5898. Actor: Gonzalo Salvador Moreano L.

Procede al Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida el 10 de julio de 1.989 por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del proceso que en contra del Municipio de Pasto promovió GONZALO SALVADOR MOREANO, por la cual se condenó a la entidad demandada a pagar al demandante la suma $1.841.400 correspondiente al valor de la zona ocupada en forma permanente en un 69.92% de su propiedad.

I. ANTECEDENTES :

1- El Coronel (R) GONZALO SALVADOR MOREANO LEMUS por intermedio de apoderado debidamente constituído presentó demanda ante el Tribunal competente para que se hicieran las declaraciones siguientes o similares:

"PRIMERO: Declarar que la ALCALDIA MUNICIPAL DE PASTO, ha determinado que la vía peatonal 16B entre Carreras 44 y 45, se ha dado a la apertura,en terrenos de propiedad del Coronel GONZALO MOREANO LEMUS, para el servicio de la comunidad.

SEGUNDO: Que la apertura de la vía ha significado la ocupación permanente de los terrenos de mi poderdante por parte del MUNICIPIO DE PASTO, impidiéndole llevar a cabo la construcción de cuatro apartamentos que estaban programados para ese lugar.

TERCERO: En consecuencia,no habiéndose llevado a efecto proceso de expropiación con previa indemnización, se condena al MUNICIPIO DE PASTO, para que por intermedio de la TESORERIA MUNICIPAL DE ALCALDIA DE PASTO, repare el daño causado al Coronel (R.) GONZALO MOREANO LEMUS, pagándole los valores correspondientes al terreno expropiado, los trabajos del proyecto realizado y los dineros dejados de percibir, por las ganancias de los apartamentos no construídos, aspectos estos que envuelven el daño emergente y el lucro cesante amparados por la Ley". (Fls. 1 y 2).

2- Como fundamento de sus pretensiones procesales la demanda cita los siguientes HECHOS:

"Mediante venta que hiciera el señor MILTON MACHADO GALLARDO, a través de la escritura No. 6213 de la Notaría Segunda del Círculo de Pasto, suscrita el 19 de diciembre de 1.985, el Coronel (R.) GONZALO S. MOREANO LEMUS, adquirió un lote de terreno, demarcado con el número 11 de la Manzana F de la urbanización Pio XII de Pasto, con una extensión de 239.50 M2, con cédula catastral 01-03-187-0006 y ubicado en la carrera 44 No. 16A-121 e identificado con los siguientes linderos: Frente, con la carrera 44, en 10 Mts; por el fondo, con propiedades de GONZALO MOREANO LEMUS en 10 Mts; por el constado (sic) derecho, lote 12, Manzana F en 23 Mts; por el constado (sic) izquierdo, con Lote No. 11 Manzana F en 24 Mts. Inmueble que se encuentra con matrícula inmobiliaria No. 240-0019731, de la Oficina principal de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Pasto.

2. Mediante Resolución No. 22 de septiembre 10 de 1.987 suscrita por el Secretario de Obras Públicas Municipales de entonces JOSE MUÑOZ LORA, y la Directora de Planeación BEATRIZ E. MONCAYO DE BUCHELY, se reglamentó la peatonal 16B entre carreras 44 y 45, con una

extensión de 6 mts, de ancho y 24 de fondo, vía que atraviesa toda la propiedad antes descrita del urbanizador GONZALO MOREANO LEMUS.

3. En la citada Resolución no se declara que la vía peatonal sea de interés público, tampoco se especifica la cantidad de terreno que se afecta, y menos cómo se va ha proceder a la negociación o, en últimas a la indemnización, como debió realizarlo el Municipio.

4. Afectado el terreno en un 60%, mi poderdante, presentó un proyecto diseñado por su hijo el Arquitecto GONZALO MOREANO CHAVES, en el que se contemplaba la construcción de cuatro soluciones de vivienda y la cesión de una franja de terreno de 3.50 Mts. de ancho, para proteger una red de alcantarillado general del conjunto residencial EL MIRADOR, extensión ésta superior a la exigida por la Empresa EMPOPASTO, que era de 3.oo Mts.

Para el caso se tuvo en cuenta que esa vía era una peatonal de orden secundario sin flujo de personas por cuanto se trata de una vía cerrada y a un costado no existe acceso a residencia alguna.

5. Con base en los razonados y justos argumentos, los entrantes Director de Planeación Municipal, Jefe de Urbanismo, y Asesor Jurídico se elaboró una Resolución derogando la No. 22 de septiembre 10 de 1.987, y aceptando el proyecto de mi representado Resolución que posteriormente no fue firmada por el Secretario de Obras Públicas Municipales, el Dr. Ordoñez.

6. Con base en el visto bueno inicial se procedió a desarrollar el proyecto definitivo elaborado por el Arquitecto GONZALO MOREANO CHAVES, en su diseño y en colaboración con el Ingeniero PLINIO RUIZ P., en el cálculo estructural para el edificio de apartamentos.

7. En el año en curso (1.988), la Alcaldía mediante la Secretaria de Obras Públicas Municipales inició los trabajos para la apertura de la peatonal, de acuerdo a la Resolución No. 22 de septiembre 10 de 1.987.

8. Mi mandante solicitó la protección policiva a la Inspección 2da. de Policía Municipal de Pasto, para que se suspendieran los trabajos; los cuales en efecto se suspendieron en forma provisional hasta que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por el Coronel (R.) GONZALO MOREANO LEMUS, diligencia que se practicó el 8 de abril de 1.988, la cual a petición del Personero Municipal LUIS JEREMIAS PEÑA, se adicionó en el sentido de manifestar que se suspendían los trabajos, pero sin obstruir la vía para el paso de los peatones.

9. En el recurso de apelación entre otras consideraciones, se hizo hincapié, sobre que el Municipio o la Alcaldía de Pasto no era competente para proceder a determinar el trazado, apertura, ensanche, y arreglos de calles en pobla-

ciones, sino el Concejo Municipal, quien previa la declaratoria de Interés público de un sector para la construcción de una vía podría determinar los pasos para adelantar la expropiación ante la justicia ordinaria.

10. Sin embargo el 25 de mayo de 1.988, en la contestación del recurso, la Alcaldesa de Pasto, confirmó en todas su partes la Resolución atacada (No. 22 de 1.987), manifestando que era un acto de autoridad que no necesitaba de consentimiento de los gobernados basándose en la competencia otorgada por el decreto 261 No. 18 (sin especificar si era de carácter Municipal o Nacional).

11. Después de haber quedado en firme el Acto Administrativo se continuaron los trabajos para abrir definitivamente la vía peatonal configurando la intención inequívoca e irreversible del Municipio de despojar a mi mandante de sus predios, para ponerlos al servicio de la comunidad.

12. La administración Municipal con la expropiación del lote, donde ya se había diseñado y programado la construcción de cuatro apartamentos de 124 M2 de área cada uno, privó a mi poderdante de la consecución de las utilidades de los mismos.

13. La Alcaldía Municipal no llevó adelante proceso alguno para la indemnización de los perjuicios causados no solo del valor del lote mismo que se encontraba urbanizado sino del valor dejado de percibir con las construcciones. Y por lo mismo tales dineros por indemnización causada se le adeudan a mi representado". (fls. 2, 3 y 4).

3- El demandado -Municipio de Pasto- acudió al proceso y por intermedio de apoderado contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones solicitadas por el demandante (fls. 43 a 45).

4- Surtido el trámite de rigor, el Tribunal procedió a dictar sentencia, mediante la cual condenó al Municipio de Pasto a pagar al actor al suma de $1.841.400 que corresponde al valor de la zona ocupada, y no se dio aplicación al art. 219 del C.C.A. sobre deducción por valorización en razón de que por virtud de la construcción de la calle, no solo hubo expropiación, sino desvalorización de la propiedad restante en un 30.08%.

Los fundamentos de su decisión recayeron en lo siguiente:

1) En cuanto al tipo de acción, considera que estuvo bien incoada la de reparación directa y cumplimiento,según lo dispuesto por el art. 86 del C.C.A. ya que el presente proceso se trata de acción resarcitoria de perjuicios por ocupación permanente por causa de trabajos públicos.

2) El hecho de que la vía peatonal no hubiera sido ejecutada por la administración, sino por la Junta de Acción Comunal del conjunto residencial El Mirador no impide acceder a las súplicas de la demanda. Para ello, al Tribunal le basta

"haber establecido que los trabajos públicos se realizaron con base en un ordenamiento jurídico dictado por autoridad competente, con más propiedad, con base en la resolución Nro. 22 de 10 de septiembre de 1.987, emanada del Secretario de Obras Públicas Municipales, por la cual se reglamentó la zona peatonal 16B entre las carreras 44 y 45. No importa entonces, para los efectos de la prosperidad de la demanda, que la Junta de Acción Comunal del Conjunto residencial El Mirador, pretermitiendo el procedimiento de rigor haya construido con maquinaria oficial la zona peatonal afectando como aparece plenamente demostrado, la propiedad del demandante". (fls. 227 y 228).

3) De las pruebas practicadas resulta incuestionable que el 69.92% del predio del demandante quedó afectado por ocupación permanente por la construcción no de una peatonal, sino una calle.

4) Para la fijación de los perjuicios acoge el dictamen pericial que estableció el área afectada en 167.40 mts., dándole un valor de $11.000.oo el metro cuadrado. En cuanto al lucro cesante expresa que el Tribunal no habrá de condenar a los perjuicios referentes a los trabajos de los proyectos realizados por el arquitecto hijo del demandante, ni tampoco por los dineros dejados de percibir, por las ganancias de los apartamentos no construidos, que según el demandante constituye el lucro cesante; precisamente porque los proyecto realizados por el arquitecto GONZALO MOREANO CHAVES, en los que se contemplaba la construcción de cuatro soluciones de vivienda, dichos proyectos o planos fueron hechos con posterioridad a la emisión de las resoluciones Nro. 22 de 10 de septiembre de 1.987, por la cual se reglamentó la zona peatonal 16B entre carreras 44 y 45 y nunca fueron aprobados por la oficina respectiva de la Alcaldía Municipal de Pasto". (fl. 233).

5) Contra la anterior sentencia, el demandante interpuso recurso de apelación en cuanto a la no condena por lucro cesante, por el Tribunal, en su parecer no tuvo en cuenta "que los actos administrativos también pueden ser verbales o de hecho, y el proyecto se lo planificó con las perspectivas de su posterior aprobación, por consejo y decisión de un funcionario de la propia administración, de allí que el proyecto no sólo contemplaba la construcción de una peatonal adecuada sino la de un edificio de apartamentos, ya que se suponía que la Resolución inicial, tal y como se prometió, iba a ser dereogada, (sic) y de hecho podía ser así por cuanto la razón legal y de sentido común, estaba de lado de mi representado". (fl. 238).

En consecuencia se solicita que se modifique la sentencia en el sentido de incluir la indemnización por lucro cesante.

6) Corrido el traslado a las partes para alegar, el demandante presentó el correspondiente escrito, en el cual objeta la condena sin considerar la devaluación de la moneda. Afirma que la corrección monetaria puede y debe ser decretada de oficio para que la indemnización sea íntegra, completa y trae una sentencia de esta Corpo-

ración. Además, en cuanto al lucro cesante impugna la sentencia del *a-quo* en virtud de que se le negó por falta de aprobación por Planeación Municipal, sin embargo expresa que ese lucro nada tiene que ver con el de que el acto hubiera podido lucrarse con el rendimiento que el lote produjera.

7) La fiscalía octava de la Corporación en su concepto de fondo solicita se profiera sentencia inhibitoria en razón de que se configura ineptitud de la demanda por cuanto el actor hizo uso de la acción de reparación directa y como en el presente caso existe un acto administrativo -Resolución 22 de 10 de septiembre de 1.987, la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

En orden a establecer la acción procedente en el presente proceso, en primer lugar la Sala revisa las pretensiones de la demanda, cuales son:

Como Declarativas:

a) Que la Alcaldía de Pasto determinó que la vía peatonal 16B entre carreras 44 y 45 se dió a la apertura en terrenos de propiedad del Coronel GONZALO MOREANO LEMUS.

b) Que dicha apertura significó la ocupación permanente de los terrenos del actor por parte del Municipio de Pasto.

Además, en consecuencia solicita la condena correspondiente. Así, se tiene que el actor reclama la ocupación permanente de que fué objeto su terreno con ocasión de trabajos públicos. Contiene la petición, los elementos fácticos necesarios para que sea procedente la acción de reparación directa y cumplimiento consagrada en el inc. 2o. de art. 86.

Es éste, un tipo expreso de la acción impetrada que debe invocar "todo aquel que pretenda se le repare el daño por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

De otra parte si bien existe un acto administrativo, éste no tiene el carácter de individual o concreto puesto que no contiene una afectación determinada sobre el terreno, objeto de la ocupación.

Por tanto, la Sala discrepa de la existencia de ineptitud de la demanda que manifiesta el colaborador fiscal, razón por la cual habrá de proceder al estudio de fondo para dictar sentencia de mérito, para cuyo efecto es necesario analizar las pruebas, frente a los presupuestos de la acción impetrada, como son:

a) Calidad de propiedad de quien impetra la acción.

b) La ocupación permanente del terreno.

c) Que la causa de la ocupación sea los trabajos públicos, o sea los que ejecuta directa o indirectamente una entidad pública sobre el bien inmueble y con fines de utilidad pública.

Del acervo probatorio se tiene:

1) Copia autenticada de la Escritura de compraventa No. 6213 del 19 de diciembre de 1.985 otorgada en la Notaría Segunda de Pasto (fls. 18 a 20) y certificado de libertad del inmueble, objeto de la litis (fl. 250), con lo cual se acredita la propiedad del lote de terreno identificado en el numeral 1o. de los Hechos, en cabeza del demandante.

2) Copia autenticada de la Resolución No. 22 del 10 de septiembre de 1.987 "por la cual se reglamenta la peatonal 16B entre carreras 44 y 45", lo cual aparece en su artículo primero que resolvió:

> "Reglaméntase la peatonal 16 B entre carreras 44 y 45 con las siguientes dimensiones:
>
> Andén Central 2 Mts.
>
> Zona verde 2 Mts. a C/Lado
>
> del eje 3 Mts. (fl. 21)

3) Copia de la diligencia de protección policiva efectuada por la Inspección Segunda Civil de Policía Municipal (fls. 28 a 30).

4) Copia autenticada del acto sin número, del 25 de mayo de 1.988 expedido por el Alcalde de Pasto en el cual resuelve el recurso de apelación interpuesto por el aquí demandante contra la Resolución No. 22 confirmándola en todas sus partes (fls. 32 a 34).

5) Constancia del Secretario de Obras Públicas de Pasto, en la cual lee:

> "Que la Secretaría a su cargo no ha efectuado ningún trabajo por parte de la Administración en la peatonal 16B entre carreras 44 y 45, como tampoco facilitó ninguna clase de maquinaria". (fl. 51).

6) Constancia del Jefe de Urbanismo de Planeación Municipal de Pasto en la que da fé que en dicha oficina "no se encuentra ningún anteproyecto de edificio

para la calle 16 B entre Carreras 44 y 45. Nombre del Arquitecto GONZALO MOREANO CHAVES". (Fl. 52).

7) Diligencia de inspección judicial con peritos, en la cual se identificó el terreno de propiedad del señor GONZALO MOREANO LEMUS, también preguntados los peritos, si existe una calle dentro del lote identificado cuál es el ancho de ella?, contestaron:

> "efectivamente existe una calle cuyas dimensiones son 6 metros de frente sobre la carrera 44 y 24 metros de fondo colindando con la carrera 45". (fls. 172 y 173)".

8) Dictamen pericial (fls. 174 y 175).

9) Avalúo del terreno por el Instituto Geográfico AGUSTIN CODAZZI, mediante el cual se informa que en la Zona peatonal 16B entre carrera 44 y 45, el valor catastral es de $3.000 el metro cuadrado (fl. 211).

10) Prueba Testimonial:

a- Plinio Enrique Ruíz Pazos, quien aceptó haber realizado los cálculos estructurales del edificio de apartamentos Bella Vista y por cuya elaboración recibió la suma de $200.000, dice que quien contrató sus servicios profesionales fue el Coronel Moreano (fl. 113).

b- Adalberto Córdoba, Jefe de la Sección de Urbanismos de Planeación Municipal, declaró que el Coronel GONZALO MOREANO presentó un anteproyecto para la construcción de un edificio de apartamentos y una vía peatonal, al cual se le hicieron observaciones sustanciales. También dispuso sobre la existencia de la Resolución No. 22 y el proyecto de derogatoria, respondiendo a algunas cuestiones técnicas de urbanismo.

Con el anterior análisis de pruebas, se tiene que los elementos que dan lugar a la presente acción se acreditaron, según puede verse las descritas en los numerales 1o., 2o., 3o. y 7o.

De otra parte, el hecho de que la administración Municipal de Pasto no hubiere ejecutado ella misma la vía peatonal, no la exime de responsabilidad, puesto que al proferir la reglamentación de dicha vía mediante la Resolución No. 22 de 10 de septiembre de 1.987, está ejerciendo en este caso, la oficina de Planeación Municipal, la función general que le corresponde de adelantar la política de desarrollo municipal (Decreto 008 de 1.985, fls. 159 a 166).

Además, la prueba enunciada en el numeral 3o. anterior es clara en cuanto a la intervención oficial al dejar constancia de que "Seguidamente se constata

que efectivamente hay dos máquinas pertenecientes a la Secretaría de Obras Públicas Departamental las cuales son operadas por los Señores los cuales se niegan a suministrar los nombres" (fl. 28). y más adelante se agrega: "El Despacho por cuanto los conductores de las máquinas que estaban operando en el momento de llegar este Despacho se niegan a suministrar los nombres se deja constancia del número de las mismas Volquetas No. 8 y otra sin número de color azul perteneciente a Obras Públicas Departamentales en vuldocer tiene el No. 20 y el cargador No. 9" (fl. 29).

De esta manera no se puede negar que la causa de la ocupación fue la de los trabajos públicos, por cuanto la administración expidió la base para su ejecución y facilitó la maquinaria para ella, y una vez concluida la obra, ella pasa a ser propiedad de la Nación por mandato del art. 674 del C.C. que dispone:

> "Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la república.
>
> Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio".

De otra parte, en cuanto al hecho de la ocupación permanente se hace preciso transcribir el dictamen pericial referenciado en el numeral 7o. de las pruebas aquí consignadas, el cual expresa:

> "PREGUNTAS EN GENERAL PARA PERITOS FOLIO #170
>
> Punto 1) 'De acuerdo a sus conocimientos, manifestar cuales son los valores comerciales del terreno de propiedad del Coronel (R) Gonzalo Moreano, sin tener en cuenta redes eléctricas, alcantarillado y obras de Urbanismo'
>
Contestamos así: AREA DEL LOTE		239.40 M2
MENOS AREA ENTREGADA A EMPOPASTO FOLIO 2	3 X 24 =	72.00 M2
AREA TOTAL AFECTADA		157.40 M2
VALOR TERRENO AFECTADO	167.40 x $11.000 =	1.841.4

> Punto 2) 'Diga cual sería el incremento del terreno teniendo en cuenta redes eléctricas y alcantarillado.

Contestamos así; el valor determinado en el punto anterior está con el valor actual o valor comercial del mismo.

Punto 3) 'Emitir concepto sobre la calidad del proyecto y si los costos y los presupuestos son ajustados a la realidad"

Contestamos así: Para determinar si los costos y presupuestos son los justos necesitaríamos mayores pruebas, ya que el presupuesto presentado se encuentra presentado de manera global sin determinación discriminada de análisis de precios, de mano de obra, de cantidades de obra.

Punto 4) 'Exprese si el proyecto era perfectamente realizable y la capacidad de hacerlo por parte del urbanizador Gonzalo Moreano'

Contestamos así: El anteproyecto presentado si era perfectamente realizable. En cuanto a la capacidad de ejecutarlo por parte del Coronel (R) Gonzalo Moreano, desconocemos su capacidad económica y profesional, puesto que no hemos tenido ningún tipo de relación comercial o profesional.

Punto 5) 'Determinar si las ganancias que se calcularon en el proyecto, son las mínimas que se pueden obtener y cuanto la máxima ganancia'.

Contestamos así: Para poder determinar las ganancias que se pueden obtener es necesario mayores pruebas tales como discriminación de precios unitarios, cantidades de obra, precios de mano de obra los que figuran en el proceso son valores globales sin ninguna discriminación.

PREGUNTAS PARA DILIGENCIA DE INSPECCION FOLIO #170

Punto 1) 'Manifestar si en la propiedad del Coronel (R) Gonzalo Moreano, existe una vía de seis (6) metros de ancho por 24 metros de fondo'

Contestamos así: Efectivamente existe una vía peatonal de esas dimensiones.

Punto 2) 'Sírvase manifestar porcentualmente que proporción ocupa la vía en el terreno del Coronel Gonzalo Moreano'

Contestamos así: De acuerdo a nuestra respuesta del unto 1 de preguntas generales se deduce lo siguiente:

Area del lote	239.40 M2
Area de entrega a Empopasto	72.00 M2
Area afectada	167.40 M2

Por lo tanto el porcentaje afectado es del 69.92%

Punto 3) 'Sírvase decir de acuerdo a las condiciones del terreno, si para la apertura de la vía se tuvo que realizar trabajos con maquinaria y empleo de trabajadores no solo para la excavación sino para el afirmado de la vía'.

Contestamos así: Sí es posible que se haya utilizado maquinaria y obreros para la apertura de vías, para el afirmado no puesto que no hay.

Punto 4) 'Dígale al Tribunal si es perfectamente transitable, no solo por personas sino por automotores'

Contestamos así: Sí es transitable.

Punto 5) 'Exprese su concepto en el sentido de definir por qué la casa que queda al frente de la vía en el lado lateral, no tiene fachada y si ese hecho indica que la misma se construyó así, porque se tenía definido que el lote contiguo, al del coronel, no estaba determinado para construir vía alguna'

Contestamos así: Efectivamente el hecho anteriormente anotado da a entender que sobre el lote del coronel Moreano no se iba a construir vía alguna". (fls. 174 y 175).

Cabe observar que la propiedad privada está garantizada por el art. 30 de la C.N., y en su inciso 3o. dispone:

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el Legislador podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa".

Así que la administración municipal al expedir la Resolución 22 mencionada debió preveer que para su ejecución era absolutamente necesario la observancia del trámite previo, cual era la de negociar ya directamente o previa la expropiación, el terreno objeto de la ocupación para la vía peatonal referenciada.

Para la Sala, no queda duda alguna de la procedencia de la indemnización por razón de encontrar acreditados los presupuestos legales para la prosperidad de la acción propuesta, por lo cual, se procede al análisis de los perjuicios reclamados así:

a- Valor del terreno expropiado.

b- Valor de los trabajos del proyecto realizado.

c- Dineros dejados de percibir por las ganancias de los apartamentos no construidos.

Respecto del valor del terreno ocupado sin previa indemnización, obra dentro del expediente el Dictamen pericial, en el cual se determinó que el área afectada en el terreno de propiedad del actor es de 167.40 M2 asignándole un valor comercial de $11.000 el metro cuadrado (fl. 174), de lo que resulta la suma de $1'841.400 el valor total del área ocupada en forma permanente por la administración municipal.

El Fiscal del Tribunal, objetó dicho dictamen porque en su concepto "existe una ocupación, que no puede interpretarse como de permanente, ante la ausencia de un juicio de expropiación u otra convención contractual" (fl. 199).

Dice la Fiscalía que el valor debe ser inferior al valor de predio tal como se tomó por cuanto el dueño pierde la propiedad solo en caso de expropiación y no de ocupación por parte de la administración. En consecuencia solicita se pida el avalúo al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, entidad ésta que mediante oficio No. 7.4.14/ 864 de mayo 11 de 1.989 informó que el valor catastral en la zona mencionada es de $3.000 el metro cuadrado (fl. 211).

Para la Sala, la objeción del dictamen pericial no resulta procedente puesto que como se dejó expuesto atrás la calificación de la ocupación en el presente proceso es precisamente "permanente" y no transitoria. Y para que la administración pudiera ejecutar la obra -vía peatonal- era necesario que hubiera procedido a negociar el terreno directamente con su propietario o en su defecto, sino llegaren a un acuerdo, haber obtenido la expropiación por vía judicial.

De otra parte, como lo que se reclama es el valor del predio como medida resarcitoria por el perjuicio ocasionado a su legítimo dueño,el valor que debe reconocerse en el comercial y no el catastral. Por tanto, la Sala acogiendo el dictamen rendido por los auxiliares de justicia, confirmará lo dispuesto por el *a-quo* en este rubro reconociendo la suma de $1'841.400, por concepto del valor del predio ocupado.

Sobre el valor de los trabajos del proyecto realizado y los dineros dejados de percibir por las ganancias de los apartamentos no construidos, resulta bien denegado su reconocimiento por el Tribunal, por cuanto lo que el actor denomina trabajos del proyecto, seguramente hace referencia a los cálculos estructurales de un edificio, que el ingeniero Ruiz Pazos, en su declaración obrante a folio 113, afirma haber realizado por el Coronel Moreano y por lo cual recibió la suma de $200.000; sin embargo, dichos trabajos así como el proyecto del edificio de apartamentos, fue presentado ante Planeación con posterioridad a la Resolución No. 22 de 1.987, y además no fué aprobada por la Oficina correspondiente.

Esto se acredita con la declaración del señor Adalberto Córdoba, quien afirma que el proyecto si fué presentado para su trámite al tiempo que se le pidió por el Director de Planeación un proyecto de derogatoria de la resolución 22 mencionada, también afirmó que:

"Sí procedí a elaborar la derogatoria, previo análisis del anteproyecto presentado al cual se le hacen observaciones sustanciales como por ejemplo, el hecho de que éste proyecto no podría generar servidumbre de vista a menos de 3 metros sobre la propiedad del arquitecto Carlos Narváez y otras que en el momento no recuerdo". (fl. 115).

Más adelante agrega:

"debo observar también que no se por qué razones el anteproyecto mencionado fue sacado de la oficina del Secretario de Obras y nunca se dejó copia del mismo para su radicación en la oficina de Planeación Municipal" (fl. 115).

También obra a folio 52 otra certificación de la oficina de Planeación Municipal, en que afirma "Revisados los archivos y radicación de planos de esta oficina no se encuentra ningún anteproyecto...".

El mismo actor, manifiesta en el numeral 4 del acápite HECHOS, que "Afectado el terreno en un 60% mi poderdante, presentó un preproyecto diseñado por su hijo Arquitecto GONZALO MOREANO CHAVES, en el que se contemplaba la construcción de cuatro soluciones de vivienda..." (fl. 2).

Además el perjuicio debe ser cierto y determinado según se desprende de los arts. 1494, 2341, 2342 y 2345 del C.C., para que haya lugar a la indemnización correspondiente, y en el *sub-lite*, al momento de originarse la ocupación del terreno, como se vió el demandante no demostró que estuviera percibiendo utilidad alguna por este aspecto, por cuanto ya se dijo que no se había presentado el proyecto del edificio, por lo cual la simple expectativa de poder edificar sobre el terreno, objeto de la ocupación, no es suficiente para el reconocimiento del perjuicio reclamado, que por demás no resultó debidamente probado en el proceso.

Sin embargo, como es obvio que a partir de la ocupación se le impidió al actor lucrarse del valor equivalente a su bien patrimonial, se reconocerá como lucro cesante el interés de seis por ciento (6%) anual, desde que se inició la ocupación, esto es abril de 1.988 y hasta que la ejecutoria de presente fallo.

De otra parte, alega el recurrente sobre la condena por daño emergente, sin la justa corrección monetaria. Dice que para que la indemnización sea íntegra, debe reconocerse la devaluación, aún de oficio. Y en este rubro, la Sala considera que le asiste razón al actor, cuando afirma que en el presente caso "se trata de intercambio de un bien valorizado por una suma de dinero que se deprecia, permanentemente", de manera que es evidente el perjuicio por lo cual la parte condenada no puede demostrar que ello no ocasiona perjuicio para el actor.

Así, como consecuencia de lo expuesto, se ordenará la condena que se entiende hecha en concreto de los perjuicios materiales que se le ocasionaron al demandante. La liquidación se hará, teniendo en cuenta las siguientes bases:

1- En lo que se refiere al daño emergente, o sea el valor del terreno ocupado se tendrá en cuenta el valor de $1'841.400.

2- Dicha cantidad histórica (sin actualizar) devengará un interés técnico del seis por ciento (6%) anual, a título de lucro cesante y que se liquidará a partir de abril de 1.988 y hasta la ejecutoria de la sentencia.

3- La suma señalada en el numeral 1o. será actualizada de conformidad con los índices de precios al consumidor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, y aplicando la siguiente fórmula adoptada por esta Corporación.

$$Vp = Vh \frac{\text{Ind. final}}{\text{Ind. inicial}}$$

En donde Vp es la cantidad que resultará actualizada, Vh la suma a actualizar, esto es $1'841.400, ind. final el índice de precios al consumidor en la fecha de ejecutoria de la sentencia, E. ind.in que es el mismo índice pero para el mes de causación del perjuicio (abril de 1.988, fl. 28).

Finalmente, en acciones de naturaleza como la aquí impetrada, el art. 219 del C.C.A., ordena la deducción por valorización que cause la obra realizada. Sin embargo, a juicio de la Sala, como el predio del actor fue ocupado en un 69.92%, y se trata de una vía peatonal, que si bien es necesaria, no produce valorización en el mínimo de predio restante, no se ordenará dicha deducción.

En cambio, de conformidad con el mandato del art. 220 del mismo estatuto, se ordenará la protocolización y registro de esta sentencia, para efectos de que obre como título traslaticio de dominio, en cuanto se refiere al área afectada con la ocupación permanente.

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 :

Modifícase la sentencia del 10 de julio de 1.989 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, la cual quedará así:

PRIMERO: Condénase al Municipio de Pasto a pagar al Coronel (R) GONZALO SALVADOR MOREANO LEMUS, por concepto de los perjuicios materiales que le fueron ocasionados por la ocupación permanente de una zona de 167.40 m² del predio ubicado en la carrera 44 No. 16A-121 de Pasto, la suma de $1'841.400.oo más lo intereses del 6% anual sobre dicha suma desde abril de 1.988 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Dicho monto será actualizado de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No se ordena la deducción por valorización consagrada en el inciso primero del art. 219 del C.C.A. por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Protocolícese y regístrese esta sentencia para los efectos previstos en el inciso segundo del mismo artículo.

CUARTO: El Municipio de Pasto, cumplirá esta providencia, dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

Cópiese, Notifiquese, y Devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 29 de noviembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta,* Salvo el voto.

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DEL INMUEBLE- (Salvamento de Voto)

Considero peligrosa la tesis del fallo que lleva concluir que por la sola circunstancia que la administración profiera una reglamentación de las vías, y asuma la tarea que le corresponde "de adelantar la política de desarrollo municipal" tenga que responsabilizarse de las ocupaciones permanentes que los particulares hagan de bienes de terceros, ante la indiferencia o complacencia de éstos, que ya saben que el Estado paga.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5898 Actor: Gonzalo Salvador Moreano. Demandado: MUNICIPIO DE PASTO.

Con toda consideración, por la decisión mayoritaria, me separo de ella, por tres razones fundamentales, a saber:

PRIMERA: Porque dentro del informativo quedó debidamente demostrado que la administración municipal de Pasto no llevó a cabo los trabajos. Fue la Junta de Acción Comunal la que los realizó, y, por lo mismo, contra ella se han debido ejercitar, en su momento, las acciones orientadas a defender el derecho de dominio.

SEGUNDA: Porque estoy de acuerdo con la perspectiva que manejó la fiscalía de la Corporación cuando destaca que, en el *sub-lite*, el actor ha debido instaurar la acción contemplada en el artículo 85 del C.C.A. para impugnar el alcance de la Resolución Nro. 22 de 10 de septiembre de 1.987. "por la cual se reglamenta la peatonal 11 6 B entre las carreras 44 y 45", pues si como se reconoce en la

sentencia, ella fue **"LA BASE PARA SU EJECUCION"** (folio 11 de fallo), necesariamente debía ser cuestionada en su alcance jurídico (subrayas mías).

TERCERA: Porque considero peligrosa la tesis del fallo que lleva concluir que por la sola circunstancia de que la administración profiera una reglamentación de las vías, y asuma la tarea que le corresponde, **"DE ADELANTAR LA POLITICA DE DESARROLLO MUNICIPAL"** tenga que responsabilizarse de las ocupaciones permanentes que los particulares hagan de bienes de terceros, ante la indiferencia o complacencia de éstos, que ya saben que EL ESTADO PAGA.

Atentamente,

Julio Cesar Uribe Acosta.

Bogotá, D.E., Diciembre 11 de 1.990.-

ACTO SEPARABLE/ACTO CONTRACTUAL/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La acción procedente en un evento como el presente, en el cual se pretende debatir la legalidad de un acto que se relaciona con un contrato debidamente finiquitado y que ha sido expedido por la administración varios meses después de que tal contrato hubiera sido ejecutado y liquidado, no era la relativa a contratos por cuanto ésta permite que a través de ella se controviertan actos y hechos de las partes relacionados con la ejecución de un contrato, pero que se produzca durante su vigencia, desde su perfeccionamiento hasta su liquidación final. Lo procedente era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.), pues las resoluciones impugnadas constituyen actos administrativos autónomos e independientes relacionados con un contrato, pero expedidos por fuera de su vigencia. Estos actos no caen dentro de la categoría de los llamados actos separables. El acto separable es solamente el precontractual, es decir, aquel que se produce antes del perfeccionamiento de un contrato. La acción incoada;

LIQUIDACION DEL CONTRATO-Efectos/**JUEZ DEL CONTRATO/COMPETENCIA**-Cosa Juzgada.

Es claro para la Sala, en el caso de autos, que terminada la relación contractual y suscrita el acta final de liquidación, se extinguieron todas las obligaciones recíprocas entre las partes originadas en el contrato, y se resolvieron las diferencias que entre ellas pudiese haber. La suscripción de tal acta final, sin reservas, produjo un efecto equivalente al de cosa juzgada, y sustrajo la competencia de la administración, para traspasarla al juez del contrato, quien desde ese momento pasa a ser la autoridad

competente para pronunciarse sobre la legalidad del mismo y de sus efectos.

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

Bogotá, D.E., seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.*

Referencia: Expediente No. 5165 (258). Actor: Octavio Giraldo Ramirez.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, contra la sentencia proferida por dicha Corporación el 2 de abril de 1.987, en la cual se decidió lo siguiente:

"1°.- SE CONDENA, en abstracto, al INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, Entidad descentralizada de carácter nacional, a pagar al Dr. OCTAVIO GIRALDO RAMIREZ, o a quien sus derechos represente, como Contratista en el Contrato #498 de 1981, suscrito entre éste y la Entidad demandada el 26 de octubre de 1981:

"a) el valor correspondiente a los 3.822.56 M2 de losa de entrepiso que fueron necesarias en la construcción de los 90 apartamentos y que no quedaron incluídos en el mencionado contrato.

"b) el valor correspondiente a los perjuicios económicos causados al demandante por el no pago oportuno por parte del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, del valor de los 3.822.56 M2.

"2°.- EN CONSECUENCIA, SE DECLARAN NULAS las Resoluciones #s. 2170 de 5 de junio de 1.984 y 3683 de 11 de septiembre del mismo año, por medio de las cuales el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL negó el reconocimiento y pago de las losas de entrepiso mencionadas.

"3°.- NO SE ACCEDE a lo solicitado en el literal b) del numeral TERCERO de las peticiones de la demanda, por los motivos ya expuestos en esta providencia.

"4°.- DESE CUMPLIMIENTO, ejecutoriada esta providencia, a los artículos 173, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo." (fol. 197 C. 1).

ANTECEDENTES

Los hechos que motivaron la decisión antedicha se pueden sintetizar así:

1. Con fecha 26 de octubre de 1.981, el Sr. Octavio Giraldo Ramirez y el Instituto de Crédito Territorial celebraron el contrato No. 498 de 1981, cuyo objeto era la construcción de 90 apartamentos y obras complementarias del Proyecto "Puente Palma", en la ciudad de Cali.

2. Dicho contrato se celebró en desarrollo de la Licitación #037 de 1.981, adjudicada al contratista por Resolución 1936 de 1981.

3. En las Determinantes Técnicas de los Pliegos de Condiciones de la Licitación se detallaron las características de las obras a desarrollar, las cuales debían someterse a los planos arquitectónicos suministrados por el Instituto de Crédito Territorial, y se solicitó a los oferentes calcular las cantidades de obra pertinentes de acuerdo con sus respectivas propuestas, de manera tal que estas satisfacieran la ejecución completa de la obra programada.

4. Al ejecutar su propuesta, el Sr. Giraldo Ramirez ofreció la realización de 2.761 M2 de entrepiso prefabricado. Con base en dicha cantidad de obra procedió a celebrarse entre las partes el contrato en cuestión.

5. Iniciada la ejecución de la obra se encontraron las partes con el hecho de que la cantidad de 2.761.44 M2 de entrepisos era insuficiente para lograr los 90 apartamentos contratados. Se detectó que, para tal propósito, era necesaria la construcción de 3.822.56 M2 adicionales de entrepisos prefabricados.

6. El contratista procedió a elevar ante el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL varias solicitudes en el sentido de que se le reconociera el valor correspondiente a la cantidad real de entrepisos que estaba realizando, la cual era superior en 3.822.56 M2 a la originalmente prevista. Aún a pesar del silencio de la entidad contratante, el contratista continuó con la obra hasta su terminación, corriendo con las erogaciones adicionales que ello demandaba.

7. La ejecución del contrato terminó el 7 de julio de 1983, y con fecha de 17 de noviembre de ese año se firmó entre ambas partes el Acta de Liquidación Final de la obra, en la cual se dejó constancia que las obras fueron ejecutadas dentro del plazo convenido, y cumplían con las especificaciones del contrato.

8. Mediante escrito presentado ante el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL en abril 2 de 1.984, es decir, casi nueve (9) meses después de la terminación del contrato, y casi seis (6) después de la suscripción del Acta de Liquidación Final, el contratista solicitó se le reconocieran y pagaran las obras adicionales ejecutadas, correspondientes a los 3.822.56 M2 de losa de entrepisos no previstas en el contrato original.

9. Mediante Resolución 2170 de 1984, el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL negó el reconocimiento y pago solicitados, para lo cual expuso, entre otras las siguientes argumentaciones:

"Que de otra parte es evidente que no existe contradicción alguna en el texto de las DETERMINANTES TECNICAS referente a que el instituto no aceptaría el pago de obras adicionales respecto de las cantidades de obra calculadas por los proponentes, frente a las previsiones del contrato sobre obras adicionales y obras nuevas (arts. 2.02 y 2.04, entre otros); porque es muy claro que en aquél texto se predica la inmodificabilidad de las cantidades que el licitante, en su experiencia y atendido el sistema o tecnología ofrecida para la construcción, calculó para satisfacer la ejecución completa de la obra programada. En tanto que el contrato, como todos los de Obra Pública, contempla la necesidad de ejecutar obras no previstas ni previsibles al momento de elaborar la propuesta y que suelen obedecer a condiciones del terreno, de los materiales, etc. razón por la cual carece de fundamento la afirmación del solicitante en el sentido de que el Instituto al elaborar el contrato "cambio su criterio expresado en las DETERMINANTES TECNICAS, en lo relativo a obras adicionales...";

"Que es igualmente importante tener en cuenta que a la Administración no le es legalmente posible admitir una modificación de la propuesta después de la adjudicación porque ello no sería cosa distinta de colocar en desventaja a los restantes proponentes con violación de los principios que informan ese proceso; después de hecha la adjudicación no es posible modificar la propuesta de quien resultó favorecido, máxime si el elemento variable pudo ser factor determinante para la adjudicación del contrato, como parece haber sido en este caso, el valor de la oferta el cual estuvo afectado por el error el (sic) el cálculo de las cantidades de obra, imputable al reclamante, según ha quedado expuesto;

"Que para concluir, debe observarse que el contrato se encuentra liquidado y el Acta de Liquidación Final, aprobada ya por el Instituto, el Contratista firmó sin hacer salvedad alguna a las cantidades de obra allí consignadas y que respecto de los entrepisos corresponden a los de la propuesta, esto es, no incluyen los que son objeto de la reclamación que por ésta se resuelve. Anotándose que sobre el particular el Consejo de Estado ha dicho que cuando el Contratista firma dicha Acta en señal de aceptación, sin reclamos u observaciones, el Acta sea definitiva y en principio no podrá impugnarse, porque el Acta es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad (Sentencia de octubre 16/80 -Sección Tercera- Expediente 1960); (fls. 57 y 58 C. 1).

10. Mediante Resolución 3683 de 1.984, el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL decidió confirmar en todas sus partes la Resolución anterior, y declaró agotada la vía gubernativa.

EL FALLO APELADO

En su decisión de abril 2 de 1.987, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca discurrió como sigue:

> "Confrontados, de una parte, los documentos aportados al proceso, la prueba pericial practicada, las consideraciones de orden jurídico presentadas por la parte actora, de otra, se concluye que ésta está asistida del derecho para la reclamación presentada. (inc. 3o. del art. 768 del Código Civil, Ley 153 de 1887, art. 4o. y 8o.; arts. 831 y 863 del Código de Comercio). Es principio universal de derecho que nadie puede alegar a su favor su propia culpa. La circunstancia de que el I.C.T. analizara la propuesta presentada por el Licitante ingeniero Giraldo Ramirez, y la escogiera, celebrara con él el contrato, y a su vez este, Giraldo Ramirez, le hiciera caer en la cuenta a la entidad con la cual había contratado la necesidad que había de efectuar nuevas obras y por lo consiguiente, nuevas inversiones económicas para terminar la construcción de la Unidad Residencial programada, y el I.C.T. hubiera permitido que el contratista los hiciera, es responsabilidad que corresponde asumir a la entidad, mas aún si se piensa en las condiciones de privilegio en que contrata el Estado.
>
> "Surge, entonces, como conclusión final, que sólo con la aceptación pasiva (omisión) o activa (acción) del I.C.T. podía el ingeniero contratista adelantar hasta su terminación la obra, y no de otra manera. Para expresarlo en otra forma, no podía ser contra la voluntad y decisión del I.C.T. como el contratista hubiera podido invertir las sumas de dinero de su patrimonio particular en la terminación de la Unidad Residencial. Indudablemente debió producirse una aceptación por parte del I.C.T. -Regional o Nacional-, a esa conducta del Ingeniero contratista (art. 20 C.N.). No obra dentro del proceso constancia alguna de que se hubiera impedido la continuación de la obra, que para el caso es lo fundamental. Los documentos (comunicaciones, resoluciones) que niegan el reconocimiento de las inversiones hechas por el Ingeniero contratista no constituyen prueba en contra de la autorización de continuar la obra, o de desautorización para construir los entrepisos faltantes, dada no solo la circunstancia de que son posteriores el hecho mismo planteado, sino que son manifestaciones dirigidas a negar ese pago." (fls. 193 y 194 C. 1).

Más adelante el Tribunal transcribe algunos apartes de la sentencia de marzo de 1.984 de la Sección Tercera del Consejo de Estado Exp. 2850, Actor Prisego Ltda., en la cual, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo se afirma:

> "Considera así la Sala que Prisego tiene la razón y que deberá ser indemnizada, ya que se acreditaron bien los presupuestos de la responsabilidad. Se comprobó que la sociedad demandante ejecutó ciertas obras adicionales a

satisfacción de la entidad demandada y que esta no ha pagado nada por dicho concepto, enriqueciéndose en consecuencia; la ejecución cumplida empobreció a la constructora." (fol. 195 C. 1).

LA VISTA FISCAL

En escrito que obra a folios 210 a 214 del expediente, la Fiscal Segunda de esta Corporación solicita la confirmación del fallo apelado, apoyada en las siguientes consideraciones:

"En el caso que se estudia, el mismo Actor está reconociendo el error en que incurrió al hacer los cálculos de la cantidad de obra que se necesitaba para realizar la construcción de los 90 apartamentos. La discordancia entre el pliego de condiciones y el contrato, no hay que probarla, pues ella está reconocida por el mismo Actor, así como también admite que su reclamación no puede fundarse en un incumplimiento contractual del Instituto de Crédito Territorial, siendo por eso que fundamenta su demanda en el principio general del enriquecimiento sin causa.

"La Administración no desconoció, ni tampoco negó los hechos, por el contrario en los actos acusados admite que existió una mayor cantidad de obra, debido a un error imputable solamente al Contratista, consistente en haber calculado equivocadamente una menor cantidad de obra a la que realmente se requería.

"De ahí que afirme, que en las "determinaciones técnicas" que formaron parte integral del pliego de condiciones de la licitación pública No. 037/ 81, se establecían las áreas mínimas por cada apartamento y por edificio; y eran los proponentes quienes debían realizar los cálculos de las obras y señalar el valor total de la propuesta." (fol. 212. C. 1).

A continuación afirma:

De lo afirmado por la Administración se puede deducir, que existió realmente la mayor cantidad de obra a que se refiere el Actor, que liquidado el contrato dicha obra no fue incluída y por consiguiente no se le ha cancelado al Contratista.

"En relación con los motivos que se aducen en la Resolución para no reconocer y pagar la obra por la cual se reclama, este despacho observa lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que los contratos deben ejecutarse de buena fe (art. 1603 del C.C.) no sería equitativo admitir por una parte la mayor cantidad de obra, pero negarse a realizar su pago.

"En el expediente se demostró la mayor cantidad de obra, así al fl. 139 del C-1. aparece una inspección judicial realizada al lugar de las obras, con intervención de peritos. Estos emitieron su dictamen, el cual aparece anexada al fl. 5 y ss. del C-2. Además de establecer la mayor cantidad de obra, los peritos también indican: "Las áreas de entrepisos no contratadas pero sí construídas, son indispensables para la realización del proyecto en un todo de acuerdo con los planos elaborados para el mismo. Por tanto no pueden considerarse dichas áreas como obra adicional".

"Con fundamento en las pruebas allegadas y dando aplicación a la teoría del enriquecimiento sin causa, única fórmula para decidir en el presente caso, era procedente, a juicio de esta Fiscalía, acceder en la forma en que lo hizo el Tribunal, a las peticiones formuladas en la demanda." (fol. 213 y 214 C 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Acción Incoada:

Dice el Actor en su demanda: "Como se trata del ejercicio de la acción del (sic) restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., y especialmente de la contenida en el artículo 87 pues la responsabilidad de la Administración Pública proveniente de un contrato, (sic) ..."Salta a la vista un primer interrogante en cuanto al tipo de acción de que se trata, pues el demandante pretende impugnar las disposiciones acusadas invocando simultáneamente el artículo 85, que trata de la acción de nulidad y restablecimiento, así como el 87 del C.C.A., que se refiere a las entonces denominadas acciones relativas a contratos, hoy controversias contractuales. Acciones ambas que, vistas a la luz de la normatividad entonces vigente, eran, y siguen siendo, esencialmente diferentes en cuanto a su origen y alcances, pues la primera de ellas,como su nombre lo indica, busca la anulación de un acto administrativo autónomo e independiente expedido por la administración junto con el restablecimiento correspondiente; mientras que la segunda lo que pretende es un pronunciamiento del juez sobre la existencia, validez y efectos de un contrato administrativo o de uno de derecho privado en que se haya pactado la cláusula de caducidad, pronunciamiento que según lo solicitado, podrá hacerse sobre la existencia, validez y efectos del contrato materia de la litis, y que puede llegar hasta la anulación por parte del juez de actos administrativos producidos durante su vigencia,y que no sean de aquellos que la jurisprudencia ha considerado como actos separables.

En desarrollo de lo anterior, cuando se trata de impugnar actos no separables de la administración, expedidos durante la vigencia de un contrato administrativo, lo procedente era, y aun sigue siendo, que quien pretendiese impugnarlos tuviese que recurrir al ejercicio de las acciones contractuales,concebidas y

diseñadas para ese propósito. En tal evento, la labor del juez era y aun es, la de analizar el acto atacado a la luz de las obligaciones contractuales y de las normas generales que regían los contratos, con miras a determinar su validez y efectos y, en función de ellos, expedir el pronunciamiento apropiado.

Por el contrario, cuando se trate de impugnar actos de la administración que no tienen relación con un contrato administrativo, o que teniéndola forman parte de los denominados actos separables del contrato, es decir, aquellos que tienen vida propia e independiente disociable o segregable, anterior a la relación contractual bilateral que surge entre administración contratante y contratista a partir del perfeccionamiento de un contrato y hasta su liquidación final, lo procedente era, y aún es, que dicha impugnación se realice a través de las acciones previstas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

A la luz de lo anterior, se pregunta la Sala, cual es la acción procedente en un evento como el presente, en el cual se pretende debatir la legalidad de un acto que se relaciona con un contrato debidamente finiquitado y que ha sido expedido por la administración varios meses después de que tal contrato hubiera sido ejecutado y liquidado?. Para la Sala no asiste duda en que no procede la acción relativa a contratos, por cuanto esta última, tal como antes se dijera, permite que a través de ella se controviertan actos y hechos de las partes relacionados con la ejecución de un contrato, pero que se produzcan durante su vigencia, es decir,desde su perfeccionamiento hasta su liquidación final. Aquellos que se produzcan antes o después de tales eventos no pueden considerarse como actos o hechos contractuales, así tengan relación con un contrato, pues no existe aún, o ya ha terminado, la relación contractual entre las partes, lo cual implica que tales actos no puedan ser controvertidos a través de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A. Cosa bien diferente, aclara la Sala, es que en razón del término de caducidad previsto en el artículo 136 del mismo Estatuto, puedan los actos hechos producidos durante la vigencia contractual, ser demandados dentro de los dos (2) años siguientes a su expedición. En los demás, se aplicará la caducidad normal prevista por la ley para las acciones que se ejerciten en desarrollo del artículo 85 del C.C.A.

Así las cosas, lo procedente en el evento *sub-lite* era la iniciación de la acción prevista en el artículo 85 sobre nulidad y restablecimiento del derecho, pues las resoluciones impugnadas constituyen actos administrativos autónomos e independientes, relacionados con un contrato, pero expedidos por fuera de su vigencia, posteriores a la liquidación final del mismo.

2. La normatividad Aplicable.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, la Sala habrá de determinar cual es la normatividad aplicable en el caso *sub-judice* pues, en tratándose de una acción que pretende la anulación de actos administrativos en desarrollo de lo previsto en el artículo 85 del C.C.A., tal anulación habrá de proceder, entre otras razones, si se

detecta contradicción entre lo dispuesto en las decisiones impugnadas y normas superiores de derecho. Para ello es menester precisar previamente si tales decisiones podrían corresponder a lo que se ha denominado como acto separable o no, pues si así fuere, además de las normas generales que rigen y son aplicables a la función y a la contratación administrativa, procedería su comparación con las normas particulares que fueren aplicables al contrato específico en que se originaron, más precisamente con el pliego de condiciones a la luz del cual ha debido realizarse la contratación. Porque si no se tratara de actos separables, tal comparación no sería procedente, ya que los pliegos de condiciones, que constituyen lo que comúnmente se ha conocido como la ley del contrato, no serían aplicables al evento en cuestión, al haber terminado por completo la relación contractual.

Para la Sala es claro que los actos impugnados no caen dentro de la categoría de los llamados actos separables. Estos, por su origen jurisprudencial en Francia y por su naturaleza propia, no pueden ser otros que aquellos que se producen desde la iniciación de todas las gestiones o actuaciones conducentes y necesarias para la celebración y perfeccionamiento de un contrato, hasta el perfeccionamiento del mismo. Es decir, son aquellos aún ajenos a la relación contractual bilateral y excluyente entre contratante y contratista, que solamente se traba, como contrato, desde que ocurre el mencionado perfeccionamiento.

Aquellos que se expidan con posterioridad a tal evento, ya que se produzcan dentro de la vigencia de un contrato, así en determinados momentos puedan tener vida propia o independiente, como ocurriría con la resolución que declara una multa o una caducidad, no son actos separables, en la medida en que no se ajustan a la naturaleza propia y al origen histórico de tal figura.

Y es que el acto separable tuvo su origen en la necesidad procesal de permitir que las personas ajenas a la relación contractual bilateral, como sería el caso de terceros que demostrasen tener interés en un contrato en proceso de celebración, pudieran ejercer acciones que antes les estaban vedadas. Y como la acción contractual había sido diseñada para que a través de ella se ventilaran solamente las controversias que se suscitaran entre las partes de un contrato, de ella quedaban excluidos terceros interesados en la etapa precontractual. Por tal razón, la jurisprudencia desarrolló la figura del acto separable, con el propósito de que estos actos se pudieran controvertir a través de otras acciones, diferentes a la contractual, para garantizar así el acceso al juez por parte de otras personas afectadas, y para asegurar la protección de los derechos que pudiesen tener tales terceros.

Corolario lógico de lo anterior es que el acto separable sea solamente el precontractual, es decir, aquel que se produce antes del perfeccionamiento de un contrato. De otra manera no tendría sentido la existencia de una acción especial, concebida para ventilar todas las controversias relativas a contratos, para simultáneamente permitir que algunas de tales controversias se tramitaran por otra acción diferente. Por ello, no es viable que un acto que haya sido expedido luego del perfeccionamiento de un contrato y antes de su liquidación final, ni menos aun

con posterioridad a dicho evento, pueda considerarse como acto separable del contrato.

Aún cuando a través de los párrafos anteriores se formulan algunas precisiones, debe destacarse que la interpretación anterior no es nueva. ya en varias oportunidades se había pronunciado esta Corporación al respecto, dentro de las cuales vale la pena resaltar lo dicho en auto de octubre 1° de 1.986, expediente 4880, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

> "Es decir, actos separables no pueden ser sino los precontractuales, la apertura de una licitación y la adjudicación de la misma, actos trascendentales en el proceso de contratación administrativa pero que, por su propia naturaleza, existen antes del contrato y aunque esto nunca llegue a existir y que por lo mismo, pueden ser controlables por medio de las otras acciones, sin importar que el respectivo contrato nazca o no a la vida jurídica".

En función de lo dicho anteriormente, es necesario concluir que los actos impugnados no son actos separables del contrato,razón por la cual en el análisis y juzgamiento de las resoluciones del Instituto de Crédito Territorial a que se refiere el caso *sub-judice* no se tendrán en cuenta las normas especiales particulares aplicables al contrato No. 498 de 1.981, en especial el pliego de condiciones a la luz del cual este se celebró y ejecutó, sino se trata de actos autónomos e independientes de la relación contractual, que no son pre-contractuales ni fueron expedidos durante la vigencia del contrato al cual se refieren.

3. Las normas supuestamente violadas.

En su acción el demandante cita como violados los artículos 16, 17, 20 y 30 de la Constitución Nacional, 4 y 8 de la Ley 135 de 1887, 768, 769, 1618 y 1622 del Código Civil, y 20 numeral 15, 22, 26, 831 y 863 del Código de Comercio. La argumentación que la demanda hace no es nada clara, pues a pesar de que se invoca toda la normatividad relacionada, la sustentación es apenas parcial y ella, interpreta la Sala, se reduce a sostener que en el evento *sub-lite* ha existido un enriquecimiento sin causa por parte del Instituto de Crédito Territorial, originado en un error de buena fe cometido por el demandante y que, por tal motivo, y teniendo en cuenta principios generales del derecho, procede la anulación de las resoluciones impugnadas por cuanto ellas contradicen tanto las normas como la interpretación jurisprudencial en materia de enriquecimiento sin causa.

Observa la Sala que toda la argumentación del demandante, referida a los documentos precontractuales, a las cláusulas del contrato, y a su ejecución, no pueden tener cabida cuando se debate la anulación de unos actos administrativos que no son separables ni se produjeron dentro de la vigencia de la relación contractual, pues ésta ya había cesado por completo. En el fondo, y a través de una acción de

nulidad y restablecimiento, lo que se pretende es que esta Corporación se pronuncie sobre la forma como se ejecutó el contrato, y se declare que la entidad demandada adeuda determinadas sumas de dinero al actor en razón del desequilibrio aducido.

Y es que el enriquecimiento aludido, de existir, no tendría su origen en los actos administrativos impugnados, pues estos se limitaron a rechazar una petición, sino en el contrato y su ejecución, pues de la forma como él se suscribió, de su contenido, de sus cláusulas y su desarrollo es de donde podría el juez colegir el eventual enriquecimiento ilícito que reclama el demandante. Y como las disposiciones atacadas no son la fuente del desequilibrio anotado, ellas por esa misma razón no pueden ser violatorias de las normas invocadas, ni por tal motivo puede proceder su anulación.

Lo que efectivamente ocurrió fue que al decidir en la forma como lo hizo, la administración se pronunció en una materia sobre la cual no le competía decidir, y, en ese sentido, sí asiste razón al demandante cuando afirma que los actos impugnados violaron el artículo 20 de la Constitución. Pues es claro para la Sala que, terminada la relación contractual y suscrita el acta final de liquidación, se extinguieron todas las obligaciones recíprocas entre partes originadas en el contrato, y se resolvieron las diferencias que entre ellas pudiese haber. la suscripción de tal acta final, sin reservas, produjo un efecto equivalente al de cosa juzgada, y substrajo la competencia de la administración, para traspasarla al juez de contrato, quien desde ese momento pasa a ser la autoridad competente para pronunciarse sobre la legalidad del mismo y de sus efectos. Frente a la solicitud que le fue elevada,el Instituto de Crédito Territorial ha debido pronunciarse en el sentido de no ser competente para decidir sobre lo pedido, y no ha debido conocer el fondo mismo del asunto, pues al proceder así invadió órbitas de competencia de la rama jurisdiccional, razón por la cual sí procede la anulación de los actos impugnados.

A través de la acción impetrada el demandante pretendió tal vez,solucionar el error que había cometido al no presentar su reclamación formalmente durante la ejecución del contrato, o al suscribir sin reservas el acta final de liquidación. Al actuar de esa manera, lamentablemente cerró las puertas para la acción contractual que prevé el artículo 87 del C.C.A. y se colocó en la difícil situación que implica provocar un pronunciamiento de la administración posterior a tal liquidación, pero referente a actuaciones o eventos anteriores a ella, para luego tener que impugnarlas con argumentos de fondo que tal vez hubieran sido válidos para una acción contractual, pero que carecen de vocación de prosperar en una de nulidad y restablecimiento del derecho.

Y por lo dicho procederá la revocatoria parcial de la decisión del *a-quo*, pues al pronunciarse sobre la interpretación, desarrollo y ejecución del contrato 498, con base en una acción que lo que pretendía era la anulación de unos actos administrativos no contractuales, con el correspondiente restablecimiento, se olvidó de la naturaleza y propósito de las acciones y confundió la prevista en el artículo 87 con lo establecido en el artículo 85 del C.C.A.

En mérito de 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 :

Revócase la sentencia de 2 de abril de 1.987 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se condenó en abstracto al Instituto de Crédito Territorial a reconocer y pagar el valor correspondiente a 3.822.56 metros cuadrados de los de entrepiso, así como los perjuicios causados, a favor del Dr. Octavio Giraldo Ramírez, y en su lugar se resuelve:

Primero: ANULANSE las Resoluciones Nos. 2170 de 5 de junio y 3683 de 11 de Septiembre de 1.984, expedidas por el Instituto de Crédito Territorial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 6 de diciembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE

Cuando la administración le exige a los transportadores que asuman una carga excepcional o riesgo especial para que no se paralice el servicio, deberá como contrapartida redoblar la vigilancia para evitar los desmanes contra los que lo presten en condiciones adversas. Si pese a haberlo hecho se produce el daño, sin que pueda hablarse de fuerza mayor, la indemnización de éste se hará con base en el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas. En cambio, si a pesar de las circunstancias adversas no se dio ninguna protección especial a los transportadores el asunto podrá resolverse como un caso más de falla de servicio.

COMPENSACION DE CULPAS/ RESPONSABILIDAD SOLIDARIA/ HECHO DE UN TERCERO

Se habla de compensación cuando la falta del servicio coincide con la culpa de la víctima. Este es el alcance del art. 2357 del C.C., norma aplicable por analogía en la responsabilidad estatal. Pero cuando esa coincidencia entre la falla del servicio no se da con la culpa de la víctima sino con el hecho del tercero (para el caso los agitadores que incendiaron el bus), no cabe hablar de compensación sino de concurrencia de sujetos responsables; circunstancia ésta gobernada por el art. 2344 del C.C.

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

Bogotá, D.E. Diciembre once (11) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo,*

Referencia: Expediente No. 5417. Indemnizaciones. Actor: Julia María Cáceres Buitrago y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 7 de mayo de 1988, dictada por el tribunal administrativo de Santander, y mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Dichas súplicas, formuladas en la demanda de septiembre 4 de 1.985, son del siguiente tenor:

> "PRIMERA.- La Nación, Ministerio de Defensa (Policía Nacional), es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a mis poderdantes como consecuencia de la muerte violenta sufrida por la señorita MARIA TERESA DE JESUS BUITRAGO CACERES, ocurrida en Bucaramanga el día marzo 13 de 1.984".
>
> "SEGUNDA.- La Nación debe pagar a cada uno de mis poderdantes, por separado, la suma que en moneda nacional valgan mil gramos de oro conforme a la tasa de cambio vigente en la fecha del fallo, o entregar dicha cantidad de gramos de oro, a título de compensación por el daño moral".
>
> "TERCERA.- La Nación dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.".

Como hechos se narraron en el libelo, en síntesis:

1) Que debido a las alzas en el transporte urbano, a finales de 1983 y principios de 1984 se produjeron muchas agresiones contra los buses, especialmente los distinguidos como TSS.

2) Que en el mes de enero de 1.984, un bus de Cotransa fue quemado por extremistas; en el mes de febrero otro bus TSS, afiliado a Unitransa fué igualmente incendiado, como sucedió también con otro de Transcolombia. Que todo ocurrió sin que las autoridades presentaran la debida protección.

3) Que en último de los buses la tragedia fué mayor porque en el incendio perdió la vida la señorita María Teresa de Jesús Buitrago C., quien viajaba como pasajera.

4) Que la muerte de la señorita Buitrago produjo serios perjuicios a su madre y hermanos.

En el capítulo "Disposiciones Aplicables" cita la parte demandante los artículos 16, 17, 20 y 45 de la Constitución; 1, 2, y 5 del Decreto 1355 de 1970 o código nacional de policía; 13 y 9 del Decreto 2137 de 1983.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el tribunal, como se dijo, denegó las súplicas de la demanda.

El *a-quo* luego de aceptar que la parte actora estaba legitimada en causa, estimó como bien probada la muerte de la señorita Buitrago el 13 de marzo de 1984, en el incendio de un bus de transporte urbano en el que viajaba; consideró que no se comprobó que dicha muerte se hubiera producido debido a una falla en el servicio policivo de vigilancia, "porque no es posible en ningún país del mundo obtener de la policía, vigilancia contínua y absoluta durante todo el tiempo que exista inminencia de peligros. Ante los actos de terrorismo resulta bien difícil lograr la seguridad y tranquilidad de todos los ciudadanos". La cita que se deja transcrita la tomó el *a-quo* de un fallo similar dictado el 31 de septiembre de 1987, del que fué ponente la señora Magistrada Vega de Herrera.

Como conclusión final el Tribunal arguye:

"No obstante que a este proceso se allegó copia auténtica del sumario adelantado en la jurisdicción penal contra DESCONOCIDOS por los delitos de homicidio en TERESA BUITRAGO CACERES y daño en bien ajeno (incendio) y que el apoderado de la parte actora ha insistido en que se ratifiquen los testimonios que allí se rindieron, sin que se cumpliera tal formalidad dentro del debate probatorio de este juicio, lo cierto es que tal ratificación no hubiera conducido a nada diferente a la demostración objetiva del incendio del bus y la muerte de María Teresa de Jesús Buitrago Cáceres,más no a la posible falta o falla de la administración en el servicio de vigilancia y control por parte de la Policía Nacional para evitar el acto trágico a que se ha venido haciendo mención. Además, si la susodicha diligencia de ratificación no se llevó a término, debe atribuírse a la omisión del representante judicial de los demandantes en concretar respecto a cuáles testimonios se requería esta diligencia,antes de que se cerrara el debate probatorio, pues no estaba bien que el Tribunal escogiera, motu proprio, en relación con cuáles versiones debía cumplirse la formalidad indicada en el artículo 229 del C. de P.C. máxime si tenemos en cuenta que la ley es clara al disponer que cuando se requiere testimonio de terceros como medio probatorio, deberá indicarse el nombre de las personas, el domicilio y su residencia.

"Surge de lo anteriormente comentado y transcrito que los elementos de juicio que conforman este proceso, no permiten concluir que se encuentran plenamente establecidos los elementos de la responsabilidad de la Nación a que se hizo referencia inicialmente, para poder condenar a dicho ente jurídico al pago de los perjuicios que con ocasión de la muerte de María de Jesús Buitrago Cáceres se pudo causar a los demandantes".

Inconforme la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

Para el Ministerio Público la sentencia merece ser revocada, para en su lugar declarar la responsabilidad del ente demandado y condenar al pago de la mitad de los perjuicios. De esa vista fiscal de 20 de septiembre de 1990 (a folio 426 y siguientes) se destaca:

> "En el caso específico que se analiza, quedó demostrado que con ocasión del alza de las tarifas de transporte urbano, se realizaron diferentes protestas por parte de los usuarios, llegando incluso a la quema de unos buses. Los hechos dieron origen a las solicitudes por parte de los propietarios de los vehículos, para obtener la protección especial de las autoridades. Tal real y cierta fué la situación que se vivía en Bucaramanga, que los transportadores lograron reunirse con las autoridades del orden y convenir la forma más adecuada y los sitios en los cuales se debía dar especial protección y vigilancia, precisamente para prevenir posibles desmanes por parte de extremistas. Basados ya en antecedentes concretos, como era el incendio de unos buses, las autoridades ofrecieron una mayor vigilancia".
>
> "Tenemos pues, que el presente caso las circunstancias fueron diferentes, pues existentes unos hechos violentos, como fué el incendio de otros automotores, y estando advertida la policía de lo sucedido, era su deber prestar especial cuidado para evitar que siguieran sucediendo hechos similares".
>
> "Por este aspecto, puede hablarse de responsabilidad del ente acusado por la deficiente prestación del servicio público a su cargo, ya que estando advertida de la situación no prestó una eficaz ayuda".
>
> "Si lo anterior es cierto, tampoco se puede desconocer, que en la producción de los hechos intervino la acción dolosa de otras personas, que de manera directa ejecutaron los hechos dañosos. Se conjugaron pues, una actuación deficiente por parte de las fuerzas del orden una conducta delictiva por parte de las personas que incendiaron el vehículo".
>
> "También es importante tener presente, la dificultad de la labor policiva, considerando los escasos recursos con los que se cuenta, los diferentes frentes que debía atender y la imposibilidad de custodiar cada uno de los múltiples vehículos existentes en la ciudad".
>
> "Lo anterior lleva a pensar, que en el presente caso es posible declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado, pero sin desconocer la intervención de terceros para efecto de disminuir la condena en la mitad".

Para la Sala la sentencia deberá revocarse. Muestran los autos que por la época de los acontecimientos trágicos la ciudad de Bucaramanga vivió un especial

estado de agitación, causado por el alza de las tarifas en el transporte urbano. Y si bien para contrarrestarlo se tomaron algunas medidas policivas, éstas no fueron suficientes para evitar los desmanes de los agitadores, los que terminaron con la quema de buses y con la muerte de la señorita María Teresa de Jesús Buitrago.

Si bien es cierto la Sala estima que en casos como el narrado en la demanda no puede exigírsele a la autoridad que ponga a cada vehículo de transporte de pasajeros una escolta especial, por carencia de medios y de personal, sí considera que en estados especiales de agitación se debe redoblar la vigilancia en aquellos lugares de mayor riesgo dentro del perímetro urbano de la ciudad y en especial en ciertas rutas.

En otras palabras, cuando la administración le exige a los transportadores que asumen una carga excepcional o riesgo especial para que no se paralice el servicio, deberá como contrapartida redoblar la vigilancia para evitar los desmanes contra los que lo presten en condiciones adversas. Si pese a haberlo hecho se produce el daño, sin que pueda hablarse de fuerza mayor, la indemnización de éste se hará con base en el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas. En cambio, si a pesar de las circunstancias adversas no se dio ninguna protección especial a los transportadores el asunto podrá resolverse como un caso mas de falla del servicio.

En el caso concreto, según las voces de los testigos, el sector de la Universidad, el Colegio Santander, el Tecnológico y los terminales de buses eran los puntos neurálgicos que requerían una especial vigilancia. Especial vigilancia que no se prestó en el lugar del accidente,pese a estar cerca a la UIS. Uno de los testigos, el señor Eduardo Rueda Cediel (a folios 281 y siguientes) vinculado a la empresa Transcolombia, afirma que pese a los pedidos de protección hechos con anterioridad por los transportadores y a las promesas de las autoridades,el día de la tragedia se prestó solamente servicio ordinario de patrullaje y no se reforzó la vigilancia en los lugares de peligro. Este testimonio ofrece credibilidad por la vinculación que en ese entonces tenía al servicio de transporte urbano y por haber asistido a reuniones con las autoridades en las que se planteó la gravedad de problema. De ese testimonio debe destacar el siguiente aparte: "Preguntado: Sabe usted si en el sector donde fué incendiado el bus de Transcolombia al cual se ha referido, había alguna clase de protección por parte de las autoridades, tendiente a evitar esta clase de sucesos? Contestó: "No esa zona no fué militarizada ese día, tal vez alguna patrulla habría pasado, pero así que hubiera fuerza pública permanente nó". Ese mismo testigo afirma que a las autoridades se les pidió reforzar los sectores de mayor peligro, entre ellos el de la Universidad, y que éstos no cumplieron lo prometido.

Coincide con el testigo anterior, el señor Carlos Arturo Ibáñez, gerente en ese entonces de la Empresa Transportes Colombia S.A. el que declara al preguntársele si en la zona de tragedia había alguna vigilancia especial: "No existía ninguna clase de operativo de protección por parte de las autoridades; prueba de ello es que se presentaron los hechos lamentables a que he hecho referencia y que propiciaron

la proximidad de un paro de las empresas de transporte por falta de control y seguridad". De esta declaración, por el conocimiento que el testigo tenía como transportador, cabe destacar el siguiente aparte que pone de presente la falla del servicio de vigilancia en un sector especial peligrosidad, que merecía un trato especial. "Siendo el 24 de febrero 1.984 en mi condición de gerente en ese entonces, de la Empresa de Transportes Colombia S.A., fecha ésta de gran tensión por el incremento de las tarifas del transporte urbano, tuve conocimiento que un bus de Transportes Colombia, de propiedad del socio Alirio Parra, fué incendiado en un sector aledaño a la Universidad Industrial de Santander, precisamente cerca la sitio conocido como "El Caballo de Bolívar", calle 10 con carrera 26, área ésta considerada por las empresas de transporte como de especial peligrosidad por los desmanes y pedreas, mítines que suelen acontecer cuando hay problemas universitarios o del colegio Santander o cuando hay actos de protesta contra el gobierno nacional, departamental o municipal." (a folio 167 y siguientes).

Incluso el testigo José Armando Serpa (a folios 276 y siguientes), quien estaba vinculado por la época de los acontecimientos a Unitransa, como jefe de tránsito, declara que se le pidió especial protección a las autoridades para los sectores de mayor peligro, entre ellos donde están ubicados el Tecnológico, la UIS, la normal, el Colegio Santander y que dichas autoridades atendieron sólo en parte los requerimientos. Este testigo más que contestar lo que se le estaba preguntando se preocupa por defender a las autoridades, arguyendo lo escaso del personal, la extensión de la ciudad y el gran número de buses.

A folios 20 del cuaderno principal obra la copia de oficio de febrero 3 de 1.984 dirigido al comandante de la Estación 100 de policía en el que la Unión Santandereana de Transportes urbanos cita los lugares neurálgicos en la ciudad que requieren especial atención.

Para la Sala, entonces, sí hubo falla del servicio y en esto coincide con la apreciación fiscal. Además, también estima que existió cierta relación de causalidad entre esa falla (la no adecuada protección en sector de alta peligrosidad, conocido de antemano por las autoridades) y la muerte de la señorita Buitrago y con ella el perjuicio que alegan y sufrieron los damnificados. Perjuicios que se reclaman solo como morales.

Aunque la Sala comparte la opinión fiscal en lo esencial, se separa de la compensación solicitada por la fiscalía, por esta sencilla reflexión:

Se habla de compensación cuando la falta del servicio coincide con la culpa de la víctima. Este es el alcance del artículo 2357 del c.c., norma aplicable por analogía en la responsabilidad estatal. Pero cuando esa coincidencia entre la falla del servicio no se da con la culpa de la víctima sino con el hecho del tercero (para el caso los agitadores que incendiaron el bus), no cabe hablar de compensación sino de concurrencia de sujetos responsables; circunstancia esta gobernada por el artículo 2344 del c.c.

Así las cosas, la sentencia deberá revocarse para en su lugar declarar la responsabilidad del ente demandado.

La señorita María Teresa de Jesús Buitrago C. tenía 20 años y 8 meses, ya que había nacido el 17 de julio de 1963 (a folio 17). En la fecha de su deceso no estaba trabajando. Su señora madre así lo afirma en su declaración (a folio 259) cuando manifiesta que su hija estaba sacando papeles para trabajar en enfermería; que en ese entonces cumplía las labores del hogar, porque ella estaba trabajando en casas de familiar.

Lo establecido muestra que la condena no podrá ser sino en la forma demandada, o sea en su carácter de morales a favor de los demandantes, así: El equivalente a 1.000 gramos oro para la señora Julia María Cáceres de Buitrago, madre legítima de la occisa; y el equivalente a 500 gramos oro para cada uno de los hermanos.

Se impone la condenada siguiendo la orientación tradicional de la Sala y por cuanto se acreditó que la señorita Buitrago vivía con su madre y hermanos.

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

FALLA :

1) Revócase la sentencia de 7 de mayo de 1.988, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander. En su lugar, se dispones:

Declárase responsable administrativamente a la Nación (Ministerio de Defensa) Policía Nacional -de los perjuicios causados a Julia María Cáceres de Buitrago, Angel María, Mario y Héctor Raúl Buitrago Cáceres con la muerte de la señorita María Teresa de Jesús Buitrago Cáceres el día 13 de marzo de 1984.

Condénase a la citada entidad a pagarle, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos colombianos de las siguientes cifras en gramos oro y en su orden: 1.000 para la primera y 500 para cada uno de los restantes.

Se entiende esta condena en concreto. Con la cuenta de cobro deberá acompañarse la certificación del Banco de la República, relacionada con el valor del gramo oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

La condena devengará intereses comerciales a partir de dicha ejecutoria durante los primeros seis meses y moratorios luego.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 6 de diciembre de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta P., Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA- Inexistencia/ **SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE**

No puede pretenderse que el Estado tenga al lado de cada ciudadano, o de sus bienes, un agente del orden para que preste la atención inmediata que las circunstancias de momento demandan. No se acreditó que en Barranquilla se vivieran momentos especialmente difíciles, por perturbación del orden público, que demandaran una especial vigilancia en sitios neurálgicos de la misma o en la prestación del servicio público de transporte. En circunstancias anormales o de excepción, la autoridad está obligada en forma especial a proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, sin que sea necesario el "requerimiento angustioso de la persona amenazada".

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

Bogotá, D.E., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta,*

Referencia: Expediente No. 6145. Actor: Rosalba Silva de Gonzalez.

Demandado: LA NACION. MINISTERIO DE DEFENSA. POLICIA NACIONAL.

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 proferida el día doce (12) de Febrero de mil novecientos noventa (1.990), por el Tribunal Administrativo del Atlántico 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 el cual se discurre dentro del siguiente universo:

"I. PETITUM:

"En el caso *sub-lite*, el petitum es del siguiente tenor:

"...Es conocido por todos que la Policía Nacional, tiene a su cargo la defensa de las personas y sus bienes".

"2o.- En uso del numeral anterior, la labor de la policía Nacional acantonada en Barranquilla, fue deficiente por fallas, omisión o demoras en la prestación al servicio a ella encomendada".

"3o.- El servicio que debe prestar la Policía Nacional es de obligatorio cumplimiento, por cuanto además de ser un deber, esta institución se beneficia con el impuesto de vigilancia cancelado por todo ciudadano. Dicho impuesto está vigente en Barranquilla".

"4o.- La Policía Nacional es un organismo dependiente de la Nación".

"5o.- La condena a la Nación, consistirá en lo siguiente:

"a) Daño emergente, en la suma de Dos millones de pesos M/L ($2'000.000.oo) o la que fije el Honorable Tribunal a través de peritos designados para el caso".

"b) Lucro cesante, estimados en la suma de Ocho mil pesos ($8.000.oo) diarios a partir del 31 de Diciembre de 1.983 hasta la fecha en que se dé cumplimiento al fallo".

"Subsidiariamente y en caso de no accederse a lo anterior, que se condene a la Nación a pagar por concepto de lucro cesante, un interés bancario corriente, desde el día 31 de diciembre de 1.983 hasta cuando el pago se verifique, aplicable a la cantidad a que asciende la condena por daño emergente y un tanto por ciento por perjuicios de orden moral".

"c) Igualmente se condene a la Nación, al pago de las disminuciones del valor adquisitivo del peso colombiano, teniendo como consecuencias el

aumento del costo de vida, de conformidad a las certificaciones del Banco de la República y del DANE, al igual que la Superintendencia Bancaria, desde el día 31 de diciembre de 1.983 hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia o la liquidación de los perjuicios".

"d) Que se ordene a la Nación al cumplimiento del fallo.

"II. HECHOS:

"El actor fundamenta la demanda en los siguientes hechos:

"1o.- La señora ROSALBA SILVA GONZALEZ, adquirió el vehículo distinguido así:

"Clase : Bus
"Marca : Chevrolet
"Modelo : 1.983
"Color : Amarillo y Verde
"Tipo : Metálico
"Motor : M207001L86
"Serie : BM207001
"Capacidad : 36 puestos
"Servicio : Público
"Puertas : Dos
"Placas : T.P. 34-28
"Manifiesto de Aduana: 003603 fechado 12-24-83

"2o.- El vehículo anteriormente descrito, aparece inscrito en el Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico".

"3o.- El automotor, a que me refiero, se encuentra filiado a la empresa TRANSPORTES LOLAYA LTDA, desde el mes de marzo de 1.983".

"4o.- El día 31 de diciembre de 1.983, el citado vehículo, la ruta MURILLO DELICIAS, asignada a la empresa TRANSPORTES LOLAYA LTDA. por el Instituto Nacional de Transportes, de conformidad a las normas del caso".

"5o.- En el curso de recorrido, que efectuaba el vehículo T.P. 3428, el día 31 de diciembre de 1.983, se subieron, en calidad de pasajeros, tres sujetos, quienes a la altura de la calle 68 con carrera 21, siendo aproximadamente las 9:00 horas procedieron a incendiar el bus, haciendo antes alusiones al grupo subversivo M-19".

"6o.- El conductor del vehículo, LAIN MEJIA JINETE, al igual que los pasajeros, fueron víctimas del pánico, procediendo a evacuar el automotor".

"7o.- Además del conductor, presenciaron los hechos pasajeros y vecinos del lugar, entre dichos testigos, se encuentran los señores BORIS CASTILLO RODRIGUEZ y JORGE SOLANO SALAS".

"8o.- En incendio del bus T.P. 3428, fue atendido por la Estación Central de Bomberos de Barranquilla, Once de Noviembre, trasladándose al lugar de los hechos una máquina al mando del Sargento José Pallares Cantillo".

"9o.- El vehículo T.P. 3428 fue trasladado en una grúa del Cuerpo de Bomberos, desde el lugar de los hechos hasta los patios del Transporte Lolaya Ltda, cancelando por el servicio, la señora Rosalba Silva de Gonzalez, la suma de Tres mil pesos M/L.".

"10o.- Los daños cusados en el automotor T.P. 3428, fueron avaluados por peritos del I.D.T.T. en la suma de ($1.400.000) Un millón cuatrocientos mil pesos M/L.".

"El vehículo fue comprado a la firma TAMARA Y SAMUDIO.

"11o.- El valor total del vehículo al momento de su compra, era de ($3'347.280.oo)".

"12o. - El bus T.P. 3428, representaba en ese entonces un producido diario de ocho mil pesos ($8.000.oo) los cuales eran la base del sustento familiar de la señora Rosalba Silva de Gonzalez y del conductor Lain Mejía Jinete".

"13o.- La situación anteriormente relatada, se debió a omisiones y fallas en la pretención del servicio público por parte dela Policía Nacional, acantonada en la ciudad de Barranquilla, quien es la encargada de velar por la vida, honra y bienes de los ciudadanos".

"III. DISPOSICIONES VIOLADAS:

"A juicio del actor se han violado los siguientes artículos: 16, 20, 21, 51 y SS de la Constitución Nacional y 2.341, 2.347, 2.344, 2.356 y SS. del Código Civil".

"IV ACTUACION PROCESAL:

"Antes de decidir el fondo de la litis el Tribunal debe pronunciarse sobre la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por la apoderada de la parte demandada, por considerar que el libelo carece de uno de los requisitos formales señalados en el artículo 137 del C.C.A., cual es "la designación de las partes y de sus representantes, es decir, no existe identificación clara y precisa sobre la verdadera entidad demandada.

En efecto, tanto en el poder como en la demanda la señora apoderada señala como demandada a la Nación como entre abstracto, sin señalar exactamente que órgano de la Administración debía demandar en rigor jurídico".

"Esta excepción no puede prosperar en razón a que en el cuerpo de la demanda y específicamente en el petitum de ésta, se habla taxativamente de la Policía Nacional como Entidad demandada".

"Referente al fondo del litigio, el Tribunal se permite anotar lo siguiente: La actora en su demanda pretende que se declare responsable a la Nación Policía Nacional- de los hechos acontecidos en esta ciudad el día 31 de diciembre de 1.983, cuando tres (3) sujetos o personas desconocidas que ocupaban como pasajeros el bus distinguido con placas T.P. 3428 lo incendiaron".

"En el proceso se recibieron sendas declaraciones juradas a los señores LAIN ENRIQUE MEJIA JINETE y (fls. 51 a 53) BORIS ANGEL CASTILLO RODRIGUEZ (fls. 54 a 55), quienes son contestes en afirmar que el bus con placas T.P. 3428 fue incendiado el 31 de diciembre de 1.983 por tres (3) individuos que viajaban en el mismo como pasajeros".

"Ahora bien, revisado el expediente no aparece documento alguno en el que conste que la propietaria del bus, señora ROSALBA SILVA DE GONZALEZ hubiera pedido protección ante las autoridades de policía acantonadas en la ciudad en razón a que hubiese sido amenazada de que se iba a intentar contra la integridad material del referido bus".

"Ateniéndonos a las pruebas aportadas al proceso a través de las cuales se establece en forma categórica que el bus distinguido con las placas T.P. 3428 fue incendiado por personas particulares desconocidas, necesariamente hay que colegir que el Estado debe exonerado de toda responsabilidad, compartiendo el Tribunal lo expuesto por la tratadista doctor JAIRO LOPEZ MORALES en su obra "RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO" Segunda Edición, Página 117, cuando afirma:

"El Estado se exonera de toda responsabilidad, cuando demuestra como causa del daño, la culpa de la víctima. EL HECHO DE UN TERCERO, la fuerza mayor o el caso fortuito, pues en el fondo lo que acredita es que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado" (Lo subrayado es del Tribunal)".

"Respecto de que en el proceso no se acreditó documento alguno donde conste que la propietaria del bus incendiado hubiese solicitado protección para amparar al mismo, ante las autoridades seccionales de Policía, el

Tribunal se permite señalar con fundamento en una sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado con fecha febrero 17 de 1.983, que para deducir responsabilidad a la Nación por fallas, demoras u omisiones en la prestación del servicio de Policía: (.....) es absolutamente necesario demostrar en forma fehaciente que se pidió concretamente la protección de la autoridad ante determinadas amenazas, ante fundadas y razonados temores, sin que tal protección o vigilancia se haya prestado por el Estado".

"Todo lo anteriormente esbozado sirve de fundamento al Tribunal para no acceder a las súplicas de la demanda".

"En mérito de las anteriores consideraciones, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

"FALLA

"No se accede a las súplicas de la demanda".

"Se condena en costas a la parte actora, las que serán tasadas por la Secretaría". (fls. 90-95 Cdno #1)".

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 96 y siguientes obra el escrito en que la procuradora judicial de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual élla ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo destaca:

"Fundamento del Honorable Tribunal para fallar no accedido al petitum de la demanda, fue el hecho de no haberse allegado a los autos la prueba que demostrara que mi mandante, ROSALBA SILVA DE GONZALEZ, había solicitado, con anterioridad a los hechos, a la Policía Nacional, la debida protección".

"Debo manifestarles, Señores Magistrados, que respeto ese criterio, pero que en ningún momento comparto, pués si bien es cierto que en forma directa, la señora ROSALBA SILVA DE GONZALEZ, no había recibido amenaza contra su integridad y sus bienes, no es menos cierto que los bienes de todos los colombianos, y en especial lo referente a los buses de transporte público, urbanos, intermunicipales e interdepartamentales, se encontraban seriamente amenazados en forma directa, en especial, en el segundo semestre de 1.983, pués en esos meses fue cuando se recrudeció la acción de la guerrilla en las zonas

urbanas y rurales de nuestro país. La situación anterior ni era, ni podía decirse, la desconocía nuestro Estado Colombiano por sucederes y palparse casi a diario los hechos terroristas, entonces, ante esa calamidad, como es posible que no tarte (sic), por lo menos de prevenirlos, prestando un eficiente servicio de vigilancia por parte de la entidad encargada para el mismo, cual es la POLICIA NACIONAL y éste servicio, si bien no puede prestarse a cada uno de los automotores que prestan un transporte público a la ciudadanía, si pudo prestarse por lo menos en las rutas que cubren los buses afiliados a las empresas transportadoras, y con mayor razón, en base de que la entidad demandada, se beneficia de un impuesto de vigilancia que es pagado por los ciudadanos y como ciudadana, mi poderdante ROSALBA SILVA DE GONZALEZ, igualmente lo cancelaba y aún lo cancela, situación por la cual no podía ni está excluída de exigir la vigilancia por parte de la POLICIA NACIONAL, vigilancia, repito, que ella cancela en forma oportuna mensualmente y con anterioridad al año 1.983 con el recibo de la Electrificadora del Atlántico, que llega a su residencia todos los meses. Señor Magistrado, si este servicio de vigilancia, se hubiera prestado, siquiera, en las rutas urbanas, por donde transitaban a diario y en forma continua los buses, se hubiera evitado o por lo menos, mi poderdante, no habría recibido los perjuicios en la magnitud que le fueron dados.

"Por lo antes expuesto, pido a Ud., Honorable Señor Magistrado, concederme el recurso de APELACION que ante su Señoría, interpongo".

III. CONDUCTA PROCESAL DEL MANDATARIO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley alegó de conclusión para solicitar la confirmación del fallo proferido por el *a-quo*, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"La sentencia apelada, debe confirmarse, toda vez que el *a-quo* procedió conforme a derecho al haber constatado que en los hechos objeto del debate no se estructuró una falta o falla del servicio atribuíble a la Policía Nacional, pues las circunstancias sorpresivas e imprevisibles en las que ocurrió la quema del bus de placas TP-3428, efectuada por sujetos que viajaban en él, hacían humanamente imposible el poderla evitar, máxime teniendo en cuenta que previamente no se solicitó protección especial a las autoridades , tal como lo destaca la providencia impugnada (hoja A)".

"Si bien es cierto que a las autoridades corresponde velar en todo momento por la "vida, honra y bienes" de los asociados, también lo es que tal protección se brinda en términos y condiciones lógicas, razonables y acordes con las posibilidades concretas de una sociedad determinada. Si en principio, no es lógicamente viable ni deseable exigir que detrás de cada ciudadano

exista un representante de la autoridad con el propósito de evitar la ocurrencia de hechos punibles, con mayor razón tal exigencia es menos viable en nuestro país, agobiado por problemas de orden público, tal como lo reconoce el mismo apelante, los cuales obligan a la fuerza pública a establecer prioridades, según las capacidades de que han sido dotadas por el Estado. Que lo anterior es así, y que por lo tanto la extensión que el apelante pretende darle al Art. 16 de la C.N. es inaceptable, ha sido clarificado suficientemente por la doctrina y la jurisprudencia, permitiéndome traer a colación a título simplemente ilustrativo:

"Deducir responsabilidad al Estado siguiendo al pie de la letra el artículo 16 puede ser excesivo para este; es entender en términos de obligaciones jurídicas un deber general de protección a las personas en su vida, honra y bienes. Ello se presta a extralimitaciones que, para evitarse, exigen una imputabilidad más precisa, como puede ser falla del servicio en una operación concreta; de otro modo el Estado sería responsable en todas las hipótesis porque un ciudadano mata a otro, o lo injuria en la calle, o le causa daño a sus bienes"..... (VIDAL PERDOMO, JAIME. derecho Administrativo 9a. Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1.987, pág. 392)".

"Este mismo tratadista, hace referencias a la crítica a la aplicación del artículo 16 de la C.N., formulada por el Dr. JORGE VALENCIA ARANGO, en salvamento de voto, quien puntualizó que tal disposición constitucional "señala una meta pero nunca una obligación de seguridad como obligación de resultado". (*Ibídem* pág. 392)".

"sentencia de Agosto 4/88. radicación 5125. Consejero Ponente Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, providencia de la cual destaco el siguiente aparte que me parece fundamental para el presente proceso".

"No sin dejar de reconocer que sería reconfortante que todas las ciudades, pueblos, y veredas de Colombia estuvieran vigilados por fuerzas robustas en el número y bien dotadas, para hacerle frente al delito. Ello, infortunadamente, no es posible, por las limitaciones que produce la pobreza y porque existe conciencia ciudadana en el sentido de que se impone atender primero las necesidades que ella genera en otros frentes, como el de la salud, la educación, etc. La realidad económica y social que vive el país, determina al sentenciador a estudiar, valorar y estructurar la falla del servicio, en casos como el presente, con la filosofía ya expuesta por el profesor RIVERO, esto es indagado primero qué podía esperarse, razonablemente de él".

"Tales fundamentos doctrinarios fueron tenidos en cuenta por el H. Tribunal del Atlántico, quien en forma explícita así lo expresó respaldándose además en sentencia del C. de E. de febrero 17/83.".

"Como en el caso objeto del presente proceso no se estructuró falla del servicio atribuíble a la Policía Nacional, lo cual fue acertadamente declarado por el H. Tribunal del Atlántico en sentencia del 12 de Febrero de 1.990, respetuosamente solicito se confirme la sentencia.". (folios 104 a 106 del cuaderno No. 1)".

IV. VISTA FISCAL :

La Fiscal Segunda de la Corporación Dra. EDNE COHEN DAZA en su concepto de fondo, OBSERVA:

"En el caso que se estudia, no se configuró la falla del servicio o al menos la Actora no logró demostrar la supuesta alteración del orden público en la época en que se sucedieron los hechos. Tampoco fue el caso de haber sufrido amenazas o de haberse presentado alguna circunstancia especial que la hubiera hecho temer o sospechar lo que sucedería, caso este que requería ser supuesto en conocimiento de las autoridades, como lo da a entender el fallo del Tribunal".

"Pero si esto último no sucedió, ni se pude pretender que se extremaran las medidas de seguridad. Si la propia demandante no conoció de amenazas y la Policía al parecer no tuvo conocimiento del hecho anticipadamente, era prácticamente imposible exigirle una protección extrema o una vigilancia especial como se dice en la demanda".

"La Actora no probó tampoco que en la época de los hechos, esto es en diciembre de 1.983, en la ciudad de Barranquilla hayan tenido ocurrencia hechos similares, o brotes de protestas de huelguistas o estudiantes, o perturbación del orden público de manera notoria y específica, lo que hubiera hecho necesaria la intervención activa y de manera especial de las autoridades del orden, sin necesidad de un requerimiento por parte de la interesada".

"Ningún hecho, ni particular ni general justificaba la intervención de la Policía. No es tampoco lo usual, que en cada automotor de servicio público se transportaba puede ocurrir cuando las circunstancias así lo ameriten, y en el presente caso, como ya se analizó, la aparición de unos terceros causantes del daño fué sorpresiva, actuaron de manera posible solicitarse así como tampoco las autoridades pudieron prestarla".

"El daño que aquí se reclama fue producido por la conducta delictiva de unos sujetos que al parecer no han sido identificados, más no por la falla del servicio como se pretende".

"Por lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la Sala se confirme la sentencia apelada". (folios 110 a 112 Cdno. No. 1.).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será confirmada, pues en el *sub-lite* no se demostró la falla del servicio.

Para el *ad-quem* no hay espacio para la duda que le impida concluir que el vehículo de propiedad de la demandante fue incendiado, por personas que afirmaron pertenecer a un movimiento subversivo, pero la valoración de la prueba testimonial no permite concluir que en la ocurrencia del hecho esté comprometida la responsabilidad de la administración. El conductor del automotor, en el momento en que incurrieron los hechos, señor LAIN ENRIQUE MEJIA JINETE, al rendir declaración dentro del proceso, ilustra al fallador dentro del siguiente marco:

"Yo venía como a las nueve de la mañana y haciendo el recorrido por la Línea Murillo-Delicias, había salido de la Nevada con dirección a las Delicias, venía el bus más o menos con 20 pasajeros. Al llegar a la calle 70 con Carrera 21, tres tipos encapuchados con unas medias veladas, todos tres eran jóvenes de 32 años aproximadamente. Ellos venían dentro del bus no me dí cuenta donde se subieron; al llegar a la carrera 21 con 70, al hacer una parada para recoger unos pasajeros vino un tipo y me encañonó con una pistola y me dijo: "que me bajara, que eran del M-19 y que necesitaban el bus". Voltió hacia atrás y ví a otros dos también armados de pistolas, quienes a su vez le dijeron a los pasajeros que se bajaran del bus que eran del M-19, que se bajaran rapidito que no les iba a pasar nada. Bajaron los pasajeros por la parte trasera los dos tipos que estaban atrás. El bus nada más tenía la bajada por detrás ya que el torniquete no regresa o sea que nada mas sirve para entrar. El tipo que iba adelante me dijo que recogiera la plata y me quitó las llaves. Fuí el último en bajar. Comenzaron a regar un líquido que llevaban en una bolsa plástica, creo que llevaban liquido en dos bolsas los dos tipos que estaban atrás. El líquido lo empezaron a regar tan pronto se bajaron los pasajeros y yo todavía no me había bajado. El liquido lo empezaron a regar por el piso y toda la cojinería, no alcancé a percibir el olor porque empezaron a regarlo atrás y por mi estado de nerviosismo. Una vez me bajé yo, los dos tipos que estaban atrás se bajaron por la puerta trasera y el que me encañonaba se brincó el torniquete y se bajó después de mi. Entonces los dos tipos que iban atrás cada uno lazó por las ventanillas del bus un objeto, no me dí cuenta de qué clase, y al salir corriendo tiraron otro debajo de la parte de adelante del bus y el bus empezó a arder todo. Los tres tipos comenzaron a correr con dirección al barrio Nueva Colombia. En una de las casas del sector llamé a los bomberos para que vinieran a apagar el incendio y a la señora Rosalba para enterarla del hecho. Los bomberos se presentaron como a la media hora ya el carro estabatotalmente destruído: se prendieron las llantas, carrocería, la cojinería, el timón, los torniquetes. Lo único que quedó fué el chasis...Como estaba muy atribulado yo no avisé a la

policía. Uno de los vecinos en mi presencia avisó a la policía...la policía se presentó como a la hora" (Cdno No. 1, fol. 51 y 52).

Dentro del mismo universo depuso el señor BORIS ANGEL CASTILLO RODRIGUEZ (Cdno No. 1 fol. 54), quien era pasajero del vehículo en el momento en que ocurrieron los hechos. Este declarante ilustra al sentenciador dentro del siguiente temperamento: "PREGUNTADO. Diga....si en su concepto y dada la forma de ocurrencia de los hechos cree usted que las autoridades policivas hubieran podido intervenir y evitar el incendio del bus. CONTESTO: **Realmente no había tiempo de evitar el incendio, ni hubiera tenido tiempo la policía de intervenir...**".

B) Al definir la Sala que en el *sub-lite* no se dió la falla del servicio, reitera la pauta jurisprudencial --que fijó en sentencia de 4 de agosto de 1.988, Expediente Nro. 5121. Actores Ernestina Almario y otros, Consejero ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, en la cual se lee:

> "Pero sobre esa circunstancia particular del caso y la muerte posterior de los referidos ciudadanos, no puede montarse la falla del servicio, pues ésta, como lo enseña Jean Rivero, "...es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente..." (Derecho Administrativo. Novena Edición, Caracas 1.984, pág. 303). Ese incumplimiento, prosigue el ilustre tratadista, **debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio "...variable según su misión y según las circunstancias...." estructurándose la falla, cuando éste se presta por debajo de ese nivel. Por todo ello, concluye, el juez debe apreciarla sin referencia a una norma abstracta, pero sí preguntándose "...lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material etc. De ello resulta que la NOCION DE FALTA DEL SERVICIO TIENE UN CARACTER RELATIVO, PUDIENDO EL MISMO HECHO SEGUN LA CIRCUNSTANCIAS, SER REPUTADO COMO CULPOSO O COMO NO CULPOSO." (Obra citada, págs. 304 y ss.) (Subraya la Sala).**

Aplicada la anterior filosofía jurídica, al caso en comento, la Sala encuentra que estudiadas las circunstancias en que ocurrieron los hechos, no puede predicarse que el servicio de policía no funcionó o que funcionó mal. A la luz de la lógica de lo razonable, no puede pretenderse que el Estado tenga al lado década ciudadano, o de sus bienes, un agente del orden para que preste atención inmediata que las circunstancias de momento demandan. Dentro del informativo no se acreditó que en la ciudad de Barranquilla se vivieran momentos especialmente difíciles, por perturbación del orden público, que demandaran una especial vigilancia en sitios neurálgicos de la misma o en la prestación de

servicio público del transporte. Resulta imposible para cualquier autoridad impedir que los delincuentes tomen el bus, con la apariencia de hacer un transporte normal, pero con la finalidad exclusiva de llevar a cabo una tarea criminal. Hacer responsable a la Nación por hechos como el analizado, implicaría un desconocimiento del carácter concreto que la falla del servicio tiene, pues como ya se anticipó, ésta no se refiere a una norma abstracta, que lleve a una confrontación de los hechos con la hipótesis normativa, para sacar la conclusión de si ella se dio o no. Por ello corresponde al sentenciador decidir, en cada caso, si los presupuestos axiológicos que ella exige se probaron dentro del proceso. El juez, en caso como el presente, no es un jurista que DEDUCE sino que OBSERVA, es decir, que estudia la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, para hacerle producir todas las consecuencias de rigor, a la luz de la ley y el derecho.

C) A manera de pedagogía jurídica y judicial la Sala desea registrar que no comparte la perspectiva jurídica que manejó el sentenciador de instancia cuando denegó las pretensiones de la demanda con la filosofía de que : "...revisado el expediente no aparece documento alguno en el que conste que la propietaria del bus, señora ROSALBA SILVA DE GONZALEZ hubiera pedido protección ante las autoridades de policía acantonadas en la ciudad en razón a que hubiera sido amenazada de que se iba a intentar contra la integridad material del referido bus.".

El universo anterior peca de ingenuidad en la valoración de las distintas circunstancias particulares del caso, pues sienta la tesis de que la falla del servicio exige que los delincuentes amenacen y anuncien la tragedia con el fin de que la parte interesada solicite la protección de la autoridad, pues si así no ocurren las cosas, la indemnización del daño no es procedente. Esta filosofía es la del absurdo, pues así no suelen ocurrir las cosas. Pero lo demás, en circunstancias anormales o de excepción la autoridad está obligada en forma especial a proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, sin que sea necesario el "requerimiento angustioso de la persona amenazada, como lo recordaba el Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo en su salvamento de voto dentro del proceso No. 3331. Sentencia de 17 de Febrero de 1.983. Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango.

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) CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el día doce (12) de Febrero de mil novecientos noventa (1.990), dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

2o) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO/ FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA

La persona pública, para explotar el servicio de energía impuso a un particular una carga que excedía los riesgos normales que las personas deben soportar por el hecho de vivir en sociedad. Pero aquí, fuera de ese riesgo especial impuesto por el servicio y que en principio no permitiría hablar de falla del servicio, se observa que la entidad sí incurrió en ésta y no pudo demostrar; como le incumbía, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho determinante de un tercero. Este asunto se define con fundamento en la tesis del riesgo especial, pero bien pudo decidirse con apoyo en la tesis de la falla probada del servicio, dados los elementos de juicio que resultaron probados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E. Diciembre diez y ocho (18) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 5925. Indemnizaciones. Actor: Ruth Mary Ossa y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 14 de julio de 1.989, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

En la demanda, presentada el 20 de marzo de 1.986, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el 21 de mayo de 1.984, entre las 8 y las 9 a.m., el señor Jairo Rueda M. encontró la muerte por electrocución cuando sobre el tejado de zinc de su lugar de

trabajo trataba de tapar una gotera. Que la tragedia se debió a que los cables de conducción de energía no estaban aislados y pasaban demasiado cerca a la edificación. Que las Empresas Públicas de Medellín son las responsables porque son ellas las que distribuyen y venden la energía en el sector. Que el señor Rueda tenía al morir 40 años y le sobreviven su cónyuge señora Ruth Mary Ossa de R. y sus hijos menores Paola Andrea y Diana Milena, su madre, señora Blanca María Montaño y sus hermanas Blanca y Martha Elena Rueda M.

El Tribunal, luego del trámite de rigor, decidió desfavorablemente, con apoyo en el concepto de su Fiscalía Primera. (a folios 159 y siguientes). De ese fallo se destaca el siguiente aparte que compendia el pensamiento del fallador de primera instancia:

> "3. La conclusión a la cual debe llegar el fallador con base en los criterios jurisprudenciales y doctrinarios, y los elementos probatorios es que aunque es cierto que la conducción de redes de energía eléctrica entraña un riesgo excepcional, y que por lo tanto ante el hecho dañoso, la muerte del señor Rueda Montaño, no se precisa indagar por una falla o falta en la prestación del servicio, la cual también dicho sea no ocurrió, lo cierto es que en este caso, dada la colocación de dichos cables conductores respecto del techo de zinc de la ramada, lo que ocurrió fue un notorio comportamiento culposo de la víctima quien a pesar de la humedad existente por la lluvia del día anterior, el material de las tejas, etc. en forma osada o imprudente por decir lo menos, se atrevió a subirse al tejado y a ponerse allí a efectuar operaciones con prescindencia de las más elementales medidas de seguridad que debía observar ante la cercanía de los hilos eléctricos".
>
> "En síntesis, ni bajo la concepción de la falla en el servicio ni con la del riesgo excepcional, se puede afirmar en este caso la configuración de la responsabilidad extracontractual de la administración y por lo tanto, acorde con el concepto del colaborador del Ministerio Público, se proferirá un fallo absolutorio para la demanda".

Descontenta la parte actora con la decisión, interpuso el recurso de apelación. En el escrito de sustentación (a folios 176 y siguientes) insiste en que la altura de las redes no era la adecuada, ya que debiendo estar, según los cánones internacionales a una distancia mínima de diez pies (3.048 mts,) por tratarse de líneas que pasan sobre o debajo de techos no accesibles a peatones, la distancia real no era sino de 1.50 metros.

Por su parte, la señora Fiscal Séptima en su vista de septiembre 20 de 1.990 conceptúa que se debe confirmar la sentencia. Así en su escrito que obra a folios 186 y siguientes anota a guisa de conclusión:

> "Para la Fiscalía el hecho fundamental que determinaría la falla del servicio o la responsabilidad por el riesgo excepcional por parte de la administración es la verificación de si los cables fueron tendidos a una altura permitida o estaban por debajo de la misma".

"Pero, anterior a tal verificación o mejor, para llegar a ella, es el establecer si los cables fueron tendidos con anterioridad a la construcción del bien o con posterioridad a tal construcción, puesto que los parámetros de altura cambian en cada uno de los supuestos".

"En el presente caso la parte actora debía demostrar que la construcción se realizó antes que la colocación de los cables de alta tensión y que por lo mismo la altura reglamentaria no se guardó. Pero tal circunstancia no aparece comprobada y en tales condiciones no puede deducirse a la responsabilidad de la Administración ni por el riesgo excepcional ni por la falla del servicio, pues lo único que aparece demostrado es que la víctima en medio de unas condiciones adversas subió en el tejado de la edificación y fué atraída por la primaria con las consecuencias fatales que aparecen demostradas".

"En este orden de ideas la entidad demandada debe ser absuelta".

CONCLUSION

"Por lo brevemente expuesto la Fiscalía considera que la providencia de primaria instancia debe ser CONFIRMADA".

Para la Sala la sentencia apelada deberá revocarse. Para ello, se considera:

Muestra el acervo probatorio:

a) Que el señor Jairo Rueda M. murió por electrocución el 21 de mayo de 1.984 cuando reparaba el techo de zinc del edificio donde montaba en esos días un taller de lámparas.

b) Que los cables de conducción de energía, que forman parte del servicio que presta el establecimiento público demandado, pasaban en ese entonces a escasa altura del techo (1.50 mts. aproximadamente) por fuera de las distancias permitidas en los canones internacionales (3.048 mts.).

c) Que no se acreditó que el señor Rueda M. hubiera hecho contacto directo con los cables, por torpeza o negligencia; cables que por lo demás, carecían de revestimiento aislante.

Para la Sala, con base en la teoría del riesgo especial o excepcional, resulta comprometida la responsabilidad de la persona pública demandada. Esta, para explotar el servicio de energía impuso a un particular (para el caso el señor Rueda M) una carga que excedía los riesgos normales que las personas deben soportar por el hecho de vivir en sociedad. Ese rompimiento del principio de la igualdad es el que impone la indemnización de los perjuicios sufridos por los damnificados.

Pero es que aquí, fuera de ese riesgo especial impuesto por el servicio y que en principio no permitiría hablar de falla del servicio, se observa que la entidad si incurrió en ésta y no pudo demostrar, como le incumbía, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho determinante de un tercero.

Muestra el acervo probatorio que los cables de alta tensión de la energía pasaban a escasa altura del techo de la edificación del señor Rueda M.; altura calculada por los peritos y constatada durante la inspección judicial en aproximadamente 1.50 metros. Distancia vertical ésta, como lo afirma la misma entidad demandada en su oficio de respuesta #161979 de 23 de julio de 1.986 (a folio 44), que debía ser, como mínimo de 10 pies (3.048 mts.).

Esta respuesta patentiza, por sí sola, la falla. No puede pretender el ente demandado que existió culpa de la víctima porque éste se subió al techo a hacerle reparaciones. No, aunque dicho sector era restringido y no de libre acceso, la limitación no podía llegar al extremo de impedir el acceso para hacer reparaciones necesarias para el uso del inmueble. La culpa de la víctima alegada por la entidad pública aparece huérfana de toda prueba.

Tampoco resultó probado, y le incumbía a la demandada su carga, que el dueño del edificio incurrió en culpa (hecho de tercero) porque lo construyó casi hasta la altura de los cables. En ese orden de ideas debió la demandada probar que la edificación se hizo con posterioridad a la tendida de las líneas y sin licencia de construcción. Nada de esto se probó. Así, el hecho del tercero no podrá estimarse como razón exculpativa. Si las redes se tendieron luego de la construcción del edificio y a esa no permitida distancia, la responsabilidad es todavía más obvia.

También cabe afirmar que si la construcción se hizo con licencia y con posterioridad al paso de los cables, éstos debieron ser desplazados por la entidad, aún de oficio. Ya es un riesgo que los cables pasen por sobre una edificación; y mayor será si se localizan por fuera de las distancias mínimas aconsejables.

No vé la Sala tampoco de donde sale la presunción de que como los otros edificios no estan ubicados debajo de las redes, el edificio donde murió el señor Rueda fué construido después de la tendida de éstas. Es esta una afirmación gratuita que, además, de haber sido probada no exculparía la responsabilidad del ente comprometido como se dijo, también por el riesgo especial.

Probado el hecho causal sin motivos exculpativos, pasa la Sala a estudiar los otros dos elementos de la responsabilidad, o sea el perjuicio y la relación de causalidad entre aquél y éste.

Pretende la parte actora que se condene a las Empresas a pagar a los damnificados (cónyuge, hijos, madre y hermanos) por concepto de perjuicios materiales una indemnización de $10'000.000.oo y por daños morales el equivalente a 1.000 gramos oro para cada uno.

En este orden de ideas, se anota:

a) Que el señor Rueda M. estuvo casado con la señora Ruth Mary Ossa M. (ver certificación a folio 8); b) que en ese matrimonio fueron procreadas dos niñas, Paola Andrea (3 de abril de 1.977, a folio 9) y Diana Milena (11 de junio de 1.981, a folio 10); que son hermanas legítimas del señor Rueda (a folio 15 el certificado notarial de matrimonio), las señoras Martha Elena (28 de diciembre de 1.953 a folio 14), Blanca Yolanda (20 de octubre de 1.951 a folio 19) y Nidia Cecilia (2 de julio de 1.949, a folio 12); c) Que la señora Blanca María Montaño de R. es la madre del occiso (a folios 15 y 11).

De estas personas, siguiendo la orientación jurisprudencial, serán indemnizadas con 1,000 gramos oro cada una por perjuicios morales: Ruth Mary Ossa M., Paola Andrea y Diana Milena Rueda Ossa y Blanca María Montaño de R.

No se reconocerá indemnización por este mismo concepto a favor de las hermanas del occiso Martha Elena, Blanca Yolanda y Nidia Cecilia, porque no se probaron las circunstancias de convivencia, mutua ayuda y colaboración.

No habrá condena tampoco por perjuicios materiales, ya que no se comprobó que su cónyuge e hijas dependían económicamente del occiso. Obsérvese que ni siquiera se alega esta circunstancia. Además, a folios 30 del expediente se afirma por la parte demandante que "el daño como también se dijo, está representado en el perjuicio moral."

Fuera de lo dicho, con las copias de las declaraciones de renta que obran a folios 19, 95, 97 y siguientes se corrobora esa no dependencia económica de los damnificados con el occiso.

Finalmente anota la Sala

Como se dijo atrás, este asunto se define con fundamento en la tesis jurisprudencial y doctrina del riesgo especial, en la que no juega, en principio, la falla de la administración sino el rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas. Pero bien pudo decidirse con apoyo en la tesis de la falla probada del servicio, dados los elementos de juicio que resultaron probados.

No se contradice en esto la Sala ya que en días pasados resolvió asunto similar (sentencia de diciembre 11/90 Proceso 6090) basada en la noción ordinaria de falla del servicio, por omisión en su cumplimiento adecuado. Se recuerda que allí mismo se dijo que el fallo también podía avocarse con apoyo en la teoría del riesgo especial o excepcional.

En síntesis, sea de ello lo que fuere, en los dos asuntos aquí referidos se pudo manejar indistintamente la causa petendi para arribar a la sentencia condenatoria,

porque además de ese riesgo excepcional que creó el servicio de energía, éste también falló ostensiblemente.

Por lo expuesto y en desacuerdo 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 :

1) Revócase la sentencia de 14 de julio de 1.989, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia.

En su lugar:

Declárase responsable a las Empresas Públicas de Medellín por los perjuicios causados a las demandantes (Ruth Mary Ossa de Rueda, cónyuge supérstite, Paola Andrea y Diana Milena Rueda Ossa, hijas menores, y Blanca María Montaño de Rueda, madre) con la muerte del señor Jairo Rueda Montaño.

Condénase a la mencionada entidad a pagar a las citadas personas, por perjuicios morales, el equivalente a 1.000 gramos oro para cada una. La equivalencia en pesos deberá certificarla el Banco de la República con referencia a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Se entiende esta condena en concreto.

Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Dese cumplimiento a este fallo en la oportunidad y con los alcances señalados en los artículos 176 y 177 del c.c.a.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 14 de diciembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta P., Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO- Terminación/ **ACTO CONTRACTUAL/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ LIQUIDACION DEL CONTRATO/ LIQUIDACION UNILATERALDEL CONTRATO/ DEMANDA-** Ineptitud

El acto administrativo contractual (el de terminación es típico) debe impugnarse dentro de la controversia contractual, en especial cuando es el causante del perjuicio para el contratista; impugnación que puede hacerse en forma aislada o acumulada con otras pretensiones como las de incumplimiento con indemnización de perjuicios. Se ha insistido en que debe pedirse la nulidad del acto contractual porque sólo así podrán estudiarse las pretensiones que partan del supuesto de que dicho acto ya no forma parte del ordenamiento.Cuando la administración no logra acuerdo de liquidación con el contratista o éste no interviene en esa operación, debe hacerlo unilateralmente mediante acto administrativo debidamente motivado, contra el cual, luego de su notificación, podrá agotarse la vía gubernativa.Acto administrativo, que, como tal, tendrá que impugnarse cuando la pretensión del contratista parta de realidades diferentes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera - Bogotá D.E. Diciembre diez y nueve (19) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo,*

Referencia: Expediente Nro. 3351. Contratos. Actor: Luis Carlos Baena Lopez.

Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia. Se inició mediante demanda formulada el 3 de agosto de 1.981. Cuando el proceso estaba adelanto se perdió el expediente en el incendio del Palacio de Justicia y tuvo que ser reconstruído con base en el decreto 3825 de 1.985.

Cumplido ese trámite en su integridad pasa la Sala a dictar la sentencia correspondiente.

En la demanda, que en copia obra a folios 5 y siguientes, el Ingeniero Luis Carlos Baena López demanda al Fondo Vial Nacional para que se declare:

"1. - Que el Fondo Vial Nacional es responsable por los perjuicios materiales y morales causados al demandante por los incumplimientos del contrato No. 12-78 y las consiguientes violaciones de la ley en que incurrió durante su ejecución, terminación y liquidación.

"2. - Que se condene al Fondo Vial Nacional a resarcir los perjuicios tanto materiales como morales que causó al demandante, por las sumas que resulten demostradas en el proceso, con sus incumplimientos y consiguientes violaciones de la ley.

"3. - Que el Fondo Vial Nacional debe pagar los intereses correspondientes lo mismo que las sumas que resulte necesarias para conservar indemne el valor intrínseco de la condena de perjuicios que debe pagar el demandado.

"4. - Que en caso de no poder cuantificarse la condena en la sentencia se haga la liquidación de perjuicios en incidente posterior, de conformidad con los artículos 307 y 308 del C.P.C.

"5. - Que se ordene pagar los perjuicios dentro de los términos del art. 121 del C.C.A. imponiéndose las sanciones del caso, si no se dá cumplimiento al fallo dentro de los términos legales."

En ese mismo escrito se narran, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el Fondo abrió la licitación pública #377 de 1.977 para la ejecución de las obras de conservación de la carretera Barranquilla-Cartagena y adjudicó el contrato mixto de concesión y obra pública a precios unitarios, mediante resolución #12703 de 22 de diciembre de ese año, al Doctor Luis Carlos Baena López, con quién se celebró el contrato # 12 de 1.978.

2) Que el acta de iniciación de obras se firmó el 15 de abril de 1.978.

3) Que en el contrato no se previeron los acarreos de materiales para el relleno de las cajas de bases de las bermas, porque se supuso que podían ser tomados de los propios cortes y excavaciones de la banca de la carretera; que se hizo reclamo a ese respecto y hubo convenio para su reconocimiento.

4) Que posteriormente, se le dió orden al interventor de no recibir obra ejecutada en bermas hasta tanto no se concluyera completamente, incluída la imprimación.

5) Que quedaron sin reconocimiento 41.000 mts² de bermas ejecutadas hasta nivel de base y cuya imprimación no fué posible realizar por culpa del Fondo.

6) Que luego el Fondo dictó la resolución # 11347 de diciembre 19 de 1.978 por la cual declaró terminado el contrato, aduciendo la atribución del artículo 11 del decreto 150 de 1.976, en armonía con el 7 del mismo. Circunstancia que luego se pudo demostrar que era falsa e inexacta.

7) Que la resolución aludida impuesta ilegal y constitutiva de incumplimiento "ocasionó al Doctor Baena López cuantiosos perjuicios, tanto materiales como morales que deben ser resarcidos"; perjuicios que aparecen detallados en el hecho 9 de la demanda (a folios 11 y 12).

8) Que dentro del proceso de liquidación no hubo acuerdo; por lo que el Fondo elaboró el acta final y definitiva, desconociendo el recibo de los 41.000 mts² de bermas hasta el nivel de base y de 80.073 mts³ de acarreos. En dicha acta aparece "una firma cualquiera como haciendo creer que el Doctor Baena López suscribió el acta en señal de asentimiento. Por eso considero - afirma el demandante - que el acta es un documento que carece por completo de credibilidad y de respaldo en la ley.

En el capítulo normas violadas y concepto de la violación (a folios 13 y siguientes) se expone el fundamento legal con base en las siguientes normas 7,11, 19, 27 y 193 del decreto 150 de 1.976; 1602, 1603, 1618, 1682 del C.C.; o 738 de la ley 153 de 1.887.

Cumplido el trámite de rigor, luego de que hubo reconstrucción del proceso, como se expresó atrás, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la Fiscalía Séptima de la Corporación, debe accederse a las súplicas de la demanda. De dicha vista de julio 11 de 1.990 (a folios 417 y siguientes) se destaca el siguiente aparte:

> "En primer término debe precisarse cuál es el objeto de la acción incoada en el presente juicio. Conforme al acápite "Pretensiones" ya transcrito en otro aparte del presente escrito, se persigue el resarcimiento de perjuicios por el incumplimiento del contrato 12-78. Es decir, aunque hay de por medio un acto administrativo como fué la resolución mediante la cual la entidad estatal declaró terminado el contrato, por la acción incoada no persigue la nulidad de dicho acto.
>
> "Como consecuencia de lo anterior el estudio no se dirigirá a analizar la juridicidad del acto administrativo en mención que es válido como que no ha sido impugnado y, por lo mismo, no se analizarán los posibles cargos en su contra.

"Queda entonces limitado el estudio a los aspectos relacionados con la inconformidad del contratista por no haberle sido reconocido el pago de dos partidas acordadas por las partes, a saber:

a) Sobreacarreos de materiales desde una cantera al sitio de construcción de las bermas.

"b) Construcción de bermas hasta el nivel de base.

"Para la Fiscalía es procedente hacer el análisis esbozado en el párrafo anterior porque un trabajo realizado por acuerdo de las partes plenamente demostrado, debe ser retribuído en la medida de su realización, de lo contrario constituiría un enriquecimiento ilícito para la parte beneficiada.

"En relación con el primero de los aspectos, es decir, los sobreacarreos aparece demostrado:

"a) Que en el contrato no se pactaron acarreos de material, aunque tal rubro sí aparece previsto en pliego de condiciones.

"b) Que en el acta No. 8 aparece el acápite en discusión y se le reconoce al contratista una suma por el trabajo realizado.

"c) Que las actas de obra hacen parte integral del contrato.

"d) Que el dictámen establece claramente cuál es el total de acarreos realizados.

"e) Que es procedente reconocer la diferencia entre lo inicialmente reconocido y el total realizado.

"En relación con la construcción de las bermas aparece demostrado:

"a) Que el Fondo reconoció la construcción de las bermas hasta el nivel de base por haberse presentado problemas técnicos para analizar las muestras por parte de la interventoría.

"b) El dictámen pericial establece la cantidad de obra ejecutada y reconocida en las condiciones previstas en el punto anterior.

"c) El mismo dictámen establece el total de obra realizada y que la misma responde a las especificaciones de la Administración.

"d) Que es procedente, en consecuencia, reconocer la diferencia no reconocida hasta el momento en que el Fondo ordenó la suspensión de la construcción de las bermas.

"Para la Fiscalía no hay lugar a indemnización alguna por perjuicios morales puesto que no se considera que se hubieran producido."

Por su lado, el Fondo Vial Nacional en su alegato de conclusión estima que en el presente proceso se da una clara ineptitud, por cuanto el demandante no impugnó el acto por el cual se declaró terminado el contrato; acto que quedó en firme, hasta el punto que sirvió de base, con otros documentos, del juicio ejecutivo que por jurisdicción coactiva se siguió ante el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Seguros del Estado (Luis Carlos Baena López) y que se encuentra en este momento en suspenso hasta tanto se decida el proceso aquí propuesto. De ese alegato, se destaca:

"Al Fondo Vial Nacional, como contraste de la obra, conocida la situación jurídica en que se colocó el contratista, no le quedaba otro remedio que proceder como lo hizo, esto es expedir la resolución 11347 de 1.978 dando por terminada la contratación de la referencia y tomar las demás decisiones que concretamente se encuentran determinadas en la parte resolutiva de aquel acto administrativo.

"La resolución antes citada o sea la que declaró la terminación del contrato con fundamento entre otras cosas del literal e) del artículo 7 y 11 tiene plena vigencia hasta el momento porque no ha sido demandada ni anulada ninguna autoridad y en consecuencia, como hay ya no es procedente ninguna acción contra ese acto administrativo y documento público que es, su contenido tiene todo el alcance jurídico de vigor.

"Lo antes dicho tiene vigencia en la fecha, no sólo porque no se haya demandado la resolución en comento ni declarado nula, sino porque no se demostró en el proceso que el contratista Luis Carlos Baena López estuviera a paz y salvo para el momento en que firmó el contrato. Pero lo más importante y definitivo es que el contratista no demostró en el proceso que él anexó un paz y salvo legal y vigente para poder firmar el contrato No. 12-78, que como ya se dijo lo exigía la ley, y si no demostró que entregó al Fondo Vial Nacional un paz y salvo vigente y válido para la fecha de la firma del contrato No. 12-78, habiendo firmado este contrato como si está debidamente demostrado, queda claro que quedó el contratista bajo el alcance de los artículos 7° y 11 del Decreto Ley 150-78.

"Así las cosas no podrá hablarse jamás sobre la prosperidad de la acción impetrada.

"4°. EXCEPCIONES

"Como es bien conocido por parte de ese Honorable Consejo este proceso sufrió las consecuencias originadas en el infausto proceso ocurrido en el Palacio de Justicia y por lo tanto tuvo que ser sometido al proceso de reconstrucción que no siempre resulta afortunado por razones obvias.

"El artículo 164 del C.C.A. en su inciso segundo establece: " En la sentencia definitiva se demandará sobre las excepciones propuestas y **sobre cualquier otra que el fallador encuentra probada**." (el subrayado es mio)

" En este orden de ideas considero que el Honorable Consejo tendrá en cuenta el contenido jurídico de la parte subrayada del artículo 164 del C.C.A. para los efectos de declarar probada la excepción vista en el proceso y que tiene que ver con el hecho mismo de que el demandante no instaure ninguna acción contra la resolución que declaró la terminación del contrato, pues este acto administrativo creó una situación definida y definitiva en el caso planteado, excepción que podría determinarse como de inepta demanda, si es que el Honorable Consejo no la identifica en mejor forma. Lo importante en este caso exceptivo es que está de cuerpo presente y debidamente probada la excepción que se origina en los hechos comentados."

Para la Sala el asunto no está llamado a prosperar. Y no lo está porque la parte actora, pese a conocer la existencia de la resolución # 11347 de 1.978 que dió por terminado el contrato No. 12-78 y de cuestionar su contenido y alcance, no sólo no la impugnó dentro del presente proceso, sino que se limitó a demandar perjuicios por incumplimiento contractual, tal como se infiere, sin ningún esfuerzo, de las súplicas de la demanda que aparecen narradas a fólios 19 del cuaderno principal. Y tampoco puede prosperar porque el actor con la formulación de su demanda hace caso omiso de la resolución unilateral que expidió el Fondo y que contiene un corte de cuentas definitivo en la relación contractual.

Se separa en esto la Sala de la apreciación fiscal, ya que la señora Fiscal Séptima estima que como se persigue el reconocimiento de perjuicios por el incumplimiento del contrato, no importa que exista un acto administrativo por medio del cual se terminó el contrato, ya que la acción incoada no persigue su nulidad.

Durante la ejecución del contrato la administración lo dió por terminado mediante la resolución # 11347 de 19 de diciembre de 1.978. Aunque si bien es cierto ese acto administrativo de terminación se produjo por haberse celebrado el contrato contra --- expresa prohibición legal, concretamente la contemplada en el literal e) del artículo 7 del decreto 150 de 1.976 (no hallarse a paz y salvo a la fecha de su suscripción), no es menos cierto que creó una situación jurídica particular de graves consecuencias para el contratista al sancionarlo con la terminación anormal o anticipada del contrato, con sus consecuencias obligadas; o sea, la toma de posesión de los bienes públicos que tuviere en razón del contrato, la liquidación de éste y la negativa

al reconocimiento de indemnización alguna por dicha decisión.

Y este acto administrativo que tales efectos produjo se volvió irrevisable jurisdiccionalmente, creó estado, porque no fué objeto de impugnación jurisdiccional; impugnación que pudo hacerse dentro de la controversia contractual, acumulable con la pretensión indemnizatoria por incumplimiento.

Pero esta última pretensión no podía formularse aislada sin remover el obstáculo de orden jurídico que representaba el acto ejecutorio de terminación que, además, negaba de entrada la posibilidad de una indemnización de perjuicios. En otras palabras, debió el actor demandar la nulidad del acto de terminación, para, una vez anulado el acto y revivido el vínculo contractual, poder demandar la indemnización de perjuicios por incumplimiento del Fondo.

No entiende la Sala por qué el demandante no solicitó su nulidad cuando él mismo sostiene en la demanda que ese acto injusto e ilegal fué el causante de todos los perjuicios. Y no entiende tampoco esa omisión, porque ese acto le cerraba en su artículo 4° precisamente toda posible indemnización de perjuicios.

Como se vé, la Fiscalía se equivocó al dar a entender que ese acto no era obstáculo para la procedencia de la acción intentada.

Ha sostenido en forma reiterada esta Sala desde la expedición del código administrativo (decreto 01 de 1.984) y lo continúa haciendo luego de la expedición del decreto 2304 de 1.989, que el acto administrativo contractual (el de terminación es típico) debe impugnarse dentro de la controversia contractual, en especial cuando es el causante del perjuicio para el contratista; impugnación que puede hacerse en forma aislada o acumulada con otras pretensiones como las de incumplimiento con indemnización de perjuicios. Se ha insistido en que debe pedirse la nulidad del acto contractual porque solo así podrán estudiarse las pretensiones que partan del supuesto de que dicho acto ya no forma parte del ordenamiento.

Existe también otro impedimento para el pronunciamiento del fondo de la controversia, cual es la no impugnación del acto de liquidación, dictado unilateralmente por el Fondo. Está bien probado que ese acto se produjo y que no fué suscrito por el contratista. Esta no suscripción le abrió también la puerta para su impugnación, pero se omitió también esta salida. Ha dicho la jurisprudencia, con apoyo en el estatuto contractual, que cuando la administración no logra acuerdo de liquidación con el contratista o éste no interviene en esa operación, debe hacerlo unilateralmente mediante acto administrativo debidamente motivado, contra el cual, luego de su notificación, podrá agotarse la vía gubernativa. Acto administrativo que, como tal, tendrá que impugnarse cuando la pretensión del contratista parta de realidades diferentes.

Finalmente, se anota: Era tan obvia la demanda de los dos actos que se dejan estudiados, en especial del de terminación que la razón de la suspensión del juicio

ejecutivo que por jurisdicción coactiva inició la Nación contra Seguros del Estado con base en la resolución 11347, se basó precisamente en la supuesta impugnación de dicho acto.

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 :

Declárese inhibido para fallar de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 18 de diciembre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villáte, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LA LEY

Aunque en los tiempos que corren el interés en el estudio de los daños que pueden derivarse del Estado-Legislador, es lo cierto que el presente caso no tiene el universo necesario que permita crear jurisprudencia sobre tan importante materia. Los casos en que la jurisprudencia francesa ha aceptado excepcionalmente la responsabilidad por el hecho de las leyes, permite concluir, que dentro de circunstancias distintas de las que se recogen dentro del presente proceso, bien podría abrirse paso, por la vía jurisprudencial, este nuevo frente de responsabilidad del Estado Legislador.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente:: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Referencia: Proceso No. 5396. Actor: Soc. Felipe Garrido Sardi & Cia.

I

Agotada la tramitación procesal de la ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el día doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1.987), en virtud de la cual denegó las pretensiones de la demanda por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

"La Sociedad "FELIPE GARRIDO SARDI & CIA. LTDA.", por intermedio de apoderado, presenta demanda ordinaria contra el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, persona jurídica de derecho público representada por el señor Gobernador del Departamento, para que se declare que la entidad demandada "es administrativamente responsable de los perjuicios económicos" que le ocasionara "en el lapso comprendido entre el primero (1o) de abril de 1.982 y el seis (6) de julio de 1.983, como consecuencia de la expedición de la Ordenanza No. 025 de 2 de diciembre de 1.981 por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca y del Decreto No. 0623 del 30 de marzo de 1.982 por la Gobernación del mismo Departamento, suspendidos y anulados posteriormente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que imposibilitó y disminuyó las actividades mercantiles de la citada sociedad relativas a la importación, distribución y venta de Aguardiente "Caporal" en el territorio del Departamento del Valle"; que como consecuencia de la anterior declaración se le condene a reconocer y a pagar a la accionante "Los perjuicios materiales-daño emergente y lucro cesante- que se le ocasionaron".

"Refiere que la Sociedad "FELIPE GARRIDO SARDI & CIA. LTDA." legalmente constituida,"en desarrollo de su objeto social, el día diez (10) de septiembre de mil novecientos ochenta (1.980) la sociedad demandante "Felipe Garrido Sardi & Cía Ltda." celebró con la sociedad ecuatoriana denominada "Compañía Internacional de Licores S.A. -CILSA-, con domicilio en Quito (Ecuador), un contrato de Distribución exclusiva de los productos de ésta para el mercado colombiano, durante un período de tres años renovables de común acuerdo, contados a partir de la suscripción del citado contrato, corriendo por cuenta y responsabilidad de la Distribuidora, hoy accionante, los gastos de la publicidad y promoción que fueren necesarios a fin de lograr una efectiva introducción de los productos de la Fabricante.

"Dentro de los productos de la fabricante "Compañía Internacional de Licores S.A.- CILSA-, que la sociedad colombiana actora se comprometió a distribuir en el mercado colombiano, se encontraba el denominado Aguardiente "CAPORAL"."

"La Sociedad actora "sin estar obligada a ello solicitó y obtuvo de la Jefatura de la Unidad de Rentas de la Secretaría de Hacienda del departamento del Valle, la autorización para importar (1o) y distribuir (1o)", y en efecto, en el mes de diciembre de 1.980, inició la introducción del citado Aguardiente al territorio del Departamento "aún cuando sabía de antemano que el "Impuesto de Consumo a Licores Extranjeros" que debía sufragar por cada botella del citado licor, no era el de $150 por cada 100 c.c. o fracción de licor señalado por el Decreto Legislativo nro 131 de abril 30 de 1.958 (adoptado como legislación permanente por la Ley 141 de 1.961) para un total de $10.50 por botella de 750 centímetros cúbicos, mas un peso por botella con destino a Coldeportes, sino además de ello, el de $3.20 por cada 100 mililitros o fracción, que la Gobernación del Departamento del Valle había fijado en el art. 2o. del Decreto No. 2088 de diciembre 30 de 1.978, dictado con fundamen-

to en la Ordenanza No. 009 de noviembre 23 del mismo año, de la Asamblea de dicho Departamento, como impuesto especial decretado inconstitucional e ilegalmente".

"La Sociedad actora decidió adelantar la citada actividad comercial, no obstante lo dicho en el hecho anterior, porque era conocedora del juicio de nulidad que se adelantaba ante el H. Tribunal Administrativo del Valle de Cauca, contra los arts., 1o., 2o. y 3o. del citado Decreto 2088 de 30 de diciembre de 1.978 y tenía la certeza de que muy pronto se regresaría a la normalidad jurídica en materia de impuesto de consumo de licores", como en efecto sucedió al proferirse la sentencia de 12 de diciembre de 1.980, que fué confirmada por el Consejo de Estado".

"Al producirse dichas providencias, "la sociedad actora se comprometió al máximo económicamente para financiar importaciones, publicidad, promociones y degustaciones, con el fin de obtener la verdadera posición del producto en el mercado del Valle del Cauca".

"Ante los excelentes resultados de los tres últimos meses de 1.981" mi representada se fijó la meta de desarrollar un gigantesco esfuerzo de mercadeo y publicidad en el año de 1.982, que lamentablemente se vieron nuevamente derrumbadas al expedir el gobierno departamental del Valle del Cauca la Ordenanza No. 025 de 2 de Diciembre de 1.981 y el Decreto 0623 de 30 de marzo de 1.982, por medio de los cuales se estableció un nuevo impuesto sobre licores extranjeros, pero disfrazado bajo la forma de "servicio de bodegaje de licores nacionales y extranjeros" a cobrar a los licores introducidos al territorio del Valle del Cauca. Dicho impuesto fue del orden de $160.oo por botella de aguardiente de 750 centímetros cúbicos, lo que significaba un incremento impositivo ilegal del 898.87%, imposible de sufragar rentablemente por los importadores de aguardientes extranjeros,entre ellos la sociedad actora, y que impedía su introducción y comercialización en el Departamento del Valle del Cauca".

"La Ordenanza y el Decreto, ya citados, fueron demandados. Solicitada la Suspensión Provisional, fue despachada favorablemente. "De ese lapso comprendido entre el 1o. de abril de 1.982 y el 6 de julio de 1.983, se excluyen parcialmente los meses de agosto a octubre de 1.982, en los cuales el gobierno del departamento del Valle cumplió la orden de suspensión provisional de la Ordenanza No. 025 de 1.981 de la Asamblea de dicho Departamento y del Decreto 0623 de 30 de marzo de 1.982 de la Gobernación del mismo y como consecuencia se pudo estampillar cajas de Aguardiente Caporal, pagando los impuestos de consumo de licores extranjeros legalmente señalados.....". Luego fué recurrida, ante el Consejo de Estado, la Suspensión Provisional, por el Gobernador, y se siguió cobrando el impuesto originado en la Ordenanza y precisado en el Decreto.

"Las grandes pérdidas económicas de la sociedad actora, ocasionadas en el precitado período del 1o. de abril de 1.982 al 6 de julio de 1.983, incluida la partida de gastos por diferir incurridos en los años de 1.980 a 1.982, parte de los cuales fueron trasladados contablemente a otra sociedad en que tiene aportes los accionistas o socios de "Felipe Garrido Sardi & Cía. Ltda", para mejorar la presentación de Balances, se reflejan en los libros de contabilidad de la sociedad actora...."

"Fundamentos de derecho: Arts. 2, 16, 20, 30, 32, 43, 55, 62, 76 -num. 1, 7 y 13, 191 y 197 -num 3o. de la Constitución Nacional; art. 98-num. 5 del Código de Régimen Municipal, art. 68 del C.C.A. -Expone el concepto de violación.

"El Departamento del Valle del Cauca, por intermedio de apoderada legalmente constituida, impugnó, y al efecto solicitó, previa sustentación "desestimar las pretensiones contenidas en la demanda".

"Para resolver de fondo, por ser procedente, se hacen las siguientes consideraciones previas:

"Ha expuesto el Consejo de Estado:

"La responsabilidad estatal puede resultar comprometida fundamentalmente por sus actos o por sus hechos. Por los primeros, mediante acciones de plena jurisdicción en las que el restablecimiento vine a ser la consecuencia de la nulidad del acto por razones de ilegalidad. Y por segundo, mediante acciones de reparación directa, en las que ese restablecimiento es la consecuencia de unos hechos ilegales o no, lesivos de los derechos subjetivos de una persona o configurativos de un riesgo especial. Hechos que, como es obvio, no permitan una declaración previa de anulación y que imponen la petición indemnizatoria ante la jurisdicción en forma principal y no condicionada.

"Pero la ley y la doctrina hablan también de la operación administrativa como posible productora de perjuicios indemnizables. Estima la Sala que a mi (sic) operación administrativa debe entenderse no como el procedimiento que debe seguirse para la expedición de un acto administrativo definitivo (casos de liquidación de impuestos,declaración de extinción del dominio privado, adquisición de inmuebles para fines de reforma agraria,etc. etc.), sino como equivalente a actos materiales de ejecución de un acto administrativo.

"Basta leer el artículo 68 del CCA....norma que contempla, según la doctrina y la jurisprudencia, la acción de reparación directa por hechos u omisiones de la administración, para concluir que allí reparación indica actos de ejecución y no actos administrativos, porque de serlos, el restablecimiento del derecho lesionado por los mismos no podría ordenarse sino como consecuencia de anulación, con lo que se confundirían las acciones contempladas en los artículos 67 y 68 del Código Administrativo.

"Precisando un poco se observa:

"a) Si la lesión la produce el acto ilegal, la acción es de plena jurisdicción (artículo 67). Su ejecución será siempre ilegal.

"b) Si el perjuicio lo causa la defectuosa ejecución de un acto que se estima legal, la acción será la del artículo 68. Aquí esa ejecución conforma una operación administrativa.

"c) Si el perjuicio se deriva de un hecho legal o ilegal de la administración, incluyendo en éstos las abstenciones u omisiones, constitutivo de una falla del servicio o de un riesgo especial (por quiebra del principio de la igualdad ante las cargas públicas) la acción será igualmente la del artículo 68.

"e) Pero si el perjuicio se hace derivar de la operación administrativa de expedición de un acto administrativo definitivo, no podrá hablarse de una acción de reparación directa o extracontractual, porque las distintas medidas que se cumplieron dentro de ese proceso tuvieron sus propios medios o recursos de impugnación que debió utilizar el afectado en tiempo y porque, el acto final que lo culminó tiene a su turno, las acciones ordinarias o especiales señaladas en las leyes administrativas.

"Ejercidos o no esos derechos (recursos y acciones propios) el interesado no puede a continuación crear, a su arbitrio, una acción indemnizatoria con prescindencia de los mismos, algo similar a lo que sucede frente al acto administrativo perjudicial, el que no admite sino una acción de plena jurisdicción y no una de reparación directa.

"Pero aún aceptando que pudiera en el presente caso ser viable una acción de responsabilidad por falla en el servicio, configurada por irregularidades cometidas durante el trámite de adquisición del predio IGUA, habría que denegar las súplicas de la demanda, no sólo porque no se configura esa falla, sino porque no se acreditó el perjuicio sufrido por el demandante.

"No cree la Sala que pueda conformarse una falla del servicio con efectos indemnizatorios de la interpretación que de las normas que debe aplicar haga la administración. Porque si así fuera, había que concluir que todo error del derecho con incidencia en un acto administrativo o un procedimiento, sería a la vez constitutivo de ilegalidad y alegable en acción de plena jurisdicción y conformador de falla del servicio enjuiciable en acción de reparación directa".- Consejo de Estado.- - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Marzo 17 de 1.983.- Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.* Actor. Guillermo Salas Narváez. Nro. 2725 -ORDINARIO DE INDEMNIZACIONES.- (ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO -1.983- Nums. 477-478. Pags 1191 a 1195). (Subraya el Despacho).

"El Tribunal encuentra, en la cita que antecede, la solución que debe predicarse del caso en estudio. Los actos administrativos proferidos por el Departamento -Ordenanza 009 de nov. 23 de 1.978, Decreto Nro. 2088 de dic. 30 de 1.978, Ordenanza 025 de 2 de diciembre de 1.981, Decreto 0623 de 30 de marzo de 1.982 - por razón de su expedición y aplicación, no dan motivo a la acción intentada-indemnización de perjuicios-.

"Estaba dentro de su derecho la Sociedad "Felipe Garrido Sardi & Cía. Ltda." no solo de pagar los gravámenes o suspender la comercialización del producto, por cuanto consideraba que le resultaba onerosa en los términos de las Ordenanzas y Decretos ya citados, sino también actuar ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de la nulidad de los actos administrativos, como en efecto lo hizo con éxito.

"Al fijar el Departamento del Valle del Cauca, unos gravámenes mediante los procedimientos de Ley (Ordenanza, Decreto) estaba en el ejercicio de una función suya, a la cual, una vez expedidos debía sujetarse la acción de los particulares mientras la jurisdicción contencioso administrativa no declara su nulidad. En el caso en estudio, por tratarse de unos gravámenes sobre la comercialización de licores extranjeros, la firma interesada estaba en libertad para cumplir con las tarifas establecidas, o abstenerse de importar el producto en consideración a que le resultaba gravoso. Es de observar que en la misma demanda se refiere que en una primera etapa, la Sociedad Felipe Garrido Sardi & Cía. Ltda., importa el citado licor, no obstante los gravámenes que se había fijado (diciembre de 1.980), confiada en que, en razón de la demanda (nulidad de los arts. 1o, 2o, 3o, D. 2088/78) "muy pronto se regresaría a la normalidad jurídica". Y así sucedió.

"Contra la Ordenanza Departamental 025 de 2 de diciembre de 1.981, y el Decreto del Gobernador 0623 de marzo 30 de 1.982, que cobraba el "servicio de bodegaje de licores nacionales y extranjeros", la firma Felipe Garrido Sardi & Cía Ltda. también estaba en libertad de acogerse a él o abstenerse de utilizar este servicio suspendiento (sic) las importaciones. Presentada la demanda contra los citados actos administrativos, se obtuvo la suspensión provisional y los meses (agosto a octubre) no se le hicieron efectivos, más sí entre el 1o. de abril y agosto de 1.982 y Noviembre de 1.982 y el 6 de julio de 1.983, por lo cual "tuvo grandes pérdidas". la demanda prosperó y fueron declarados nulos los citados actos administrativos.

"De lo referido resulta fácil concluir que el Departamento del Valle del Cauca actuó con sujeción a procedimientos que le eran propios, como la expedición de los citados actos administrativos, que si posteriormente fueron declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativa, no por ello puede surgir para él, para el departamento, una responsabilidad. El administrado estaba asistido del derecho de demandar los actos administrativos que estimaba no solo contrarios a normas superiores de derecho, sino gravosos a su patrimonio, y en efecto lo ejercitó con éxito. De allí a concluir que la conducta oficial debe ser tomada

como fuente de indemnización, cuando no se le puede encajar dentro de las vías de hecho o la operación administrativa, está por fuera de una exacta valoración jurídica de lo sucedido.

"No comparte el Tribunal el concepto de su colaborador Fiscal, expuesto en el sentido que "la acción instaurada fue equivocada ya que ha debido ejercitarse la acción de plena jurisdicción de que trata el artículo 67 del anterior C.C.A., hoy denominada acción de restablecimiento del derecho (Art. 85 del Decreto 01 de 1.984, enero 2) " y que debe inhibirse de conocer.

"El Tribunal considera que los actos administrativos -Ordenanzas y Decretos Departamentales- en los cuales se hace recaer el motivo de la reclamación, fueron "creadores de situaciones generales, impersonales y abstractas", y no podría -anulación e indemnización- ser acumulables, dada su naturaleza.

"De otra parte, y también como fundamento de esta sentencia, ha de tenerse en cuenta que los actos de la Administración Departamental-Ordenanzas -Decretos-, fueron proferidos para regular situaciones (sic) de carácter general y abstracto -impersonal- y no actos administrativos dirigidos a regular una situación individual y subjetiva, vale decir, la actividad comercial de la Sociedad "FELIPE GARRIDO SARDI & CIA. LTDA".

"En consecuencia,con fundamento en lo expuesto, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, allegado el concepto del señor Fiscal,

"RESUELVE :

"NEGAR LAS PETICIONES DELA DEMANDA.". (Fols. 141 - 148 Cdno 1.).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 159 y siguiente del Cuaderno Nro. 1, aparece el escrito en que el mandatario 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, lo cual hace dentro del siguiente universo:

"II. ASPECTO SUSTANTIVO DEL PROCESO. El aspecto de fondo de la controversia gira en torno a la responsabilidad que le cabe al Departamento del Valle del Cauca, por razón de la expedición de unos actos administrativos de carácter general e impersonal (Ordenanza 025 de 1.981 y decreto 0623 de 1.982), que al crear inconstitucional e ilegalmente un impuesto disfrazado, razón por la cual fueron suspendidos y anulados posteriormente por el Tribu-

nal Administrativo del Valle y el H. Consejo de Estado, imposibilitaron y disminuyeron las actividades mercantiles de la sociedad que represento, relativas a la importación, distribución y venta de aguardiente "Caporal" en el territorio del precitado Departamento, perjuicios que fueron acreditados y evaluados dentro del juicio y cuyo resarcimiento o indemnización se persigue.

"El a-quo denegó las pretensiones de la demanda, con el inaceptable argumento que funda en sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Tercera, inaplicable al caso que nos ocupa, según el cual la expedición y aplicación de los actos administrativos de carácter general indicados anteriormente, no dan "motivo a la acción intentada-indemnización de perjuicios-", porque el Departamento del Valle al fijar el gravamen mediante los procedimientos de ley (Ordenanza Decreto) estaba en el ejercicio de una función suya, a la cual debían sujetarse los particulares mientras no fueran anulados por los jueces competentes, quedando por ello en libertad de pagar las tarifas establecidas o abstenerse de importar los productos si ello les resultaba gravoso.

"Sin perjuicio de profundizar sobre el tema, dentro de la oportunidad legal para presentar el alegato de conclusión, diré que el planteamiento hecho por el a-quo en la sentencia apelada es inadmisible, porque, como bien lo expresara el H. Consejo de Estado, Sala Contenciosa, sección tercera, en sentencia de octubre 28 de 1.976, ponencia del H. Consejero Valencia Arango, juicio del Banco Bananero, uno de los fundamentos de la responsabilidad estatal es la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto administrativo -y la Ordenanza departamental y el decreto de un Gobernador lo es-, causante de perjuicios materiales o morales a los administrados, sin importar que ese acto administrativo sea general o particular.

"Lo que acontece, es que cuando el acto administrativo es particular, individual o concreto, la acción a seguir será la de restablecimiento del derecho - antes denominada de plena jurisdicción-, al paso que cuando se trata de un acto administrativo general, objetivo será la de indemnización de perjuicios promovida una vez que ese acto haya sido anulado, o simultáneamente con la de nulidad que deberá instaurarse por separado, pues por regla general, no es admisible una acción de restablecimiento del derecho contra un acto administrativo general.

"Lo contrario, es decir, sostener - como se hace en el fallo - que no hay lugar a reclamar del Estado indemnización de perjuicios cuando el acto administrativo general que los acusa es ilegal o inconstitucional, y que el particular debe abstenerse de hacer lo que ilegal o inconstitucionalmente se le prohibe, o lo que inconstitucional o ilegalmente le causa un agravio, o que debe soportar esos perjuicios sin derecho a reclamo-causados durante la vigencia del acto inconstitucional o ilegal, es no solo desconocer la responsabilidad estatal fundada en esa inconstitucionalidad o ilegalidad del acto administrativo, sino desconocer que la sentencia dictada en acción de nulidad tiene efecto

retroactivo, es decir, que las cosas vuelven al pasado, y que, en consecuencia, debe producir todos sus efectos.

"Es desconocer, igualmente, que en el derecho moderno desde la expedición por el Consejo de Estado francés del cé (sic) bre arrete de la SOCIETE LA FLEURETTE en el año de 1.938, opinión reiterada en 1.944 en el asunto CACHATEUS ET DESMONT y en 1.968 en el arret BOVERO, se abrió paso la responsabilidad extracontractual del Estado por los perjuicios ocasionados por la Ley, fundada esa responsabilidad en el principio de la "igualdad de los particulares ante las cargas públicas", principio que ha sido acogido por nuestro Consejo de Estado en varias sentencias, para fundar la responsabilidad del Estado en los casos en que no hay falta o culpa del servicio que sirva de sirva (sic) de fundamento a la obligación de responder e indemnizar, como aconteció en los fallos relacionados con el delincuente Efraín González y los daños ocasionados a terratenientes en la región del Pato en el Huila, que fuera declarada zona de guerra para combatir la actividad guerrillera hace algunos años.

"Sería a todas luces contrario a los principios de justicia y equidad, que un administrado tuviera que soportar los perjuicios ocasionados por una norma general inconstitucional o ilegal que rigió desde el momento de su expedición, hasta el día en que se da cumplimiento a la decisión judicial que la anula o suspende provisionalmente, como se pretende, sin decirlo expresamente, el juez de primera instancia.

"Estas consideraciones, que más adelante ampliaré, son las que llevan a la parte que represento, a impugnar la sentencia del a-quo para que se revoque en todas sus partes, y en su lugar se dicte sentencia que acoja las pretensiones de la demanda.".

III. VISTA FISCAL

El Fiscal Octavo de la Corporación, Dr. JAIME MOSSOS GUARNIZO, en su concepto de fondo, *OBSERVA:*

"Esta Agencia del Ministerio Público no está de acuerdo con el fallo proferido en este proceso.

"En primer lugar, es preciso tomar en cuenta que los hechos que dieron origen al presente proceso tuvieron lugar en vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior, o sea, la Ley 167 de 1.941.

"En el caso presente el actor hace uso de la acción indemnizatoria contemplada en el artículo 68 de la Ley 167 de 1.941.

"Si se interpreta la norma mencionada en un sentido literal, dicha acción solo es procedente cuando el restablecimiento del derecho ha tenido como causa un hecho administrativo o una operación administrativa, pero no cuando ha sido un acto administrativo. Pero considera la Fiscalía que si un acto administrativo de carácter general, abstracto, impersonal ha causado perjuicios a un administrado y tal acto es inconstitucional o ilegal en forma ostensible el afectado puede hacer uso de ella, una vez haya obtenido la nulidad del acto o de los actos respectivos.

"En efecto, la acción de nulidad procede contra los actos generales, abstractos, impersonales y mediante ella tan solo se busca la nulidad del acto administrativo, es decir, que el acto desaparezca de la vida jurídica y nada más.

"La acción de plena jurisdicción establecida en el artículo 67 del anterior Código procede contra los actos administrativos de carácter particular y mediante ella el perjudicado debe pedir en el libelo la declaratoria de nulidad del acto y el restablecimiento del derecho.

"Pero hay actos administrativos generales que pueden causar perjuicios aun gobernado o a varios, y en este caso, considera la Fiscalía que el agraviado, una vez haya obtenido la nulidad del acto o actos de la justicia administrativa, puede iniciar la acción indemnizatoria de que trata el artículo 68 del Código anterior si considera que tal acto o actos le han causado perjuicios.

"De tal manera que en el caso de autos la actora instauró la acción que era procedente, porque de lo contrario no podría buscar la indemnización correspondiente del Estado.

"Se instauró acción de nulidad contra los artículos 1o., 2o., y 3o. del Decreto 2088 de 30 de Diciembre de 1.978 expedido por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca y el Tribunal Administrativo mediante sentencia de 12 de Diciembre de 1.980 que fue confirmada por el H. Consejo de Estado mediante fallo de 24 de Septiembre de 1.982 declaró la nulidad de tales normas. Consideró el Consejo de Estado que "las normas legales que ordenan el impuesto sobre licores y vinos extranjeros le dan a este gravamen el carácter de impuesto nacional. Siendo tal la naturaleza de este tributo no puede ni la Asamblea Departamental, ni el Gobernador por delegación de esta notificar las bases del tributo".

"Por medio de la ordenanza 25 de 2 de Diciembre de 1.981 de la Asamblea del Valle del Cauca y del Decreto 0623 del 30 de Marzo de 1.982 de la Gobernación de dicho Departamento se estableció cobro del servicio de bodegaje de licores y de vinos nacionales y extranjeros que fueren introducidos al Departamento citado destinados al consumo y el Tribunal Administrativo de aquella sección del país declaró la nulidad de tales disposiciones por estimar que era

un impuesto de carácter nacional, por lo cual tales actos estaban afectados de nulidad porque invadían esferas de competencia del Congreso de la República.

"Indudablemente se causó un perjuicio a la actora al establecerse ese impuesto sobre los vinos y licores extranjeros porque ello le impidió desarrollar a cabalidad las actividades propias en la distribución y venta del aguardiente Caporal. Tal gravamen fue establecido en abierta pugna con normas constitucionales y legales conforme se analizó en las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo y por el Consejo de Estado.

"Por consiguiente, estima esta Fiscalía que las pretensiones de la demanda deben prosperar y por lo tanto, solicita que la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca sea revocada para que en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda". (fls. 172-174 Cdno 1.).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del proceso quedaron debidamente acreditadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que la COMPAÑIA INTERNACIONAL DE LICORES S.A. -CILSA- y la Empresa FELIPE GARRIDO SARDI & CIA. LTDA., celebraron, el día diez (10) de septiembre de mil novecientos ochenta (1.980), el contrato que obra a folios seis (6) y siguientes del Cuaderno Nro. 1, en virtud del cual ésta última sociedad se obligó para con la primera a distribuir, en forma exclusiva, y por el término de tres (3) años, los productos para el mercado colombiano producidos por aquélla;

SEGUNDA: Que por sentencia calendada el día doce (12) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1.984), originada del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se declararon nulos "...los artículos 1o, 2o, 3o, 4o, 5o, 6o y 7o de la Ordenanza No. 025 de diciembre 2 de 1.981, expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca..... y el Decreto 0623 de marzo treinta (30) de mil novecientos ochenta y dos (1.982) proferido por el señor Gobernador del citado departamento, por medio del cual se estableció el cobro del servicio de bodegaje.

TERCERA: Que según se lee en el fallo a que se hizo referencia en el aparte anterior, el Consejo de Estado, en auto de ".....mayo 27 de 1.983, confirmó la providencia....." proferida por el a-quo el 28 de junio de 1.982, en virtud de la cual se ".....accedió a la suspensión provisional de los actos atacados.....", por las razones que se precisan en el referido proveído;

CUARTA: Que según constancia expedida por el Jefe de la Unidad de Rentas de la Secretaría de Hacienda Departamental del Valle, el día 27 de agosto de 1.982 se

ordenó la suspensión del cobro del servicio de bodegaje ordenándose nuevamente su cobro el día 28 de octubre de ese mismo año, el cual se continuó haciendo hasta el 6 de julio de 1.983, fecha en que entró a regir la Ley 14 de 6 de julio de 1.983.

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del que valorará y apreciará la Sala a lo largo de éste proveído, se procede a desatar el presente conflicto de intereses.

La parte actora aspira a que se condene al centro de imputación jurídica demandado por los perjuicios que afirma se le causaron con la expedición de la Ordenanza No. 025 de 2 de diciembre de 1.981 y el Decreto No. 0623 de 30 de marzo de 1.982, legislación a través de la cual se puso en marcha al cobro del servicio de bodegaje, normatividad que en su momento fue suspendida provisionalmente por el a-quo, mereciendo la confirmación del ad-quem. Esta perspectiva jurídica se reitera en el alegato de conclusión, donde se destaca la filosofía de la responsabilidad extracontractual del Estado. "...POR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA LEY, fundada esa responsabilidad en el principio de la "igualdad de los particulares ante las cargas públicas". En esa misma pieza se anota que la citada normatividad imposibilitó y disminuyó la actividad mercantil de la sociedad demandante, ".....relativas a la importación, distribución y venta de aguardiente "Caporal", "en el territorio del Departamento del Valle, los cuales fueron acreditados y avaluados a través de la prueba pericial. En este particular la Sala recuerda que, en puridad de verdad, ésta prueba se decretó y practicó, habiendo fijado los auxiliares de la justicia el monto de los DAÑOS Y PERJUICIOS en la suma de OCHENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS ($84'528.244.oo) (C 2, fol. 1 y siguientes).

C) Estudiado el presente conflicto de intereses a la luz de la ley el Derecho, el ad-quem encuentra que el fallo de primera instancia debe ser confirmado, pues aunque en los tiempos que corren crece el interés en el estudio de los daños que pueden derivarse del Estado-Legislador, como lo recordaba muy bien el profesor LORENZO MARTIN RETORTILLO BAQUER, en la conferencia pronunciada en el seminario "Responsabilidad de la Administración Pública", organizado por la Universidad Externado de Colombia, en agosto de 1.986, es lo cierto que el presente caso no tiene el universo necesario que permita crear jurisprudencia sobre tan importante materia. Es verdad que el Consejo de Estado Francés en ciertas hipótesis excepcionales ha admitido la responsabilidad por el hecho de la ley, como ocurrió en el caso citado por el Profesor Rivero (ley 14 de enero de 1.983), Sté desproduits laitiers "La Fleurette" Gr. Ar. p 244), pero ello ocurrió dentro del marco conceptual, que él destaca en su obra, así:

> "a) La solución reposa en la INTEPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: el juez deduce, de su silencio, teniendo en cuenta las circunstancias, un consentimiento a la indemnización".
>
> "b) La responsabilidad se basa en el principio de la igualdad de todos ante las

cargas públicas: la ley impone, un pequeño número de particulares, identificables a pesar de la generalidad de los términos empleados, un perjuicio especial, en interés general. En el caso La Fleurette, la ley, en un conjunto de medidas destinadas a proteger la producción lechera amenazada por una caída de precios, prohibió la fabricación de productos susceptibles de reemplazar la leche para ciertos usos, lo cual no alcanzaba de hecho sino a un número reducido de empresas".

"c) El interés general en nombre de cual el sacrificio es impuesto se confunde con el interés colectivo de una categoría social o económica (en la sentencia La Fleurette, los productores de leche): Se acuerda una ventaja a unos imponiendo una carga a otros. Si la medida adoptada beneficia al conjunto de la colectividad, el juez duda, en principio, en indemnizar".

"d) Finalmente, la actividad sacrificada no debe ser ni ilícita, ni inmoral,ni peligrosa para la colectividad".

"Esta jurisprudencia, muy notable en teoría, no tuvo durante mucho tiempo sino un alcance práctico muy limitado: no recibió, después de la sentencia La Fleurette, sino una sola aplicación (C.E., 21 de enero de 1.944, Caucheteux et Desmont, Rec., p. 22). Luego el Consejo de Estado reafirmó el principio (1o. de diciembre de 1.961, Lacombe, D., 1.962, p. 89): lo aplicó en beneficio de un propietario que, habiendo obtenido un fallo de expulsión contra un inquilino cuyo hijo servía en Argelia, no había podido obtener la ejecución, por haber prohibido el legislador en ese tiempo tales expulsiones, imponiendo así a los propietarios cuyos inquilinos o miembros de su familia habían sido movilizados a Argelia, una carga especial, grave y excepcional (25 de enero de 1.963, Bovero, JCP, 1.963, No. 13.326,y la nota del decano Vedel). Algunos han visto en esta decisión, una ampliación de la jurisprudencia anterior, y una admisión más franca de la responsabilidad del legislador. Pero la cuestión, desde entonces,no se ha planteado de nuevo al juez, lo que no permite confirmar esta interpretación optimista".

"Las soluciones que se acaban de analizar han sido recientemente trasladadas de la ley al tratado internacional: el Estado ha sido condenado a indemnizar a la víctima por un perjuicio grave y especial debido a una convención internacional (C.E.,30 de marzo de 1.966, p. 381; 29 de octubre de 1.976, Burgat, A.J., 1.977, p. 56).".

En el sub-lite la intepretación de la voluntad del legislador no permite inferir que éste, teniendo en cuenta las circunstancias, tuviera la decisión de que se indemniza a los posibles damnificados con los efectos jurídicos producidos por la Ordenanza No. 025 de 2 de diciembre de 1.981 y el Decreto 0623 de 30 de marzo de 1.982. Por lo demás, no se aprecia cuál podría ser el interés general de la comunidad en que se incrementara la oferta de licores en el departamento. Por el contrario, la conciencia ciudadana suele quejarse del estado cantinero, que nada hace para frenar

la producción, distribución y consumo de bebidas embriagantes. Por ello, en el caso en comento, bien puede concluirse que la normatividad, que a la postre resultó violatoria de la Constitución y la Ley, beneficiaba a el conjunto de la colectividad, por razones que no es necesario enumerar, pues fluyen con fuerza de convicción.

Los casos citados por Rivero, en que la jurisprudencia francesa ha aceptado excepcionalmente la responsabilidad por el hecho de las leyes, permiten concluir que, dentro de circunstancias distintas a las que se recogen dentro del presente proceso, bien podría abrirse paso, por la vía jurisprudencial, este nuevo frente de responsabilidad del estado legislador.

D) Para darle fuerza de convicción al proveído, La Sala desea destacar la filosofía que Georges Vedel expone en su Obra Derecho Administrativo como obstáculo para que la responsabilidad derivada de las leyes sea de recibo, a saber:

> "En primer lugar, hay que excluir totalmente la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado legislador, porque, por definición, en tal sistema, la ley no puede incurrir en falta, puesto que la norma jurídica se halla al margen de toda crítica, directa o indirecta".
>
> "Solo quedan, pues, como fundamentos posibles de la responsabilidad del Estado-legislador, el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas. Pero, incluso en este terreno la responsabilidad del legislador tiene otro rasgo irreduciblemente específico: en principio, corresponde al propio legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; solo podrá, pues, concederse la reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento del legislador. Si este niega expresa o tácitamente todo derecho a reparación, el juez, obligado por la supremacía de la ley, debe inclinarse".
>
> "Es, pues, un error ver en la responsabilidad derivada de las leyes un supuesto más de responsabilidad del Estado entre otros. SE trata de un régimen jurídico que se diferencia radicalmente, a pesar de algunas similitudes técnicas, del que preside la reparación de los daños causados por la acción administrativa del Estado. En primer lugar, la actividad dañosa (la ley) queda fuera de toda crítica y no pueden alegarse contra ella ni la falta ni la violación del Derecho. Además, el autor del daño (el legislador) decide él mismo, expresa o tácitamente, si el daño debe o no ser reparado, y el juez, que no se hallaría vinculado por tal decisión si hubiese sido adoptada por una autoridad administrativa, está irrevocablemente vinculado por esta decisión del legislador".
>
> "Es decir, que la expresión "responsabilidad derivada de las leyes" tiene un sentido original; habría que hablar preferiblemente de un régimen de reparación aceptado por el legislador.". (Subrayas de la Sala). (Biblioteca Aguilar, pag. 341)".

La Sala reitera, pues, que dentro de la filosofía jurídica que se deja expuesta, es posible que, en una situación bien distinta a la que se registra en el presente proceso, se abra paso un régimen de responsabilidad,que dé lugar a la indemnización de perjuicios por la actividad del Estado-Legislador, pero dentro del temperamento que se deja estudiado.

Los razones que se dejan expuestas son suficientes para confirmar la decisión del a-quo, aunque con las precisiones conceptuales que se recogen en el presente proveído.

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 del Valle del Cauca, el día doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1.987), dentro del proceso del rubro, por las razones que se recogen en los considerandos de este fallo;

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; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DE SERVICIO DE ADUANAS/ VIA DE HECHO

Se dedujo una falla del servicio, consistente en el ejercicio de atribuciones conferidas a la Aduana Nacional por una disposición aún no vigente, configurándose una vía de hecho que puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., diez y ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.*

Referencia: Expediente No. 5836. Actor: Luis Francisco Peña. Consulta.

Procede la Sala a decidir el grado de consulta con respecto a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, con fecha 21 de abril de 1989, mediante la cual dicha Corporación decidió:

"1°.- DECLARASE que la NACION -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- es administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados al señor LUIS FRANCISCO PEÑA en hechos cuyas circunstancias de tiempo, modo y lugar fueron precisados en la parte motiva de este proveído".

"2°.- CONDENASE a la NACION -Ministerio de Hacienda y Crédito Público al pago de la cantidad de $4'339.200.oo a favor del señor LUIS FRANCISCO PEÑA identificado con C.C. No. 2'078.926 expedida en Charalá, por concepto de los perjuicios materiales determinados en el proceso y debidamente demostrados en la parte motiva de esta providencia".

"3°.- La suma de dinero a que se refiere el numeral que antecede causará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de ahí en adelante intereses moratorios (Art. 177 C.C.A.)".

"4°.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda".

"5°.- La NACION -Ministerio de Hacienda y Crédito Público-dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro de los términos señalados en el art. 176 del C.C.A.".

"6°.- En caso de no ser apelada esta providencia, consúltese con el superior". (fols. 114 y 115 C. 1)".

La acción correspondiente había sido iniciada por el actor con fecha 30 de julio de 1987, y en ella se había solicitado:

"PETICIONES.

"1.- Que se declare responsable a la Nación representada por el Ministerio de Hacienda, por los perjuicios ocasionados por la retención ilegal del vehículo, tipo tractomula, de placas XV-0764, marca Kenworth, de propiedad de mi mandante señor LUIS FRANCISCO PEÑA, retención que ocurrió el día 2 de Julio de 1.986, en el reten de Curumaní (Cesar), por los señores guardas de la Aduana Nacional".

"2.- Que se condene a la Nación a indemnizar el daño causado con ocasión de la retención ilegal de vehículo de placas XV-0764, de propiedad de mi mandante y a pagar los perjuicios materiales causados así:

"2.1. Por LUCRO CESANTE, la suma de SEIS MILLONES TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS, ($6'033.334.oo)".

"2.2. Por DAÑO EMERGENTE, la suma de NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS, ($963.655.oo)".

"Que se condene a la Nación al pago de reajuste a que haya lugar por razón de la corrección monetaria e intereses conforme a las cifras que certifique la Superintendencia Bancaria".

"3.- Así mismo, solicito se condene a la Nación al pago de los perjuicios morales en suma de 200 gramos oro a favor de mi mandante señor LUIS FRANCISCO PEÑA".

Como fundamento de las peticiones, el demandante relató los siguientes hechos:

"1.- El día dos (2) de julio de 1986, alrededor de las tres (3) de la tarde en el reten de Curumaní (Cesar), el personal del resguardo de la Aduana que allí funciona, al servicio de la Nación, efectuó la retención del vehículo de placas XV-0 764, tipo tractomula, marca Kenworth, cargada con 35 toneladas de arroz y que iba conducida por el señor JORGE ELIECER DONCEL".

"2.- El motivo de la Retención del vehículo ya descrito y su carga, (arroz), según versiones de los señores guardas de la Aduana, consistió en la falta de una guía de movilización, expedida por el ICA, para el transporte del arroz; requisito exigido por la resolución No. 223 del 6 de junio de 1986, emanada del Ministerio de Agricultura".

"3.- Una vez efectuada la retención sin ser oido el conductor o el propietario del automotor mencionado, el mismo fue traslado hasta el FONDO ROTATORIO DE LA ADUANA EN BUCARAMANGA, (Santander), en donde permaneció hasta la fecha de su entrega, el día 19 de diciembre de 1986, de igual forma la carga (arroz) fue llevada a los depósitos del IDEMA EN BUCARAMANGA (Santander).

"4.- Presumiendo las autoridades aduaneras que la mercancía (arroz) y el vehículo que la transportaba eran de contrabando, puso el automotor de placas XV-0764 y su carga a ordenes del Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Santa Marta (Magdalena); en donde se iniciaron las respectivas investigaciones y se dio trámite a las diligencias preliminares para determinar el presunto contrabando".

"5.- La práctica de las pruebas se realizaron en la ciudad de Bucaramanga (Santander), lugar en donde se encontraban retenidos tanto el vehículo como su carga, por el juzgado Segundo de Instrucción Peñal (sic) Aduanero de Bucaramanga, comisionados para el efecto; una vez concluido el trámite normal y dispendioso de las diligencias previas el Juez del Conocimiento (Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Santa Marta) profirió Auto inhibitorio, estableciendo que tanto el vehículo de placas XV-0764, como su carga (arroz) cumplían todos los requisitos exigidos por la ley y no se les podía considerar como de contrabando, en consecuencia no haciéndose necesario abrir investigación alguna al respecto, se ordenó la entrega del vehículo y su mercancía a sus respectivo propietarios".

"6.- La providencia dictada fue elevada al grado de Consulta ante el Tribunal Superior de Aduanas en Bogotá, quien después del procedimiento respectivo, confirmó en todas sus partes el fallo dado por el inferior, ordenando una vez más la entrega del vehículo y la mercancía, considerando que el hecho que dio origen a la retención no era constitutivo de infracción a las normas penales aduaneras,cual era la falta de la guía de movilización, de manera que ni siquiera se estaba cuestionando la procedencia del vehículo y la mercancía, pero, de haber sido así, las pruebas aportadas al proceso demostraban que el arroz era

de producción nacional y el automotor debidamente nacionalizado, matriculado y sus originales de fabrica plenamente identificados".

"7.- De acuerdo a lo anterior, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero, el 18 de diciembre de 1986, expidió las ordenes de entrega del vehículo y su mercancía a sus respectivos propietarios, y efectivamente el Fondo Rotatorio de Bucaramanga, hizo la entrega del vehículo retenido el día 19 de diciembre de 1986". (fols. 13 y 14 C. 1)."

Surtido el procedimiento correspondiente ante esta Corporación, sin que ninguna de las partes hiciese uso del termino conferido para presentar alegatos por escrito, se dio traslado al Sr. Agente del Ministerio Público para su concepto de fondo, quien solicita se confirme la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, salvo en lo referente a los perjuicios materiales, para los cuales afirma:

"En relación con los perjuicios, la sentencia acogió el dictamen pericial. Este despacho observa, que dicho dictamen fija por concepto de honorarios de abogado para realizar la gestión ante el juzgado penal de aduana, la suma de trescientos mil pesos (300.oo), (sic) lo que carece de respaldo probatorio y por lo mismo no es posible acceder a esta petición.". (fol. 126 C. 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, la decisión del Tribunal Administrativo de Santander habrá de confirmarse, por cuanto se sustenta en un juicioso estudio del material probatorio y en un análisis adecuado de las circunstancias en que ocurrieron los hechos materia de la litis. En efecto, se produjo una falla de servicio, consistente en el ejercicio de atribuciones conferidas a la Aduana Nacional por una disposición aún no vigente, configurándose una vía de hecho que puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la administración. Existió un daño, consistente en la imposibilidad temporal de explotar comercialmente el vehículo retenido, así como en la necesidad de reparar los desperfectos que el mismo sufrió como consecuencia de la inmovilización, y de sufragar los gastos que ocasionaron las gestiones administrativas y judiciales correspondientes y, por último, se dio claramente la relación de causalidad entre una y otro, pues es indudable que el origen del daño fue la retención ilegal de vehículo y carga, configurándose así los tres elementos requeridos para la declaratoria de responsabilidad administrativa.

Por tratarse de algo fundamental en el análisis y decisión del caso presente, considera la Sala necesario llamar la atención sobre el descuido y la ligereza con que las entidades gubernamentales involucradas manejaron la función administrativa que la ley les había confiado, pues es claro que la expedición de una disposición de contenido general,cual fue la Resolución 223 de 1986 del Ministerio de Agricultura, cuyo contenido ciertamente habría de afectar la actividad comercial de un sector

importante de la economía, ha debido ser publicada oportunamente para garantizar su vigencia y para que ella pudiese generar los efectos que la administración quiso que tuviese. En ese sentido, es tan reprochable la actitud de quienes procedieron de hecho a aplicar tal disposición sin cerciorarse de su vigencia, como la de quienes la expidieron con unos claros propósitos de interés público, pero que nunca velaron por su publicación y, por consiguiente por su ingreso en forma al ordenamiento jurídico. Ello implica una actitud alejada de las responsabilidades sociales que a las entidades públicas incumbía, pues las formas y procedimientos consagrados en la Constitución y la ley para la expedición de normas jurídicas son parte fundamental de las garantías ciudadanas en aquellos casos en que sus derechos y obligaciones son modificados en cualquier sentido.

Por último, considera la Sala que no puede estar de acuerdo con lo dicho por su colaboradora fiscal, en el sentido de recomendar la no aceptación de lo reconocido a título de perjuicios en lo atinente a honorarios de abogado por las gestiones ante los juzgados aduaneros, por cuanto obra en el expediente dictamen pericial (fols. 80 y 81) que estima el valor de tales honorarios en la suma de $300.000.oo basándose para ello en "las características generales de esa clase de actuaciones judiciales, la relativa celeridad y la gestión presumiblemente seria y responsable del togado (sic)". Tal cifra es inferior a la originalmente solicitada por el demandante, no fue controvertida en momento alguno por la entidad demandada, y se ajusta a parámetros razonables para gestiones judiciales de la cuantía y duración que tuvo que adelantar el demandante.

En mérito de 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 :

Confírmase en su integridad la sentencia de 21 de abril de 1989 del Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se declaro administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por los perjuicios ocasionados al señor Luis Francisco Peña a raíz de los hechos ocurridos el día 2 de julio de 1986, en el retén de Curumaní, Departamento del Cesar.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 18 de octubre de 1990.

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

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONFLICTO DE JURISDICCION- Improcedencia/ TRIBUNAL DISCIPLINARIO/ COMPETENCIA

En el presente caso no llegó a configurarse el conflicto, porque el Tribunal al afirmar su incompetencia, estaba corroborando la competencia del juez ordinario; no le estaba disputando su competencia. Por eso mismo no podía decir que dirimía un conflicto porque éste aún no se había presentado y porque sólo dirime los conflictos de jurisdicción el Tribunal Disciplinario. Por lo demás, la decisión será inhibitoria porque el proveído dictado por el a quo no es apelable, aplicando por analogía lo que dispone el inciso 2 del artículo 216 del C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., octubre diez y nueve (19) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo,*

Referencia: Expediente No. 6132. Actor: Electrificadora de la Guajira S.A.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 20 de febrero de 1990, mediante el cual el tribunal administrativo de la Guajira dispuso:

"Declarar que el conocimiento de este proceso no le corresponde, por pertenecer a la jurisdicción ordinaria; por tanto, el juzgado único Civil del Circuito de Riohacha seguirá conociendo de él".

"En los anteriores términos se dirime el conflicto de jurisdicción planteado. Comuníquese lo resuelto al juzgado de conocimiento".

La parte procedente del conflicto descontenta con la decisión la recurrió. En su escrito de sustentación sostuvo:

"Lógicamente en otras palabras está reclamando una reparación directa, y por parte de la Empresa al estar ejerciendo la prestación de un servicio público cumple una función administrativa que corresponde al derecho público o a la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

"El artículo 82 del C.C.A. subrogado por el D.E. 2304 de 1989 artículo 12 contempla: "La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley".

"Dado que la función que cumple la Empresa con el suministro de energía es una función administrativa como lo he expuesto en los argumentos anteriores considero que mi pretensión encaja perfectamente en los lineamientos del citado artículo".

"En providencia de fecha 19 de febrero de 1980 el Consejo de Estado. Consejero Ponente doctor Alfonso Arango Henao, expediente numero 2753 se dijo: En conclusión puede afirmarse que cuando las Empresas industriales y Comerciales del Estado desarrollan actividades comerciales o industriales se colocan dentro del ámbito del Derecho Privado y que, cuando su actividad consiste en la prestación de un servicio público, se colocan bajo la tutela del Derecho Público. Sin embargo, en lo referente a la administración, control y régimen del personal directivo, siempre se consideran gobernados por el régimen especial del Derecho Público que los mencionados estatutos prescriben".

"Es cierto que los artículos 12 y 16 literal 1° del C. de P.C. contemplan lo siguiente: El primero de los mencionados" "Corresponde a la jurisdicción Civil todo asunto que no esté atribuido por ley a otras jurisdicciones".

"Artículo 16. Los jueces del Circuito conocen en primera instancia de los siguientes procesos: 1. De los contenciosos en que sea parte la Nación, un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial de alguna de las anteriores entidades, o una sociedad de economía mixta, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso-administrativa".

"Considero que el caso que nos ocupa no está comprendido en estas normas, cuya competencia se adscribe a la justicia ordinaria, pues insisto corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al Tribunal Contencioso Administrativo del departamento de la Guajira concreta y específicamente".

"Realmente se persigue que se repare un daño, y los artículos 131 y 132 de C.C.A. subrogados respectivamente por el D.E. 597 de 1988 artículo 2°,

contempla en el numeral 10 el caso de la competencia para conocer de la reparación directa. En estos artículos se establece la competencia de los Tribunales Administrativos en única y primera instancia y allí están comprendidas las entidades descentralizadas".

La Sala estima que el asunto amerita ciertas precisiones, porque ciertamente se presenta un desfase en la decisión apelada. Para ello, se anota:

Muestran los autos los primeros pasos de un conflicto de jurisdicción entre la ordinaria y lo contencioso administrativa; conflicto que en todos los eventos no podrá ser dirimido sino por el Tribunal Disciplinario, tal como lo dan a entender los artículos 217 de la Constitución y el 216 del C.C.A.

Se habla de los "primeros pasos" porque en el evento estudiado no se dio el conflicto; ya que éste sólo se presenta cuando dos organismos jurisdiccionales, pertenecientes a las jurisdicciones aludidas, manifiesten ser incompetentes o los dos afirmen su competencia; dándose así, en el primer evento, el conflicto negativo y en el segundo, el positivo.

De acuerdo con el artículo 216 de C.C.A. los conflictos de jurisdicción entre la ordinaria y la contencioso administrativa presentan estas características:

a) No podrán suscitarse de oficio, o sea que tendrá que mediar siempre petición de parte interesada.

b) El conflicto deberá proponerse por dicha parte, bien ante el juez que esté conociendo del asunto o bien ante el que estime competente. En primer evento, podrá éste reafirmar su competencia o declarar que no la tiene. Si la reafirma, una vez en firme el proveído, continuará el trámite del proceso. Si declara su incompetencia enviará el proceso al juez de otra jurisdicción que estime competente. Si éste considera que tampoco es competente, deberá enviar el expediente al Tribunal Disciplinario para que dirima el conflicto. Como se ve, en este caso el conflicto será negativo, porque ambos jueces se declaran incompetentes.

En el segundo evento (petición dirigida no al juez que está conociendo del asunto sino al que estime competente el interesado) las cosas se presentarán así: Si el juez que recibe la petición considera ser el competente, le solicitará al que está conociendo del asunto el envío del expediente. Si este último insiste en su competencia, así se lo comunicará al primero y enviará la actuación al Tribunal Disciplinario para que decida el conflicto. En esta última hipótesis el conflicto será positivo porque ambos jueces afirman su competencia. Sobra agregar que si el juez que recibe la petición inicial considera que no es competente, no pasará nada y el juez que venía conociendo del asunto seguirá su trámite.

Pues bien; esto último fue lo que realmente sucedió aquí. No llegó a configurarse el conflicto, porque el Tribunal al afirmar su incompetencia, estaba corroborando

la competencia del juez ordinario; en otras palabras, no le estaba disputando su competencia. Por eso mismo no podía decir que dirimía un conflicto porque este aún no se había presentado y porque solo dirime los conflictos de jurisdicción el Tribunal Disciplinario.

Pero, por lo demás, la decisión será inhibitoria porque el proveído dictado por el a-quo no es apelable, aplicando por analogía lo que dispone el inciso 2° del artículo 216 del C.C.A.

Se observa sí que tiene la razón el tribunal cuando afirma no tener jurisdicción para conocer del asunto planteado, por ser la persona demandada una compañía industrial o comercial del Estado y toco con su actividad industrial o comercial.

Finalmente, y a título de doctrina sobre el punto estudiado, la Sala observa:

La norma explicada (el artículo 216 del C.C.A.) contempla solo dos hipótesis, con un supuesto común: tanto en el conflicto negativo como en el positivo ya existe un juez que está conociendo del asunto.

Pero, que sucederá, entonces, cuando A se dirige a la jurisdicción ordinaria y ésta inadmite la demanda alegando falta de jurisdicción por ser el asunto del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; y luego se dirige a esta jurisdicción y ésta también manifiesta incompetencia por ser de la ordinaria?

Para la Sala esta hipótesis también debe permitir la intervención del Tribunal Disciplinario, mediante petición de parte se entiende, para que dirima el conflicto y señale quién es el competente. No tendría sentido que cuando las dos jurisdicciones manifiestan su incompetencia, el asunto se quede sin juez posible y por ende, sin solución.

Por lo expuesto, LA SALA RESUELVE:

Declárase inhibido para conocer el recurso de apelación contra el auto de 20 de febrero de 1990, mediante el cual el TribunalAdministrativo de la Guajira dice dirimir un conflicto de jurisdicción.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 18 de octubre de 1990.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO DE CONSULTORIA- Valor/ **CONCURSO DE MERITOS**

Solamente cuando no existían tarifas fijadas por las asociaciones de profesionales que sean cuerpo consultivo del Gobierno, que sean aplicables al caso, podrán las futuras partes negociar el valor del contrato, según los criterios establecidos legalmente. Ello no obsta para que en un concurso de méritos se pueda exigir a los proponentes presentar una propuesta económica, ni implica que ésta no sea susceptible de negociación si no existen las tarifas mencionadas o si, existiendo, el proponente se aparta de ellas. Lo que no puede hacer la entidad contratante es negociar con el proponente que ha resultado favorecido técnicamente, quien además ha ajustado su propuesta económica a las tarifas que fije la asociación profesional correspondiente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. Diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla,*

Referencia: Expediente No.5088 (216). Actor: Claudia Amarillo Forero.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la ciudadana Claudia Amarillo solicita a esta Corporación se declre la Nulidad de los artículos 29, inciso primero, y 31 del Decreto 1522 de 1983, por el cual se reglamenta el Decreto 222 de 1983.

Las normas acusadas disponen:

"*ARTICULO 29*: Presentación y Manejo de Propuestas.

"Los proponentes presentarán en sobres separados y lacrados la propuesta téc-

nica y la propuesta económica indicando claramente en cada uno de ellos el tipo de propuesta que contiene".

"...

"*ARTICULO 31*: Determinación del Valor del Contrato.

"Para la determinación del valor del contrato, el jefe de la entidad procederá a abrir, en presencia del proponente, la propuesta económica correspondiente a la propuesta técnica seleccionada e iniciará la negociación económica. En caso de no llegarse a un acuerdo, se continuará la negociación siguiendo el orden de elegibilidad establecido en el concurso. En todo caso de desacuerdo en cuanto al valor del contrato, se dejará constancia de ello mediante acta que suscribirán las partes intervinientes".

Por tratarse de una breve y precisa presentación, la Sala a continuación transcribe la norma supuestamente violada y el concepto de violación:

"NORMA VIOLADA

"Artículo 39 del Decreto 222 de 1983, inciso primero.

"Los contratos de consultoría de cuantía igual o superior a CINCO MILLONES DE PESOS ($5'000.000.00), deberán adjudicarse mediante concurso de méritos. Este consistiría en la invitación pública o privada, según lo determine el reglamento, para formular propuestas y deberá ser adjudicado al proponente inscrito que demuestre estar mejor calificado, ponderando además su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios".

"CONCEPTO DE LA VIOLACION

"El Decreto 222 de 1983, en su artículo 39, trata el tema relativo al concurso de méritos. Concretamente este artículo señala que el concurso de méritos `consistirá en la invitación pública o privada, según lo determine el reglamento, para formular propuestas y deberá ser adjudicado al proponente inscrito que demuestre estar mejor calificado, ponderando además su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios".

"Se aprecia claramente que esta norma establece que, si el proponente inscrito demuestra cumplir con determinados requisitos, la adjudicación deberá hacerse a éste. Y lo que este artículo exige al proponente es demostrar que está mejor calificado, ponderando su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate".

"Siendo estos los requisitos que establece el Decreto 222 de 1983, no sería dable esperar que una norma de inferior jerarquía, en este caso el Decreto Reglamentario 1522 de 1983 en sus artículos 29 inciso primero, y 31, contrariara en forma tan clara las disposiciones sobre el concurso de méritos".

"El enfrentamiento entre las normas que se comentan radica en que el Decreto 1522 de 1983, al reglamentar lo relativo al concurso de méritos, exige un nuevo requisito que no había sido previsto en el Decreto 222 de 1983".

"En efecto, el artículo 29 inciso primero del Decreto 1522 de 1983, al exigir al proponente la presentación de una propuesta económica, está excediendo el alcance del artículo 39 del Decreto 222 de 1983, pues, como se dijo antes, este artículo establece unos requisitos específicos, entre los cuales no figura el de presentar una propuesta económica".

"En el artículo 31 esta infracción resulta más ostensible, puesto que éste artículo que, después de seleccionarse una propuesta técnica, se procede a abrir la propuesta económica y se inicia la negociación. Señala, además, que en caso de no llegarse a un acuerdo, se continuará la negociación económica siguiendo el orden de elegibilidad establecido en el concurso".

"Es decir que, de acuerdo con estas normas, es el aspecto económico el que va a definir en últimas, los resultados del concurso de méritos; lo que es manifiestamente contrario al sentido del artículo 39 del Decreto 222 de 1983".

"Es evidente, la necesidad de establecer mecanismos para la determinación del valor del contrato, que sean equitativos para las dos partes. De esta forma, la ley podría fijar en unas tablas los posibles valores de los contratos, teniendo en cuenta la calificación obtenida por los proponentes y lo establecido por el articulo 23, primer inciso, del Decreto 1522 de 1.983. Dice este articulo: "El primer premio del concurso será el derecho a celebrar el contrato de elaboración del proyecto, en el cual deben tenerse en cuenta las tarifas profesionales que, con aprobación previa del Gobierno, hayan establecido las asociaciones gremiales que tengan el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno". (fls. 10, 11 y 12 C. 1)".

Surtido el trámite correspondiente sin que ninguna de las partes alegara de conclusión, emitió su concepto de fondo la Fiscal Segunda del Consejo de Estado, quien afirma:

"La demandante afirma que las normas mencionadas son violatorias del art. 39 del Decreto 222/83 por cuanto exigen la presentación de un presupuesto económico y siendo de inferior jerarquía no podían exigir mayores requisitos que los exigidos en la norma que reglamentan".

"Los decretos reglamentarios fueron expedidos por el señor Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3 del art. 120 de la C.N. y con fundamento en este precepto constitucional. La jurisprudencia ha establecido que los límites del poder reglamentario de la Ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si la ley que reglamenta contiene todos los elementos necesarios para su cumplimiento, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por lo tanto no habrá lugar a la reglamentación. Pero si en la Ley no se expresan los elementos necesarios para su ejecución, se tendrán que establecer a través de la norma reglamentaria".

"En el caso que se analiza se encuentra que en la parte final del art. 39 del Decreto 222/83 se establece que los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas aprobadas previamente por el gobierno nacional y en su defecto las partes acordarán una suma global fija, un porcentaje sobre el costo final o cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas permita determinar su valor".

"Los arts. 29 en su ordinal 1° y el art. 31 del decreto reglamentario,exigen la presentación de la propuesta económica para la determinación del valor del contrato que exactamente corresponde a lo previsto en la norma, cuando se refiere al sistema técnico necesario para establecer el valor del contrato, lo cual quiere decir que los artículos del decreto reglamentario no están exigiendo un nuevo requisito como lo afirma la demandante, sino que establecen la forma como debe cumplirse con el requisito ya establecido en la norma principal cuando de manera amplia y general utiliza la expresión "sistema técnico" que conduzca y permita establecer con precisión el valor del contrato".

"En este orden de ideas los arts. 29 ordinal 1°. y 31 del Decreto 1522 de 1.983 son reglamentarios del Decreto 222 de 1.983 en su art. 39 por cuanto su finalidad es la de facilitar la ejecución de la norma que reglamentan y por lo tanto son infundados los cargos señalados en la demanda por lo cual deberán negarse las súplicas tendientes a obtener la declaración de nulidad de las normas impugnadas". (fls. 50 y 51 C. 1)".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala acoge en su integridad las razones expuestas por su colaboradora fiscal, cuya claridad y lógica en el análisis son incontrovertibles. En efecto, a través de las normas impugnadas el gobierno desarrolló ajustándose a su mandato, lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 39 del Decreto 222 de 1.983, en cuanto se refiere a la forma de determinar el valor de los contratos de consultoría.

Es apenas lógico que ello sea así, pues si bien es cierto que el inciso primero del mismo artículo 39, norma supuestamente violada por las disposiciones demandadas,

dispone que el contrato deberá necesariamente ser adjudicado a aquel proponente que demuestre estar mejor calificado, también lo es que deberá existir un criterio objetivo para fijar razonablemente los honorarios correspondientes, y que los mismos pueden ser propuestos desde un principio por el interesado.

Pero ello no quiere decir, aclara la Sala, que la libertad de negociación a que se refiere el artículo 31 del Decreto 1522 de 1983 sea total, pues dicha libertad esta restringida por los parámetros establecidos por el artículo 39 del Decreto 222. Es decir, solamente cuando no existan tarifas fijadas por las asociaciones de profesionales que sean cuerpo consultivo del gobierno, que sean aplicables al caso, podrán las futuras partes negociar el valor del contrato, según los criterios que trae la parte final del tercer inciso de dicho artículo.

Pero ello no obsta para que en un concurso de méritos se pueda exigir a los proponentes presentar una propuesta económica, ni implica que ésta no sea susceptible de negociación si no existen las tarifas mencionadas o si, existiendo, el proponente se aparta de ellas. Lo que no puede hacer la entidad contratante es negociar con el proponente que ha resultado favorecido técnicamente, quien además ha ajustado su propuesta económica a las tarifas que fije la asociación profesional correspondiente, pues en tal evento actuaría en violación de lo establecido por el ordinal 3° del artículo 39 del Decreto 222 de 1983.

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 :

Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez y ocho (18) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

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 SOLIDARIA/ FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-
Vehículo oficial

La responsabilidad solidaria entre la entidad pública y uno de sus funcionarios se presenta de acuerdo con el artículo 2344 del C.C. En el presente caso el hecho de que en el proceso penal no se hubiere presentado dentro del término legal la liquidación de perjuicios no extingue la obligación solidaria de la entidad administrativa responsable. La entidad pública demandada estará facultada, en caso de condena para repetir contra el funcionario por lo que le correspondiere.El vehículo que ocasionó el accidente pertenecía a la C.V.C y el conductor estaba al servicio de ella, razones suficientes para que resultara comprometida la responsabilidad de la demandada.

PERJUICIOS MORALES

El perjuicio moral es el dolor o sufrimiento de quien padece un daño, y para el caso de autos, lo que da origen a la indemnización es el sufrimiento de la actora al haber sido víctima del accidente, y tener que estar sometida a un tratamiento como consecuencia de las lesiones, la expectativa de no saber si quedaba con alguna consecuencia física o funcional, el temor de que su bien patrimonial que era su vehículo quedó inservible.

INDEMNIZACION A FORFAIT

Las indemnizaciones, la de tipo laboral y las de perjuicios extracontractuales, son compatibles. (Sentencia de octubre 30 de 1989, Exp. 5275, actor: Edelberto Portilla Zambrano).

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

Bogotá, D.E. ventidós (22) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 6091. Actor: Nelly Sandoval Alvarez.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada -Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C)- contra la sentencia proferida el 1o. de diciembre de 1989 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES :

1- La señorita NELLY SANDOVAL ALVAREZ, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido demandó en acción de reparación directa y cumplimiento a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA -C.V.C.- solicitando las siguientes declaraciones y condenas:

"A)- Que la CORPORACION AUTONOMA DEL CAUCA (C.V.C.) es responsable de los perjuicios que el día 27 de septiembre de 1985 fueron causados a la demandante, Srta. NELLY SANDOVAL ALVAREZ, por las graves lesiones causadas en el accidente de tránsito que con culpa causó el señor JOSE LEONEL JIMENEZ, mayor y vecino de Cali, empleado al servicio de la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.).

B)- Que la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA (C.V.C.) está obligada a indemnizar a favor de la señorita NELLY SANDOVAL ALVAREZ los daños y perjuicios tanto materiales como morales que ha sufrido, al igual que los perjuicios que en futuro sufrirá por las series secuelas del accidente, los cuales se estimarán teniendo en cuenta las lesiones sufridas , los gastos realmente hechos, como el equivalente en el valor oficial del oro.-

C)- Que se ordene a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA (C.V.C.), a cuyo cargo se profiera la condena, adopte las medidas conducentes para su cumplimiento, dentro del término indicado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

D)- Condénese a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA (C.V.C.) a pagar a la señorita NELLY SANDOVAL ALVAREZ las sumas adicionales que resulten por concepto de corrección monetaria, según liquidación que se haga teniendo en cuenta los índices inflacionarios y de desvalorización de la moneda, desde el momento en que se dictó la sentencia condenatoria en el proceso penal y fueron liquidados los perjuicios, hasta que se efectúe el pago total.-" (fls. 13 y 14).

2- La actora fundamenta sus pretensiones en los HECHOS que se sintetizan, así:

a) El 27 de septiembre de 1985 a las 7:30 de la mañana la demandante se dirigía a la Empresa TECNOQUIMICAS, de la cual era empleada en compañía de DIANA PIEDAD LOZANO, en su vehículo Renault 12, por la calle 23 de cali y al llegar a la esquina de la carrera 4a. fue arrollada en forma intempestiva y violenta por un Campero verde Toyota de propiedad de la demandada, conducido por el señor JOSE LEONEL JIMENEZ, motorista al servicio de la C.V.C., quien violando el pare obligatorio que está ampliamente demarcado, provocó la colisión que hizo que las dos damas que venían en el automóvil fueran lanzadas fuera del mismo y cayeran al pavimento con gravísimas lesiones.

b) Por estos hechos se inició la correspondiente investigación penal que fue avocada por el juzgado 26 penal municipal de Cali, la cual concluyó con sentencia condenatoria en contra del señor JOSE LEONEL JIMENEZ, conductor del Toyota, a quien se impuso pena de prisión de 6 meses y accesorias y condena en abstracto por perjuicios.

c) En la investigación penal se comprobó que el Toyota era de propiedad de la C.V.C., que el señor JIMENEZ estaba prestando sus servicios a esa entidad, y que la culpa del accidente fue de éste.

d) Las lesiones que sufrió la demandante le causaron una incapacidad de 120 días y deformidad física permanente que le impidió seguir laborando, todo lo cual generó perjuicios materiales y morales que la Corporación demandada está obligada a indemnizar.

3- La entidad demandada mediante apoderado dio contestación a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones y propuso la excepción de caducidad del derecho, por cuanto la actora, quien se había constituido parte civil en el proceso penal no presentó en tiempo oportuno la liquidación de perjuicios, ya que a partir de 17 de mayo de 1987, fecha del auto que archivó el proceso penal, corrió el término de dos meses que ordena el art. 308 del C. de P.C., y como dicho lapso se dejó vencer, caducó el derecho contra el señor LEONEL JIMENEZ y también caducó frente a su patrono la -C.V.C.-, en virtud del principio de la solidaridad establecida en el art. 1568 del C.C., en concordancia con el 77 y 78 del C.C.A. Solicitó también se efectuara el llanamiento en garantía a la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S.A., y al Instituto de Seguros Sociales, pedimento éste que fue negado por el Tribunal por falta de requisitos formales, mediante autos visibles a folios 33 y 38 del expediente.

4- Surtido el trámite legal de primera instancia el Tribunal competente profirió sentencia favorable a las súplicas de la demanda, en razón a que resultaron probados los presupuestos de la responsabilidad por falla del servicio por acto realizado por uno de sus agentes. Consideró que la prueba testimonial sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar daban claridad y convencimiento de que

la demandante conducía con prudencia por la vía que le correspondía cuando fue atropellada por el conductor del Toyota quien por demás observó una conducta irregular al no prestar ayuda a las víctimas huyendo del lugar de los hechos.

Tuvo en cuenta el a-quo, que fue probada la propiedad del vehículo y la calidad de funcionario del conductor de la C.V.C., así como también las lesiones sufridas por la actora, la incapacidad y deformación física y perturbación funcional, ambas de carácter permanente.

De otra parte, respecto de la excepción de caducidad propuesta, no acepta la solidaridad en que la fundamenta la demandada, por cuanto que en el proceso penal no fue tenida en cuenta la vinculación laboral del sujeto juzgado con la entidad regional -C.V.C.-

5- La Corporación demandada interpuso dentro del término legal recurso de apelación que fundamentó en los siguientes aspectos:

a) Considera que la condena por perjuicios morales es inocua ya que se demostró que la actora no quedó sometida a secuelas físicas ni perturbaciones síquicas; además que la clínica de los Seguros Sociales le prestó perfecta atención médico-hospitalaria que la curó completamente,por lo cual el Tribunal no puede supervalorar su condición femenina y por ello reconocer mil gramos oro por perjuicios morales.

b) En cuanto a los perjuicios materiales, manifiesta que las lesiones no pueden dar origen a indemnización económica por parte de la C.V.C., por cuanto el ISS cubrió todas las incapacidades, y el Estado no puede indemnizar otra vez.

c) Insiste el apelante en la excepción de caducidad fundamentada en la solidaridad, por cuanto el Tribunal no se pronunció al respecto.

6- Corrido el traslado a las partes para sus alegatos de conclusión, ninguna de ellas presentó escrito alguno.

Surtido el trámite propio, la Fiscalía Segunda de esta Corporación conceptúa en favor de la confirmación de la sentencia apelada con fundamento en un somero análisis de pruebas, reiterativo de lo expuesto por el a-quo por lo que concluye en la existencia de la falla del servicio, el nexo de causalidad, y los perjuicios.

Respecto a la solidaridad considera que las obligaciones de la sentencia condenatoria no cobijan a la C.V.C., porque no fue parte en el proceso penal. Y sobre la caducidad, manifiesta que la acción penal es independiente de la Contencioso Administrativa, y en ésta última el término para presentar la demanda comienza a contarse desde el momento mismo en que tuvo ocurrencia el hecho dañoso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

1o. En virtud de que la entidad demandada propuso en la contestación de la demanda la excepción de caducidad que llamó "del Derecho", e insistió en su ocurrencia en la sustentación del recurso de apelación, es del caso proceder a su estudio antes de considerar las pretensiones de fondo de la demanda.

Como expuso en los Antecedentes numeral 3o. la demandada partiendo del proceso penal pretende se declare la caducidad en el presente contencioso administrativo, lo cual no es procedente puesto que en el primero se investigó y procesó al señor JOSE LEONEL JIMENEZ por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito, tal como se observa en el cuaderno No. 2 del expediente, contentivo de las diligencias de dicho proceso, y el proceso, cuya apelación se estudia, se originó en los mismos hechos pero en éste se invoca acción de reparación directa y cumplimiento contra la entidad pública -Corporación Autónoma Regional del Cauca- C.V.C.

La responsabilidad solidaria entre la entidad pública y uno de sus funcionarios se presenta de acuerdo con el art. 2344 del C.C., según reiterada jurisprudencia de la Sala. En el presente caso el hecho de que en proceso penal no se hubiere presentado dentro del término legal la liquidación de perjuicios no extingue la obligación solidaria de la entidad administrativa responsable -C.V.C-. ¿Por qué? Porque en el Contencioso Administrativo la responsabilidad es anónima de la administración, y no personal de agente en quien puede recaer la falta o falla que dé lugar a la pretendida indemnización.

Es que la responsabilidad solidaria de la C.V.C. no surge de la condena en el proceso penal al conductor de vehículo sino de que se cumplan los presupuestos de hecho de las normas legales citadas.

En virtud de los arts. 77 y 78 de la C.C.A., la entidad aquí demandada estará facultada, en caso de condena para repetir contra el funcionario por lo que le correspondiere. De manera que la responsabilidad solidaria existe, lo que no acepta la Sala es que la obligación haya caducado en virtud del hecho alegado por la demandada.

La acción de reparación directa y cumplimiento, según lo dispuesto por el art. 136 del C.C.A. caduca "al vencimiento del plazo de dos(2) años contados a partir de la producción del acto o hecho", en el caso de autos, los hechos ocurrieron el 27 de septiembre de 1985 (fls. 59, 60, 68, 75) y la demanda fue presentada el 28 de septiembre de 1987 (fl. 20), siendo el 27 de septiembre de 1987 día feriado, el titular estaba facultado para presentarla el día siguiente, según lo dispuesto por el art. 62 del C. de R.P.M., por tanto la demanda fue presentada a tiempo.

Ahora bien, para una mayor claridad, en cuanto a los efectos de una sentencia penal en un proceso contencioso administrativo, la Sala reitera lo expuesto en su pronunciamiento de fecha 24 de noviembre de 1989 en donde dijo:

"C) La sentencia penal, *absolutoria o condenatoria* constituye plena prueba sobre *la ocurrencia del hecho juzgado* y tal ocurrencia no puede ponerse en duda en otro juicio y concretamente en uno contencioso administrativo en el cual se juzgue la conducta de la administración para deducir por ejemplo, su responsabilidad contractual o extracontractual". (Expd. No. 5573 Actor: Felix Celis Palencia y Otros).

2o. Así, de conformidad con lo expuesto, se tiene que en el sub-lite está demostrada la ocurrencia de los hechos, pero además, del acervo probatorio se tiene:

1- La calidad de empleado de la C.V.C. señor JOSE LEONEL JIMENEZ en el cargo de Motorista, cargo que desempeñaba en el día de los hechos, se prueba con la constancia del Jefe de Personal de la entidad, copia auténtica de la Resolución de nombramiento No. 1291 de junio de 1979 y acta de posesión (fls. 64 a 66).

2- La vinculación de la actora a la empresa TECNOQUIMICAS, y la vinculación patronal de ésta al ISS, así como la afiliación de la demandante a este Instituto, aparecen comprobadas a folios 160 C.2, 74 y 73 del cuaderno principal.

3- De las lesiones sufridas por la señora NELLY SANDOVAL dan cuenta el Jefe de medicina Laboral del ISS a folios 75 y 76.

4- De las incapacidades de la demandante aparece certificación del Jefe de Medicina Laboral del ISS -Seccional Valle del Cauca- en la cual se lee que como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 27 de septiembre de 1985 "recibió incapacidades médicas (médico laboral) durante el período comprendido del 27 de septiembre de 1985 al 23 de febrero de 1986, el cual da un total de 150 días" (fl. 77). Además dice que no queda incapacidad permanente parcial alguna. Copia de la Historia Clínica aparece a folios 78 a 103 vto.

A folio 106, obra el dictamen sobre incapacidad del Instituto de Medicina Legal, en el cual expresa:

"..Esto es una incapacidad médicolegal definitiva de 90 días a partir de la fecha en que fue lesionada.

CONSECUENCIAS:

1. deformidad física (cuello), *no facial.*

2. perturbación funcional del miembro superior izquierdo.

AMBAS DE CARACTER PERMANENTE.

Incapacidad laboral temporal de 150 días.

Como se explicaba en el anterior reconocimiento médicolegal, la limitación funcional del miembro superior izquierdo, consistente en un pequeño grado de limitación en los movimientos de la articulación del codo, no produce interferencia con su labor, más de tipo intelectual que físico". (Fl. 106).

5- La propiedad del vehículo TOYOTA de placas ON-6486 a nombre de la C.V.C., entidad demandada, está acreditada con el certificado de tradición expedida por el Departamento Administrativo de tránsito y transportes del Valle del Cauca (fl. 123).

6- El seguro del vehículo Renault 12 de la demandante; valor asegurado y valor pagado, se probó mediante los documentos que obran a folios 111 a 120 del expediente.

7- Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, se probaron con testimonios, así:

Los señores MENTOR PLUTARCO NARANJO Y MARIO DUQUE, testigos presenciales, declaran que el conductor del Toyota iba muy rápido y en forma imprudente no hizo el pare obligatorio, el cual estaba bien señalado y que se fue del lugar de los hechos sin auxiliar a la lesionada que había quedado tirada en el suelo (fls. 59 y 60).

Otros declarantes dan cuenta de algunos de los hechos pero de oídas, sin embargo son coincidentes en lo descrito por testigos presenciales, y que aunque no vieron el accidente si sintieron que el Toyota iba a gran velocidad (fls. 61, 67 y 129).

De las pruebas expuestas, resulta claro que el hecho del accidente se produjo por la conducta irregular del conductor del Toyota, de propiedad de la Corporación demandada, y quien se encontraba prestando el servicio a la misma.

3o. La falta o falla se traduce en sub-judice, en la imprudencia del señor JIMENEZ al conducir a una gran velocidad, y hacer caso omiso del pare, con lo cual incurrió en infracción de tránsito, más censurable siendo su actividad, precisamente, la de motorista.

Ahora bien, como se trata de una actividad calificada como peligrosa,se debe ejercer con la mayor prudencia y cuidado, lo cual precisamente no ocurrió en el presente caso.

Tal como se vio atrás, el vehículo que ocasionó el accidente por imprudencia pertenecía a la C.V.C., y el conductor estaba al servicio de ella, razones suficientes para que resultara comprometida la responsabilidad de la demandada. De otra parte, esta Sala, respecto a daños ocasionados con vehículo oficial tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia de 19 de noviembre de 1989, expresó:

2- El perjuicio causado con vehículo automotor oficial, hace presumir la falla del servicio, puesto que al ser el mecanismo de la presunción una técnica probatoria que solo exonera al actor del aporte de la prueba de la falla, no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es, pues, un régimen en el cual la falla del servicio sí está presente, lo que implica que se excluye, por definición, toda aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva.

3- Por ser presunta la falta 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 de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración". (Expd. No. 4484 (75). Actora Rosa Helena Franco Vda. de Bernal).

Respecto de los otros elementos de la responsabilidad, se tiene que el daño, resultó suficientemente probado según los numerales 3 y 4 antes descritos; y el nexo de causalidad aparece claro, por cuanto las lesiones de la demandante y los daños de vehículo que conducían fueron consecuencia directa de la conducta infractora del señor JOSE LEONEL JIMENEZ.

4o.- Ante lo expuesto, la deducción clara es la existencia de responsabilidad por parte de la C.V.C., por lo cual habrá de confirmarse la declaración del a-quo en este sentido, ya que por otra parte en el curso del proceso tal como se vio no se demostró causal alguna de exoneración ante lo cual procede la Sala al estudio de los perjuicios reclamados por la actora, que por demás corresponde al aspecto objetado en el recurso de apelación por la demanda.

PERJUICIOS :

Solicita la demandante a la C.V.C. a indemnizar a su favor los daños y perjuicios tanto materiales como morales que ha sufrido y los que sufrirá en el futuro por las secuelas del accidente.

PERJUICIOS MORALES :

El Tribunal en la sentencia objeto de apelación condena a mil gramos (1.000) oro, por este concepto en consideración a que el dictamen médico legal constituye motivo suficiente para concluír que "cualquier ser humano, y en especial una mujer, ante tal situación, ha de sentirse afectada intimamente (pretium doloris)" (fl. 165).

Lo anterior es motivo del recurso que aquí se decide, por cuanto en concepto del apelante, la actora quedó libre de secuelas físicas y perturbaciones síquicas, según dictamen del ISS y de Medicina Legal.

Para la Sala, existe una interpretación errónea tanto del a-quo como del apoderado de la demanda, al hacer consistir la indemnización por perjuicios morales en las incapacidades o perturbaciones físicas o síquicas. El perjuicio moral es el dolor o sufrimiento de quien padece un daño, y para el caso de autos, lo que da origen a la indemnización es el sufrimiento de la actora al haber sido víctima del accidente, y tener que estar sometida a un tratamiento como consecuencia de las lesiones, la expectativa de no saber si quedaba con alguna consecuencia física o funcional, el temor de que su bien patrimonial que era su vehículo quedó inservible. Es por estas razones que la Sala confirmará la condena pero no a 1.000 gramos oro, sino al equivalente a 1.000 gramos oro, según el precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Aquí la Sala considera util llamar la atención en el sentido de que a folio 106 aparece dictamen médico legal en el cual se da incapacidad permanente por lesiones físicas, contrario a lo aceptado tanto por la demandada como por la Fiscalía.

PERJUICIOS MATERIALES :

1- La demandante relaciona en el libelo demandatario a folio 12 una serie de incapacidades, así:

a)- Incapacidad médico-legal definitiva de 90 días, a razón de $2.500.oo diarios $225.000.oo

b)- Incapacidad definitiva de otros sesenta días, que puede certificar el Seguro Social $150.000.oo

c)- Incapacidad permanente parcial por deformidad física del cuello $500.000.oo

d)- Incapacidad permanente parcial por perturbación funcional del Miembro superior izquierdo $500.000.oo

e)- Incapacidad permanente parcial por perturbación funcional de la clavicula izquiera $500.000.oo

f)- Incapacidad permanente parcial por fractura de ocho costillas del lado izquiero de tórax $336.000.oo

g)- Incapacidad permanente parcial por dificultad respiratoria, afección por ruptura pulmón izq $500.000.oo (fls. 12 y 13).

A este respecto, se tiene que el dictamen laboral del Instituto de Medicina

Legal obrante a folio 106, reconoce la incapacidad médico-legal definitiva de 90 días a partir de la fecha en que fue lesionada, e incapacidad laboral temporal de 150 días. También reconoce la deformidad física (cuello) no facial permanente y la perturbación funcional del miembro superior izquierdo de carácter permanente. Por tanto sólo se reconocerá la indemnización correspondiente por los cuatro primeros rubros (a-b-c-d); de los restantes se negaría la indemnización por cuanto no hay prueba de ellos.

Dicha condena se hace en abstracto, según lo dispuesto por el art. 308 del C.P.C., según el sueldo devengado por la actora en la época de las incapacidades laborales para la liquidación de los literales a) y b); y respecto de los rubros descritos en los literales c) y d) se tendrán en cuenta las tablas que para el efecto expide el ISS.

2- Reclama la actora el reconocimiento de transporte en taxis durante 5 meses para recibir atención médica y fisioterapia, lo que habrá de negarse por cuanto no hay prueba válida; para ello sólo obra a folio 7 una copia simple de un recibo, el cual no fue ratificado en el proceso. (Art. 277 C. de P.C.).

3- Respecto del saldo entre el valor reconocido por el seguro del vehículo de propiedad de la actora y el valor asegurado del mismo, también habrá de negarse por cuanto la propiedad del mismo no quedo acreditada dentro del proceso, y esta Corporación ha dicho que la propiedad de un vehículo se prueba con la certificación de la oficina de tránsito en la que esté inscrito el automotor, o también con copia auténtica de la matrícula o con la tarjeta de propiedad (sentencia de octubre 23 de 1989. Expd. 4866 (225). Actora: Rosalba Serrato de Musa).

4- Reclame también el valor de los honorarios convenidos con "el apoderado de la parte civil", aquí de entenderse que se trata del apoderado para hacer valer sus derechos en el presente proceso, lo cual, está incluido en las costas del proceso, pero como las entidades públicas no pueden ser condenadas en costas por disposición del art. 171 del C.C.A., no procede el reconocimiento solicitado.

Por tanto, para efectos de la liquidación en abstracto por perjuicios materiales, se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

a)- Para la incapacidad laboral de 150 días, desde septiembre 27 de 1985 y hasta febrero 23 de 1986, se tomará el sueldo que demuestre la actora que devengaba al momento de la ocurrencia de los hechos.

b)- El monto anterior tendrá un límite diario de $2.500.oo que fue el señalado por la demandante en su libelo.

c)- Para las incapacidades parciales por deformidades físicas del cuello y perturbación funcional del Miembro Superior Izquierdo, se tendrá en cuenta las tablas que para el efecto expide el ISS.

d)- El monto total de la liquidación se actualizará previa la presentación de la certificación del DANE sobre los precios de índices al consumidor de conformidad con la fórmula adoptada por esta Corporación:

$$Vp = Vh \frac{\text{Ind. final}}{\text{Ind. in}}$$

En donde Vp es la cantidad que resultará actualizada, Vh la suma a actualizar, es decir la cantidad que resulte por razón de las incapacidades anteriormente reconocidas, ind.final el índice de precios al consumidor en el mes en que se haga el pago e ind.inicial el mismo índice pero para el mes de causación del perjuicio (septiembre de 1985).

Además, se observa que el argumento del apelante respecto de estos perjuicios, según el cual no hay lugar a indemnizaciones por la C.V.C., por cuanto las incapacidades fueron cubiertas por el ISS, no es de recibo para la Sala por cuanto tienen causas diferentes; la del seguro social en su calidad de afiliada por razones laborales, y la que se ordena mediante providencia judicial por acción de reparación directa es para cubrir el resarcimiento del daño ocasionado por falta o falla de la administración. Sobre este aspecto existen varias providencias de esta Corporación, en el sentido de que las dos indemnizaciones, esto es la de tipo laboral y las de perjuicios extracontractuales, son compatibles (sentencia de octubre 30 de 1989. Expd. No. 5275. Actor Edilberto Portilla Zambrano).

En consecuencia, de conformidad con 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 :

Modifícase la sentencia del 1o. de diciembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedará así:

1- Declárese que la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA, -C.V.C.- es administrativamente responsable de los perjuicios que le fueron causados a NELLY SANDOVAL ALVAREZ, con motivo del accidente de tránsito ocurrido el 27 de septiembre de 1985, en esta ciudad, en el cruce de la carrera 4a. con calle 23, por un vehículo de propiedad de la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA -C.V.C.- conducido por JOSE LEONEL JIMENEZ, empleado de la Corporación.

2- Condénase a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA -C.V.C.- a pagar como perjuicios morales a NELLY SANDOVAL ALVAREZ, el equivalente de un mil (1.000) gramos oro, según el precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

3- Condénase en abstracto a la CORPORACIONAUTONOMAREGIONALDEL CAUCA -C.V.C.- a pagar a NELLY SANDOVALALVAREZ, según lo dispuesto por el art. 308 del C. de P.C. a título de perjuicios materiales el monto de la liquidación que resulte de conformidad con las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

4- Las sumas liquidadas ganarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que apruebe la liquidación en caso de no pago, y comerciales moratorios del vencimiento de este término hasta su cancelación.

5- Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

6- Para el cumplimiento de este fallo, dese aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha.

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

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

LEGITIMACION EN LA CAUSA/ LEGITIMACION PROCESAL/ LEGITIMACION POR PASIVA/ CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES- Naturaleza Jurídica/ **DEMANDA-** Interpretación/ **PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS**

Ninguna norma le ha otorgado personería jurídica al Consejo Nacional de Estupefacientes, de donde no puede ser sujeto de obligaciones ni titular de derechos, por lo cual tampoco puede demandar ni ser demandado. Por regla general la interpretación de la demanda es admisible siempre y cuando no se haga contrariando el derecho de defensa de la parte demandada y el principio del debido proceso, siendo aconsejable estarse al sentido que se dio desde su admisión que cambiar la posición asumida al momento de producirse el fallo. En el punto de la legitimación pasiva en la causa, la Sala encuentra que debía entenderse que el centro de imputación demandado fue la nación y que la litis se integró debidamente cuando la demanda se notificó al Ministro de Justicia. No deben confundirse los conceptos de legitimación en la causa y de legitimación procesal, cuando en ocasiones con la locución legitimación procesal se designa el género del cual la legitimación en la causa y la capacidad procesal son las especies.

FALLADEL SERVICIO POR OMISION/ AERONAVEGABILIDAD

La administración sí incurrió en mora al no decidir oportunamente sobre la reclamación de devolución de la aeronave. Si aquélla consideraba ajustada a derecho la suspensión de actividades, debió dictar inmediatamente la providencia correspondiente; y si consideraba que la avioneta estaba encartada y por lo mismo no podía revocar la suspensión del certificado de aeronavegabilidad debió decirlo dentro de los términos legales para aclarar la situación jurídica de la aeronave. Al no hacerlo incurrió en falla del servicio por omisión.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ DAÑO CIERTO

El daño indemnizable es el cierto y debe ser una consecuencia necesaria y directa del hecho que lo origina y si bien su reparación debe comprenderlo en sus conceptos de daño emergente y lucro cesante, su cuantificación debe hacerse a partir de datos incontrovertibles acerca de la efectiva pérdida sufrida y no, como sucede con el dictamen pericial de lo que una aeronave similar a la inmovilizada hubiera podido producir en la hipótesis de haber operado mínimo noventa horas por mes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., veintitres (23) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5945. Actor: Argemiro Vargas Medina.

Conoce la Sala, por apelación interpuesta por la parte actora, de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 30 de julio de 1989, por medio de la cual se inhibió para fallar de mérito (fls. 144 a 182).

I. ANTECEDENTES

1° La señora AMPARO PERDOMO SERRATO y el señor ARGEMIRO VARGAS MEDINA, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo solicitaron al Tribunal Administrativo del Meta:

"1.- Que se declare al Consejo Nacional de Estupefacientes civilmente responsable de los perjuicios que han venido recibiendo y que adquirirán los demandantes, como consecuencia de la suspensión del Certificado de Aeronavegabilidad correspondiente al avión de matrícula HK-2800 Marca Cessna, Modelo 206 G, mediante la Resolución Número 0059 del 13 de noviembre de 1.984, y la posterior revocación de la medida adoptada en ella, en forma tardía y negligente, por medio de la Resolución número 0044 de noviembre 10 de 1986, a través de la cual se resolvió favorablemente el recurso de reposición para mis poderdantes manteniendo la aeronave inmovilizada durante un lapso de tiempo equivalente a treinta y un meses; más el tiempo en que ha tenido que permanecer en tierra por la misma razón.

"2.- Que como consecuencia de lo anterior se condene al Consejo Nacional de Estupefacientes a pagar en favor del señor ARGEMIRO VARGAS MEDINA y de la señora AMPARO PERDOMO SERRATO, los daños y perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante; inclusive los frutos correspondientes de lo que sumen-intereses compensatorios- desde la fecha de la producción

del perjuicio y hasta la fijación de la indemnización), en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso o subsidiariamente, que resulta de la liquidación hecha en abstracto por el daño patrimonial. En el fallo o en la liquidación se distinguirá la indemnización debida o ya consolidada, de la futura a pagar por anticipado y hará presente su valor en la fecha de su probable cumplimiento, tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor tal como lo prevé el Código Contencioso Administrativo".

"3.- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro de los términos y en la forma prevista por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 01 de 1984)". (fl. 60 y 61).

2° Los actores fundaron sus pretensiones en los hechos que muy bien ha sintetizado la Fiscal 8° de esta Corporación así:

"El señor Argemiro Vargas, mediante Escritura Pública N° 1829 del 4 de mayo de 1.982 de la Notaría 2ª del Círculo de Bogotá, registrada en la Aeronáutica Civil el 2 de junio de 1.982, compró a la empresa Aviones de Colombia Ltda, la avioneta Cessna HK 2800 206-G, adquiriendo por dicha compra grandes compromisos económicos".

"Por la Escritura Pública N° 3737 del 17 de agosto de 1982 de la Notaría 2ª de Bogotá registrada en la Aeronáutica Civil el 20 de agosto de 1.982, el señor Argemiro Vargas vendió la aeronave a la empresa Alas Ltda. El mismo 17 de agosto la Empresa Alas Ltda., vendió la avioneta al señor Argemiro Vargas de nuevo según escritura N° 2973 registrada en la Aeronáutica Civil el 28 de noviembre de 1984".

"El 16 de mayo de 1.985 por Escritura N°2973 de la Notaría 2ª de Bogotá el sr. Vargas vendió la aeronave a la señora Amparo Perdomo Serrato".

"El 9 de abril de 1.984 el Ministro de Justicia ordenó la suspensión de actividades de la avioneta, suspensión que comunicó la (sic) DAAC por oficio N° 102116 del 10 de abril de mismo año".

"El 24 de abril el señor Argemiro Vargas solicitó, mediante memorial dirigido al Consejo Nacional de Estupefacientes, la entrega de la aeronave y aludió al concepto favorable del oficio 2881 del 16 de noviembre de 1.983".

"El 11 de mayo de 1.984, se expidió la certificación de planes de vuelo del HK 2800 por parte del Jefe de la Torre de Control del Aeropuerto Vanguardia de Villavicencio y el mismo 11 de mayo fue presentada al Consejo Nacional de Estupefacientes".

"El 10 de noviembre de 1.984 mediante la resolución N°0059 el Consejo Nacional de Estupefacientes resolvió suspender las actividades de la avioneta en cuestión".

"El 25 de junio de 1985 Doña Amparo Perdomo Serrato solicitó al Consejo Nacional de Estupefacientes, la decisión sobre la entrega de la avioneta, solicitud que repitió el 5 de agosto de 1.985".

"El 25 de septiembre de 1985 el Consejo Nacional de Estupefacientes se reunió para acordar que la decisión sobre la reposición presentada se tomaría cuando se pronunciara la justicia penal sobre los hechos que provocaron la suspensión de labores de la aeronave".

"El 3 de marzo de 1986 el Juez 2° Promiscuo del Círculo de Puerto Rico Caquetá, ordenó la entrega de la avioneta".

"El 18 de marzo de 1986 el señor Argemiro Vargas se dirige al Consejo Nacional de Estupefacientes para anexar la certificación expedida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Círculo ya mencionado".

"El 12 de julio de 1986 la Juez en mención envió el oficio N° 0411 al Consejo Nacional de Estupefacientes solicitando la entrega de la avioneta, solicitud que repitió por oficio 0414 del 15 de julio de 1.986".

"El 26 de octubre de 1986 Doña Amparo Perdomo Serrato se dirigió el Ministerio de Justicia para que se decidiera sobre el recurso propuesto".

"El 13 de noviembre de 1986, el Consejo Nacional de Estupefacientes envió un telegrama a Doña Amparo Perdomo Serrato informándole que su apoderado había recibido la notificación de la Resolución N° 044 de 10 de noviembre de 1.984". (fls. 194 a 196)".

3° Trabada la litis con notificación que de la demanda se hizo al sr. Ministro de Justicia y tramitado el proceso, sin que se observe que adolezca de nulidad, concluyó con el fallo citado, en donde,como se dijo, el Tribunal *a-quo* se inhibió para fallar de mérito.

Dijo el fallador que debía declararse inhibida para fallar de fondo el proceso por falta de los presupuestos procesales de capacidad para ser parte, legitimación en el proceso y demanda en forma "por cuanto el Ente demandado -Consejo Nacional de Estupefacientes- no puede comparecer en debida forma en la relación jurídico-procesal, por carecer de personería jurídica".

Inconformes con lo decidido, los actores interpusieron recurso de apelación a fin de que por esta Corporación se revoque el fallo y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Censuran los apelantes que el Tribunal *a-quo* se hubiera olvidado "Que dentro de la organización administrativa existen los llamados organismos adscritos y

vinculados a los Ministerios y que de conformidad con lo previsto por el Decreto-Ley 1188 de 1974 fue creado por el Consejo Nacional de Estupefacientes como organismo adscrito al Ministerio de Justicia, al cual se le atribuyeron funciones previstas en los artículos 83, 84 y 86 del mencionado Decreto y no como equivocadamente' sostiene el Tribunal Administrativo del Meta, que remonta a la Ley 30 de 1986 su acto de creación".

Ponen de presente los recurrentes que el Decreto-Ley 1188 de 1974 estaba "vigente para la época en que se presentaron los hechos", que el Consejo, de acuerdo con el art. 82 está integrado, entre otros, por el Ministro o el Viceministro de Justicia, quien lo preside; que su creación tuvo su origen en la Ley 17 de 1973 por la cual se confirieron facultades extraordinarias, entre las cuales estuvo la de crear el organismo administrativo destinado a cumplir las funciones de controlar, precaver y reprimir el fenómeno de las drogas o sustancias que producen dependencia física o psíquica; y que mediante la Ley 30 de 1986 el Consejo fue fortalecido y dotado de mejores elementos para cumplir esas funciones.

Luego anotan que la Nación es la responsable en el caso *sub-judice* "al obrar de manera negligente en el cumplimiento de las funciones establecidas en los artículos 83, 84 y 86 del Decreto-Ley 1188 de 1974" como lo dijo el fiscal (en su concepto favorable durante la primera instancia) y anotan que en el poder "se hace alusión clara al ejercicio de la acción de Reparación Directa y Cumplimiento contra `LA NACION - CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES ..." y concluyen: "...por si fuera poco, el Tribunal Administrativo por dedicarse a realizar una larga lista de citas de autores del Derecho Procesal, no esgrime argumentos de ningún tipo desde el punto de vista del Derecho Administrativo General, como ha debido hacerlo, para demostrar la falta de capacidad jurídica del Consejo Nacional de Estupefacientes, ya que ha debido realizar un estudio a fondo de la Estructura Administrativa, su organización y funciones; analizando el criterio de adscripción y aún (sic) el de vinculación para poder arguir con solidez" (fls. 183 a 186).

5° Concedido y admitido el recurso, ninguna de las partes alegó durante la instancia.

Por su parte, la Fiscal 7ª de la Corporación a vuelta de hacer un recuento de la demanda, del proceso y del fallo del *a-quo* conceptúa, como ya se dijo, que éste debe revocarse para en su lugar despachar favorablemente las pretensiones porque: a) "Si bien es cierto que en el acápite `Peticiones' de la demanda se solicita condenar al Consejo Nacional de Estupefacientes y que tal entidad por no tener personería jurídica no puede concurrir a juicio, no es menos cierto que "en el poder se dan facultades para demandar a la Nación Consejo Nacional de Estupefacientes; en el encabezamiento se manifiesta que dicho Consejo es un organismo adscrito al Ministerio de Justicia; y en el acápite "Notificaciones" se solicita que se notifique al mismo Ministerio como así se hizo con el auto admisorio. b) En el presente caso se persigue la condena a la administración no por los actos administrativos que se atacan en el libelo demandatorio sino por la morosidad en tomar las determinaciones que le eran

obligatorias, cuando la justicia penal le comunicó al Consejo Nacional de Estupefacientes la orden de entregar la avioneta, con lo cual causó un daño que debe indemnizarse a quienes fueron sus dueños durante el tiempo en que estuvo inactiva por dicha demora en la entrega, conclusión a la que llega luego de haber un análisis del acervo probatorio. (fls. 193 a 200).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

1° Es cierto que en la demanda el apoderado judicial de los actores, como arriba se transcribió (N°, Capítulo Antecedentes) pidió que se declare al Consejo Nacional de Estupefacientes civilmente responsable de los perjuicios consecuenciales a la suspensión del certificado de Aeronavegabilidad del avión de matrícula HK-2800 y su inmovilización y que se le condene al pago de los perjuicios consiguientes.

2° También lo es, que en el encabezamiento del mismo libelo el apoderado dijo "...promuevo demanda contra el Consejo Nacional de Estupefacientes, organismo adscrito al Ministro de Justicia, representado por su presidente Señor Ministro de Justicia..." y que se pidió la notificación de la demanda al mismo Ministro, como así se hizo con el auto admisorio, (fl. 88).

3° Con posterioridad a dicho auto en todos los memoriales presentados por los distintos apoderados judiciales de los actores, se señaló como referencia "Demandada de reparación directa contra la Nación. Demandantes...", o dentro de su texto se indicó a la Nación como demandada (fls. 92, 101, 102, 119, 142, 183).

4° De la misma manera el señor Fiscal 1° del Tribunal Administrativo del Meta entendió que la demandada era la Nación (fl. 138).

5° El Consejo Nacional de Estupefacientes fue creado por el Decreto-Ley 1188 de 25 de junio de 1974 en virtud de las falcultades extraordinarias conferidas en el art. 9° de la Ley 17 de 1973; este artículo, en lo que interesa para el caso, dispuso: "Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año, contado a partir de la vigencia de la presente Ley, para:

"1° Elaborar un estatuto que regule íntegramente el fenómeno de las drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica (estupefacientes y sicotrópicos), en sus aspectos de control, prevención, represión y rehabilitación".

"2° Crear el organismo administrativo que cumpla las funciones que le atribuya el estatuto".

"..."

En desarrollo o en uso de tales facultades extraordinarias, el Presidente de la República expidió el Decreto-Ley 1188 de 1.974 "por el cual se expide el Estatuto

Nacional de Estupefacientes" en cuyo art. 81 se lee: "Adscrito al Ministerio de Justicia, funcionará al Consejo Nacional de Estupefacientes, para el cumplimiento de las funciones que aquí se señalan"; en el art. 83 se hace tal señalamiento y en el 82 se indica quienes integran el Consejo comenzando por "a) El Ministro o el Viceministro de Justicia, quien lo presidirá".

Después vino la ley 30 de 1.986 "Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones" y repitió en sus arts. 89, 90 y 91, con ligeras variaciones en la forma, lo que ya había dicho el Decreto-Ley 1188 de 1.974.

Ninguna norma le ha otorgado personería jurídica al citado Consejo de donde no puede ser sujeto de obligaciones ni titular de derechos -que en esto consiste la personería- por lo cual tampoco puede ni demandar ni ser demandado. En otras palabras no es una entidad descentralizada a través de la cual el Estado pretenda desarrollar alguna de sus funciones; viene a ser simplemente una unidad, ministerial, de las que trata el art. 11 del Decreto-Ley 1050 de 1.968.

6° De tiempo atrás, tanto en el campo de la jurisdicción ordinaria como de la Contenciosa Administrativa, la Corte Suprema de Justicia como Consejo de Estado se han preocupado del tema relativo a la interpretación de la demanda para reconocer que el juez tiene falcultad de desentrañar su contenido para precisar que se demanda, contra quien se dirigen las pretensiones, cuáles son los actos administrativos que se atacan o las operaciones, hechos u omisiones en que se fundan las solicitudes que se formulan al juez, así como cuáles las normas violadas y el concepto de la violación, siendo más o menos estrechos o amplios los límites dentro de los cuales éste realice su función interpretadora. Así, la segunda de las Corporaciones citadas ha dicho que "No se puede incurrir en el rigorismo de impedir al Juzgador la interpretación de la demanda con la finalidad, como suele decirse, de no sacrificar el derecho a las fórmulas, máxime que él es un verdadero colaborador para las partes en la administración de justicia. Por ello no puede pensarse que vaya a sufrir mengua aquélla o la equidad misma por el hecho de que el Juez entre a valorar el contenido de una demanda cuando ella no está muy acorde con la tecnica procesal (Auto de mayo 16 de 1.984, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Exp. N° 4524, Actor: Graninversión S.A., Anales 1° Semestre/84, pág. 991).

Claro que a este respecto la Sección Tercera de la misma Sala de lo Contencioso Administrativo para la misma época advirtió: "Dentro de las facultades de interpretación que se le asigna al juzgador, se encuentra,tal como lo establece el artículo 4° del Código de Procedimiento Civil, para la efectividad de los derechos sustanciales, la de intrepretar la demanda siempre y cuando no constituya un medio de enfrentarlas a las normas de procedimiento de ineludible aplicación. La fuerza creadora, por tanto, del juez, tiene su respaldo en la búsqueda de los derechos sustanciales, para su reconocimiento, en el evento de que sean desconocidos, discutidos o atacados, pero dentro de un marco consecuente de procedimiento. de no ser, en vez de un ponderado correctivo, se convertiría, en un mecanismo de desorden o caos, queno sería viable prohijar ..." (Sentencia de agosto 9 de 1.984, Exp. 2252, Actor: Olga Trujillo Agudelo de Trujillo; Anales 2° Semestre/84, pág. 656).

Por regla general la interpretación de la demanda es admisible siempre y cuando no se haga contrariando el derecho de defensa de la parte demandada y el principio del debido proceso; siendo aconsejable estarse al sentido que se dió desde su admisión que cambiar la posición asumida al momento de producirse el fallo. Pero no es admisible ejercitar los poderes de interpretación cuando las pretensiones de la demanda son claras, precisas y concretas y, por consiguiente, no oscuras o ambiguas.

En esta materia la Corporación ha interpretado que en una acción de nulidad con restablecimiento, debía entenderse que la Nación era la demandada puesto que en la demanda se atacaba la validez de actos expedidos por el Presidente de la Comisión Nacional de Valores y de reintegro de sumas de dinero que pagó la parte actora a título de multa "y que por ministerio de las expresadas resoluciones, ingresó al Fondo Especial de la Comisión Nacional de Valores..." (Precisamente este fue el caso que dio ocasión a la doctrina sentada en el auto del 16 de mayo de 1.984, arriba citado).

De la misma manera la Corporación entendió en otra oportunidad que una demanda contra el Departamento Administrativo Nacional de Estadística estaba dirigida contra la Nación. (Exp. 11082, Actor: Fernando Gómez Hoyos, y en salvamento de voto a una sentencia dictada dentro de un recurso extraordinario de súplica, que no prosperó por considerarse que no se había presentado contrariedad de la jurisprudencia sobre interpretación de la demanda, los H. Consejeros Carlos Betancur Jaramillo, Miguel Betancur Rey y Enrique Low Murtra expresaron que cuando se demanda a una entidad nacional sin personería jurídica, en el caso el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debe entenderse que la acción se está dirigiendo contra la Nación (Exp. 11081, Actor: Jorge Humberto Camargo Naranjo, Anales Primer Semestre 1985, pág. 901 y ss.).

Pero dentro de la anterior línea de pensamiento, la Corporación (en fallo de 5 de febrero de 1987, Exp. 4092: Julio Enrique Carrero Becerra) se declaró "inhibida para decidir en el fondo por ineptitud sustantiva de la demanda" por haberse dirigido la demanda contra la Nación "de una manera general, sin indicar el centro de imputación de la administración que, siendo titular de personería jurídica por mandato de la ley" (en el evento el Fondo Vial Nacional), debía responder de la conducta jurídica por la cual se demandaba el reconocimiento de unos perjuicios (Anales, Primer Semestre 1.987, Pág. 892 y ss.).

7° Juzgado a la luz de los criterios anteriores el caso *sub-lite* en el punto referente a la legitimación pasiva en la causa, la Sala encuentra que verdaderamente debía entenderse que el centro de imputación demandado fue la Nación y que la litis se integró debidamente cuando la demanda se notificó al señor Ministro de Justicia.

Y en este estado, se considera conveniente dejar sentada una severa crítica al comportamiento observado por dicho funcionario quien no obstante haber sido notificado en debida forma no se apersonó del proceso en forma alguna, ni contestando a los cargos, ni oponiéndose a las pretensiones, ni luego, solicitando la práctica de

pruebas o contradiciendo las pedidas por la parte actora, pero ni siquiera alegando en cualquiera de las instancias.

Cuando en ocasiones la opinión pública se muestra sorprendida por las cuantiosas indemnizaciones que la Nación o sus distintas entidades se ven obligadas a pagar, no se cae en cuenta en circunstancias como las anotadas, cuando la Nación por incuria o descuido de sus funcionarios queda huérfana de toda defensa; defensa que no puede suplir el juzgador, quien, es obvio, no podría, sin faltar a su altísima misión, ocupar el vacío dejado por alguna de las partes en un litigio.

8° En este estado también considera la Sala pertinente observar, a lo dicho por el Tribunal a-quo, que no deben confundirse los conceptos de legitimación en la causa (legitimatio ad causam) y de legitimación procesal (legitimatio ad processum), pues tanto la doctrina como la jurisprudencia los tienen bien distinguidos, aun cuando en ocasiones con la locución legitimación procesal se designa el género del cual la legitimación en la causa y la capacidad procesal son las especies.

Del primer concepto se dio ya una definición acogida por anterior oportunidad, como se dijo, por esta misma Sala, advirtiendo que algunos procesalistas, tan versados y profundos como el tratadista colombiano Hernando Devis Echandía, le introducen al tema un interesante matiz cuando hablan de sustancial para obrar como diferente de la legitimación en la causa (ver autor citado en, Compendio del Derecho Procesal - Teoría General del Proceso, tomo I, pag. 263 y ss. Ed. Dike, Medellín, 1.987).

La legitimación procesal o legitimatio ad processum o capacidad procesal, se refiere a la aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro (E.J. Couture, Vocabulario Jurídico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1.985).

Para algunos la falta de legitimación en la causa lleva a una sentencia inhibitoria (H. Devis E. Ob. Cit., pag. 289). Para otros y la Corte Suprema se ha adherido a ellos, la falta debe conducir a desatar el litigio en el fondo por ser claro que si reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no tiene la obligación u obligaciones correlativas, decisión que, entonces, debe ser denegatoria de las pretensiones. (tesis prohijada por el profesor Hernando Morales, Curso de Derecho Procesal Civil - Parte General, pág. 147 Ed. A.B.C., Bogotá, 1985).

Aun cuando esta Corporación ha vacilado en apoyar cualquiera de tales tesis y en sus fallos se ha inclinado por una o por la otra, el caso es que en el *sub-lite* no cabía un fallo inhibitorio por las razones expuestas bajo el numeral 6° que antecede.

Y como lo que sucede es que hay que entender que la demanda fue la Nación por una falla de una de las unidades administrativas adscritas al Ministerio de Justicia y como el sr. Ministro de Justicia fue notificado de la demanda, tampoco podría

hablarse de falta de capacidad procesal por parte de la Nación y tampoco, entonces, el fallo ha debido ser inhibitorio.

9° Como bien lo advierte la señora Fiscal 7ª de esta Corporación en su bien razonado concepto, es claro que en el presente proceso la parte actora no está demandando ningún acto administrativo proferido por el Consejo Nacional de Estupefacientes para que se anule y como consecuencia se le restablezca en el derecho conculcado o se le indemnicen los perjuicios sino que se pretende que se declare que la Nación es responsable por haber omitido una actuación que le correspondían y por lo cual se causó a unos administrados un perjuicio que piden se les reconozca y pague.

La Sala acoge sobre el particular el juicioso análisis hecho por la fiscalía en los siguientes términos:

"La responsabilidad extracontractual del Estado se deduce siempre que se dan los elementos que la configuran; éstos son una acción u omisión, un daño causado y una relación de causalidad entre los dos extremos mencionados".

"En el presente caso se fundamenta la demanda en que la Administración incurrió en mora en tomar las determinaciones que le eran obligatorias frente a la suspensión de actividades de una avioneta sin que hubiera razón legal para ello y, por lo mismo se causó un daño a los propietarios de la misma, daños consistentes en perjuicios materiales por la no explotación económica del bien y daños morales por el escarnio público a que fueron sometidos los propietarios por la calidad de las inculpaciones hechas.

"La verificación de todo lo anterior se hará mediante el análisis de las pruebas presentadas.

"Está debidamente demostrado dentro del juicio que la avioneta Cessna HK-2800 fue inmovilizada por el Ministerio de Justicia el 9 de abril de 1984, orden que tuvo como base un informe de la Policía (fl. 57).

"El 10 de noviembre de 1984 mediante Resolución No. 0059 el Consejo Nacional de Estupefacientes decidió suspender el certificado de aeronavegabilidad de la aeronave. Esta providencia no aparece allegada al expediente por lo cual la decisión a la cual se llegó se conoce por la referencia que se hace a la misma en la Resolución No. 044 del 10 de noviembre de 1986 (fls. 57 y 58).

"El 14 de noviembre de 1984 el interesado presentó recurso de reposición contra la decisión de la Administración, según la alusión hecha en la Resolución No. 044 ya mencionada (fl. 57).

"La Administración el 25 de septiembre de 1985 decidió posponer el estudio de la reposición mientras se decidía la situación de la aeronave por parte de la justicia penal (fl.116).

"La decisión en cuestión fue comunicada al Consejo Nacional de Estupefacientes mediante oficios del 12 y del 15 de julio de 1.986, en los cuales se comunica que la decisión de la justicia penal fue ordenar la entrega de la avioneta (fl. 48).

"No obstante, la Administración solo vino a decidir la reposición el 10 de noviembre de 1986, mediante providencia No. 044 por la cual resolvió reponer la Resolución No. 059 del 10 de noviembre de 1.984, por cuanto los fundamentos que habían dado lugar a dictar ésta última, habían desaparecido (fl. 57).

Del anterior recuento se deduce que la Administración si incurrió en mora al no decidir oportunamente sobre la reclamación de devolución de la aeronave. La Fiscalía hace la anterior afirmación porque si aquella consideraba ajustada a derecho la suspensión de actividades, debió dictar inmediatamente la providencia correspondiente. Y si consideraba que la avioneta estaba encartada y por lo mismo no podía revocar la suspensión del certificado de aeronavegabilidad debió decirlo dentro de los términos legales para aclarar la situación jurídica de la aeronave. Al no hacerlo incurrió en falla del servicio por omisión.

"Ahora bien al decidir la justicia penal que la aeronave no estaba implicada en las actividades que dieron origen a la suspensión de actividades, se configuró el daño por la paralización de los vuelos de la avioneta que era objeto, cuando sucedieron los hechos, de explotación económica (fls. 93 a 97, 106 a 112).

"Se configuran, entonces, los elementos de falla del servicio y daño, como ya se vió, y se observa también, que es evidente la relación se causalidad entre los dos extremos anteriores, por lo cual se deduce claramente la responsabilidad de la demanda (sic)" (Obviamente debe leerse: demandada) (fls. 198 a 200).

10° Para la determinación de perjuicio, la parte actora en el capítulo intitulado "CONCEPTO DE LA VIOLACION" de su demanda, alega que el perjuicio sufrido por el señor Argemiro Vargas Medina, consistió en:

a) Haberse visto obligado a vender a muy bajo precio la aeronave HK-2800, por no poderla operar debido a la omisión o falla en que incurrió la administración;

b) Haberse visto privado de los ingresos que la aeronave ha debido producir durante el período en que fue su propietario y durante el tiempo en que se produjo la mencionada falla en el servicio.

c) Haberse visto forzado a suspender el pago del capital del valor de la hipoteca en dólares contraída para la compra del avión, ante la falta de ingresos provenientes de la utilidad que le producía la aeronave, lo que lo obligó a "cancelar intereses más elevados".

Los perjuicios inferidos a la señora Amparo Perdomo Serrato consisten, según la misma demanda, en las utilidades dejadas de percibir durante el período en que fue

dueña de la aeronave y hasta cuando quedó en posibilidad de operarla nuevamente y en los gastos que tuvo que efectuar para "poder poner de nuevo en funcionamiento", teniendo en cuenta, además, que el retardo, la lentitud de la administración en devolverla ocasionaron un deterioro físico de aquél cuando quedó "abandonado a las inclemencias del tiempo y sin poder efectuar las reparaciones necesarias".

La Sala precisa en primer término que el procedimiento seguido por el Consejo Nacional de Estupefacientes fue absolutamente irregular, pues:

a) El 9 de abril de 1.984 ordenó al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil la suspensión de actividades de vuelo de la aeronave HK-2800, -lo que fue obedecido por dicho Departamento al día siguiente-. Dicha orden la expidió el Consejo "con base en un informe dado por la Policía de Control de Sustancias que producen Adicción (sic) Física o Síquica", en el cual se vinculaba dicha aeronave al tráfico de estupefacientes en los Llanos del Yarí (fls. 41, 57 y 58).

b) El 24 de abril de 1.984 el propietario, en ese momento, de la aeronave, sr. Argemiro Vargas, solicitó que se ordenara su devolución (fls. 50 y 51).

c) Ninguna respuesta oportuna se dio a la anterior solicitud y sólo hasta el 13 de noviembre de dicho año el Consejo dictó una Resolución, la No. 0059, ordenando la suspensión del certificado de aeronavegabilidad del citado avión (fl. 57).

d) El 14 de noviembre, la nueva propietaria, sra. Amparo Perdomo Serrato, interpuso recurso de reposición contra dicha resolución.

e) El Consejo, sólo hasta el 25 de septiembre de 1.985 (es decir 10 meses después) decidió posponer el estudio del recurso hasta cuando hubiera un pronunciamiento "en relación con las aeronaves vinculadas al proceso del Yarí", por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá).

f) El Juzgado 2° Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), que era quien conocía realmente de una investigación sobre tráfico de estupefacientes en los Llanos del Yarí, en providencia del 3 de marzo de 1.986 resolvió que se oficiara al Consejo ordenándole la entrega de la aeronave a la actora Amparo Perdomo Serrato, decisión que fue consultada al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia y aprobada por éste (fls. 45 a 47).

g) Con fecha 10 de marzo de 1.986, la Juez 2° Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) certificó con destino al Consejo sobre la providencia del 3 del mismo año y le informó que la señora Amparo Perdomo Serrato y el señor Argemiro Vargas Medina nunca estuvieron vinculados a la investigación y "Que la aeronave CESSNA, TU-206, con matrícula HK-2800, no fue vinculada a este proceso ni durante la etapa sumarial ni la etapa del juicio" (fl. 49).

"La decisión en cuestión fue comunicada al Consejo Nacional de Estupefacientes mediante oficios del 12 y del 15 de julio de 1.986, en los cuales se comunica que la decisión de la justicia penal fue ordenar la entrega de la avioneta (fl. 48).

"No obstante, la Administración solo vino a decidir la reposición el 10 de noviembre de 1986, mediante providencia No. 044 por la cual resolvió reponer la Resolución No. 059 del 10 de noviembre de 1.984, por cuanto los fundamentos que habían dado lugar a dictar ésta última, habían desaparecido (fl. 57).

Del anterior recuento se deduce que laAdministración si incurrió en mora al no decidir oportunamente sobre la reclamación de devolución de la aeronave. La Fiscalía hace la anterior afirmación porque si aquella consideraba ajustada a derecho la suspensión de actividades, debió dictar inmediatamente la providencia correspondiente. Y si consideraba que la avioneta estaba encartada y por lo mismo no podía revocar la suspensión del certificado de aeronavegabilidad debió decirlo dentro de los términos legales para aclarar la situación jurídica de la aeronave. Al no hacerlo incurrió en falla del servicio por omisión.

"Ahora bien al decidir la justicia penal que la aeronave no estaba implicada en las actividades que dieron origen a la suspensión de actividades, se configuró el daño por la paralización de los vuelos de la avioneta que era objeto, cuando sucedieron los hechos, de explotación económica (fls. 93 a 97, 106 a 112).

"Se configuran, entonces, los elementos de falla del servicio y daño, como ya se vió, y se observa también, que es evidente la relación se causalidad entre los dos extremos anteriores, por lo cual se deduce claramente la responsabilidad de la demanda (sic)" (Obviamente debe leerse: demandada) (fls. 198 a 200).

10° Para la determinación de perjuicio, la parte actora en el capítulo intitulado "CONCEPTO DE LA VIOLACION" de su demanda, alega que el perjuicio sufrido por el señor Argemiro Vargas Medina, consistió en:

a) Haberse visto obligado a vender a muy bajo precio la aeronave HK-2800, por no poderla operar debido a la omisión o falla en que incurrió la administración;

b) Haberse visto privado de los ingresos que la aeronave ha debido producir durante el período en que fue su propietario y durante el tiempo en que se produjo la mencionada falla en el servicio.

c) Haberse visto forzado a suspender el pago del capital del valor de la hipoteca en dólares contraída para la compra del avión, ante la falta de ingresos provenientes de la utilidad que le producía la aeronave, lo que lo obligó a "cancelar intereses más elevados".

Los perjuicios inferidos a la señora Amparo Perdomo Serrato consisten, según la misma demanda, en las utilidades dejadas de percibir durante el período en que fue

dueña de la aeronave y hasta cuando quedó en posibilidad de operarla nuevamente y en los gastos que tuvo que efectuar para "poder poner de nuevo en funcionamiento", teniendo en cuenta, además, que el retardo, la lentitud de la administración en devolverla ocasionaron un deterioro físico de aquél cuando quedó "abandonado a las inclemencias del tiempo y sin poder efectuar las reparaciones necesarias".

La Sala precisa en primer término que el procedimiento seguido por el Consejo Nacional de Estupefacientes fue absolutamente irregular, pues:

a) El 9 de abril de 1.984 ordenó al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil la suspensión de actividades de vuelo de la aeronave HK-2800, -lo que fue obedecido por dicho Departamento al día siguiente-. Dicha orden la expidió el Consejo "con base en un informe dado por la Policía de Control de Sustancias que producen Adicción (sic) Física o Síquica", en el cual se vinculaba dicha aeronave al tráfico de estupefacientes en los Llanos del Yarí (fls. 41, 57 y 58).

b) El 24 de abril de 1.984 el propietario, en ese momento, de la aeronave, sr. Argemiro Vargas, solicitó que se ordenara su devolución (fls. 50 y 51).

c) Ninguna respuesta oportuna se dio a la anterior solicitud y sólo hasta el 13 de noviembre de dicho año el Consejo dictó una Resolución, la No. 0059, ordenando la suspensión del certificado de aeronavegabilidad del citado avión (fl. 57).

d) El 14 de noviembre, la nueva propietaria, sra. Amparo Perdomo Serrato, interpuso recurso de reposición contra dicha resolución.

e) El Consejo, sólo hasta el 25 de septiembre de 1.985 (es decir 10 meses después) decidió posponer el estudio del recurso hasta cuando hubiera un pronunciamiento "en relación con las aeronaves vinculadas al proceso del Yarí", por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá).

f) El Juzgado 2° Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), que era quien conocía realmente de una investigación sobre tráfico de estupefacientes en los Llanos del Yarí, en providencia del 3 de marzo de 1.986 resolvió que se oficiara al Consejo ordenándole la entrega de la aeronave a la actoraAmparo Perdomo Serrato, decisión que fue consultada al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia y aprobada por éste (fls. 45 a 47).

g) Con fecha 10 de marzo de 1.986, la Juez 2° Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) certificó con destino al Consejo sobre la providencia del 3 del mismo año y le informó que la señora Amparo Perdomo Serrato y el señor Argemiro Vargas Medina nunca estuvieron vinculados a la investigación y "Que la aeronave CESSNA, TU-206, con matrícula HK-2800, no fue vinculada a este proceso ni durante la etapa sumarial ni la etapa del juicio" (fl. 49).

h) Con oficios del 12 y 15 de julio de 1.986 la citada Juez solicitó al Consejo que se entregara a la sra. Perdomo Serrato la mencionada aeronave.

i) Enseguida, solo hasta el 10 de noviembre de 1.986 el Consejo profirió la Resolución N° 0059 de 13 de noviembre de 1.986 y ordenando se oficiara al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y a otras dependencias, sobre el particular (fls. 57 y 58).

Resulta claro de todo lo anterior que el Consejo Nacional de Estupefacientes con base en un informe de la comúnmente llamada Policía Antinarcóticos inmovilizó la aeronave de los actores, no se preocupó por averiguar o investigar sobre la veracidad del mismo, no resolvió oportunamente el recurso interpuesto contra su primera decisión y diez meses después pospuso cualquiera decisión hasta cuando un Juzgado, en donde dicha avioneta y sus propietarios sucesivos nunca estuvieron involucrados en forma alguna a la investigación de tráfico de narcóticos en los Llanos del Yarí, se pronunciara sobre el particular.

Mayor desidia, más clara muestra de ineficiencia en el cumplimiento de sus funciones y en la protección o amparo de los derechos de los asociados por parte de un organismo del Estado, es quizá difícil de encontrar.

Dentro del proceso consta que la aeronave citada estaba dedicada al transporte de carga y pasajeros, trabajos que naturalmente se suspendieron por la decisión del Consejo (fls. 93 a 97).

Para demostrar los perjuicios que se les causaron con las actuaciones administrativas anotadas se practicó experticio por dos peritos designados por el Tribunal a-quo, quienes se limitaron a conceptuar sobre cuál era el costo de operación y el rendimiento promedio de una aeronave de las características de la avioneta de los actores para concluir que ella hubiera podido producir una utilidad líquida, en los 31 meses de inmovilización, de $34.875.000,oo (fls 98 y 99).

Para la Sala, si bien está demostrado el perjuicio con las declaraciones de testigos que obran a los folios 93 a 97, así con certificado del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (fls. 36 a 38) que muestra este último las actividades de vuelos realizadas por la aeronave entre el 21 de abril de 1.983 y el 10 de abril de 1.984, la cuantía de aquél no está probada pues, como en repetidas ocasiones ha dejado sentado esta Corporación, el daño indemnizable es el cierto y que sea una consecuencia necesaria y directa del hecho que lo origina y si bien su reparación debe comprenderlo en sus conceptos de daño emergente y lucro cesante, su cuantificación debe hacerse a partir de datos incontrovertibles acerca de la efectiva pérdida sufrida y no, como sucede con el dictamen pericial de lo que una aeronave similar a la inmovilizada hubiera podido producir en la hipótesis de haber operado mínimo 90 horas por mes.

Para que el experticio mereciera credibilidad en cuanto al lucro cesante (él para nada se refiere al daño emergente) ha debido contener una estimación exacta de lo que efectivamente, realmente, le estaba produciendo la operación de la aeronave a sus propietarios, producido del que se vieron privados por razón de la maladada actuación de la administración.

De otra parte, el actor Sr. Argemiro Vargas Medina no acreditó la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el hecho de la venta que hizo de la aeronave inmovilizada ni el alegado perjuicio que ello le ocasionó como tampoco probó que la falta de ingresos provenientes de su inoperatividad le hubiera ocasionado la suspensión de pagos del capital adeudado y el haber tenido que saldar mayores intereses.

Resulta, entonces, que para la Sala sólo esta demostrado y esto en abstracto, el perjuicio sufrido por concepto de lucro cesante, por los actores, de donde en incidente posterior será necesario que se cuantifique, siguiendo para el efecto el procedimiento de que trata el art. 137 del C. de P.C. tal como quedó modificado por el art. 1° numeral 73 del Decreto-Ley 2282 de 1.989). Para la dicha cuantificación se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

a) Se acreditarán por los medios probatorios conducentes (prueba testimonial, documental, pericial, etc.) los ingresos brutos producidos con la operación de la avioneta HK-2800 durante los doce meses anteriores al 10 de abril de 1.984, así como los gastos operacionales directos e indirectos que se pagaron para obtener los correspondientes ingresos, para deducir así el ingreso líquido mensual promedio durante el mismo período.

En el mismo incidente se acreditará a cuál o cuáles empresas de transporte aéreo estuvo afiliada la aeronave HK-2800, de acuerdo con las reglamentaciones aeronáuticas y qué participaciones se pagaron a su propietario sr. Argemiro Vargas Medina por razón de la operación de aquélla, durante el período de los doce meses anteriores al 10 de abril de 1984; si fuere necesario se practicará inspección judicial con exhibición a los libros de contabilidad de las correspondientes empresas, para el fin indicado.

b) Dicho ingreso líquido mensual promedio servirá para calcular el lucro cesante durante el lapso de inmovilización de la aeronave (10 de abril de 1984 - 19 de noviembre de 1986). En esta última fecha el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil autorizó que la aeronave reanudara operaciones de vuelo, "por orden del Ministerio de Justicia, como reza la certificación de dicho Departamento que obra al folio 41).

Los actores solicitaron en el petitum que se reconocieran intereses compensatorios desde la fecha de la producción del perjuicio y la actualización de las sumas que se les reconocieran por concepto de daños.

Teniendo en cuenta la naturaleza del daño que resultó probado (lucro cesante), la suma total a indemnizar, a cada uno de los actores se determinará así:

Una vez encontrada la suma mensual promedio de rendimiento líquido de la aeronave, se actualizará su valor aplicando la fórmula:

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

en donde R será la citada suma de ingreso líquido mensual; Indice inicial, el índice de precios al por mayor certificado por el Banco de la República para el mes de abril de 1984, e Indice final el mismo índice certificado para el mes de ejecutoria de esta providencia.

Luego, se aplicará la siguiente fórmula para calcular el monto de la indemnización para cada uno de los actores.

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

en donde Ra es la suma o renta actualizada, n el lucro cesante (que para el sr. Vargas Medina va desde el 10 de abril de 1.984 al 28 de junio de 1.985 y para la sra. Perdomo Serrato del 29 de junio de 1.985 al 19 de noviembre de 1.986); e i, el interés puro o técnico del 0.004867.

Sobre las sumas que resulten, se reconocerá intereses legales a la tasa del 6% anual, desde el 26 de junio de 1.985 en cuanto al sr. Vargas Medina y desde el 19 de noviembre de 1.986 a la sra. Perdomo Serrato.

c) El período a indemnizar al actor sr. Argemiro Vargas Medina será el comprendido entre el 10 de abril de 1.984 y el 28 de junio de 1.985, cuando se hizo tradición de la aeronave a la señora Amparo Perdomo Serrato (fl. 28 vto.).

d) El período a indemnizar a la actora sra. Amparo Perdomo Serrato será el comprendido entre el 29 de junio de 1.985 y el 19 de noviembre de 1.986.

e) En la etapa incidental de que trata se allegarán las declaraciones de renta no extemporáneo del sr. Vargas Medina correspondientes al año de 1.983, para los efectos de que trata el art. 10 de la Ley 58 de 1.982.

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 dentro del proceso de la referencia por el Tribunal Administrativo del Meta, de fecha 30 de julio de 1.989 y, en su lugar:

Primero: Declárase responsable a la Nación-Ministerio de Justicia por los perjuicios irrogados a la señora Amparo Perdomo Serrato y señor Argemiro Vargas Medina con ocasión de la suspensión del Certificado de aeronavegabilidad de la aeronave HK-2800 ordenada por el Consejo Nacional de Estupefacientes por resolución N° 0059 de noviembre 13 de 1.984.

Segundo: En consecuencia, condénase en abstracto a la Nación-Ministerio de Justicia, a pagar a la señora Amparo Perdomo Serrato y al señor Argemiro Vargas Medina las sumas de dinero que se liquidarán mediante incidente que se tramitará de acuerdo con lo establecido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 1°, numeral 73, del Decreto-Ley 2282 de 1.989. Para tal efecto se tendrán en cuenta las pautas señaladas en la parte motiva del presente fallo.

Tercero: Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de octubre de 1.990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio Cesar Uribe Acosta,* Con salvamento de voto.

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ DAÑO CIERTO/ LEGITIMACION POR PASIVA- (Salvamento de Voto)

El Consejo Nacional de Estupefacientes no puede comparecer en juicio porque no tiene personalidad jurídica, y la notificación que se hizo al Señor Ministro de Justicia tiene la misma informalidad que se desprende del auto que inadmitió la demanda. En consecuencia la Nación-Ministerio de Justicia no fue demandada. No cabe predicar respecto de uno de los reclamantes, daño cierto.

SALVAMENTO DE VOTO DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Bogotá, D.E., Octubre veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1.990).

REFERENCIA: EXPEDIENTE NO. 5945. ACTOR: ARGEMIRO VARGAS MEDINA.

DEMANDADO: MINISTERIO DE JUSTICIA.

Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones:

PRIMERA. Porque considero que le asiste toda la razón al *a-quo* cuando glosa los aspectos relacionados con la capacidad para ser parte, la legitimación en el proceso y la demanda en forma. En puridad de verdad el Consejo Nacional de Estupefacientes no puede comparecer en juicio, porque no tiene personalidad jurídica, y la notificación que se hizo al Señor Ministro de Justicia tiene la misma informalidad que se desprende del auto que admitió la demanda, donde se lee:

"Notifíquese personalmente este auto al Sr. Presidente del consejo Nacional de Estupefacientes-MINISTRO DE JUSTICIA- o - quien haga sus veces ...".

Dentro del marco anterior, se impone concluir que la NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA, no fue demandada, y, por lo mismo, se le está condenando sin haber sido oída y vencida en juicio.

SEGUNDA.- No alcanzo a comprender el alcance de la condena que se hace en favor de la Señora AMPARO PERDOMO SERRATO, pues ésta compró la avioneta por $1.500.000.oo el día 16 de Mayo de 1985, esto es, casi once meses después de haber ordenado la suspensión de actividades de la misma. Esta realidad, interpretada a la luz de la lógica de lo razonable, muestra que ella conocía las circunstancias particulares en que la misma se encontraba y la dio por recibida a su entera satisfacción, motivo por el cual no cabe predicar que respecto a ella el daño sea CIERTO. Por lo demás, el vendedor no le hizo la sesión de ningún derecho personal derivado de la orden de suspensión de actividades de la citada aeronave.

Con toda consideración,

Julio Cesar Uribe Acosta.

Bogotá, D.E., Octubre 29 de 1.990.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ PRUEBA DEL HECHO SENTENCIA ABSOLUTORIA- Efectos/ **LEGITIMA DEFENSA**

En el presente caso la conducta de la administración no quedó subsumida íntegramente en la de los agente absueltos en consideración a que actuaron en legítima defensa, pues las pruebas recogidas dentro del proceso contencioso administrativo muestran que la conducta de los otros agentes de la administración que actuaron en los mismos hechos estructuran la falla que se alegó, ya que ellos nada hicieron para impedir o repeler el alegado ataque de los vecinos y no se preocuparon por evitar la tragedia.

LEGITIMACION POR ACTIVA/ PADRE NATURAL/ PERJUICIOS MORALES destinatarios

No se está legitimado en la causa pues el reconocimiento de un hijo como natural no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado por la persona reconocida o por sus herederos, circunstancia que no se acreditó en el proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., veintitres (23) de Octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5594. Actor: Jose Angel Estrada y Otros.

Conoce la Sala por vía de Consulta la sentencia del 26 de septiembre de 1.988 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, por lo cual se declaró a la

Nación como "responsables solidarios por los daños causados a JOSE A. ESTRADA ALVAREZ Y SOL DE JESUS MONTES, en su calidad de padres naturales de las víctimas FRANCISCO MANUEL Y ADRIANO JOSE ESTRADA MONTES" y a "ADALBERTO MANUEL, LUISA ELENA, RODRIGO MATIAS, MIRIAM ISABEL e ILSA MARIA ESTRADA MONTES, hermanos de las mismas víctimas; se condenó a los "responsables solidarios" al pago del valor equivalente en pesos a 2.000 gramos oro a cada uno de los padres y de la suma equivalente en pesos a 600 gramos a cada uno de los hermanos, y se denegaron las demás pretensiones de la demanda (fls. 141 a 152, C. 1).

I. ANTECEDENTES:

1° Mediante demanda presentada el 19 de julio de 1.986, José Angel Estrada Alvárez y Sol de Jesús Montes Martínez, en su propio nombre y en el de su hija menor Enilsa María Estrada Montes, y Adalberto Manuel, Luisa Elena, Rodrigo Matías y Miriam Estrada Montes, en su propio nombre, solicitaron que se declarara que "la Nación y la Policía Nacional son solidariamente responsables, de responsabilidad administrativa, por daños y perjuicios" que se les causaron "por la captura ilegal y muerte violenta" de Francisco Manuel y Adriano Estrada Montes, "hecho ocurrido el siete (7) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro 1.984), en el corregimiento de La Apartada, municipio de Ayapel, departamento de Córdoba, a manos de agentes de la Policía Nacional.

Como consecuencia de la declaración anterior se pidió que se condenara "a la Nación y a la Policía Nacional solidariamente" a pagar a los padres, los "daños y perjuicios materiales, incluidos los intereses compensatorios de lo que sumen", causados a éstos, y por concepto de perjuicios morales, en favor de los mismos padres y hermanos demandantes, el equivalente en pesos de "un mil (1.000) gramos de oro fino" para cada uno y por cada una de las víctimas "más intereses aumentados con la variación porcentual del índice de precios al consumidor de ingresos bajos, desde la fecha de la sentencia y hasta su efectivo cumplimiento". Se solicitó, así mismo, que se condenara al pago de agencias en derecho.

2° Se alegó como causal de tales pretensiones, en síntesis, que los señores Francisco Manuel y Adriano José estrada Montes fueron ultimados por una patrulla de la policía integrada por el Cabo Primero Heriberto Rodríguez Tagua y los agentes Tobias Otero Murillo, José Loaiza Restrepo y Héctor Correa Reyes, luego de haber intentado capturar al Sr. Francisco Manuel Estrada Montes, sin que existiera orden de autoridad competente para efectuar dicha captura ni haber sido "sorprendidos en flagrancia ni cuasiflagrancia", se afirmó también, que el Sr. Francisco Manuel Estrada Montes "era lavador de oro de la mina El Pisingo del Bajo Cauca y en época de subienda del río San Jorge se dedicaba a la pesca", actividades de las que "derivaba su sustento y contribuía al sustento de sus padres", y que el Sr. Adriano José estrada "era ayudante de albañileria; también se dedicaba al lavado de oro en la mina El Pisingo y pescaba en las temporadas de subienda" y que con el producido de tales labores se procuraba igualmente su sustento y auxiliaba a sus padres.

Al decir del apoderado judicial de los demandantes "Existe una estrecha relación de causalidad entre los daños y perjuicios sufridos por mis poderdantes y la administración pública nacional, puesto que fue la Policía Nacional, a través de sus agentes uniformados, incluido un suboficial, quienes de modo arbitrario capturaron ilegalmente a Francisco Manuel Estrada Montes y luego lo ultimaron a disparos lo mismo que al hermano de éste Adriano José Estrada Montes".

3° Cumplido el trámite de rigor, el Tribunal Administrativo de Córdoba le dio término en la forma atrás anotada decisión que fundamento en las consideraciones que se resumen así:

a) Con copias de las Actas de Registro Civil allegadas al proceso se comprobó tanto el fallecimiento de los señores Francisco Manuel, Adriano José Estrada Montes, como el parentesco con los demandantes.

b) Constituyen elementos axiológicos "para la prosperidad de las pretensiones resarcitorias que hacen responsable al Estado.

"1° Una falta o falla del servicio de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio, falla que es anónima de la administración.

"2° Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, lo que excluye los actos ajenos al servicio.

"3° Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protejido (sic) por el derecho.

"4° Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño causado".

c) El daño causado resulta demostrado con la muerte de los srs. Estrada Montes, "según la diligencia de necropsia practicada por los señores Médicos del Hospital local de Montelíbano-Córdoba" y con "los registros de defunciones", pero los perjuicios materiales "no se demostraron en el proceso, razón por la cual se habrá (sic) lugar a condena por este rubro "y en cuanto a los perjuicios morales "se condenará a mil gramos de oro por la muerte de cada uno de los hijos a cada uno de los padres, habida consideración al grado de parentesco que unía a las víctimas con los reclamantes" y "en favor de cada uno de los hermanos por la muerte de sus hermanos en la suma de trescientos (300) gramos de oro"' también por la muerte de cada uno de ellos.

d) "Es incuestionable y así lo determina la Constitución que las autoridades de la República están instituidas para garantizar la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Las autoridades de policía les corresponde (sic) preventivamente cumplir con este de-

ber. En el Caso sometido a estudio se encuentra plenamente demostrado que la muerte de los hermanos Estrada Monte, fue ocasionada por agentes de la Policía Nacional en actos de servicio. De ello da (sic) cuenta las declaraciones que bajo la gravedad del juramento rindieron en este Tribunal los testigos MANUEL DOMINGO MEJIALOPEZ, MILCIADES MEJIA LOPEZ, MARGARITA DOLORES MEDINA TAPIA, personas ajenas al proceso, sin parentezco alguno con los interesados..."

"Igualmente se cuenta con el proceso penal que la Justicia Penal Militar adelantó contra los cuatro agentes de la policía que participaron en estos". (fl. 148, C. 1).

Para el a-quo, la comisión de los hechos por agentes de la administración se demuestra con "el informe rendido por la Subestación de Policía del corregimiento de La Apartada, municipio de Ayapel, lugar en que (sic) sucedieron los hechos y en que (sic) se afirma que la patrulla de la policía salió por el perímetro urbano a fin de contrarrestar la delincuencia, lo que está indicando en forma por demás clara que dichos agentes se encontraban en ejercicio de sus funciones".

e) Los mismos testigos citados demuestran que "los agentes de la policía se excedieron en sus funciones al ocasionar la muerte de los hermanos ESTRADA MONTES".

f) La relación de causalidad entre "la falla del servicio y el daño es clara y no necesita de esfuerzo alguno para así deducirla, pues la muerte de los ESTRADA MONTES, fue consecuencia directa de la actuación policiva.

4° Ninguna de las partes recurrió contra la sentencia reseñada como tampoco ninguna alegó de conclusión dentro del trámite de la consulta (art. 184 C.C.A.).

El Fiscal 7° de esta Corporación considera que las pruebas allegadas demuestran la falla del servicio, el daño y la relación de causalidad entre este y aquél, por lo cual pide que se confirme la sentencia.

I. CONSIDERACION DE LA SALA :

1° Sobre el hecho mismo de la captura del señor Francisco Manuel Estrada Montes, la presencia caso inmediata en el lugar donde aquélla se realizo de su hermano Adriano José y la muerte de éstos por acción de miembros de la patrulla policial que ejecutaba el operativo, sólo se recibieron dentro del proceso de los testimonios de los señores Manuel Domingo Mejía y Milciades Mejía López (fls. 92 y 93, C. 1). Sobre los hechos que siguieron aparece la declaración de la testigo Margarita Medina Tapia. (fls. 93 y 93 vto., C. 1).

Unidos tales testimonios aparece claro para la Sala que habiendo retenido la patrulla policial al sr. Francisco Manuel Estrada Montes, quien se encontraba en una

tienda o granero de propiedad de los declarantes srs. Mejía López, lo sacaron de allí y ya en la calle, cuando el capturado se encontró con su madre y su hermano Adriano José y se abrazó a la primera, a culatazos se lo apartó de ella y se disparó contra él y contra su hermano, causándoles la muerte, luego de lo cual la patrulla policial se retiró del lugar.

Al proceso se allegó copia de la investigación penal que adelantó la Justicia Penal Militar y allí aparecen las indagatorias recibidas a los miembros de la patrulla y los testimonios rendidos por la madre de las víctimas (fls. 79 y 480, C. 2) y del sr. Rodrigo Adolfo Morales Ladino, Inspector de Policía del corregimiento La Frontera, jurisdicción del municipio de Ayapel (fls. 77 y 79 C. 2). Los agentes indagados al tiempo que aceptaron que por acción de las armas que portaban los agentes Tobias Fermín Otero y Héctor Manuel Correa Reyes, quienes hacían parte de la patrulla, murieron los srs. Estrada López, explicaron que ello se debió a la circunstancia de haberse tenido que defender de una turba de vecinos que los atacaron con palos y machetes. Sin embargo, tanto los testimonios recibidos dentro del proceso contencioso administrativo como los citados recogidos dentro del adelantado por la Justicia Penal Militar, y citados, contradicen la versión de los indagados acerca del pretendido ataque de los vecinos.

La investigación penal terminó con absolución de los sindicados en segundo Consejo de Guerra Verbal, por haberse declarado contrario a la evidencia de primer pronunciamiento, que también fue absolutorio. (fls. 204 a 210; 157 a 166; y 126 a 138 todos del C. 2). La providencia que acogió el segundo veredicto del Consejo de Guerra Verbal dice acogerlo en consideración a que de acuerdo con el art. 587 del Código de Justicia Penal Militar establece que "El veredicto del segundo Consejo es definitivo". (fls. 139 a 144, C. 20).

Debe advertirse, para las conclusiones que enseguida se sacarán, que en dichos Consejos de Guerra, fueron juzgados únicamente los agentes Tobias Fermín Otero Murillo y Héctor Manuel Correa Reyes a quienes se absolvió porque según los integrantes del Consejo, actuaron en legítima defensa ante la asonada de los vecinos y los presuntos ataques con palos y machetes. En cambio, al cabo 1° Heriberto Rodríguez Tagua y al agente José Olivo Loaiza Restrepo no se les juzgó, porque se consideró que no había mérito para ello. (fl. 220, C. 2).

2° Esta corporación, en pasada ocasión (Exp. No. 5573, Actor Felix Celis Palencia y otros, sentencia de noviembre 24 de 1.989), se preocupó por determinar la influencia de las sentencias absolutorias pronunciadas en procesos penales en los procesos contencioso administrativos en donde se debatiere la responsabilidad de administración por los mismos hechos en donde se hubiere juzgado penalmente a los agentes de ella.

Allí se hicieron, entre otras, las siguientes tres precisiones que la Sala destaca por venir al caso y para explicar porqué en éste no se presenta discrepancia con lo dicho en aquella ocasión:

1) "La sentencia penal, **absolutoria o condenatoria** constituye plena prueba sobre **la ocurrencia del hecho juzgado** y tal ocurrencia no puede ponerse en duda en otro juicio y concretamente en uno contencioso administrativo en el cual se juzgue la conducta de la administración para deducir por ejemplo, su responsabilidad contractual o extracontractual.

2) "La sentencia penal **absolutoria** de un agente de la administración no implica que no pueda existir falla del servicio pues la responsabilidad de ésta se gobierna por normas diferentes y su existencia no requiere siempre de la culpa personal de aquél.

3) "Pero cuando la responsabilidad de la administración no puede escindirse de la conducta que observó su agente porque está subsumida íntegramente en la actuación de éste, la sentencia **absolutoria** en cuanto define que el sindicado no cometió el hecho, (y la administración solo actuó a través de su agente) o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, el valor erga omnes de cosa juzgada de la correspondiente sentencia penal tiene plena aplicación.

4) "Sin embargo, cuando esa responsabilidad sí pueda escindirse de la conducta del agente, lo que sucede por ejemplo, cuando no obstante que el sindicado no cometió el hecho éste sí ocurrió y otros agentes de la administración intervinieron en él; o cuando no obstante que el agente obró en legítima defensa, se demuestra que la administración fue negligente en la escogencia de su agente u omitió medidas de prevención o seguridad que eran indispensables y le correspondía tomarlas en ejercicio de funciones atribuidas por la constitución, la ley o los reglamentos, podrá existir responsabilidad de la administración no obstante la absolución penal del agente".

4° Aplicando la doctrina transcrita al subjudice, se tiene que a pesar de la discrepancia que existe entre los testimonios aportados a este proceso y las indagatorias rendidas por los sindicados en el penal, los dos primeros principios citados impiden a la Sala evitar aceptar que efectivamente se presentó una asonada o tumulto con ocasión de la retención efectuada por la patrulla policial en la persona de una de las víctimas, el sr. Francisco Manuel Estrada Montes y que en desarrollo de la misma asonada se atacó a la patrulla policial y que los agentes Otero y Correa Reyes dispararon y ocasionaron la muerte de los hermanos Estrada Montes en legítima defensa, pero a pesar de esto, puede la Sala confirmar la declaratoria de responsabilidad de la Nación aplicando estrictamente el tercero de los principios sentados, pues es evidente que en este caso, la conducta de la administración no quedó subsumida íntegramente en la de los agentes absueltos en consideración a que actuaron en legítima defensa, pues las pruebas recogidas dentro del proceso contencioso administrativo muestran que la conducta de los otros agentes de la administración que actuaron en los mismos hechos estructuran la falla que se alegó en la demanda, ya que ellos nada hicieron para impedir o repeler el alegado ataque de los vecinos y no se preocuparon por evitar la tragedia.

En efecto; los policías cabo 1° Heriberto Rodriguez Tagua y José Olivio Loaiza Restrepo, se limitaron a observar lo que estaba sucediendo y no hicieron uso de sus

armas. disparando al aire, por ejemplo para tratar de auyentar a quienes en su injurada dicen que acometían a la patrulla.

Esta conducta omisiva de los agentes de la administración unida a la de la Policía Nacional, que a pesar de la pésima conducta observada por ellos, no obstante los mantuvo en la institución, es suficiente para que la Sala llegue a la conclusión anotada sobre la falla del servicio que a su vez guarda evidente relación de causalidad con el daño alegado por los actores dentro de este proceso, daño que también está demostrado y que consistió en la muerte de los hermanos Estrada Montes, hijos y hermanos, a su vez, de los actores. (El cabo 1° Rodríguez Tagua presenta en su hoja de vida once sanciones, varias de ellas graves como quiera que una de ellas fue por lesiones personales con arma de fuego, a un menor, otra por dedicarse a ingerir licor y otra más por desobediencia a sus superiores, ver fl. 76, C. 2. El agente Loaiza Restrepo registra, por su parte, en dos años de servicio cinco sanciones con "arresto severo", también por ingerir licor y una de ellas por lesionar con arma cortopunzante a un compañero de servicio, (ver fls. 122 y 123, C. 2).

3° En cuanto a los perjuicios materiales atrás se anotó (No. 3°-C del capítulo 1. Antecedentes) que el Tribunal no los consideró demostrados en el proceso.

Estima la Sala que en esto se equivocó el a-quo, pues la prueba allegada (testimonios citados) muestra que las víctimas que ocasionó la falla del servicio trabajaban, vivían con sus padres y los auxiliaban económicamente.

A pesar de lo anterior, no habrá lugar a modificar la sentencia, por este aspecto, por cuanto el caso ha llegado en consulta únicamente, por lo que entonces. no cabe hacer mas gravosa la situación de la parte demandada.

4° También sin embargo de lo anterior, la Sala encuentra que uno de los actores, el sr. José A. Estrada Alvarez se presento dentro del proceso en su calidad de padre natural de las víctimas srs. Francisco Manuel y Adriano José Estrada Montes y para probarse su calidad de tal se allegaron certificados de la partida de nacimiento expedidos por el Notario Unico del Circulo de Montelibano en donde consta que tales víctimas fueron reconocidas como hijos naturales por el sr. Estrada en el año de 1.984, (cuando murieron) no obstante haber nacido el 15 de agosto de 1.963 el primero y el 18 de abril de 1.964 el segundo.

Para la Sala el sr. EstradaAlvarez no está legitimado en la causa pues el reconocimiento de un hijo como natural no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado por la persona reconocida o por sus herederos (art. 4, ley 75 de 1.968 en concordancia con el art. 243 del c.c.), circunstancia que no se acreditó en el proceso.

Es lamentable, por decir lo menos, que la apoderada judicial de la Nación - Policia Nacional no hubiera caido en cuenta de lo anterior para la defensa de los intereses de su representada.

De acuerdo con lo anterior, habrá de notificarse la sentencia consultada en cuanto a la condena a favor del señor José A. Estrada Alvarez.

5° Por último, la Sala considera que la indemnización por el daño moral que el a-quo estimó en el equivalente a dos mil (2.000) gramos oro en favor de cada uno de los padres y en el equivalente de seiscientos (600) gramos oro para cada uno de los hermanos, debe ser reducida al equivalente de un mil gramos oro (1.000) para la madre y de trescientos gramos del mismo metal para cada uno de los hermanos, en uso del arbitrio judicial que opera en tratándose de esta clase de perjuicios. Hasta el momento la jurisprudencia de esta Corporación no ha aceptado doblar los montos en que generalmente estima el daño moral cuando en un mismo hecho perecen las víctimas de una misma familia.

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

FALLA :

1° Confírmase la sentencia consultada, proferida por el tribunal Administrativo de Córdoba el 26 de septiembre de 1.988, dentro del proceso de la referencia, precisando que la condena se profiere contra la Nación - Policía Nacional, en cuanto se la declara responsable por los daños causados a Sol de Jesús Montes en su calidad de madre natural de las víctimas Francisco Manuel y Adriano José estrada Montes, y a Adalberto Manuel, Luisa Elena, Rodrigo Matias, Miriam Isabel e Ilsa Maria Estrada Montes, en su calidad de hermanos de las mismas víctimas, y se la condena consecuencialmente a pagar, a título de indemnización por el daño moral sufrido así:

a) A la señora Sol de Jesús Montes, en su calidad indicada, el equivalente en moneda colombiana de un mil (1.000) gramos oro.

b) A Adalberto Manuel, Luisa Elena, Rodrigo Matias, Miriam Isabel e Ilsa María Estrada Montes, en su calidad mencionada, el equivalente en la misma moneda, a cada uno, de trescientos (300) gramos oro.

Las equivalencias indicadas se harán de conformidad con el precio que para el citado metal certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Las condenas de que se trata se entiende, naturalmente, hechas en concreto.

2° Se revoca la misma sentencia en cuanto condena a la Nación Policía-Nacional al pago de perjuicios en favor del señor José A. Estrada Alvarez, en la cuantía

señalada en dicha providencia y en su lugar se la absuelve por la razón de que trata la parte motiva.

3° Se confirma la misma sentencia en cuanto deniega las demás pretensiones de la demanda.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de octubre 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.

LEGITIMACION EN LA CAUSA/ LEGITIMACION PORACTIVA/ DEMANDA- Interpretación

La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada. Tratándose de una pretensión de nulidad con restablecimiento resulta claro que quien está legitimado en la causa, por activa, es la persona cuyo derecho ha sido lesionado con el acto administrativo cuya validez se controvierta, de donde, si resulta que no es así, sino que el titular es persona diferente, el juez no puede hacer cosa distinta a denegar las súplicas de la demanda.

CADUCIDAD DEL CONTRATO/ SOCIEDAD COMERCIAL- Disolución

El municipio procedió correctamente, aplicó la causal de caducidad prevista en el contrato. En el *sub lite* si bien la prórroga del término de duración fue acordada por los socios antes del vencimiento del término previsto para la duración sólo se elevó a escritura pública y se registró en la Cámara de Comercio meses después, por lo cual no puede considerarse que el término hubiera sido válidamente prorrogado antes de su expiración.

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

Bogotá, D.E. veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *DR. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO.*

Referencia: : Expediente No. 6054. Actor: Ricardo Jose Cabrales Castillo.

Ha llegado a esta Sala, para que se surta el grado de consulta, la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba, proferida el 10 de julio de 1.989 por la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. (fls. 69 a 76).

I. ANTECEDENTES:

1° El señor Ricardo José Cabrales Castillo, confirió poder a un abogado para que en su nombre y representación personal promoviera "ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el Municipio de Cereté ... a objeto de que se declare la NULIDAD de la Resolución 090 de abril 20 de 1988 proferida por el Alcalde Mayor de Cereté, por medio de la cual se declara la caducidad administrativa de un contrato, consecuencialmente se me restablezca en mi derecho y se ordene el pago de las obligaciones pendientes a cargo de la Administración municipal con motivo del Contrato de Prestación de Servicios de Computación Electrónica y afines para la sistematización de las Facturas de IMPUESTO PREDIAL Y COMPLEMENTARIOS (catastro), con la firma `CONASE Y CIA. LTDA.' cuyo representante legal es el suscrito en su condición de Gerente, contrato este declarada (sic) su caducidad como se dijo...." (fl. 8).

2° El apoderado así designado presentó la correspondiente demanda, el 9 de agosto de 1.988, que encabezó manifestando que lo hacía "en ejercicio del poder especial que me viene conferido por el señor RICARDO JOSE CABRALES CASTILLO, mayor de edad con C. de C. N° 19.237.192 expedida en Bogotá, de este vecindario, con residencia en la Calle 68 con carrera 5ª -Unidad Residencial `El Recreo' ..." "(fls. 1 a 7).

3° El mismo apoderado concretó las pretensiones a solicitar la declaratoria de nulidad de la resolución citada en el poder, a que como consecuencia se declara que es válido y tiene fuerza legal para su cumplimiento, "el contrato celebrado el día 10 de septiembre de 1.985 entre la firma `CONASE Y CIA. LTDA. y el MUNICIPIO DE CERETE ..." y, finalmente, que el mismo Municipio debe pagar "al señor RICARDO J. CABRALES CASTILLO, en su condición de Gerente de la firma comercial `CONASE Y CIA LTDA.' el valor de las facturas dejadas de cancelar de conformidad a lo estipulado en la Cláusula Tercera del susodicho contrato..., junto con intereses y reajuste monetario.

4° La causa *petendi* puede resumirse así:

a) Con fecha 10 de septiembre de 1985 el sr. Ricardo J. Cabrales Castillo, en su condición de representante legal de la sociedad CONASE Y CIA. LTDA., celebró un

"Contrato de Prestación de Servicios de Computación Electrónica y Afines" para la sistematización de las facturas del impuesto predial y complementarios, el Municipio de Cereté.

b) De acuerdo con dicho contrato la sociedad ha facturado semestralmente incluido el período semestral de 1988, de conformidad con los listados del Instituto Agustín Codazzi, teniendo en cuenta el valor de $179.70 por predio y un total de 11.329 predios. Este valor debía "ser reajustado de conformidad con el índice de corrección monetaria del Banco de la República", pero la entidad contratante no ha pagado desde el segundo semestre de 1.987.

c) El contrato tiene una duración de cuatro años prorrogables por un año más. "Es decir que el monto del Contrato hasta el año de 1.989, cuyo cumplimiento se demanda es de $6'107.464.oo m/c. sin incluir los correspondientes reajustes por corrección monetaria e intereses".

d) Con fecha 20 de abril de 1.988 el Alcalde del Municipio de Cereté expidió la Resolución N° 090 por la cual se declaró la caducidad del contrato fundado en la cláusula décima literal c), "por disolución de la persona jurídica del contratista", hecho demostrado, según la resolución "mediante certificación auténtica emanada de la Cámara de Comercio de Montería, fechada a abril 5 de 1988 y que obra como anexo..." En la misma resolución se ordenó el pago de las obligaciones pendientes entre el cotratista y la entidad contratante.

e) En desarrollo de lo anterior el Alcalde de Cereté dictó la Resolución N° 107 de 25 de mayo de 1988 "por la cual se conmutan unas cuentas con el valor de una cláusula penal", dando por resultado, según la Resolución, un saldo a favor "de mi poderdante por la suma de $11.422 ordenados pagar en la antes dicha Resolución".

Agrega el apoderado del demandante, en relación con lo anterior que, "La conmutación sería viable si la declaratoria de caducidad hubiera sido legal, es decir ajustada a las normas que rigen la materia. Afirmamos que la mentada Resolución es contraria a derecho por violación al "debido proceso", es decir, pretermisión de normas procesales de riguroso cumplimiento y así mismo por `falsa motivación' excusable, pero no aceptable jurídicamente".

f) Contra la Resolución N° 090 de 20 de abril de 1988 se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, no obstante que no se notificó con los requisitos estatuidos en el art. 47 del C.C.A., habiéndose confirmado mediante la Resolución N° 100 del 5 de mayo siguiente y se advirtió en ella que no cabía recurso alguno y se agotaba la vía gubernativa, absteniéndose de conceder al apelación, "con lo cual se violó ostensiblemente el numeral 8° del art. 194 de la C.N.".

g) Para interponer los recursos se alegó que hubo precipitud de la Cámara de Comercio cuando expidió el certificado tenido en cuenta por la administración pues

el 18 de abril de 1988 como consta en la Escritura Pública N° 400 [de la Notaría 2ª de Montería] los socios de Conase y Cía Ltda., según Acta N° 03 del 4 de febrero anterior, acordaron prorrogar la duración de la sociedad por quince (15) años más, a partir del 17 de febrero de 1.983. "*Prima facie* se puede observar que el certificado N° 3.598-IV-88 de 5 de abril de 1.988 es posterior al ACTA antes dicha y así mismo el Certificado N° 3.598-IV-88 del 22 de los corrientes [que se acompañó al memorial impetrando los recursos], se (sic) demuestra plenamente la vigencia de la sociedad".

h) A pesar de lo anterior, no se repuso el auto recurrido y "se cortó el derecho de defensa al declarar agotada la vía gubernativa" cuando, conforme al art. 194-8 de la C.N. los actos de los alcaldes son revisables por los Gobernadores.

i) Hubo falsa motivación por cuanto se argumentó, claro explicablemente, que la sociedad estaba disuelta según el certificado de la Cámara de Comercio, mas no se tuvo en cuenta el certificado posterior de la misma entidad de fecha N° 3.598-IV-88 Abril 22 de 1.988 ...en el cual consta la plena vigencia de la sociedad, la que nunca ha estado disuelta. De consiguiente hubo violación del art. 158 del Código de Comercio. Así mismo se violó el art. 117 del mismo.

En la demanda se citaron como normas violadas los arts. 50, 51 y 84 del C.C.A.; los arts. 26 y 194-8 de la C.N.; y los arts. 86-3, 117 y 158 del C. de Co. y en capítulo separado se explicó el "concepto de la violación".

En cuanto a "competencia y cuantía", allí se lee: "El honorable Tribunal conoce del presente negocio en PRIMER (sic) INSTANCIA habida cuenta lo que (sic) se demanda monta la suma de más de $6.000.000.oo y lo que estatuye el artículo 131 numeral 9 en armonía con el numeral 3 del art. 132 del C.C. A.

3° Trababa la litis y adelantado el proceso en legal forma, culminó con la sentencia recurrida en donde, como se dijo, el Tribunal Administrativo de Córdoba accede a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

> "1. Declárase la nulidad de la Resolución N° 090 de 20 de abril de 1.988 proferida por el Alcalde Municipal de Cereté 'por medio del cual se declara la caducidad administrativa de un contrato'.
>
> "2. Consecuencialmente el contrato celebrado el día 10 de septiembre de 1.985 entre la firma CONASE & CIA LTDA., y el Municipio de Cereté, "para la sistematización de las facturas del impuesto predial y complementarios (Catastro)," es válido y tiene fuerza legal para su cumplimiento.
>
> "3. El Municipio de Cereté, por intermedio de su Tesorería Municipal pagará al señor RICARDO J. CABRALES CASTILLO, en su condición de Gerente de la firma comercial CONASE & CIA. LTDA., el valor de las facturaciones dejadas de cancelar de conformidad a lo estipulado en la Cláusula (sic) Tercera de susodicho contrato, es decir $179,70 por predios de 11.329 semestral,

según última facturación del primer semestre de 1.988. De conformidad con la Cláusula Quinta los valores anteriores serán reajustados mensualmente con el índice de la corrección monetaria señalada por el Banco de la República y así mismo conlleva el pago de intereses puros" (fl. 75).

Fundamentó el a-quo su decisión en que:

a) No se violaron ni el art. 194 num. 8°, ni el art. 26, ambos de la Constitución Nacional, porque la primera norma se refiere a la revisión "no de todos los actos (de los Alcaldes) sino de aquellos que se refieren al normal desarrollo de la Administración Municipal, es decir, la actividad ordinaria de la Administración en cuanto a su funcionamiento se refiere; que no es el caso contemplado", en donde la resolución citada lo que hizo fue aplicar la cláusula de caducidad pactada en un contrato, y ella no tenía recurso de revisión por parte del Gobernador; tampoco se desconoció el derecho de defensa porque la administración siguió el procedimiento que correspondía cuando declaró la caducidad del contrato y el actor utilizó en tiempo el recurso que tenía para atacar dicho acto.

b) Pero la Administración sí ha debido revocar la Resolución N° 090 de 1.988 porque mediante el recurso de reposición pudo enterarse que el término de duración de la sociedad se había prorrogado dos días antes de declarar la caducidad del contrato.

4° En desarrollo del grado de consulta el apoderado del Municipio de Cereté (Córdoba) descorrió el traslado de rigor mediante memorial fls. 97 a 100 en donde anota que en su concepto, en *sub-lite* el actor no está legitimado en la causa pues "si se observa el expediente se notará que el apoderado del demandante ha desarrollado su gestión sobre la base de que el actor es 'RICARDO JOSE CABRALES CASTILLO', pues en la demanda afirma que actúa como apoderado del mencionado señor y no de la Sociedad CONASE Y CIA. LTDA. Así mismo en su alegato de conclusión (fls. 58 y 59) precisa tal circunstancia cuando en la referencia expresa 'Proceso de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido en representación del *DR. RICARDO J. CABRALES CASTILLO*', Señalando más adelante en ese escrito: 'Con fecha 9 de Agosto del presente año en representación del Dr. RICARDO JOSE CABRALES CASTILLO, presenté ante esa Honorable Corporación sendas demandas en ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el Municipio de Cereté ...' (subrayo)".

A continuación agrega que "de conformidad con el poder conferido para iniciar la acción (folio 8) el señor 'RICARDO JOSE CABRALES CASTILLO dice enfáticamente: '... para que en mi nombre y representación personal promueva...'".

Anota que tanto el Fiscal del Tribunal como el Consejo de Estado "han entendido igualmente que el actor es `RICARDO JOSE CABRALES CASTILLO' como persona natural (fls. 43, 46, 66 y 69 y 92).

Se pregunta, entonces, cómo es posible que en la demanda se pide la declaración de nulidad de una resolución expedida con ocasión de un contrato donde no es contratante como persona natural, de dicho contrato es válido y debe cumplirse y que en la pretensión tercera solicita que se le paguen obligaciones del contrato en su condición de gerente de la firma comercial CONASE Y CIA. LTDA., "por cuanto para ello el poder ha debido ser otorgado ... por la Sociedad y no por su Gerente como persona natural, acompañando para el efecto la prueba de su existencia y representación...", lo que hizo.

Más adelante agrega el memorialista que "la demanda incoada no puede prosperar porque el acto calificado como ilegal por la sentencia del Tribunal y su fiscalía, no fue demandado", pues el actor no solicitó la nulidad de la Resolución 100 del 5 de mayo de 1.988, por la cual se negó la reposición de la Resolución 090, esta sí demandada.

Funda su posición sobre la necesidad de que se demandara la Resolución N° 100 en que "si bien el H. Consejo de Estado ha expresado que cuando existen 2 actos administrativos, siendo el segundo expedido para resolver un recurso sobre el primero, no es necesario demandar la nulidad de los dos, sino que es suficiente hacerlo frente al primero, tal argumentación debe aceptarse cuando los dos actos fueron expedidos con los mismos fundamentos de hecho", lo que en su concepto no ocurre en este caso pues cuando se expidió la primera resolución se hizo con base en un certificado de la Cámara de Comercio que señalaba que la sociedad estaba disuelta y, en cambio, la segunda se dictó cuando un nuevo certificado acreditaba que la sociedad no estaba disuelta, de donde el supuesto vicio de nulidad afectaría este segundo acto, que no se demandó.

"De esta manera -concluye- el Tribunal ha debido negar desde este punto de vista las peticiones de la demanda, pues la jurisdicción contencioso administrativa es rogada, y no puede el fallador entrar a suplir oficiosamente las deficiencias e incoherencias del escrito de demanda".

5° El apoderado originalmente designado por el actor sustituyó el poder y el sustituto presentó fuera de tiempo un alegato que no se tiene en cuenta por la circunstancia anotada.

6° La Fiscal 7ª de esta corporación, por su parte, rindió concepto en donde considera que estando demostrado con copias de las escrituras de constitución y reformas y "certificaciones de la Cámara y Comercio de 22 de febrero y 22 de abril de 1.988 (fls. 38 a 41)" que "la sociedad no estaba disuelta en las fechas de expedición de los certificados", es procedente confirmar la sentencia consultada.

Sobre lo expresado por el apoderado de la parte demandada, durante el trámite de la consulta, expresa la señora Fiscal que tanto del poder como de la demanda "se deduce claramente que quien solicita la anulación es la sociedad por intermedio de apoderado debidamente constituido por el representante legal de la compañía intere-

sada" y que, no había necesidad de demandar la Resolución confirmatoria de la N° 090 por cuanto anulada esta no es posible que pueda mantenerse en vigencia aquella. (fls. 102 a 104).

II. CONSIDERACIONES :

1° Bajo los numerales 1°, 2° y 3° del capítulo precedente se describió la forma como fue otorgado por el actor el poder en cuya virtud se incoó el presente proceso y los términos en que fueron formuladas las pretensiones en la correspondiente demanda por el apoderado judicial.

2° Si bien es cierto que si la demanda no tiene la precisión y nitidez anheladas al juzgador le compete interpretarla en su conjunto, en forma razonada y lógica, pues la pretensión puede encontrarse en las súplicas, en los fundamentos de hecho y en los presupuestos de derecho referidos en la demanda, como lo han predicado tanto la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación en numerosas oportunidades. (A manera de ejemplo puede citarse la sentencia de 20 de mayo de 1.987 proferida por la Sala de Casación Civil de la primera dentro del ordinario de Ricardo Ovalle R. contra Eduardo de la Rosa Rizo y auto de 25 de abril de 1.986 de la Sección Cuarta de la Segunda, Expediente N° 0595, actor: Guillermo Gómez Téllez).

Pero esa facultad interpretativa encuentra sus límites cuando hay claridad y precisión en aquello que se pide o cuando su ejercicio lleve a quebrantar los principios del debido proceso o desconocer la igualdad de las partes ante la ley, porque como lo expresó la Sección Segunda de esta Corporación en fecha reciente (sentencia de abril 12 de 1.989, Exp. N° 57, Actor: Luis Alfredo Plazas).

> "Cierto es que el artículo 67 del C.C.A., anterior, facultaba a quien se creyera lesionado en un derecho suyo para 'pedir que *además de la anulación del acto* se le restablezca en su derecho', pero ello no significa que la facultad que consagraba esta norma pudiera ser ejercitada de cualquier manera, sin sujeción a las reglas que gobiernan y regulan el procedimiento, y sin tener en cuenta que esta jurisdicción es, por principio esencialmente rogada.
>
> "De otro lado, por cuanto esta jurisdicción conoce sólo de procesos *contenciosos*, no es dado al juzgador interpretar la demanda y demás peticiones con amplitud tal que quebrante el debido proceso y desconozca la igualdad de las partes antes ante la ley, ya dentro del ámbito jurídico de los procesos contenciosos, lo que es amplitud para una de las partes en litigio es, correlativamente, estrechez y acorralamiento para la otra, así se tenga como parte demandada a la Administración, como generalmente ocurre. Además: Cómo hace una parte para defenderse de una demanda que sea interpretada como amplitud *en la sentencia?* Y cómo hará el demandado para precaverse de la amplitud con la que llegue a interpretarse en la sentencia la demanda de su atacante? Frente a

estos interrogantes, no cabe respuesta distinta de que se ha de estar a lo que con claridad, precisión y conforme a derecho se pida mediante demanda que reúna los requisitos de ley". (Extractos de Jurisprudencia del Consejo de Estado, Segundo Trimestre 1.989, pág. 199).

3° En el caso *sub-judice* puede pensarse que se está dentro de los límites de los que se hallaba atrás porque, como se dijo, el apoderado del actor con absoluta claridad encabezó su demanda diciendo que lo hacía en ejercicio del poder especial "que me viene conferido por el señor RICARDO JOSE CABRALES CASTILLO ...".

Y aun cuando en la tercera de las peticiones que hace el Tribunal *a-quo* pide que se declare que el Municipio Cereté debe pagar "al señor RICARDO J. CABRALES CASTILLO, en su condición de Gerente de la firma 'CONASE Y CIA LTDA', el valor de las facturaciones dejadas de cancelar ...", lo que podría, con amplitud hacer pensar que demandaba para la sociedad, la realidad incontrovertible es que en tal caso debería estar facultado por la sociedad para pedir lo anterior y no por una persona natural, así esta sea o fuera socia de aquélla, pues es principio universal, acogido expresamente por el derecho positivo colombiano (arts. 2079 del C.C. y 98 del C. de Co.) que la sociedad "forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados", principio que encuentra su desenvolvimiento en el art. 196 del C. de Co., según el cual "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedades" (inc. 1°).

Si bien tratándose de sociedades de responsabilidad limitada la representación de la sociedad corresponde a todos y cada uno de los socios (art. 358 ib) esto debe entenderse sin perjuicio de lo que se pacte en los estatutos, pues si los socios delegan en un consocio o en un extraño esa representación, el delegado es el único que la tiene, quedando inhibidos los demás para la gestión de los negocios sociales (art. 372 ibídem. en concordancia con el 440 de la misma obra).

Ahora bien, cuando la representación de la sociedad la tiene uno de los socios, persona natural es obvio que cuando esta obre tiene que expresar en qué carácter lo hace: sí como tal (en nombre propio) o como representante de la sociedad, única manera de que los terceros sepan si en sus relaciones con dicha persona se está vinculando o no a la sociedad. Si esto es cierto respecto a contratos mucho más lo es cuando tales relaciones son de carácter procesal, pues en tal caso intervienen principios de orden público y de seguridad jurídica y, fundamentalmente, el del derecho de defensa que exige que se conozca con precisión contra quien o a favor de quién algo se pretende.

Por lo anterior es por lo que los arts. 65 y 77 del C. de P.C. exigen que cuando el poderdante sea una sociedad esta circunstancia debe constar en el poder y a la demanda deberá acompañarse "la prueba de la existencia de las personas jurídicas que figuren como demandantes, excepto cuando se trate de los municipios y las entidades públicas de creación constitucional o legal.

En el *sub-judice*, no obstante que el sr. Ricardo José Cabrales Castillo era socio y además representante legal de la sociedad CONASE de CIA. LTDA. y por ello, como se anotó, pudiera pensarse que actuaba para la sociedad, según lo que expresó el apoderado en la tercera de sus pretensiones, el hecho incontrovertible es que cuando confirió poder a quien sería su procurador judicial, en forma expresa dijo que lo hacía para que dicho mandatario en su nombre y representación (el del poderante) promoviera "ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ... a objeto de que se declare la NULIDAD de la Resolución del suyo y no del de la sociedad).

¿Cómo, ante lo anterior, tan claro que no admite discusión, podría el juzgador torcer el sentido de las palabras "en mi nombre y representación" y "se me restablezca en mi derecho", para hacerle decir, en cambio, "para que (el apoderado) en nombre y representación de la sociedad CONASE & CIA. LTDA...." y "se restablezca a la sociedad en su derecho"? Evidentemente hasta allá no pueden llegar las anotadas facultades de interpretación que tiene el juez en cuanto a la demanda, extendiéndolas, ya no a ésta sino, además, al poder.

4º Como en reciente ocasión lo dijo esta Sala, (sentencia de 6 de abril de 1.989, Actor: INCOCOL), la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Tratándose de una pretensión de nulidad con restablecimiento, del art. 85 del C.C.A., resulta claro que quien está legitimado en la causa, por activa, es la persona cuyo derecho ha sido lesionado con el acto administrativo cuya validez se controvierta, de donde, si resulta que no es así, sino que el titular es persona diferente, el juez no puede hacer cosa distinta a denegar las súplicas de la demanda, que es precisamente lo que ocurre en el *sub-lite*.

5º Sin embargo, si lo anterior no fuere suficientemente claro y con amplitud no admisible en este caso a juicio de la Sala por lo expuesto (ut supra Nº 3º) pudiera pensarse que el sr. Ricardo José Cabrales Castillo, por conducto de procurador judicial, no demandó para sí sino para la sociedad para la cual era socio y representante legal sucede que hay que convenir en que el municipio de Cereté procedió correctamente cuando aplicó la causal de caducidad prevista en el contrato, pues:

a) De acuerdo con el art. 218-1 del Código de Comercio, "La sociedad se disolverá 1º Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente *antes de su expiración"*. (subraya la Sala).

b) El art. 219 ib. a su vez, dispone que "En el caso previsto en el ordinal 1° del artículo anterior, la disolución de la sociedad se producirá, *entre los asociados y respecto de tercero* a partir de la fecha de expiración del término de su duración *sin necesidad de formalidades especiales* ..." (también, subrayas de la Sala).

c) La prórroga, pues, para que opere respecto de los asociados y de terceros, tiene que ser previa a la expiración y válida.

¿Cuándo es válida?

La prórroga implica una modificación estatutaria que como tal requiere del acuerdo de los socios tomada en la forma prevenida en los estatutos sociales y además, debe ser elevada a escritura pública y registrada en la Cámara de Comercio del domicilio social (art. 158 ib.).

Si bien el art. 158 citado expresa en su inc. 2° que "sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros pero sí entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos, pero ni dicha norma ni ninguna otra establecen el término dentro del cual deban cumplirse las solemnidades anotadas, lo que podría dar lugar a pensar que tomada la decisión de prórroga antes del vencimiento del plazo, las solemnidades pueden llenarse con posterioridad, para la Sala ello no es así tratándose de esta clase de reforma porque el numeral 1° habla *de prórroga válida antes de la expiración del plazo* y ya se vio que la prórroga para que sea válida requiere no solo del acuerdo de los socios sino también de las solemnidades anotadas; luego éstas deberán cumplirse también antes de la expiración del término previsto para la duración del contrato social.

Si no fuera así, fácilmente podría darse el caso de una sociedad cuyo plazo de duración se vence y luego los socios se dan cuenta de tal situación, antedatan una decisión de prorrogarlo y meses después cumplen con las solemnidades, con perjuicio para terceros y clara inseguridad jurídica.

Para prevenir situaciones como la anotada, considera la Sala, fue para lo cual el legislador dispuso que el término de duración debe ser prorrogado *válidamente antes de su expiración.*

En el *sub-lite* lo anterior no sucedió pues si bien la prórroga del término de duración fue acordada por los socios antes del vencimiento del término previsto para la duración sólo se elevó a escritura pública y se registró en la Cámara de Comercio meses después, por lo cual no puede considerarse que el término hubiera sido *válidamente prorrogado antes de su expiración* como lo exige el precitado art. 120-1 del C. de Co.

6° De otro lado, no encuentra la Sala que se hubiera violado con la expedición del acto acusado el art. 194-8 de la Constitución Nacional pues el acto no requería

revisión oficiosa por el Gobernador y no habiendo ley o reglamento que así lo dispusiera el único recurso que procedía por la vía gubernativa era el de reposición que efectivamente se interpuso y decidió.

Así, pues, hizo bien el representante legal del Municipio de Cereté cuando no accedió a reponer la Resolución Nº 090 de 20 de abril de 1988, cuya nulidad se demanda en el presente proceso.

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 consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, dentro del proceso de la referencia, de fecha 10 de julio de 1989 y en su lugar dispone:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y en firme esta providencia delvuélvase al Tribunal de Origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de octubre de 1.990.

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

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

PERSONAS DE DERECHO PRIVADO- Existencia/ DOCUMENTOS- Traducción/ ACTO DE ADJUDICACION- Requisitos

Cuando en el pliego de condiciones de la licitación se estableció que los documentos sobre los aspectos contractuales debían estar en idioma español, no puede entenderse que entre ellos estuvieran comprendidos los relativos a la existencia y representación de la sociedad. En la etapa precontractual que va hasta la adjudicación de la licitación, basta que la entidad licitadora tenga seguridad sobre la existencia de las sociedades proponentes, a través de los documentos que de acuerdo con la ley del país se haya constituido la respectiva sociedad proponente acrediten esa existencia y dicha personería. Ningún derecho de otros proponentes se ve afectado en estas circunstancias ni la entidad administrativa ni el interés público sufren detrimento alguno porque los documentos no estén en idioma español y en este caso no hayan sido traducidos.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/ LEGITIMACION POR ACTIVA/ LICITANTE VENCIDO/ LICITACION ILEGAL

El licitante vencido en licitación ilegal está legitimado para demandar la nulidad del contrato.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., veintitres (23) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente N° 6028. Actor: Hydroart S.P.A.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora,

Hydroart S.P.A. contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 13 de octubre de 1.989, por la cual se denegaron las súplicas de la demanda. (fls. 349 a 356).

I. ANTECEDENTES:

1°. En demanda presentada el 7 de diciembre de 1.987, la sociedad actora solicitó que se declarara la nulidad de la adjudicación de la licitación pública internacional PR-211 (0664-El), hecha a la firma Neyrpic el día 4 de agosto de 1.987, por la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín y que como consecuencia, debía adjudicarse a Hydroart S.P.A., firma que ocupó la segunda posición, con quien debía suscribirse y ejecutarse el contrato. Agregó que de no ser posible la adjudicación y suscripción del contrato, según lo pedido, debía condenarse "a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a HYDROART los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y morales que se le causaron por la no adjudicación".

2°. La causa petendi se expuso así en la demanda:

"1° El día 14 del mes de Marzo de 1.986 las Empresas Públicas de Medellín abrieron la licitación internacional PR-211 (0664-El)".

"2° Entre las ofertas que se presentaron y que cumplieron los requisitos estuvo de HYDROART S.P.A.".

"3° La firma francesa NEYRPIC también presentó oferta".

"4° Como es obvio, los oferentes debían acreditar su existencia y representación en la forma ordenada por la ley".

"5° NEYRPIC presentó la documentación tendiente a acreditar su existencia y representación en idioma extranjero y sin traducción oficial, a pesar de lo dicho en el hecho anterior".

3°. La sociedad demandante considera que de acuerdo con los hechos se contrariaron: a) el pliego de condiciones, que en el capítulo 1.12 B exigía que "Todos los documentos sobre los aspectos contractuales deberán estar en idioma español y en caso de encontrarse en otro idioma obliga su traducción oficial".

b) El art. 13 del Estatuto Contractual de las Empresas, que dice:

"Cuando los contratistas fueren personas jurídicas deberán acreditar su existe cia y representación mediante los documentos exigidos por la ley", el cual es co del art. 7 del Decreto 222 de 1.983.

c) Los arts. 259 y 260 del C. de P.C. relativos a documentos otorgados o extendidos en el extranjero y su traducción.

Finalmente, el demandante agrega que "Como si lo anterior fuera poco, uno de los documentos escritos en idioma francés, viene autenticado por el cónsul de Colombia en París, Carlos Delgado Pereira, y el Ministerio de Relaciones Exteriores, al autenticar esta firma, dice que es la de un señor Zapa".

Entre otros documentos la sociedad actora adjuntó a la demanda la carta o comunicación N° 19016, fechada el 6 de agosto de 1.987, en la cual las Empresas Públicas de Medellín le comunicaban que la licitación había sido adjudicada a la firma Neyrpic.

4°. Las Empresas Públicas de Medellín comparecieron al proceso y contestó a la demanda sometiéndose a lo que resultara probado sobre los tres primeros hechos. En relación con el cuarto (4°) dijo ser cierto "en cuanto para determinar la identidad del licitante debía comprobar a satisfacción de las Empresas tanto su existencia como su representación legal". Y acerca del punto (5°) manifestó que "merece precisarse en razón de que el proponente NEYRPIC presentó algunos de los documentos en idioma castellano y otros en dos idiomas:

El castellano y el francés. No es pues cierto que algunos documentos hubiesen sido presentados sólo en idioma extranjero. Cabe destacar además que todos los documentos fueron autenticados por el Cónsul de Colombia en París...

Por último, dijo advertir "que si bien a la fecha de cierre de licitación los documentos correspondientes a la existencia y representación legal de NEYRPIC no se hallaban oficialmente traducidos, tal requisito se subsanó en forma previa al perfeccionamiento del contrato celebrado con dicha sociedad, el 3843-E, el cual fue debidamente sometido a la revisión del Tribunal Administrativo deAntioquia, Corporación que decidió su aprobación mediante providencia del 23 de septiembre del presente año" (1988).

En la misma respuesta a la demanda, se anotó que "el actor no ha señalado ninguna causal específica para concluir en la anulación del acto de adjudicación", y "la demanda es inepta por cuanto no precisa la cuantía, requisito indispensable en procesos como el que se tramita, para determinar las instancias a que se somete".

5°. En la etapa probatoria del proceso se allegó copia del acta de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín, correspondiente a la sesión del día 4 de agosto de 1.987, en donde se tomó la determinación de adjudicación de la licitación así como fotocopia autenticada de la propuesta presentada por la sociedad favorecida. También se allegó copia del Estatuto Contractual de las citadas empresas.

6°. Tramitado el proceso en legal forma, el Tribunal *a-quo* le puso término con la sentencia apelada en la cual, según dijo atrás, se denegaron las pretensiones de la demanda.

Fundamentó el Tribunal su decisión en que el Estatuto Contractual, art. 30, y del Acta de la Junta Directiva de las Empresas se deduce que "en el caso de que la firma Neyrpic no hubiera llenado los requisitos exigidos sobre traducción al idioma español de algunos documentos, ello no originaba necesariamente que las Empresas Públicas estuvieran compelidos u obligados (sic) a adjudicar el contrato a Hydroart porque ... tres fueron las firmas opcionadas y el mecanismo propio de las Empresas Públicas auspiciaría cualquier escogencia".

Apunta, además, que en el debate probatorio se demostró que las objeciones de la parte actora relativas a que la documentación sobre existencia y representación de la firma favorecida estaba en idioma extranjero y sin traducción oficial, fueron obviadas pues el requisito de su traducción oficial se subsanó "previo al perfeccionamiento del contrato, algo que agregará el Tribunal, le sirvió a éste para darle su aprobación como es visible a folios 121...", agregando: "y esto que se reparó antes de la firma del convenio se acomoda con exactitud a lo dispuesto por el art. 13 invocado como violado (del Estatuto Contractual), porque es de observarse que allí se dispone la manera de acreditar la existencia y representación de un contratista que solo toma este carácter, al conformarse el acuerdo de voluntades y suscribirse, lo que evidentemente se hizo".

Luego cita una providencia del 19 de febrero de 1987 de esta Sala, de la cual transcribe varios apartes, en donde, dice, "se destaca la necesidad de observar si la violación a las cláusulas del pliego de condiciones lo es sobre lo sustancial o lo de simple o de espera corta en el tiempo" para concluir que para él (el a-quo) "este aspecto que se discute sobre una documentación a ajustarse a los preceptos del C. de P. Civil y del Estatuto Contractual de las Empresas Públicas era algo que daba espera en el tiempo, como efectivamente se hizo y se aportó con el beneplácito del administrador público y de esta jurisdicción de su labor de revisión".

7°. La sociedad demandante se muestra inconforme con lo decidido por el a-quo porque las normas que rigen una licitación son de orden público y tienen que cumplirse "al tenor de lo que está escrito y por lo tanto quien sea proponente ...tratándose de una persona jurídica extranjera como ocurrió en el caso que nos ocupa, tiene que acreditar en los términos de la ley su existencia y representación legal mediante la aportación de los respectivos comprobantes en traducción oficial como así lo dispone el artículo 13 de dicho estatuto en concordancia con los artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil, lo cual así no se presentó como se demuestra claramente con la prueba documental que obra en el expediente y más con la confesión proveniente del señor apoderado de la demanda EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN cuando al contestar el libelo expresó a folios 75 '*Debe advertirse por último que si bien a la fecha de cierre de la licitación los documentos correspondientes a la existencia y representación legal de NEYRPIC no se hallaban oficialmente traducidos, tal requisito se subsanó en forma previa al perfeccionamiento del contrato celebrado con dicha sociedad ...*', lo que sirve para anotar además como vulneración del procedimiento el hecho de una subsanación de un requisito no acorde con las normas que prescriben el tema según lo dispone el art. 46 ibídem. (las subrayas son mías)".

Agrega el recurrente que no está de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala en que se apoyó el juzgador de instancia "pues el defecto acotado de la no presentación de los comprobantes de existencia y representación en traducción oficial no puede minimizarse en la forma en que se ha hecho pues por su entidad lo que toca con la actualidad, vigencia y capacidad de quien no es persona natural constituye uno de los elementos de mayor importancia dentro de cualquier trámite pues toca con la existencia, al esencia, el objeto y las facultades de la persona jurídica y no con algo meramente formal como así da a entenderse". (fls. 357 y 358).

8°. Durante la segunda instancia el señor apoderado de la sociedad actora recaba en que se violó el art. 46 del Estatuto Contractual de las Empresas que tiene previsto un procedimiento para el saneamiento cuando en el proceso de la licitación, del concurso de méritos o de celebración del contrato, según el caso, se encontrare que se ha pretermitido alguno de los requisitos exigidos, el cual no se siguió.

Advierte, además, que "en los folios 31 y 50 se lee que la propuesta financiera de HYDROART no fue considerada por EXTEMPORANEA, a pesar de que ella no modificaba el valor de la oferta en una cifra mayor de 500 millones de pesos, A FAVOR DE LAS EMPRESAS", por lo que agrega: "Si podían tenerse como pruebas documentos aportados extemporáneamente, también podía, y con mucho, utilizando el artículo 46 del Estatuto, tenerse como oferta financiera la presentada por HYDROART después del cierre de la licitación. Frente al mismo hecho: EXTEMPORANEIDAD, debe aplicarse el mismo derecho. Sin embargo, esto no se hizo, y el (sic) no hacerlo se perjudicó a HYDROART y a las Empresas". (fls. 362 a 366).

En el alegato de conclusión se pidió por la actora la concesión de audiencia pública, la cual no se decretó pues, por lo que se expondrá más adelante, el caso sublite es claro, como lo es la posición de cada una de las partes, sin que amerite nuevas explicaciones.

9°. Por su parte, las Empresas Públicas de Medellín, en su alegato de segunda instancia llama la atención sobre el hecho de haberse adjudicado el contrato a la sociedad Neyrpic de Francia "por habérsele hallado, entre las que cumplían todas las condiciones para ser consideradas, como las más favorables para la Entidad Contratante".

Dice que notificado el adjudicatario se inició el trámite tendiente a la firma del contrato y que en esta etapa se le solicitó "adjuntar en traducción oficial los documentos presentados como lo oferta, relacionados con su existencia y representación legal, algunos de los cuales, a pesar de hallarse en idioma español y debidamente autenticados por Cónsul de Colombia en París y la firma de éste abonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, carecían del requisito señalado, es decir, la oficialidad de la traducción", pero, agrega, que esta "informalidad" fue oportunamente subsanada por el licitante y ella no afectaba ningún elemento sustancial de la licitación, no rompía la igualdad entre los licitantes ni lesionaba los intereses de la Administración.

Manifiesta que la acción incoada por la actora carece de fundamento "pues el requisito echado de menos ...era de aquellos que el mismo Consejo de Estado ha denominado como de espera corta en el tiempo; prueba de ello fue que se cumplió en oportunidad de hacerlo" y así lo reconoció el Tribunal a-quo en su sentencia, que pide sea confirmada. (fls. 371 a 373).

10°. El señor Fiscal 8° de esta Corporación a vuelta de resumir lo demandado, sus fundamentos de hecho y de derecho y de transcribir in extenso la providencia recurrida, solicita su confirmación, sin exponer ningún otro argumento.

II. CONSIDERACIONES :

1°. Del acervo probatorio resulta que:

a) La sociedad actora participó como oferente en la licitación pública internacional PR-211 (0664) abierta por las Empresas Públicas de Medellín.

b) La Junta Directiva de las citadas Empresas en su sesión del día 4 de agosto de 1987 examinó las seis propuestas recibidas y llegó a la conclusión que tres de ellas (Neyrpic de Francia, Hydroart S.P.A. de Italia y Suizer Esener Wyss de Suiza), cumplían con todos los requisitos de experiencia, contractual, financieros, especificaciones técnicas, económicas, ajustes de eficiencia y de precios y decidió adjudicarla a la firma Neyrpic. (fls. 26 a 33).

c) La firma favorecida presentó su propuesta acompañando en idioma francés y español, entre otros documentos, uno titulado "Extracto de Registro Mercantil de las Sociedades" en dónde consta el número de fecha de matrícula en el "Registro Mercantil de Grenoble", su razón social, su capital y naturaleza, la dirección del domicilio social, como se compone su administración y con el nombre del presidente del Consejo de Administración, los Consejeros y de los "censores de cuentas", la "actividad ejercida efectivamente", "la duración de la sociedad", la fecha de cierre del ejercicio social, la fecha de depósito de la escritura de constitución, los "establecimientos secundarios fuera de la jurisdicción" y "datos complementarios" sobre antigua denominación, origen del negocio, y modificaciones a la escritura de constitución.

Este documento (en francés y español, se repite), en sus dos versiones está autenticado hasta por el Cónsul General de Colombia en París el Sr. Carlos Delgado Pereira, el 13 de noviembre de 1966 y en cuanto a legalizaciones por el Ministerio de Relaciones Exteriores aparece un sello con fecha 6 de noviembre de 1966 en donde dice que se "HACE CONSTAR que el señor (ilegible, pero en todo caso no Carlos Delgado Pereira) cuya firma aparece al pie del presente documento, desempeñaba en esa fecha las funciones allí indicadas" y firma Rafael H. Peña Florez, Jefe de Negocios Generales -División Consular. (fls. 78 a 80).

También acompañó una certificación del Consulado General de Colombia en París, Francia, en donde se dice que la firma Neyrpic, existe y está organizada de conformidad con las leyes de Francia, cuál es su domicilio, en que Tribunal de Comercio está registrada y bajo qué número, quién es el Presidente de la Sociedad y que tiene facultad para otorgar poderes y nombrar apoderados en el exterior. Esta certificación aparece firmada por el Sr. Carlos Delgado Pereira, Cónsul General de Colombia en París y la firma de éste aparece legalizada el 10 de noviembre de 1966, por el Ministro de Relaciones Exteriores (fls. 82 a 107).

d) Posteriormente (fl. 113) aparece una traducción oficial del documento "Extracto del Registro Mercantil y de las Sociedades", con los mismos datos que figuran en el primero reseñado en el literal c) precedente, con la única diferencia que en éste, al mencionar el primer Consejero de Administración se señala a Alsthom Atlantique S.A. y en otro (el de folio 113) a Alsthom S.A. El literal c) está autenticado por el Cónsul de Colombia en París, Sr. Carlos Delgado Pereira, el 3 de noviembre de 1966, y el del fl. 113 por el mismo, pero el 17 de noviembre de 1987. En las copias allegadas al expediente no aparece abonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia la firma del Cónsul.

2°. De ese acervo probatorio resultan pues ciertos los hechos en que fundamenta la sociedad demandante sus pretensiones; pero de esto no resulta necesariamente su prosperidad porque si bien es cierto que en el "pliego de condiciones" se dijo que "Todos los documentos sobre los aspectos contractuales deberán estar en idioma español y en caso de encontrarse en otro idioma obliga su traducción oficial"; que el art. 13 del Estatuto Contractual de las Empresas dispone que "Cuando los contratistas fueren personas jurídicas deberán acreditar su existencia y representación mediante los documentos exigidos por la ley" y que los arts. 259 y 260 del C. de P.C. establecen que los documentos públicos otorgados en país extranjero por el agente consular colombiano o a falta de éste por el de una nación amiga, que con esto se presumen otorgados conforme a la ley del respectivo país, debiendo a su vez ser autenticados por el Ministro de Relaciones Exteriores y que si están extendidos en idioma distinto del castellano, para que puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el mencionado Ministro o por un intérprete designado por el juez, todo ello, siendo, se repite cierto, no implica necesariamente que en el sub-lite que se hubieran violado las normas, cuando la entidad licitadora tuvo como cierta la existencia y representación legal de la sociedad que licitó a quien se le adjudicó el contrato. Véase por qué.

a) Cuando en el pliego de condiciones de la licitación se estableció que los documentos sobre los aspectos contractuales debían estar en idioma español, no puede entenderse que entre ellos estuvieran comprendidos los relativos a la existencia y representación de la sociedad por las razones que se expresan a continuación.

Parece estar fuera de toda discusión, por lo obvio, que la entidad licitadora necesita tener seguridad de que quienes liciten, cuando se trate de personas jurídicas existen legalmente, pues ningún sentido tendría aceptar como proponentes, primero,

y luego seleccionar, a una entidad que resultare inexistente. La seriedad del proceso y principios evidentes de economía y lealtad con los demás proponentes imponen esta solución.

¿Pero querrá significar lo anterior que la entidad licitadora no pueda tener esa seguridad, cuando se trate de sociedades sino y en cuanto los documentos demostrativos de su existencia y de la personería de su representante legal estén en idioma español o en caso contrario su traducción oficial?

No lo cree así la Sala. En la etapa precontractual que va hasta la adjudicación de la licitación, basta que la entidad licitadora tenga seguridad sobre la existencia de las sociedades proponentes, a través de los documentos que de acuerdo con la ley del país donde se haya constituido la respectiva sociedad proponente acrediten esa existencia y dicha personería. Ningún derecho de otros proponentes se ve afectado en estas circunstancias ni la entidad administrativa ni el interés público sufren detrimento alguno porque los documentos no estén en idioma español y en este caso no hayan sido traducidos.

Además el art. 65 inciso 3º decía en forma semejante a como ahora quedó en virtud de la reforma introducida por el art. 1º num. 23 del Decreto-Ley 2282 de 1989, que si quien otorga el poder es una sociedad extranjera, el Cónsul que lo autentique o ante quien se otorgue hace constar que tuvo a la vista las pruebas de su existencia y que quien lo confiere es su representante "se tendrá por establecidas estas circunstancias".

Cuando los arts. 259 y 260 del C. de P.C. se refieren a documentos públicos otorgados en el exterior y los requisitos que deben llenar para ser apreciados como prueba, están regulando una materia procesal y se están refiriendo a un evento en el cual tales documentos sirven para acreditar algún aspecto que es materia de una controversia ante la jurisdicción.

Si no fuera así y si las normas citadas se aplicaran por fuera de su contexto procesal, se tendría que un contrato administrativo o de derecho privado celebrado con una sociedad extranjera sin que a él se acompañara la prueba de su existencia en la forma prevenida por los arts. 259 y 260 citados adolecería de algún vicio, cosa que no sucede pues las causales de nulidad son taxativas y en ninguna de estas puede encuadrarse o subsumirse la ausencia de dicha prueba.

El art. 469 del Código de Comercio dice que "Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior" y una sociedad así constituida no deja de ser lo que es, ni de tener existencia porque en un momento dado, al contratar, no presente como prueba de tal existencia los documentos que acrediten tal existencia en la forma y con los requisitos de que tratan los arts. 259 y 260 del C. de P.C., pues éstos, se repite, rigen para el caso en que jurisdiccionalmente fuere necesario acreditar un hecho a través de un documento extendido en el exterior en idioma distinto del español y por funcionario extranjero.

El art. 480 del Código de Comercio, que hace parte del Libro Segundo, título VIII sobre sociedades extranjeras se refiere a los documentos otorgados en el exterior y relativos a la constitución, estatutos, reformas, a éstas, nombramiento de apoderados, decisión de establecer una sucursal en Colombia, etc, para decir que ellos "se autenticaren por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

"Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país.

Obsérvese, entonces, que no se exige ni que los documentos estén en idioma español ni que si no lo están se efectúe su traducción oficial. Esto último, se repite, sólo deberá hacerse en caso de que se presenten como prueba en juicio, por así disponerlo el Código de Procedimiento Civil.

En el caso materia de este proceso sucedió que el licitante que resultó favorecido presentó los documentos relativos a su existencia y representación no sólo en idioma francés sino también en idioma español, si bien no por traductor oficial, pero sí autenticados por el Cónsul de Colombia correspondiente y además con la certificación por éste sobre la existencia de la sociedad y que ésta cumple con su objeto legal, de donde no podía haber lugar a ninguna duda, para la entidad licitadora ni para los restantes licitantes sobre tales hechos y los intereses públicos en general quedaban protegidos en cuanto a la seriedad del proceso de licitación por este aspecto.

Agréguese a lo anterior, que aun cuando la disposiciones citadas del Código de Comercio nada dicen acerca o del abono o autenticación por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la firma del Cónsul, en la certificación de aquél sobre la existencia de la sociedad y el cumplimiento de su objeto, dicho abono o autenticación se efectuó.

La sociedad actora alega que la autenticación por el Ministerio de la firma del Cónsul no se hizo en relación ya no con la certificación sino con los documentos de la autoridad extranjera (en el caso sub-lite la Secretaría del Tribunal de Comercio de Grenoble, Francia), pero esto no era necesario, por una parte, pues no lo exige el art. 468 citado y por otra, es evidente que cuando el Ministro el 6 de noviembre de 1986, en tales documentos estampó un sello diciendo que "el señor (nombre ilegible) desempeñaba en esa fecha las funciones allí indicadas", lógicamente se estaba refiriendo al Cónsul porque al Ministerio no podía constarle otra cosa y hay que pensar, razonablemente, que lo que sucedió fue que se equivocó en la misma anotación de la persona.

Pero la misma sociedad actora alega, además, que se contrarió la condición 1.12 B del "pliego de condiciones" porque ésta disponía que "todos los documentos

sobre los aspectos contractuales deberán estar en idioma español y en caso de encontrarse en otro idioma obliga su traducción oficial.

Para la Sala esta condición, que es bien ambigüa en sus términos, no puede pensarse que debía aplicarse a los documentos referentes a la existencia de la sociedad que propiamente no era un aspecto contractual (que por otra parte estaba acreditada ya con la documentación presentada en los términos de que trata el precitado art. 468), sino a los documentos de la oferta que hicieron referencia al contrato mismo que se ofrecía celebrar.

3°. Es cierto que la jurisprudencia de la Corporación a tono con la doctrina universal, como lo anota el a-quo, ha dicho que el apartamiento, del licitante, del pliego de condiciones en aspectos no sustanciales no implica incumplimiento con los requisitos enlistados en el mismo.

El censor, recurrente, alega que sin embargo "el defecto acotado de la no presentación de los comprobantes de existencia y representación en traducción oficial no puede minimizarse en la forma en que se ha hecho pues por su entidad lo que toca con la actualidad, vigencia y capacidad de quien no es persona natural constituye uno de los elementos de mayor importancia dentro de cualquier trámite...".

Para la Sala es cierto, también, lo dicho por el censor, pero lo que sucede es que no es verdad que en este caso se esté minimizando como él afirma, esos aspectos, sino que lo que ocurre es que para ella la existencia y representación de la sociedad sí quedó establecida frente a la entidad licitadora con los documentos que presentó con su oferta, por las razones atrás anotadas, de donde la cita jurisprudencial hecha por el a-quo, en el fondo, simplemente le sirvió de apoyo a su decisión sin que fuera ni sea necesariamente pertinente para haberla tomado ni para mantenerla incólume con ocasión del fallo que se pronunciará en esta segunda instancia.

4°. Finalmente, la Sala llama la atención sobre la circunstancia de haberse acreditado la existencia y representación de la sociedad, aun dentro de los rigurosos términos probatorios de que tratan los arts. 259 y 260 del C. de P.C., para el momento en que se celebró el contrato adjudicado en desarrollo de la licitación PR-211 (0664-E1) convocada por las Empresas Públicas de Medellín, por lo cual no podría tampoco sostenerse que se escogió a un proponente inexistente legalmente.

5°. El distinguido apoderado judicial de la sociedad recurrente, en su alegato de conclusión, arguye que la propuesta financiera de su representante no fue considerada por extemporánea a pesar de ser más favorable para las Empresas y que sin embargo sí se aceptaron como pruebas documentos aportados extemporáneamente por la sociedad que resultó favorecida con la adjudicación.

La Sala se permite refutar esta argumentación, porque, como resulta de lo atrás expuesto, lo que ocurrió no fue a la sociedad favorecida se le hubieran aceptado

extemporáneamente unos documentos demostrativos de su existencia y representación, sino que los que *oportunamente presentó* se tuvieron como demostrativos de esos hechos. Y al procederse así, no se contrarió la ley, por las razones ampliamente expuestas bajo el numeral 2° precedente.

Por la vía del obiter dictum considera a la Sala útil referirse a la insinuación hecha por el a-quo acerca de una pretendida falta de legitimación activa en la causa o ausencia de derecho sustantivo del licitante vencido a demandar el acto de adjudicación, que se deduce de la conformidad que manifiesta en el fallo recurrido al concepto que dio su colaborador según el cual aun cuando se pudiera deducir que las Empresas Públicas de Medellín hubieran cometido un error al adjudicar el contrato a la firma Neyrpic "tal falla no justificaría que debieran cometer otro al aceptar una propuesta o reforma extemporánea... y dice el Tribunal que "ello se compartirá porque la posición de la demandante parte de la base de que si no se le adjudicaba a la firma Neyrpic obligadamente tenía que hacérsele a ella por ser según su entender, la segunda opcionada".

Si lo que puede deducirse de lo anterior, según lo dicho, es una falta de legitimación activa en la causa, anduvo descaminado el fallador, pues esta Corporación ha sentado lo contrario e inclusive ha dicho que el licitante vencido en licitación ilegal está legitimado para demandar la nulidad del contrato. A manera de ejemplo cita la Sala la sentencia proferida con fecha 12 de abril de 1978, dentro del Expediente No. 1492 (Actor Sociedad Compañía Colombiana de Construcciones Urbanas Ltda.) de la cual fue ponente el H. Consejero Carlos Betancur Jaramillo, en donde al examinar el interés que se requiere en tal caso (pretensión de nulidad absoluta del contrato) expuso: "Así no debe entenderse ese interés de tercero como el de legalidad que esgrime quien pretende la defensa del orden jurídico y que justificaría la acción contra un auto (sic) separable, como sería el que abre una licitación; en cambio para impugnar el de adjudicación sólo tendrán interés, en principio, los que licitaron. El interés en la anulación del contrato debe ser especial y concreto, personal y directo, como que ella condiciona el restablecimiento pretendido, porque en tal evento la responsabilidad de la entidad contratante surge o nace de la ilegalidad del acto de adjudicación, el cual, con el contrato subsiguiente, forma una unidad compleja. Y debe aceptarse así aunque pueda pensarse, en estricta técnica que el perjuicio para el licitante vencido realmente nace del acto de adjudicación ilegal y que sólo la ilegabilidad del contrato mismo podrá alegarse por las partes contratantes o por el Ministerio Público.

"5. En el caso concreto estudiado, la firma demandante acreditó no sólo haber tomado parte en la licitación sino haber sido preseleccionada en razón de la formulación de la propuesta más baja en cuanto al valor de las obras. Esta circunstancia le creó una expectativa y le permitió aspirar con razones serias a la adjudicación del contrato. El hecho de que se hubiera adjudicado a otra persona frustró sus aspiraciones y le hizo sentir un perjuicio de carácter patrimonial. Y es para la pretensión anulatoria tanto del acto de adjudicación como del contrato celebrado entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura y la firma Abraham Saportas". (Anales del Consejo de Estado, Tomo N° 94, Primer Semestre de 1978, Pag. 501 y 502).

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 recurrida.

Costas en la instancia a cargo de la demandante.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de octubre de 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 MEDICO/ DAÑO/ CULPA

El descuido o negligencia en que consiste la culpa no es demostrable sino por sus manifestaciones externas, es decir por el acto que causa el daño, que como producido por un ser humano debe presumirse que es el resultado de una elección que se presentó al sujeto entre realizarlo o no y que desde el momento, en que escogió ejecutarlo debe serle imputable, es decir debe responder por sus consecuencias, que no son otras que la reparación del daño. Si a la paciente no se le practicó el examen previo y si no se probó que se tomaron las precauciones previas y concomitantes indicadas por el mismo fabricante de la droga (xylocaína) y por tratadistas en la materia y si tampoco se demostró cuál fue la dosis administrada, en principio y salvo prueba en contrario, que debe suministrar el deudor (la parte demandada) no pudo ser sino precisamente por falta de la diligencia y cuidados debidos o por fuerza mayor. En ausencia de la demostración sobre ésta, la conclusión a que hay que llegar no puede ser sino la que hubo falta de diligencia y cuidado, por parte de los agentes de la administración y concomitante, que se presentó una falla del servicio.

PERJUICIOS MATERIALES- Ama de casa

El estado físico tan precario en que quedó la actora como consecuencia de la intervención de que fue objeto, traducido en la parálisis que según el peritazgo determinó una incapacidad del 100% de su actividad laboral, lleva consigo la consecuencia lógica de su indemnización, por cuanto el no poder atender los oficios domésticos de su casa por el resto de su vida, implica que debe contratar a una persona que los realice y no se puede negar que en el desarrollo normal de vida dichos oficios tienen que darse, puesto que la preparación de alimentos, cuidado de los vestidos, limpieza de la casa son básicos en el diario acontecer.

PERJUICIOS MATERIALES: Se solicitaron en sus conceptos de daño emergente y lucro cesante, en la suma de $30.000.000.oo, para cuyo avalúo pidió el nombramiento de peritos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5902. Actor: Maria Helena Ayala de Pulido.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado -INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- contra la sentencia del 7 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

1°. La señora María Helena Ayala de Pulido en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento demandó a Instituto de Seguros Sociales, Seccional Sogamoso, solicitando se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Que se decrete que el Instituto de Seguros Sociales es absolutamente responsable de los perjuicios ocasionados con las secuelas permanentes, deformidad física, perturbación del aparato locomotor, perturbación funcional del órgano de la secreción, por falla en la prestación del servicio.

"SEGUNDA: Que se condene al Instituto de Seguros Sociales a pagar a la demandante, el valor de los perjuicios a que haya lugar, es decir, los morales, teniendo en cuenta la sentencia del Consejo de Estado que determinó los gramos oro de acuerdo a la devaluación de la moneda y la corrección monetaria, sentencia de febrero 9/78, teniendo en cuenta el daño emergente y el lucro cesante, subjetivos y objetivos.

"TERCERA: Que se condene a pagar al Instituto de Seguros Sociales, a la señora MARIA HELENA AYALA DE PULIDO, la suma de $30.000.000.oo a los que resulten probados al nombrar los peritos, que pido en el Capítulo de pruebas, para que se determinen de acuerdo al Código Sustantivo del Trabajo, la gran invalidez de la demandante, teniendo en cuenta su juventud, su capacidad de trabajo, todos estos valores económicos deben estar ajustados a la devaluación de la moneda y la corrección monetaria que exista en el momento de hacer la evaluación respectiva.

"CUARTA: Que se condene al costo al Instituto de Seguros Sociales". (fls. 9 y 10, C. 1).

2°. La actora fundamentó la demanda en los hechos que se sintetizan así:

1) La señora María HelenaAyala de Pulido de 41 años de edad, con cinco hijos, dedicada a las labores del hogar, tenía un negocio de cría de canarios y otras aves, con lo cual colaboraba con los gastos de manutención de su familia, y estaba casada con el señor Juan José Pulido Engativá quien por estar vinculado a la EmpresaAcerías Paz del Rio S.A., era aportante del Instituto de Seguros Sociales y por tanto la prestación del servicio de salud era extensivo a su familia. Por esta razón, la señoraAyala de Pulido utilizó los servicios médicos del Instituto de Seguros Sociales y así ingresó a dicho Centro el 23 de marzo de 1982 para recibir el servicio de "Trabajo de Parto".

2) El 24 de marzo de 1982, por petición escrita de los esposos Pulido Ayala el doctor Juan López Granados, Gineco-Obstetra al servicio del I.S.S. le practicó a la actora una ligadura de trompas para lo que el Anestesiólogo doctor Jaime Arango Velez, , también al servicio del Instituto le colocó anestesia raquídea. Al día siguiente se presentó en la paciente dolor intenso en los miembros inferiores con adormecimiento desde la región inguinal hacia abajo. Dichas molestias se fueron incrementando hasta el punto de concretarse a través de un reconocimiento médico legal del 30 de julio de 1984, en una lesión consistente en parálisis de los miembros inferiores con incontinencia urinaria y fecal, de carácter permanente y con una incapacidad médica legal de 30 días.

3) Durante el lapso comprendido desde la fecha de la intervención para la ligadura de trompas y la calificación médico legal definitiva de la lesión, la demandante fue tratada en la clínica del Seguro de Sogamoso, de donde, según la historia clínica, salió aún utilizando sus dos piernas, pero comprometida en un proceso de parálisis evidente, que motivó luego de procedimiento de interconsulta, su remisión al Instituto Neurológico de Colombia en donde se le diagnostica, previos exámenes clínicos una "Aracnoiditis a nivel lumbar" recomendándosele tratamiento de fisioterapia y control ambulatorio.

4) Entre septiembre y noviembre de 1982, la actora se ve más afligida en su movilidad de los miembros inferiores, lo que ocasiona nuevamente su remisión al Instituto Neurológico de Colombia en donde finalmente se insiste en el diagnóstico de la Aracnoiditis lo que le viene a ocasionar la pérdida total de la fuerza en los miembros inferiores quedando parapléjica y sin cambios sensitivos, recomendándose como única terapia la fisioterapias ambulatoria y el control con consulta externa.

5) Considera la demandante que el procedimiento aplicado por parte de los médicos adscritos al Seguro Social de Sogamoso resultó altamente deficiente, lo que sin embargo para efectos procesales constituye hecho de difícil prueba, pues es real que entre esta clase de profesionales sea normal costumbre cubrirse entre si los errores que cometen y sufren los pacientes, pero que con todo no alcanzan a encubrir la evidente falla en la prestación del servicio, puesto que la lesión que sufre la demandante, hubiera podido preverse aplicando las correspondientes pruebas de sensibilidad y previendo mejor las posibilidades de riesgo, cuestión que no efectuó el doctor Jaime Arango Velez, anestesiólogo que la atendió.

6) La lesión que considera el actor se originó en una falla del servicio, ocasionó y sigue acarreando grandes perjuicios morales y económicos a la demandante, pues su paraplejia permanente y definitiva constituye una carga económica y moral para su familia y ella misma.

7) En suma, resalta la accionante, que el Instituto de los Seguros Sociales, en cambio de solucionarle un problema de planificación familiar, le ocasionó una parálisis de miembros inferiores definitiva, que para siempre la postró en una silla de ruedas, con gravísimas consecuencias morales y económicas.

3°. El demandado contestó la demanda mediante apoderado negando en forma general los hechos y oponiéndose a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

1. Inepta demanda, por cuanto en la demanda invoca el procedimiento ordinario, cuando de conformidad con el capítulo II del Título XXVI, libro 4° se trata de un Proceso Especial ya que se pretende la reparación directa de perjuicios.

2. Ilegitimidad de la personería del demandado, en virtud de que el representante legal del Instituto de Seguros Sociales lo es el Director General y no el Gerente Regional, según lo dispuesto por el art. 56 del Decreto Ley-1650 de 1977.

3. Caducidad de la acción, ya que la intervención quirúrgica que produjo la invalidez de la demandante ocurrió el 24 de marzo de 1982 y la demanda se presentó el 16 de agosto de 1985, cuando habían transcurrido más de tres años.

4. Ausencia de culpa, puesto que el accidente no se debió a descuido o negligencia del profesional médico, sino por causa ajena a él.

También solicitó la demandada el llamamiento en garantía al médico anestesista Dr. Jaime Arango Vélez, con el objeto de que responda por el resultado de la sentencia que llegara a proferirse contra el I.S.S.

El mencionado profesional se hizo presente en el proceso impugnando la responsabilidad que se le indilgaba con fundamento en que no hubo de su parte en la producción del daño culpa alguna o dolo.

4°. Surtido el trámite legal de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Boyacá procedió a dictar sentencia favorable a las pretensiones de la demandante con base en los siguientes argumentos:

1) Respecto de las excepciones propuestas agrupó, las de inepta demanda e ilegitimidad de personería en el demandado y consideró que se fundaban en objeciones de carácter formal, esto es que constituyen meras imprecisiones que por si solas no alcanzan a estorbar el pronunciamiento jurisdiccional.

En cuanto a la caducidad, consideró que tampoco debía prosperar, puesto que el hecho dañoso solo completó su total perfil en el momento en que el Instituto de Medicina Legal lo cataloga como lesión física con carácter de invalidez e inestabilidad de miembros inferiores, lo que ocurrió el 30 de julio de 1984, por lo cual no se produjo la caducidad ya que la demanda se presentó el 16 de agosto de 1985.

Finalmente, sobre la ausencia de culpa consideró que, siendo ésta de fondo, no podría aceptarse pues la responsabilidad administrativa deviene a la Constitución Nacional, sin que se fundamente en principios propios de la responsabilidad civil.

En cuanto a las pretensiones, en lo pertinente argumentó lo siguiente:

> "...La falla del servicio público de la salud, lo ha dicho la jurisprudencia, gira dentro del entorno de la presunción, es decir que si el daño se presenta en conexión con aquel, corresponde a la entidad demandada demostrar, como quedó dicho, los extremos de exoneración..." (fl. 152 C. 1).
>
> "...Articulando la prueba a los planteamientos precedentes, aparece obstensible la prosperidad de la acción dada la demostración cabal que del daño se hizo dentro del proceso, su puntualización dentro de criterios de certeza y apreciabilidad y el vínculo que se entraña entre este y una función pública del Estado que se cumplió a través o mediante uno de sus órganos, en el cumplimiento de uno de los deberes fundamentales del Estado...
>
> "La anterior premisa sería suficiente para derivar la responsabilidad estatal ante la conducta defensiva de las partes impugnadas, que por equivocación de enfoque, resultó omisiva y deficiente en la tarea de demostrar y probar los extremos de exoneración de la responsabilidad estatal" (fls. 152 y 153, C. 1).

Y respecto del llamamiento en garantía al Dr. JaimeArango Vélez resolvió que no prosperaba por cuanto en el expediente no hay prueba que tipifique la conducta individual del agente en los grados de culpa grave o dolo.

Sobre los perjuicios morales, los reconoce en el equivalente a mil gramos oro en virtud del desarreglo emocional por el estado parapléjico en que quedó la actora, lo cual fue plenamente probado dentro del proceso.

En lo referente a los perjuicios materiales, que comprenden daño emergente y lucro cesante, expresó que el primer aspecto no resultó probado por lo cual no prosperó la pretensión por dicho rubro, y en cuanto al lucro cesante preciso que a pesar de no aparecer probado en el plenario que la lesionada ejerciera actividad comercial alguna ni tampoco la percepción de ingresos laborales, consideró que tiene derecho a que se le indemnice por la posibilidad que tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa, y de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, respecto de las amas de casa, estimó que debe calcularse sobre la base del salario mínimo legal, así que condenó en abstracto el resarcimiento por este rubro y fijó las pautas para su liquidación.

5°. El demandado interpuso recurso de apelación contra la sentencia, en el cual ratificó la procedencia de las excepciones de caducidad e inepta demanda y además objetó la sentencia por cuanto en el fallo sólo tuvo en cuenta un criterio objetivo.

Dichos conceptos los amplió más especificamente en el alegato de conclusión, en donde expresó, respecto de la excepción de caducidad que el *a-quo* tomó caprichosamente la fecha de un reconocimiento médico legal de julio 30 de 1984; sin embargo, en su concepto, obran otras pruebas en el expediente para tomar en cuenta la fecha de iniciación del término de caducidad, como son la del denuncio penal contra los médicos -julio 21 de 1983-, la de la carta enviada por el esposo de la señoraAyala de Pulido al I.S.S. reclamando indemnización por invalidez de su esposa -julio 1 de 1983-, la fecha en que el Instituto Neurológico de Colombia determinó la parálisis de la actora -agosto 31 de 1982-, la de la evaluación que hizo el Comité Técnico del Seguro Social en que señaló las consecuencias del accidente. Sin embargo, afirma que las normas en materira procedimental no admiten interpretación, por lo que la única fecha válida para el efecto es el de la intervención -24 de marzo de 1982- y que como según el Decreto 528 de 1964 el término de caducidad era de 3 años y la demanda se presentó el 16 de agosto de 1985, se consumó el fenomeno mencionado.

De otra parte, alegó que no se demostró la falta o falla del servicio y en cambio si se demostró, en forma inequívoca e irrefutable, mediante concepto de expertos médicos, que el daño presentado fue ocasionado por típico accidente imprevisible, lo que descarta el cargo de negligencia, descuido o torpeza que se le endilga tanto por la actora como por el Tribunal. Además impugna al hecho de que éste no haya tomado en cuenta el acervo probatorio del proceso.

El apoderado de la demandante presentó memorial, que obra a folios 178, solicitando la confirmación de la sentencia.

6°. El Agente del Ministerio Público, en concepto del 6 de marzo de 1990 (fl. 180), analiza las excepciones propuestas y respecto de la caducidad expresa que para su conteo se debe tener en cuenta la fecha del 31 de agosto en la cual el Instituto Neurológico de Colombia diagnosticó aracnoiditis lumbar. Por lo que, como a 1° de marzo de 1984 no había caducado la acción, la actora tenía plazo para demandar hasta el 1° de marzo de 1986, por lo que dicha excepción no debe prosperar; en cambio, solicita se anule lo actuado en el proceso desde el auto admisorio de la demanda, porque considera que el trámite a seguir en el presente proceso era el especial previsto en el art. 127 del C.C.A., y el que se observó fue ordinario.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1° En razón a que por el demandado se propusieron las excepciones del inepta demanda por trámite inadecuado y por indebida representación del demandado, de caducidad y de ausencia de culpa, es necesario proceder a su análisis previo, máxime

cuando algunas de éstas, como la caducidad y la ineptitud de la demanda por trámite diferente del ordenado por la ley, han sido aspectos básicos en el presente debate procesal.

Respecto de la inepta demanda por ilegitimidad de la personería en el demandado, para la Sala no prospera por cuanto mediante la Resolución N° 649 del 17 de junio de 1980 el Director General del I.S.S. delegó en los Gerentes de las Seccionales la facultad de notificarse de las demandas que se instauren contra el Instituto dentro de la respectiva área jurisdiccional (fl. 92). A folios 33 y 34 aparece la resolución de nombramiento del doctor Juan Donaldo Gamez Cubides como Gerente de la Seccional del Instituto de Seguros Sociales de Boyacá, y la respectiva acta de posesión.

En cuanto a la excepción propuesta de procedimiento inadecuado, frente a las normas del Código Contencioso Administrativo efectivamente aparece que el trámite prescrito para los procesos de reparación directa y cumplimiento es el especial establecido en el Capítulo II del Título XXVI y no ordinario que fue invocado. Sin embargo, si se observa el expediente se concluye que a pesar que el demandante habló del procedimiento ordinario el Tribunal aplicó el que correspondía, sin que resultara afectado el derecho de defensa de las partes.

Sobre la caducidad, en la cual en parte fundamenta el demandado el recurso que se estudia, la Sala debe examinar en primer lugar la fecha desde la cual ha de empezar a contarse su término. Dados los hechos, presupuesto de la acción, como el daño total no se produjo al momento mismo de la intervención quirúrgica, para efectos del cálculo del plazo de caducidad debe partirse de la época en que los efectos de daño se produjeron y la actora tuvo pleno conocimiento de ellos, y dentro del expediente obra prueba de que ello ocurrió el 31 de agosto de 1982 fecha en que el Instituto Neurológico de Colombia determinó la parálisis de la actora (fl. 110, C.4), por tanto computado el plazo desde dicha fecha el proceso no estaba caducado cuando se presentó la demanda.

De otra parte, el análisis del término de caducidad lo expone acertadamente la Fiscalía acogiendo la interpretación jurisprudencial por lo cual lo adopta la Sala y para mayor claridad se permite transcribirlo así:

> "..."Ahora, si bien es cierto que se le practicó a la señora María Helena Rosas de Pulido la anestesia pendural el 23 de marzo de 1982, también es cierto que solamente en agosto 31 se le diagnosticó, por parte del Instituto Neurológico de Colombia, aracnoiditis lumbar; por lo tanto, la fecha que se debe tener en cuenta para la caducidad de la acción es la de 31 de agosto de 1982; como no había caducado la acción para el 1° de marzo de 1984, fecha en que empezó a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo, tenía plazo para presentar la demanda hasta el 1° de marzo de 1986; como fue llevada la demanda a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Boyacá el 16 de agosto de 1985, no hay caducidad de la acción". (fl. 182, C.1).

2º Problema fundamental en materia de responsabilidad civil o de responsabilidad del Estado o de la Nación por falla del servicio ha sido el de la prueba de elemento culpa, pues ni tratadistas ni jurisprudencia dejan de mencionarlo como uno de los elementos axiológicos de dicha responsabilidad; las diferencias que se presentan hacen relación a su prueba y a la parte a quien corresponde aportarla.

Cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo. En sentencia de 30 de junio de 1989, Exp. Nº 5225, Actor: Javier de Jesús Angel Herrera, esta Sala, luego de estudiar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este instituto y de indicar cómo el criterio de la identificación de la obligación administrativa implica que su incumplimiento se califique como falta de servicio y que se ha considerado como obligación de esta clase la que corresponda a una función que el Estado deba cumplir de acuerdo con la ley o los reglamentos, expresó: "...la experiencia ha demostrado que el atenerse al solo criterio que podríamos llamar funcional deja por fuera muchos casos de evidente falla o falta del servicio, por la sola razón de no estar comprendido el servicio como parte de una función creada expresamente por la ley y encomendada a un determinado ente. Por esto, los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que ésta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir", y más adelante, acogiendo este criterio dijo que "si la Administración tiene como uno de sus fines primordiales proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes no se ve por qué no deba responder de los perjuicios que con su actividad llegue a causar, cuando en ejecución de una tarea que no le corresponde según la ley y el reglamento, pero que de hecho asume, en efecto los irroga" y en consecuencia declaró la responsabilidad de un establecimiento público que no tenía dentro de sus funciones transportar materiales de construcción pero que para ayudar en la construcción de una escuela los transportó y en el desarrollo de la operación uno de los vehículos hirió a un menor.

Para el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1981) los elementos axiológicos de la responsabilidad extracontractual son:

a) Que el autor del hecho sea capaz de delito o causidelito;

b) Que ese hecho u omisión provenga de dolo o culpa;

c) Que cause un daño; y

d) Que entre el hecho o la omisión dolosa o culpable y el daño exista una relación de causalidad.

Para los hermanos Henry y León Mazeud (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil y Contractual, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977) tales elementos son:

a) El daño;

b) La culpa; y

c) El nexo causal.

En fin, para el ilustre jurista uruguayo Jorge Peirano Facio (Responsabilidad Extracontractual, Ed. Temis, Bogotá,1981) se es responsable extracontrato cuando se reúnen estos elementos:

a) El hecho ilícito;

b) Un perjuicio o daño;

c) Dolo, culpa o negligencia en el autor; y

d) El anexo causal.

Se ha dicho y repetido por la Sala que los elementos axiológicos de la responsabilidad por falla del servicio son:

a) Un servicio que funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente;

b) Un perjuicio;

c) Una relación de causalidad entre a y b.

Estos elementos vienen a constituir los presupuestos de hecho que como tales según lo anota el ilustre jurisconsulto Dr. Antonio Rocha (de la Prueba, Ed. Lerner, Bogotá, pág. 25 y ss.), deben ser objeto de la actividad probatoria, pues es el asunto o caso que se litiga.

Ahora bien, ¿cuál es la carga probatoria que le corresponde al perjudicado con una falla de servicio?

Como incumbe probar las obligaciones (en este caso, la indemnizatoria) a quien las alega (art. 1757 C.C. y 177 del C. de P.C.), el actor dentro del proceso tendrá, fundamentalmente, esta carga. Se dice que fundamentalmente porque en el moderno derecho procesal, cuando se habla de carga de la prueba no se está significando quien

debe probar cada hecho, en el sentido de que si ese quién no cumplió con el deber sufrirá con la consecuencia desfavorable de su falta, sino que la expresión carga de la prueba señala sólo quien tiene *interés jurídico* en que resulte demostrado un determinado hecho.

Pero, ¿cómo y hasta dónde, hasta qué límite llega esa carga? El cómo lo señala el Código de Procedimiento Civil normando, regulando la forma de aducir la prueba e indicando la especie probatoria adecuada (testimonial, documental, pericial, etc.) y su valor (también aquí, el moderno derecho procesal ha evolucionado y ha sentado el principio de la libre evaluación o apreciación de la prueba por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En nuestro derecho positivo, por ej. el Código de Procedimiento Civil, art. 187 y el Código Contencioso Administrativo, art. 168, han acogido este postulado). El Límite estará determinado, en cada caso, por la naturaleza misma del hecho a demostrarse sin que se olviden naturalmente, las reglas especiales que el legislador haya establecido.

En lo que se refiere al primer elemento, el actor tiene interés jurídico en que se pruebe de un determinado servicio, que debía prestarse en el evento concreto, funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente.

¿Pero cuándo un servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente? Pues, responde la Sala, cuando debiendo operar, para alcanzar un determinado fin (f. gr. proveer de agua potable a los asociados) o con un cierto propósito (v. gr., impedir una sonada), éstos no los alcanza o no lo hace en forma que éllos puedan conseguirse o lo hace a destiempo o, finalmente, no opera. (En realidad, todas esas maneras pueden reducirse a un mala operación; cuando un servicio no opera a tiempo, opera mal, como sucede también cuando no opera o cuando se desvía del fin para el cual está establecido).

Se ha dicho que "cuando debiendo operar" para significar la necesidad de que exista o una norma legal reglamentaria que establezca la función o el hecho de que ésta haya sido efectivamente asumida por el ente administrativo a quien se le achaque su mala operación.

También se dice que funciona mal el servicio cuando no alcanza el fin o propósito perseguido con él, porque no puede concebirse un servicio establecido por la ley o los reglamentos o asumido de hecho por quien lo presta, sin una finalidad, sin un objeto.

Ahora bien, lo anterior no quiere significar que el elemento culpa esté ausente de la responsabilidad por falla del servicio. Al contrario, el mismo Consejo de Estado en varias oportunidades ha expresado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que será únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio mismo, sin que importe la identificación del agente de la administración que intervino en su acontecer.

Para los hermanos Henry y León Mazeud (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil y Contractual, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977) tales elementos son:

a) El daño;

b) La culpa; y

c) El nexo causal.

En fin, para el ilustre jurista uruguayo Jorge Peirano Facio (Responsabilidad Extracontractual, Ed. Temis, Bogotá,1981) se es responsable extracontrato cuando se reúnen estos elementos:

a) El hecho ilícito;

b) Un perjuicio o daño;

c) Dolo, culpa o negligencia en el autor; y

d) El anexo causal.

Se ha dicho y repetido por la Sala que los elementos axiológicos de la responsabilidad por falla del servicio son:

a) Un servicio que funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente;

b) Un perjuicio;

c) Una relación de causalidad entre a y b.

Estos elementos vienen a constituir los presupuestos de hecho que como tales según lo anota el ilustre jurisconsulto Dr. Antonio Rocha (de la Prueba, Ed. Lerner, Bogotá, pág. 25 y ss.), deben ser objeto de la actividad probatoria, pues es el asunto o caso que se litiga.

Ahora bien, ¿cuál es la carga probatoria que le corresponde al perjudicado con una falla de servicio?

Como incumbe probar las obligaciones (en este caso, la indemnizatoria) a quien las alega (art. 1757 C.C. y 177 del C. de P.C.), el actor dentro del proceso tendrá, fundamentalmente, esta carga. Se dice que fundamentalmente porque en el moderno derecho procesal, cuando se habla de carga de la prueba no se está significando quien

debe probar cada hecho, en el sentido de que si ese quién no cumplió con el deber sufrirá con la consecuencia desfavorable de su falta, sino que la expresión carga de la prueba señala sólo quien tiene *interés jurídico* en que resulte demostrado un determinado hecho.

Pero, ¿cómo y hasta dónde, hasta qué límite llega esa carga? El cómo lo señala el Código de Procedimiento Civil normando, regulando la forma de aducir la prueba e indicando la especie probatoria adecuada (testimonial, documental, pericial, etc.) y su valor (también aquí, el moderno derecho procesal ha evolucionado y ha sentado el principio de la libre evaluación o apreciación de la prueba por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En nuestro derecho positivo, por ej. el Código de Procedimiento Civil, art. 187 y el Código Contencioso Administrativo, art. 168, han acogido este postulado). El Límite estará determinado, en cada caso, por la naturaleza misma del hecho a demostrarse sin que se olviden naturalmente, las reglas especiales que el legislador haya establecido.

En lo que se refiere al primer elemento, el actor tiene interés jurídico en que se pruebe de un determinado servicio, que debía prestarse en el evento concreto, funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente.

¿Pero cuándo un servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente? Pues, responde la Sala, cuando debiendo operar, para alcanzar un determinado fin (f. gr. proveer de agua potable a los asociados) o con un cierto propósito (v. gr., impedir una sonada), éstos no los alcanza o no lo hace en forma que éllos puedan conseguirse o lo hace a destiempo o, finalmente, no opera. (En realidad, todas esas maneras pueden reducirse a un mala operación; cuando un servicio no opera a tiempo, opera mal, como sucede también cuando no opera o cuando se desvía del fin para el cual está establecido).

Se ha dicho que "cuando debiendo operar" para significar la necesidad de que exista o una norma legal reglamentaria que establezca la función o el hecho de que ésta haya sido efectivamente asumida por el ente administrativo a quien se le achaque su mala operación.

También se dice que funciona mal el servicio cuando no alcanza el fin o propósito perseguido con él, porque no puede concebirse un servicio establecido por la ley o los reglamentos o asumido de hecho por quien lo presta, sin una finalidad, sin un objeto.

Ahora bien, lo anterior no quiere significar que el elemento culpa esté ausente de la responsabilidad por falla del servicio. Al contrario, el mismo Consejo de Estado en varias oportunidades ha expresado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que será únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio mismo, sin que importe la identificación del agente de la administración que intervino en su acontecer.

Así, en una ocasión se dijo: "2° Si bien el artículo 16 de la Constitución Política, primero del Título III sobre derechos civiles y garantías sociales, previene que las autoridades de la República están constituidas para proteger las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes..., de allí no puede concebirse que el Estado asume una *obligación de resultado*, de seguridad, pues en tales circunstancias estaría obligado a responder por todas las muertes violentas ocurridas en el país, por todas las calumnias e injurias y por todos los hurtos, robos y depredaciones". (Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.E., junio 12 de 1984. Expediente N° 11014. Actor: Ligia Calderón de Cordoba. Recurso de súplica contra sentencia del 17 de febrero de 1983 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Anales, Primer semestre 184, págs 887-894).

En lo que no hay claridad absoluta es en sí esa negligencia o descuido debe demostrarse o si ella resulta inferida de la presencia de la falla misma.

Para la Sala si bien la falla habla por sí misma, ello no excluye que el juez deba investigar qué la produjo, para esta forma, si llega al convencimiento de que ocurrió por conducta descuidada o negligente de la administración, declare la responsabilidad y fulmine las condenas del caso.

Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue negligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración. Esta, entonces,tendrá la carga (entendida en el anotado sentido de **interés**) de demostrar que su conducta se ajustó a su obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos.

En el derecho privado la responsabilidad se ha dividido o clasificado en contractual y extracontractual, según que su origen estén la violación de obligaciones acordadas o convenidas por las partes o resulte de la violación del principio general de no causar daño a la persona o propiedad de otro (el nemen laedere).

Para determinar la extensión de las obligaciones asumidas contractualmente, a su vez se habla de obligaciones de medio y obligaciones de resultado.

Se explicó esta distinción diciendo que son obligaciones de resultado aquellas que tienen por objeto un hecho "claro preciso y de contornos definidos", o en otras palabras, "cuando el objeto de la obligación se identifica con el fin que persigue el acreedor, ésta se llama de resultado"; en cambio, la obligación es de medio (Henri Mazeaud en su obra "Ensayo de clasificación de las obligaciones", impropiamente la llamó de prudencia y diligencia, como si en las de resultado no se requiriera la misma conducta), cuando su objeto es un hecho "de lineamientos esfumados" y se estará en este caso, "cuando el deudor no se compromete a realizar u obtener un

determinado resultado, sino sólo a poner los medios que de ordinario conducen a ello" (R. Uribe Holguín, De las Obligaciones y del Contrato en General, Ed. Rosarista, Bogotá, 1980, págs. 15 y ss. y 172 y ss.). Ejemplos de la primera clase serían todas las obligaciones de dar, algunas de las de hacer (promesa de contrato, las de depositario, las del mutuario, etc) y las segundas las de médico y el abogado.

Desde un principio la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado mereció reparos porque, por una parte, el deudor siempre está obligado a ser diligente y cuidadoso, sin importar cuál sea la clase de obligación de que se trate, (baste no más leer el texto del art. 1606 del Código Civil, en donde se exige al deudor de entrega de cosa que la conserve hasta cuando la efectúe y que emplee en su custodia el **debido cuidado**) y por la otra, porque en toda obligación, cualquiera que sea su objeto, el acreedor espera un resultado: en unas, la entrega o devolución de algo, en otras que no se ejecute o realice algo, y en las demás, que realice ciertos hechos; así del abogado contratado para incoar y atender el desarrollo de un proceso se espera que presente la demanda, que solicite y atienda la práctica de pruebas, que interponga los recursos de ley, etc. y del médico, que practique los reconocimientos de rigor, que recete los medicamentos adecuados, que ordene los exámenes que la técnica recomiende, etc.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia fechada 31 de mayo de 1938, acogió la distinción anotada no sólo para expresar que el deudor excusa su incumplimiento con la demostración de la fuerza mayor, caso fortuito o intervención de elemento extraño en las obligaciones de resultado y en las de medio con la de la "ausencia de culpa" (y los comentaristas han entendido que ella se da con la de la diligencia y cuidado), sino para imponerle al acreedor, en las de medio, la carga de demostrar que el deudor no fue ni cuidadoso ni diligente. (C.S. de J. Sala de Casación Civil, Ordinario de Georges Maguin vs. Rafael y Enrique Iregui C., G. J. Tomo XLVI, pág. 566 y s.s.).

Volviendo al tema de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado es útil anotar que ella ha servido en la doctrina y en la jurisprudencia, en el campo de la responsabilidad contractual, para determinar la extensión de la carga probatoria del deudor (obsérvese que el **deudor**, no del **acreedor**) y para este efecto se ha dicho: quien debe una prestación nacida de una convención no puede justificar su incumplimiento sino con prueba de que éste ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito o por culpa de la víctima; sin embargo, cuando la obligación es de medio, entonces podrá justificarlos demostrando diligencia y cuidado, es decir que no obstante haber sido cuidadoso y diligente, el resultado de que él se esperaba no se logró.

En lo que hace ya no al deudor sino al acreedor, en el estado actual de la cuestión, tratándose de obligaciones nacidas de un contrato, le bastará demostrar la existencia de la obligación (el contrato), pudiendo entonces pedir su cumplimiento o su resolución, con indemnización de perjuicios moratorios en el primer caso o compensatorios y moratorios en el segundo, los que deberá demostrar, sin que obste para ello que el contrato sea mercantil y se presuma que con él se buscaba un lucro.

Los daños deben ser consecuencia (efecto) del incumplimiento de la obligación reclamada.

En Colombia y en Chile, la mayoría de los tratadistas y de la jurisprudencia sostienen que basta la prueba de la obligación (el contrato) sin que al mismo tiempo sea indispensable, **al acreedor**, demostrar el incumplimiento, el que bastará que lo afirme; para ello se fundan en lo prescrito por el art. 1757 del C.C. en concordancia con el inc. 3° del art. 1604 ib. (artículos que corresponden a los 1547 y 1698 del Código Civil Chileno). El deudor, de acuerdo con dichas normas es quien tiene que demostrar o su diligencia o cuidado o que no se alcanzó el resultado concreto esperado de él, debido a fuerza mayor o caso fortuito o a culpa exclusiva de la víctima.

En otros países, como por ejemplo en España, los tratadistas sobre la materia (responsabilidad contractual), sostienen la necesidad de demostrar no sólo la obligación sino el incumplimiento del deudor. Esto se debe a que en los Códigos de los países a los que pertenecen tales tratadistas no se encuentran disposiciones como las citadas de los Códigos Colombiano y Chileno. (Así puede verse no sólo de la lectura del Código Civil Español sino por ejemplo, de la obra la Responsabilidad Contractual de Francisco Jordano Fraga, Ed. Civitas, 1987).

En el campo de la responsabilidad extracontractual la posición tradicional sostiene que el acreedor demuestra la obligación a ser indemnizado por equis (x) persona probando el hecho ilícito de ésta, su culpa, el daño y la relación de causalidad. El hecho ilícito, cuya definición atrás se dio, se demuestra por su ocurrencia, por sus aspectos materiales (un automóvil conducido por equis (-x-), que estrelló e hirió a una persona; una arma de fuego disparada por aquél; una caldera de su propiedad que estalló; un árbol que corta y se deja abandonado sin señal que advierta el peligro; y tantos otros ejemplos que pueden darse). Pero además, se dice si hecho ilícito es el contrario al deber común y general de no inferir *injustamente* daño a la persona o propiedad de otro y si de acuerdo con el art. 2341 del C.C. el obligado a la indemnización es quien ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, la culpa o el dolo deben demostrarse por el acreedor, como que ellos constituyen presupuesto de la obligación de indemnizar.

3° Posiciones de la jurisprudencia, la doctrina y la Sala.

Posición de la Jurisprudencia:

En 1936 e inmediatos, años de fecundas transformaciones jurídicas, la Corte Suprema de Justicia aligeró la carga probatoria del perjudicado (acreedor a la indemnización) y apoyándose en el artículo 2356 del Código Civil ideó la figura que en un principio calificó como de presunción de responsabilidad y luego con mejor técnica y mayor precisión llamó de la presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas. En sentencia del 14 de marzo de 1938,de la cual fue ponente el Doctor Ricardo Hinestrosa Daza, dijo la Corte:

"La presunción de inocencia en favor de todo imputado y la de buena fe en pro del poseedor implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. No es excepción al principio que informa las disposiciones legales a que así se alude la que hace responsable de la pérdida del cuerpo cierto a quien debe su entrega, puesto que está obligado a conservarlos mientras la haga, y, por ende, a poner en ello la diligencia y cuidado correspondientes según la naturaleza o estipulaciones del respectivo contrato o las pertinentes disposiciones legales. A ese mismo principio, determinante de lo que sucede en los ejemplos que brevemente acaban de imponerse, obedece el art. 2341 del Código Civil, según el cual la obligación de indemnizar en él mismo impuesto cae sobre el que ha cometido un delito o culpa: Tal su categórica redacción".

"El artículo 2356 ibídem, que mal puede reputarse como repetición de aquél ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente debe repararse el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona".

"Exige, pues, tan sólo, que el daño *pueda imputarse*. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer".

"Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el Código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros. Innecesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y la de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos ejemplos el disparo imprudente de una arma de fuego; la remoción o descubrimiento de las losas de acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, o el dejar en estado de causar daño la obra de construcción o reparación de un acueducto o fuente a través de un camino, apenas se podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda ala zaga del automóvil y éste parece lento ante el velívolo y en que los caminos y las calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial".

"La teoría del riesgo, según la cual a quien lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a imposibili-

dad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tiene de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman en esta teoría, causados por el agente respectivo, como sería en esos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño".

"A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales".

"Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio Código disposiciones permisivas que sin interpretación forzosa ni descaminada, permiten atender el equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima".

"Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado artículo 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, *onus probandi*, no es del damnificado sino del que causó el daño con solo poderse imputar a éste su malicia o negligencia".

"No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producir los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los elementos necesarios de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que supera al hombre, lo que vale como decir que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima".

"No es el artículo 2356 caso único en que nuestro legislador con sabia amplitud haya prevenido o resuelto por anticipado problemas que en otros países no han venido a resolverse sino a poder de lucha jurisprudencial tesonera por la falta o contra la rigidez de textos legales. Nuestro Código de Comercio suministra ejemplos de aquel avance. Basta en ese sentido traer a cuenta aquí la manera discriminada como nuestro Código Civil reglamenta el error y su in-

fluencia sobre la validez del consentimiento. Al distinguir error *in negotio, in corpore, in substantia*, contiene respecto a este último la disposición del inciso 2° del artículo 1511, a cuya luz nuestros abogados y jueces se han visto libres de poderosas dificultades que los de Francia, por ejemplo, reducidos al texto de su artículo 1110 no han podido vencer sino a poder de la referida labor de que dan fe sus admirables construcciones".

A partir de esta sentencia puede decirse que la jurisprudencia de la Corte se unificó en el sentido de considerar que el artículo 2356 permite interpretar que a quien desempeña actividades peligrosas se le pude imputar malicia o negligencia y que, por consiguiente, la carga de la prueba no es de damnificado sino del que causó el daño. No dijo esa primera sentencia a la carga de la prueba de que se refería, pero al hablar de presunción de responsabilidad, de que no se estaba atropellando la presunción de inocencia y de que en actividades caracterizadas por su peligrosidad el hecho dañoso lleva en sí los elementos de negligencia o malicia, fácilmente se colige que la Corte quiso referirse a una pretendida carga de probar la culpa; más adelante se verá por qué se habla de una "pretendida carga".

La Corte Suprema de Justicia y más concretamente su Sala de Casación Civil no ha vuelto a cuestionar la validez de la tesis sino que se ha preocupado sólo por determinar otras actividades peligrosas,aparte de las que resulta de los que llamó ejemplos dados por el artículo 2356 y del manejo de automotores y así ha dicho que también lo son la operación de ferrocarriles (ya insinuada en el fallo transcrito) o de calderas, la conducción de bicicletas, y hasta al de fumigación de cultivos realizada con sustancias tóxicas (sentencia de agosto 20 de 1987, ordinario de Jorge Reyes Puyana contra Avioservicios Ltda. y Alfonso Corredor, publicada en Jurisprudencia al Día, Segundo Semestre 1987, pág. y ss.).

En materia de perjuicios ocasionados con ocasión de actividades médicas se anota que la Sala de Casación Civil, en un interesante fallo del 14 de octubre de 1959, de cual fue ponente el connotado jurista y tratadista Dr. Hernando Morales Molina al tiempo que explicó que "existen hechos que al mismo tiempo que constituyen una infracción de una convención pueden originar la responsabilidad extracontrato, entre las mismas partes" afirmó que las actividades médicas se encuadran dentro de las llamadas actividades peligrosas y que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al médico (Ordinario de Alfonso Mariño Flórez y otros contra Clínica de Marly S.A., Gaceta Judicial, Tomo XCI, pág. 758 y ss.).

La posición de la doctrina.

El tratadista colombiano y profesor universitario Javier Tamayo Jaramillo, en su obra "De la Responsabilidad Civil" (Ed. Temis, Bogotá, 1983, pág. 63) advierte: "...Bien vistas las cosas,la culpa, en su pureza ontológica, es de imposible demostración. Por ello habrá que decir que jamás se podrá llegar a una culpa probada, ya que la experiencia no permite arribar a tal resultado. Por el contrario, los hechos sí pueden ser verificables por las reglas de la experiencia y la demostración. Una necropsia

puede establecer experimentalmente el hecho de la muerte de una persona; en cambio, el juez no dispondrá de medio alguno para demostrar en forma directa el dolo o la culpa. Ante tales circunstancias, lo único que le es posible al juzgador o al intérprete, es estudiar todas las circunstancias que rodearon el acto del sujeto que realizó o que produjo el resultado material. En ese sentido, el juez irá valorando progresivamente las modalidades de conducta y, a partir de ellas, y ya debidamente probadas, emitirá un juicio axiológico que tendrá las consecuencias jurídicas de una culpabilidad establecida. Entonces no hallaremos, desde el punto de vista epistemológico, frente a una presunción. Lo que se demuestra es la transformación exterior de la realidad causada por el sujeto; las condiciones de espacio, tiempo y demás modalidades del hecho, constituirán indicios por medio de las cuales el juez podrá deducir o presumir la culpa. En consecuencia, podemos decir que la culpa deberá presumirse y que lo único que es posible demostrar es el resultado material, así como las respectivas calificaciones y modalidades de la conducta productora del resultado".

Luego, el mismo tratadista hace una distinción entre "la culpa presunta a partir del daño que se denomina presunción de culpa" y "la culpa presunta a partir de la conducta" que "se denomina culpa probada".

En cuanto a la culpa presunta a partir de la conducta o culpa probada, dice el autor que esa presunción "puede estar otorgada al juez o puede hallarse previamente establecida por la ley. En ambos casos nos hallamos frente a una culpabilidad establecida teniendo en cuenta las modalidades del hecho y no su resultado dañino". El primer caso (presunción de juez) se encuentra consagrado en el art. 2341 del C.C. y si un evento se juzga a la luz de esta norma, el juez es quien tiene "la facultad de recoger todas las características que rodearon el hecho, para, de allí, presumir si existió o no la culpabilidad" y expone que si el caso de una persona que tiene un animal fiero en su casa se juzgara con base en esta norma, requeriría, para que el juez presumiera la culpa del dueño, que acumulara "situaciones del hecho, tales como ausencia de medidas de seguridad, mala educación del animal o utilización de éste en lugares no aconsejables. En tales circunstancias, la ley no le está ordenando al juez que presuma la culpa con base en un hecho determinado; por ello se dice que se trata de una culpa probada, ya que el demandante debe establecer una serie de calificaciones de conducta, y con fundamento en ellas el juez deduce la culpa. En realidad, aunque la culpa, como en todos los casos, es presunta, convencionalmente decimos que se trata de una culpa probada, habida cuenta de todas esas circunstancias que deban ser establecidas por el juez".

La otra especie de culpa presunta a partir de la conducta de quien causa el perjuicio, está constituido para el autor citado por aquellos casos en que la ley atribuye a una cierta conducta del actor del daño la presunción de culpa. En estos eventos la ley parte de un hecho (conducta) para deducir que presentado el daño se presume la culpa y tales casos son los de responsabilidad por la ruina de un edificio (art. 2350 C.C.), por animales fieros (art. 2354 ib.), por el cual "el legislador ha considerado que el hecho de tener en la casa un animal fiero es un hecho suficiente para deducir de allí la culpabilidad, pues la ley no quiere dejarle al juez una búsqueda infinita y

acaso imposible de factores que permitan presumir culpa. Al juez le es impuesta la obligación de juzgar como culposa la conducta de quien tiene un animal fiero en su poder", y por actividades peligrosas del art. 2356 ib. en donde "nos encontramos frente a una responsabilidad presunta a partir de la conducta, pero basada en un hecho previamente establecido como culposo por el legislador".

En este momento de su discurrir, el autor trae a colación la distinción contractual entre obligaciones de resultado y obligaciones de medio, pues habla de que "Ante la imposibilidad epistemológica de probar la culpa, esta podrá deducirse del daño (obligaciones de resultado o presunciones de culpa), de un hecho concreto plenamente establecido por la ley, o de todas las circunstancias que rodearon el hecho (culpa probada)". Para él, los casos de animal fiero y ruina de edificio se encasillarían en responsabilidades por culpa presunta a partir de hechos concretos establecidos en la ley (tener en la casa un animal fiero o tener un edificio sin las reparaciones necesarias); no menciona ningún caso que en su concepto represente presunción de culpa a partir del resultado (el daño) y en cuanto a la responsabilidad por actividades peligrosas, que como atrás se transcribió la califica como "presunta a partir de la conducta, pero basada en un hecho previamente establecido como culposo por el legislador", dice no estar de acuerdo" con quienes consideran que tal responsabilidad genera una obligación de resultado y que en consecuencia, la culpa se presume a partir del daño", por que para él "la responsabilidad por actividades peligrosas es una típica obligación de medio en la que no le es dado al juez buscar indefinidamente dónde pueda encontrarse el hecho que permita inferir la culpa. La ley considera que el ejercer una actividad peligrosa es un hecho culposo, un hecho suficiente para deducir de él al culpabilidad. Si se tratara de una responsabilidad directa (llamada *con culpa probada* - art. 2341 del C.C..-), el juez tendría facultad de investigar si esa actividad peligrosa fue desplegada en forma culposa; por el contrario, si se tratara de una presunción de culpa a partir del daño (presunción de culpabilidad), a la víctima solo le bastaría probar el daño y la causa; en cambio, en la aplicación exacta de la norma (se refiere a la del art. 2356), la víctima debe probar el daño, el ejercicio de una actividad peligrosa sin necesidad de peligrosidad (?) y un vínculo de causalidad ente la actividad y el daño".

Agrega que hechas esas advertencias, vuelve entonces al lenguaje tradicional de la responsabilidad civil para concluir: "siempre se ha dicho que en las obligaciones de resultado y en la responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas, nos encontramos frente a presunciones de culpa, por el contrario, en la responsabilidad directa del art. 2341 del C.C. y en las obligaciones contractuales de medio, se habla de responsabilidad con culpa probada. La doctrina y la jurisprudencia dan a entender que la responsabilidad por actividades peligrosas consagra una presunción de culpa a partir de daño; es decir, en el lenguaje corriente se habla de una *culpa presunta.* Nosotros volvemos a afirmar que tal responsabilidad está fundamentada en una culpa presunta a parir de la conducta; es decir, siguiendo el lenguaje utilizado por la doctrina y la jurisprudencia, consideramos que la responsabilidad por actividades peligrosas consiste en una culpa probada. En realidad, a la víctima no le basta probar el daño y el vínculo de causalidad para obtener la reparación; debe establecer, además,que la conducta que produjo el daño constituía una actividad peligrosa, lo que equivale a probar la imprudencia o la negligencia".

Por su parte, el Dr. Uribe Holguín (ob. cit. pág. 101 y S.S.) al tiempo que escribe que de acuerdo con el art. 2341 del C.C., la responsabilidad se fundamenta en la culpa del agente, el daño sufrido por la víctima y la relación de causalidad entre el hecho y el daño, expresa que de la definición de culpa, de los hermanos Mazeaud "no surge sino una idea: la culpa es imprudencia o negligencia apreciada con relación a un ser abstracto" por lo que el concepto legal nada indica acerca de la naturaleza y razón de ser de la noción, que en cambio, para él significa "la voluntad intencional o no intencional con que libremente se ejecuta un hecho ilícito o se incumple una obligación", de donde, como el hombre goza de libre albeldrío para decidir entre pagar o cumplir una obligación o no hacerlo y entre ejecutar el hecho dañoso o no ejecutarlo, si escoge el incumplimiento o la ejecución del hecho dañoso, siempre habrá culpa en la elección que así haga y por excepción habrá dolo, cuando el propósito manifestado en la acción sea inferir injuria a la persona o propiedad de otro y esa culpa, que constituye algo subjetivo, *se manifiesta con la comisión del hecho o con el incumplimiento de la obligación.*

Explica que lo presumible es la culpa y no el dolo porque: "Lo natural, ordinario y corriente es que la persona humana actúe LIBREMENTE; lo contrario es excepcional o extraordinario y debe probarse. De ahí que del *hecho ilícito* el juez deba presumir la *culpa* en toda hipótesis, ora se trata de responsabilidad directa o indirecta, ora de la que provenga del ejercicio de actividad peligrosa o no peligrosa.

> "Sin embargo, es la *culpa* la que debe presumirse del hecho ilícito, no *el dolo.* Este por regla general, ha de probarse. Así está dispuesto por los artículos 769 y 1516 del Código, cuyos textos son respectivamente: 'La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse'; "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás deberá probarse". Estas disposiciones, que juzgo de aplicación general y no limitada a la posesión y a los vicios del consentimiento, no permiten que del hecho ilícito se presuma la intención del agente del daño. La malicia no es regla en la conducta humana. Cuando se infringe la ley y se infringe incumplimiento una obligación o incurriendo en hecho ilícito que causa un perjuicio no es que en la infracción se incurra de propósito, sino descuidada o negligentemente. Es vicio más generalizado en el hombre la falta de atención y de interés que la maldad y la intención de dañar. Por ello, la presunción se limita a la culpa".

Para el autor en cita, entonces, como según el art. 66 del C.C. se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes y circunstancias conocidas, como cuando de la existencia de un hecho determinado se infiere la existencia de otro, por ser lo natural, ordinario o corriente es que presentada al entendimiento y a la voluntad del hombre la posibilidad de obrar cumpliendo o no cumpliendo una obligación o incurriendo o no incurriendo en un hecho ilícito, ello sea por descuido o negligencia, la presunción de culpa tiene que aplicarse. "Que ésta siempre debe presumirse, lo demuestra la lectura del inciso tercero del artículo 1604, que considero aplicable a la responsabilidad por el hecho ilícito": 'La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega'

En el Curso de Obligaciones dictado por el profesor Fernando Hinestroza y editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia (Segunda Edición Mimeografiada, 1961, pág. 329 y ss.), se plantea una interesante aproximación al tema de la responsabilidad así:

Después del contrato o convención como fuente de relación crediticia, se encuentra el daño.

Que se debe partir, en primer lugar, del daño, lo demuestra el propio tenor del Código Civil (art, 1494) que al anunciar las fuentes de obligaciones se refieren al "hecho que han inferido injuria o daño a otra persona".

En segundo lugar, ese daño puede provenir de la violación de deberes de conducta genéricos y deberes concretos. El primer deber de conducta radica en el principio elemental de "nemine laedere" que determina a obrar y a abstenerse de obrar en forma de no causar esa injuria o daño. Este deber general de no dañar a nadie "se particulariza y robustece para ciertos aspectos y en torno a determinadas personas, ya porque se encuentren dentro del caso previsto singularmente en la norma ya por que ellas mismas hayan regulado sus relaciones de modo especial, afirmando ciertas prestaciones con relieve, adaptando un régimen cierto para su identificación será posterior al daño, el concreto se atiene a un solo sujeto, único que lo ha de cumplir y que lo puede violar".

El deber concreto puede resultar o de norma legal o de convención (casos de deberes concretos fundamentados en norma legal se encuentran: en los arts. 253 y 257 del C.C. que obligan a los padres a asistir a su hijos menores; en el art. 2221 ib. que obliga al deudor a restituir la suma mutuada; en el art. 1002 ib. que obliga al dueño que en ejercicio de facultades propias daña al vecino,sin reportar utilidad legítima, a cesar su actividad y resarcir los daños; en el art. 308 del C. de P.C. que obliga a quien no cubre en el término fijado en la sentencia la indemnización a que se le condenó, a pagar los perjuicios derivados de la nueva violación (el autor, por la época de su escrito, en verdad cita el art. 549 del C.J, que en el nuevo código de la materia encuentra su correspondencia en el 308).

De la violación del dicho deber abstracto o de la violación de los concretos (cuya fuente reside en la ley o en la convención) surge la responsabilidad, que "es deber, obligación de restituir, reparar o compensar, en fin de indemnizar".

El daño es entonces la fuente de la relación obligatoria de resarcir así como la fuente de la relación obligatoria es o el deber abstracto general de no causar injuria a la persona o propiedad de otro o el concreto nacido de la convención o de la ley.

Pero hay casos en que, no existe responsabilidad indemnizatoria por no ser el daño resarcible. "Tradicionalmente se ha asentado la responsabilidad en la culpa; aserto que se generalizó e hizo absoluto para concluir que donde no se presente culpa no hay responsabilidad ni se decreta indemnización. Pero el correr de los tiempos y

los cambios de mentalidad operados conducen a modificar la ubicación de los términos, a radicar en el daño la causa de la responsabilidad y a hacer de la culpa, en vez de elemento de existencia de la obligación, dato cuya ausencia puede llevar a la exoneración".

No es, entonces resarcible el daño cuando quien lo causó, no violó el deber abstracto porque ese deber implica que se actúe con diligencia y cuidado y así se hizo o cuando no se violó el deber concreto porque a pesar de no haberse obtenido el resultado al cual él se refería intervino una causa extraña que impidió que él se obtuviera.

En el desarrollo de ciertas actividades la misma ley no es que imponga una prudencia, atención o pericia superior a la ordinaria sino que advierte a quien las ejecuta que tiene ciertas cargas que si no las cumple tendrá que responder por las consecuencias que de ello se deriven. Tales casos están comprendidos en los artículos 2346 a 2353 y 2356 del C.C. Así, quien dispara *imprudentemente* una arma de fuego o quien remueve las losas de una acequia o cañería *sin las precauciones necesarias* para que no caigan los que por allí transiten, o los guardadores de menores de diez años y dementes que son negligentes en su cuidado o los padres que *han dado mala educación* a sus hijos o *les han dejado adquirir hábitos* viciosos, o el dueño de un edificio *que omite* las reparaciones necesarias o falta de otra manera al cuidado de un buen padre de familia o el dueño de un animal que con mediano cuidado o prudencia *hubiere debido conocer o prever* su calidad o vicio, deben responder por los daños resultantes de no haber cumplido con dichas cargas.

Pero en todo caso de responsabilidad "el punto de partida es el daño que debe repararse íntegramente salva la existencia de motivo exonerador o atenuador de la indemnización."

> "El punto de partida en todas estas disquisiciones es el daño; la victima no es recibida en acción de responsabilidad si nada sufrió; el daño es de por si injuria a derecho tutelado y si puede imputarse a alguien, determina indemnización, responsabilidad. La única forma de apreciar la falta del demandado consiste en considerar su huella objetiva, los perjuicios sufridos por la víctima, que deben ser directos, efectivamente causados por su acción o su omisión, lo que equivale a aseverar que los únicos daños reparables son los que podía producir normalmente el comportamiento del demandado".

El daño debe estar unido a la conducta de su autor por un vínculo de causalidad. Este vínculo se rompe cuando ha intervenido un elemento extraño al demandado, es decir, a quien se imputa el daño "idea en la que se incluyen: caso de fuerza mayor, caso fortuito, intervención de tercero y culpa de la propia víctima".

Cuando alguien aspire a conducta reparadora, debe demostrar, como acreedor, los hechos calificados por la ley como orígenes o fuentes de la obligación a cargo del demandado, o sea el negocio celebrado, el hecho voluntario de la persona que se

obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; el hecho que ha inferido injuria o daño, es decir la fuente de la obligación. Si ésta es concreta por existir norma que la imponga, naturalmente no requerirá de prueba pues el conocimiento de la ley se presume de derechos "...el acreedor siempre ha de señalar y comprobar los hechos fundamentales de su título, el negocio celebrado, la sentencia ejecutoriada, las circunstancias legales, en fin, la fuente de su derecho. (C.C. 1494, C.J. 982)".

> "A lo anterior debe agregarse la verificación de los daños y su avalúo, con arreglo a lo expuesto en su oportunidad".
>
> "...el ilícito se palpa en sus efectos nocivos generadores de responsabilidad, suficientes para la condena de no haber motivo exonerador demostrado".

El autor cuya obra en lo relativo a la responsabilidad, se viene de resumir no expone expresamente a quién le corresponde la carga de tales hechos impeditivos o exonerativos, pero como si ha manifestado su criterio en cuanto a que quien se dice acreedor de una indemnización debe probar la fuente de donde surge la obligación que reclama (hecho dañoso), quién fue su autor y la relación de causalidad, lógico es concluir que implícitamente conceptúa que su demostración recae en quien los alega, es decir en el deudor.

Postura de la Sala:

La Sala no considera que sea necesario con ocasión del sub-lite asumir alguna posición en torno al problema que se viene de exponer en sus distintas tendencias, pues como se verá más adelante, en el análisis del caso concreto sometido a su decisión, considera que en la falla del servicio es clara, pero si ha querido mostrar cuál es "el estado de la cuestión", para despertar algún interés en que se continúe su estudio.

Además, en ese camino cree útil mostrar que aún cuando renovadora e ingeniosa, la figura de la presunción de culpa por actividades peligrosas,tal como se ha planteado en el campo civil, adolece de alguna inconsistencia. En efecto:

a) La jurisprudencia y la doctrina sobre presunción de culpa por actividades peligrosas, que como se vio considera que mientras el artículo 2341 exige la prueba de la culpa, el daño y la relación de causalidad entre aquélla y este, porque habla de que quien "ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otra, es obligado a la indemnización...", en cambio el artículo 2356 no exige sino la prueba del hecho dañino y de quien fue su autor, porque la culpa se presume cuando la actividad con la cual se causó el daño es peligrosa, y para ello se funda en que la disposición establece que el hecho dañoso lleva en sí los elementos de negligencia y malicia, no parece ajustada al texto de la norma de donde se dice sacar esta conclusión.

En efecto, el artículo 2356 en su primer inciso expresa: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado

por esta "que equivale a decir, con otras palabras, que cuando a una persona pueda imputarse malicia o negligencia ella será responsable de los daños que cause. No surge de la norma, como lo pretende la jurisprudencia, una presunción de responsabilidad (ya se dijo que más tarde precisó que era de culpabilidad) porque sólo exige que el daño pueda imputarse. Que del hecho de la imputación del daño resulte una presunción de culpabilidad es una conclusión que no corresponde a la lógica, pues si uno se pregunta cuándo (según la misma norma), puede imputarse culpa al autor de un perjuicio, tendrá que contestarse, usando las palabras del mismo artículo que eso sólo será posible cuando se haya actuado con negligencia o con malicia (en cuyo caso habrá dolo). Y si se sigue con la lectura de la norma se observará que no todo el que ejercita la actividad peligrosa de disparar un arma de fuego y causar con ello un daño, no por ese solo hecho podría reputarse o presumirse que actuó culposamente porque la norma habla es de quien dispara **"imprudentemente"** e igual sucede con el caso (que la jurisprudencia considera que constituye sólo un ejemplo) de quien remueve las losas de una acequia o cañería o las descubre en calle o camino, puesto que la disposición dice que para que sea responsable no basta ese hecho sino que debe haberlo ejecutado "sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche" y cosa semejante sucede con quien causa perjuicio en la construcción o reparación de un acueducto, puesto que el artículo dispone que ello ocurrirá cuando "lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino" donde, obviamente, se efectúe la construcción o la reparación. ¿Por qué esto? Porque de no tenerlo en condiciones de no causar daño, o de no tomarse las precauciones necesarias para que no caigan los que transiten o de dispararse imprudentemente, resulta, *por regla general*, que se actuó con malicia o con negligencia.

Si pues en los *ejemplos* -como los califica la jurisprudencia- que da la ley de la ejecución de actividades peligrosas se exige que se haya actuado imprudentemente o sin las debidas precauciones o sin cuidarse de que no se cause daño, no se entiende por qué se llegó a concluir que basta el desempeño de la actividad peligrosa, pues la misma ley habla de la necesidad de que el daño se cause sin malicia o negligencia, es decir sin culpa o sin dolo.

En realidad, ello se explica porque partiendo de la idea (errónea según se verá más adelante) de que la culpa tenía que demostrarse por el acreedor se quizo descargarlo de esta prueba diciendo que en caso de que el responsable hubiera causado el daño cuando ejecutaba actividades peligrosas, ella (la culpa) se presumía.

Claro que hay que reconocer que la interpretación que dio la Corte Suprema de Justicia al contenido del artículo 2356 fue ingeniosa y en su momento constituyó un avance encomiable en el camino de determinar la extensión de la carga de la prueba que debe dar al acreedor de obligación indemnizatoria por hecho ilícito, pero, por lo expuesto, lo hizo contrariando lo que lógicamente resulta de las palabras empleadas por el legislador. Más adelante se verá cómo el problema resultó de mezclar las dificultades propias de la interpretación de la norma con las de la determinación de los límites de la carga de la prueba en cabeza del acreedor demandante.

b) La doctrina sentada por el tratadista Tamayo Jaramillo peca de la misma falta de concordancia entre lo que dicen las normas y la conclusión que de ellas se extrae, sin que se pueda dejar de reconocer que ella es original.

En efecto, lo que el doctrinante expone es que hay casos en que basta el *hecho* dañoso para que de éste resulte presumida la culpa (poseer animal fiero, amenazar ruina un edificio, tener personas bajo cuidado o dependencia, eventos de los arts. 2346 a 2350 y 2354), todos ellos denominados por el autor como de presunción de culpa a partir del daño; que hay otros en los que probaba una actividad *peligrosa que ha causado daño*, la culpa también resultará presumida, casos que el autor llama como presunción de culpa a partir de la actividad; y que hay otros, los más, que por no caer dentro de las otras categorías, en los que no basta el hecho ni la actividad sino que es necesario probar la culpa (casos que él denomina de culpa probada).

La crítica que puede hacerse a dicha construcción doctrinaria es la misma hecha a la jurisprudencial, agregando que en los dos casos que el autor clasifica en el grupo de culpa presunta a partir del daño o del hecho dañino, que es lo mismo, tampoco tiene en cuenta para sentar su tesis, que las normas de los arts. 2346 a 2349 (responsabilidad por el hecho de dependientes o personas bajo cuidado), del art. 2350 (daños por edificación que amenace ruina) y del art. 2354 (daños por animal fiero), no solamente requieren que éste presente el hecho para que exista obligación de indemnizar perjuicios, sino que en los del primer grupo hay lugar a responsabilidad de los guardadores o custodios de menores de diez años o de los dementes si a aquéllos "pudiera imputárseles negligencia" (en otras palabras, si son culpables de la vigilancia que se supone les corresponde tener sobre los pupilos y obviamente lo serán si son descuidados en esos deberes de vigilancia y cuidado); los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, pero siempre que "conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir" (art. 2348), luego no puede ser cierto, como lo afirma el autor Tamayo Jaramillo, que baste el hecho dañino del hijo menor para que pueda imputarse responsabilidad al padre, pues en dónde queda el requisito de que para que ello ocurra es necesario que la culpa o el delito del menor "conocidamente provenga de mala educación ...", etc., (según reza la citada norma) y según el art. 2349 "Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por estos a aquellos ...", de donde, bajo la misma óptica, no bastará el hecho dañino de criados y sirvientes sino que por lo menos habría que probar algo más, a saber: que el hecho perjudicial de tales criados o sirvientes se hubiera cometido, con ocasión del servicio (o sea que no basta el solo hecho, para imputar responsabilidad). Y en cuanto a la culpabilidad del dueño de un edificio por los daños que ocasione su ruina, que implica de contera que deba responder por ellos, tampoco puede afirmarse que se presuma, como sostiene el autor, de la sola ruina pues el art. 2350 dice que el dueño es responsable si la ruina acaeciere "por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia" y, por último, en el caso de daño por animal fiero, que para el autor está también comprendido dentro de los casos de culpa presunta a partir del hecho, su tesis no es exacta si se piensa que el art. 2354 habla es de

una garantía de riesgo, es decir que aquí para nada juega el elemento culpa, pero siempre y cuando se pruebe que del animal fiero no se reporta utilidad para guarda o servicio de un predio (en efecto, la norma reza así: "El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído".)

c) Lo que sucede tanto con la concepción jurisprudencial como con la doctrina sentada por el tratadista Tamayo, como atrás se afirmó, es que ellas se han concebido partiendo de un supuesto erróneo, a saber, que porque de acuerdo con el art. 2341 la responsabilidad extracontrato requiere por lo menos culpa en el autor de los daños, ese elemento culpa, que claramente es subjetivo, tiene que ser probado por quien sufrió el perjuicio.

No, esto no es así porque el descuido o negligencia en que consiste la culpa (ese descuido y negligencia es el error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias del autor del daño o es la falta de previsión del resultado dañino previsible o el haberse confiado imprudentemente en poder evitarlo, cuando se previno) no es demostrable sino por sus manifestaciones externas es decir por el acto que causa daño, que como producido por un ser humano debe presumirse que es el resultado de una elección que se presentó al sujeto entre realizarlo o no y que desde el momento en que escogió ejecutarlo deber serle imputable, es decir debe responder por sus consecuencias, que no son otras que la reparación del daño.

Naturalmente que al sujeto responsable, dada la libertad de escogencia que se supone tuvo como ser humano, es decir, como ser pensante que goza de la libertad de elegir entre varias acciones posibles la que se conforme con la ley, so pena de responder por la mala elección que haga, puede demostrar que además de haber actuado con la diligencia y prudencia necesarias para evitar el daño, éste se produjo por fuerza mayor o caso fortuito (esto es lo que la jurisprudencia denomina intervención de elemento extraño, es decir un suceso imprevisible e irresistible que puede consistir o en un hecho de la naturaleza o en un hecho de la misma víctima o de un tercero) que hizo imposible, a pesar de dicha diligencia y prudencia que el acto perjudicial no ocurriera.

En otras palabras, mientras es cierto que la culpa se presume, o, si se quiere, se infiere, de la comisión del hecho dañoso, no lo es que al deudor le baste con demostrar, en las obligaciones de medio la diligencia y cuidado. No; en las dos clases o especies de obligaciones no se exonerará sino con la prueba de eventos de fuerza o caso fortuito. Más adelante volverá la Sala sobre este punto.

A la luz de lo que antecede, resulta entonces que el artículo 2356 y las demás disposiciones que a la jurisprudencia y a la doctrina han hecho pensar que consagran una presunción de culpa en realidad lo que están indicando no es que la consagren por oposición a lo que ocurre con el principio general de responsabilidad de que trata

el artículo 2341, sino que lo que hacen es indicar la clase de prueba que en ciertos casos (actividades peligrosas, guarda o custodia de menores de diez años o de dementes, hijos, pupilos, ruina de edificio, animal que cause daños, etc.) es suficiente para demostrar la diligencia y cuidado, o lo que es lo mismo, la ausencia de culpa, culpa que como se ha dicho surge siempre del hecho de haberse ocasionado un daño, ya sea directamente o ya sea por el hecho de personas o casos bajo guarda, dependencia o cuidado. Así, quien dispara un arma de fuego o el dueño de un edificio que se derrumba, o el dueño de un animal, es responsable de los daños que ocasione el disparo, la ruina o el animal, de la misma manera como lo es la persona que tumbe, por ejemplo, un árbol y éste al caer hiera o mate a quien en ese momento pasa por el lugar, y por ello si demuestra que no actuó culposamente probando que no disparó imprudentemente, o que puso vallas o de cualquiera otra manera evitó que cayeran las personas que transitaren por el lugar donde levantó las losas del pavimento (art. 2356), o que dio buena educación a los menores o que no les dejó adquirir hábitos viciosos (art. 2348) o que los criados o sirvientes no actuaron con ocasión del servicio prestado al amo o que se portaron de un modo impropio que éste no tenía medio de prever o impedir empleando un cuidado ordinario o la autoridad competente (art. 2349); o que el dueño del edificio no omitió las reparaciones necesarias (art. 2350); o que el propietario del animal se soltó sin culpa del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal o que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever el vicio del animal o su calidad de dañino y sin embargo no le dio conocimiento al dependiente (para que pudiera evitar el daño)(art. 2353), quedará exonerado de la obligación de indemnizar, pues con tales pruebas mostrará su ausencia de culpa, es decir su diligencia y cuidado, de la misma forma como quien derriba un árbol demuestra su ausencia de culpa poniendo vallas u obstáculos que eviten la posibilidad del paso de personas por el lugar donde aquél pueda caer.

El correcto entendimiento de las normas *no* lleva a concluir, entonces que disponen una presunción de culpabilidad por el hecho dañino en contraposición con el art. 2341, que supuestamente no permitiría la misma interpretación. Todas las disposiciones citadas, desde el art. 2341 en adelante guardan una admirable coherencia, sin que pueda pensar que unas consagran una presunción de culpa, que por consiguiente eximan de la carga de su prueba *al acreedor* (el perjudicado) mientras la general (la del art. 2341) impone a éste esa carga.

No se ve por qué pueda sostenerse que "el que dispara imprudentemente una arma de fuego" o remueve las losas de un acequia o cañería " sin las precausiones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche", para no citar sino dos de los ejemplos que trae el artículo 2356, se hayan de presumir culpables de los daños así ocasionados (pero eximiendo al perjudicado de la carga de demostrar que el disparo fue imprudente o que la remoción de las losas se hizo sin las mencionadas precausiones) y no se deba aplicar la misma inferencia de falta de diligencia y cuidado en quien tumba un árbol y hierre o causa la muerte a quien en ese momento pasa por el lugar o a quien sin la misma diligencia y cuidado acusa a alguien de un crimen que no ha cometido o a quien pretendió quemar en su jardín unas hojas secas y ocasionó un incendio en la casa vecina,por no haber tomado las

precausiones necesarias para evitar la propagación del fuego. No, en todos estos últimos casos, como en los primeros, la persona que con su actividad causa el daño está, en principio, obligado a responder por éste. Lo que sucede es que no es al perjudicado con tales hechos a quien le corresponde la demostración de la falta de diligencia y cuidado de la persona que los ejecuta sino que es a ésta a quien le toca probar que actuó con diligencia y cuidado.

4°. Así pues, la Sala cree que es conveniente que por los doctrinantes y por la jurisprudencia se continúe estudiando la materia con miras a lograr un justo equilibrio entre la necesidad de que el juez tenga la convicción de la presencia del elemento culpa para que proceda la declaratoria de responsabilidad en un caso dado y la consecuencial condena al responsable de indemnizar los perjuicios causados y la carga probatoria de dicho elemento, distribuyéndola equitativamente entre el acreedor y el deudor, con miras a la realización de la justicia.

Considera la Sala que debe tenerse en cuenta en dicha tarea que como lo explica el profesor Antonio Rocha en su obra atrás citada, "quien está al corriente de la manera como las cosas han ocurrido es el deudor, pendiente del cumplimiento que debe dar

> "El curso de los sucesos, la línea de conducta, el eslabón de los hechos, el deudor los sabe, quedando por tanto a él la prueba más factible. Si un empleado llega a la oficina a las diez de la mañana, debiendo llegar a las ocho, él debe saber, y no el acreedor, qué fuerza mayor le impidió llegar a tiempo y cumplir su obligación; el constructor que debe levantar una casa en cierto tiempo y entregar obra hecha, sabe inmediatamente, directamente, si la inundación,el fuerte invierno, etc. le impidió cumplir; el artista debe saber por qué no entregó a tiempo la obra encomendada; el impresor por qué se pararon las máquinas. Y así en toda obligación de hacer. Mientras el acreedor está más lejos de la conducta del deudor y de los hechos concurrentes que pudieron impedirle a éste satisfacer a tiempo su prestación". Con anterioridad el mismo ilustre maestro, refiriéndose a las obligaciones de dar, es decir, a las que implican la constitución o transferencia de un derecho real, puntualizaba cómo de acuerdo con los arts. 1605, 1606, 1607, 1730 y 1731, "la sola ausencia de culpa no descarga la responsabilidad, es necesario además que el deudor demuestre el caso fortuito y que este ocurrió sin culpa".

En las obligaciones de no hacer la situación es diferente porque consistiendo ellas en una conducta abstencionista del deudor a éste "no se le puede exigir la prueba de no haber obrado, especialmente si se trata de una negativa indefinida; me es imposible llevar al juez la certidumbre de que no he tocado radio en cierto lapso; sería fácil la prueba si el hecho imputable en que consistió la violación es una obra material que deja huellas, como haber levantado el muro a más de cierta altura; pero evidentemente el deudor no está interesado en dar la prueba de su propia violación. Entonces el acreedor debe probar, y le queda fácil, que sí tocó el radio, que sí se comerció con los productos en la ciudad (sí el deudor se había comprometido a no hacerlo), que sí se levantó el muro a cierta altura".

5°. Para la Sala siendo obvio que el elemento culpa siendo claramente subjetivo y consistiendo bien en el error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias del autor del daño o en la falta de previsión del resultado dañino previsible o en haberse confiado imprudentemente en poder evitarlo, cuando se previno, no es demostrable sino por sus manifestaciones externas que lleven al juez a la convicción de que el autor de un hecho dañino, contrario a norma expresa, legal o contractual o a la general de no inferir en injuria a la persona o propiedad de otro, incurrió en él por descuido o negligencia o con intención dolosa.

Ya atrás se dijo que en el sub-lite la Sala no asume posición en cuanto al problema de la carga de la prueba del elemento culpa, puesto que aquí esta probada la falla del servicio.

Para el Consejero Ponente dicho problema debe resolver a la luz, entre otros, de los principios esbozados por los eminentes juristas Uribe Holguín e Hinestrosa, a saber:

a) El hecho productor del daño debe ser un hecho humano o derivar de un hecho ocasionado por el hombre.

Se suele distinguir la responsabilidad en directa e indirecta, para designar con la primera llamada a responder por un hecho propio. La segunda se diferencia en responsabilidad por el hecho de terceros, si el daño ha sido causado por persona distinta de quien debe indemnizarlo y en responsabilidad por el hecho de las cosas, cuando el daño lo produce una cosa. En este último evento también el hecho productor del daño es un hecho humano, porque la responsabilidad se deduce en función de la falta de cuidado del hombre sobre la cosa que causa el daño. así, el art. 2350 del C.C. establece la responsabilidad del dueño de un edificio por los daños que ocasione su ruina (pero no sólo por eso, como atrás se vio), el art. 2355 la de las personas que habiten la parte de una edificación desde donde caiga o se arroje una cosa que cause daño y los arts. 2353 y 2354 consagran la responsabilidad civil por el hecho de los animales.

En Colombia, a falta de una disposición general como la contenida en el art. 1384 del Código Civil francés o del art. 2051 del Código de las Obligaciones Italiano, conforme a los cuales el hombre es responsable "de las cosas que tiene bajo su guarda" (según el primero) o "del daño ocasionado por las cosas que tiene bajo su cuidado" (de acuerdo con el segundo), las normas citadas en el párrafo precedente han servido a la jurisprudencia para construir una teoría general de la responsabilidad por el hecho de las cosas o de los animales.

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, en un principio se la consideró como indirecta, resultado de su culpa, unas veces en la elección y otras en la vigilancia de sus funciones o empleados causantes de un daño.

Curiosamente, en esta primera etapa del desenvolvimiento de esta clase de responsabilidad, la jurisprudencia consideró que esa culpa "in eligendo" o "in vigilando" se presumía, pero que la persona moral podía infirmarla o desvirtuarla demostrando ausencia de culpa.

En una segunda etapa, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, siguiendo orientaciones doctrinarias francesas, a partir de sentencia de su Sala de Casación Civil del 21 de agosto de 1939 (Gaceta Judicial, Tomo XLVIII, pág. 656 y S.S.), al referirse concretamente a la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público (se trataba de un proceso en el que se reclamaba del Municipio de Bogotá la indemnización por daños causados en inmuebles inundados por avenida en un colector de aguas) se apartó parcialmente de la concepción anterior (responsabilidad indirecta) para adoptar la tesis "organicista" según la cual la persona jurídica incurre en responsabilidad *directa* cuando los actos o las omisiones que ocasionan el daño se deben a las personas de sus directores o agentes; pero conservó la idea de la responsabilidad indirecta contenida en la preceptiva legal de los artículos 2347 y 2349 del C.C., en los demás casos. Y aplicó la tesis a las personas jurídicas de derecho público encargándola a la noción de falla del servicio para decir que "en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectivamente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión. Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños como gerente de los servicios públicos derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial. Generalmente son faltas de servicio que comprometen la responsabilidad de la administración, salvo, naturalmente, los casos de culpa personal del empleado que lo compromete individualmente por actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independiente de él. No es falta en la selección del personal (culpa in-eligiendo) la base de la responsabilidad estatal, que más bien debe buscarse en la falta de previsión hacia los ciudadanos que va implícita en el mal uso del poder de control y dirección que corresponde a los gestores municipales en las actividades de servicios adscritos al distrito".

Por último, la jurisprudencia, a partir de dos sentencias la misma Corte, ambas del 30 de junio de 1962, una de la Sala de Negocios Generales y la otra de la de Casación Civil, ha seguido evolucionando en este campo, reafirmando la noción de una responsabilidad directa de la persona moral o jurídica y extendiéndola no solo a los casos en que ella obra a través de sus agentes sino aun en los eventos en que ella

lo hace por conducto o en cabeza de cualquiera de sus servidores, sea cual fuera su posición jerárquica (Gaceta Judicial, Tomo XCIX, pag. 88 y ss. y 651 y ss.).

Por tanto, en el derecho colombiano, como en el francés o en el italiano, se está de acuerdo en que el daño, fuente de la obligación de reparar (art. 1494 ib.) está en función de la falta de cuidado del hombre en la aplicación de medidas preventivas o en la manipulación descuidada o negligente de las cosas o los animales.

b) Se sostiene también que el daño debe ser antijurídico o ilícito, es decir debe fundarse en un hecho contrario al derecho, bien porque una norma especial así lo establezca o bien porque se viole la general de no causar daño a la persona o propiedad de otro. (art. 1494: "Las obligaciones nacen,...ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño o a otra persona, **como en los delitos...**").

Al daño producido por la violación de una obligación derivada de un contrato se denomina daño contractual y a la obligación de indemnizarlo se la llama responsabilidad contractual; a los restantes daños se le denomina extracontractuales y a su consiguiente obligación de responder por ellos, responsabilidad extracontractual. En ambos casos el daño es antijuridico o ilícito en el sentido de implicar la violación a un derecho del perjuicio o lícito en el sentido de implicar la violación a un derecho del perjudicado, en el primer caso (contractual) derivado de una convención y en el segundo originado en la norma genérica que protege a todos los individuos en su persona y bienes contra los hechos de otros (**el namenem laedere**).

Tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han estado de acuerdo con la necesidad de carácter ilícito del acto, como fundamento de la responsabilidad por falla del servicio. Basten al efecto dos citas, entre las muchas que pueden hacerse; dijo la primera en una ocasión, repitiendo lo expresado en sentencia del 24 de julio de 1938: "Para que el Estado sea responsable por faltas del servicio se requiere que el acto sea administrativo **y que el hecho ilícito** se realice en función directa con la prestación del servicio. Si por el contrario el empleado ha utilizado sus facultades con fin distinto del servicio, fuera por tanto de lo que puede considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio 10 de 1941, G.J., Tomo LII, N°. 1977, p.123.). (Subraya fuera de texto).

Y sentó el Consejo de Estado: "La calidad del funcionario causante del hecho, demostrada plenamente con la prueba documental que se observa a folios 2 y 3 C. N°. 1. **así como su conducta ostensiblemente ilegal**, son la causa de la responsabilidad de la Nación." (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, septiembre 13 de 1984. Exp. 3641. Actor: Alberto Estefan Estefan. Anales, Segundo semestre 1984,p. 695.) (Subraya la Sala).

Existen algunos casos en los que se sostiene que no se requiere la nota de ilicitud o antijuridicidad del hecho y de su consecuencial daño y al efecto se mencionan las normas que permiten, por ejemplo, cavar en suelo ajeno para sacar dinero o alhajas

propias (art. 702 C.C.) o el del dueño de un fundo que no tiene salida a la vía pública en cuyo caso puede, es decir tiene derecho, a imponer servidumbre de tránsito a los colindantes, ocupando el terreno ajeno necesario (art. 905 ib.) y en el Código de Comercio se podría citar el art. 1071 que da derecho a la resolución unilateral del contrato de seguros o, volviendo al Código Civil, el art. 2056 que permite, es decir da derecho, al que encarga una obra para hacerla cesar; entonces, se alega, en tales casos el hecho no es ilícito, por cuanto su autor la puede realizar en ejercicio de una expresa facultad que la misma ley le da y sin embargo el que cava, impone una servidumbre o revoca debe pagar perjuicios (en el caso del asegurador, devolver una parte proporcional de la prima), de donde el daño no sería antijurídico y sin embargo hay obligación de repararlo, por lo que no es cierto que el elemento **hecho ilícito** sea de la esencia de la responsabilidad extracontractual. En el campo del derecho administrativo podría esgrimirse la misma tesis si se recuerda que jurisprudencialmente se ha admitido la responsabilidad del estado en los casos de indemnización por daño especial, por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra o por riesgo excepcional.

Sin embargo, la presencia de eventos como los mencionados, tanto en el campo civil como en el comercial o en el público o administrativo, en nada contradicen la exigencia del elemento de la antijuridicidad o ilicitud, del que se viene hablando, porque el hecho de que el daño no antijurídico deba ser reparado en ciertos casos, no implica que el ilícito no deba serlo siempre. Como expresa Adriano de Cupis "Es inconcebible un daño antijurídico desprovisto de sanción, ya que la norma encargada de tutelar el interés dañado estaría desprovista del nervio de la fuerza jurídica, mientras que no sólo no hay razón alguna para imponer una reacción **general** contra el daño no antijurídico, sino que es más, si se estableciere, se vulneraría la misma entraña de la convivencia social. En línea de principio debe valer y no puede ser de otra manera, que el daño no antijurídico debe ser soportado por el sujeto del interés lesionado, lo cual no es óbice, por supuesto, para que en casos especiales (como serían los atrás mencionados y similares algunos a los que el autor cita como de la legislación italiana), se produzca una determinada reacción jurídica" (El Daño, N° 9, Ed. Bosch, Barcelona 1975).

c) **Lo anterior sirve para aclarar que cuando se sostiene que del acto ilícito, es decir, el contrario a la norma jurídica, bien sea la genérica de no causar injuria (es decir daño) a la persona o propiedad de otro o la específica (caso del padre, o del cónyuge, etc) se infiere o se presume que quien lo causa actuó culposamente, no quiere con ello afirmarse que no se requiera el elemento culpa como axiológico o de la esencia de la responsabilidad extracontractual.** Por el contrario, con esto se afirma la necesidad de dicho elemento, sin que él desaparezca por el hecho de presumirse o de inferirse a partir del daño y de su ilicitud, inferencia o presunción que naturalmente puede ser destruída.

También sirve lo anterior para aclarar que dicha concepción, que en cierta forma podría decirse que objetiviza la culpa (en el sentido de encontrarla a partir de datos materiales, pero como resultado de reconocer al hombre su capacidad de obrar

en uno u otro sentido), no debe llevar a la responsabilidad fundada en el solo riesgo pues es claro que por lo menos en el régimen legal colombiano, la responsabilidad, llámese contractual o extracontractual, se funda por regla general en la culpa. El caso, pues, no es que se desconozca este elemento sino, por el contrario, que al mismo tiempo que se reconoce la necesidad de su presencia se acepta que su prueba resulta del daño y de su carácter antijurídico, quedándole al autor del hecho (en el caso de la falla del servicio, la administración), la posibilidad de demostrar que no actuó culposamente.

El acreedor cumple con su carga probatoria de la obligación (arts. 1757 del C.C. y del 177 C. de P.C.) demostrando el hecho generador de la obligación, que en el campo de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo con el art. 1494 del C.C., consiste en el hecho que ha inferido injuria o daño (y probando lógicamente que él fue causado por la persona a quien se demanda). Al deudor, entonces, de acuerdo con la distribución de que dicha carga hacen las normas primeramente citadas, le corresponde demostrar la extinción de la obligación, por su pago o por alguno de los modos reconocidos por la ley para producirla (art. 1625 del C.C.) o bien porque intervino algún hecho, físico o del hombre, dotado de eficacia impeditiva que rompió la relación de causalidad entre el daño y el hecho dañino.

d) Si todo lo anterior es aplicable a los casos de responsabilidad extracontractual civil lo es con mayor razón en la responsabilidad del Estado y de sus entes administrativos, en la cual, como lo ha dicho esta Corporación "Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio, el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. En otros términos, al desaparecer aquélla sobra su calificación en el proceso penal. En el juicio de responsabilidad se define sólo si el servicio funcionó mal o no funcionó y si con ocasión de ese mal o no funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de la víctima. Aunque no es propiamente responsabilidad por el riesgo creado u objetiva la culpa pierde su individualidad, no es predicable de un funcionario en particular, y se imputa al servicio en general. Por eso se sostiene que en estos casos se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla del servicio o culpa de la administración, desapareciendo, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, puesto que es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima. Y esta falla o culpa de la administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos de allí que le baste a la víctima demostrar la falla causante y el daño, quedándole a la administración como descargo la demostración de un elemento extraño (fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima)". (Auto de noviembre 29 de 1977, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Expediente Nº 2207, Actor Luis H. Herrera Silva, Anales, Tomo 93, pág. 633 y s.s.).

En el proceso relativo al Expediente Nº 2908, Actor: Pedro Quijano C., dijo la Fiscalía, en concepto que fue acogido expresamente por la Sala: (sentencia de no-

viembre 28 de 1982) "Para la prosperidad de las acciones indemnizatorias tendientes a que se declare la responsabilidad del Estado por faltas o fallas en el servicio a que ésta obligado a prestar a los ciudadanos residentes en el territorio, se ha exigido por la jurisprudencia se den por demostrados tres elementos axiológicos a saber:

"1° Una falta o falla del servicio de la administración.

"2° Un daño, el que debe ser cierto, determinado o determinante, y

"3° Una relación de causalidad entre la falla o falta de la administración y el daño.

"Corresponde a la parte actora la carga de la prueba de tales elementos y a la parte demandada la prueba de que el daño se produjo por culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito que acrediten la no existencia de la relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado, o que el daño fue causado por el agente administrativo en actos fuera del servicio o sin conexión con él, o que la causa del daño fue la falta personal del agente, para que pueda exonerarse de responsabilidad a la administración y absolverla de los cargos formulados en su contra". (Anales del Consejo de Estado, Tomo 103, pág. 630 y ss.).

Y en otra ocasión, al estudiar la circunstancia de haberse dispuesto en un proceso penal la libertad definitiva e incondicional del agente de la administración, autor material del hecho en el que se fundó la responsabilidad del Estado por falla del servicio, expresó ésta Sala: "Lo anterior no incide en la determinación que se toma porque la jurisprudencia ha dicho repetidamente que cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio, el problema de la culpa personal del agente desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. Así en sentencia de diciembre 6 de 1979, se lee: 'El Consejo de Estado ha dicho que así se absuelva al agente autor material del daño, "esta circunstancia no es obstáculo para considerar que el hecho generador del perjuicio, si constituye una falla del servicio, porque, como lo tiene repetido la jurisprudencia de esta Corporación, la responsabilidad del Estado es objetiva, anónima, basta que se acredite que el perjuicio se produjo como consecuencia de la prestación de un servicio a cargo del Estado" (Sentencia de 24 de octubre de 1984, Exp. 3796, Actora: María Mercedes Morales de Trujillo, Anales, Tomo CIX pag. 434 y ss.).

En casos de falla del servicio, pues, al administrado le corresponde probar el mal funcionamiento de un servicio que la administración debería prestar, por ley o reglamento o por haberlo asumido de hecho, el daño que ello le infirió y la relación de causalidad entre el segundo y lo primero, correspondiéndole a la administración aportar probanzas contrarias, es decir que no existió la falla o el daño, o que si alguno de tales elementos se presentó ello se debió o a fuerza mayor o al hecho o culpa de la víctima o que no existe relación de causalidad entre la falla y el daño. (El hecho de tercero se subsume en el concepto de fuerza mayor por cuanto aquél sólo

exonerará de responsabilidad, tanto en el campo civil como en el administrativo, cuando reúne las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad propias de la fuerza mayor).

En ocasión reciente (sentencia de 9 de octubre de 1989, Exp. Nº 5640, Actor Carmen Tulia Betancur Palacio y otros) dijo la Sala: "La falla de servicio, como elemento de la responsabilidad de la administración se presenta cuando un servicio a cargo de ésta o que ésta de hecho ha asumido debiendo funcionar no funciona o lo hace en forma irregular o ineficiente o con retardo, de donde alguna de tales circunstancias (el retardo, su no funcionamiento o su funcionamiento irregular) tendrá que estar acreditada en el proceso para que pueda deducirse una obligación indemnizatoria por razón de éllas" (obviamente, también tendrá que estar acreditado que el hecho o hechos tuvieron relación o nexo con el servicio, el daño y la relación de causalidad).

En la misma providencia dijo la Sala: "Nótese que algo distinto ocurre cuando la responsabilidad se funda en una falla presunta porque en este evento basta demostrar que un hecho dañoso ocurrió por el accionar de un instrumento peligroso al servicio de la administración para que en ausencia de un evento comprobado de fuerza mayor o de hecho de la víctima, se deduzca dicha obligación indemnizatoria, pero aun en este caso, algo también tiene que acreditarse en el respectivo proceso (por la víctima, primordialmente, en virtud del onus probandi, añade ahora la Sala): el hecho dañoso y que él aconteció por el accionar del instrumento peligroso".

e) Precisa ahora la Sala que la diferencia desde el punto de vista probatorio entre la responsabilidad estatal por falla del servicio y por falla presunta, radica entonces, en que en la primera especie el perjudicado deberá demostrar que existía un servicio que debía prestarse y no se prestó o se prestó mal (por tardanza en hacerlo o por haberse omitido) y que por ello se causó un daño; en cambio, en la segunda especie basta la prueba del daño ocasionado con instrumento que pertenecía al servicio o que de alguna manera estaba bajo su control.

f) El art. 1604 debe aplicarse, como en varias oportunidades lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia, tanto en el campo de la responsabilidad contractual como extracontractual y si ello es así los eximentes de responsabilidad (fuerza mayor o caso fortuito) o la culpa exclusiva de la víctima serán de cargo del deudor (aquél a quien se imputa la responsabilidad).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha dicho que "La prueba de la diligencia y cuidado incumbe en todo caso al que ha debido emplearla, ya se trate de culpa contractual, ya de culpa aquiliana o extracontractual. El art. 1604, inc. 3º del C.C. que tal regla establece, pertenece al título 12 del libro 4º de este Código, que trata `del efecto de las obligaciones', e incluye en estas las que provienen de un hecho que ha inferido injuria o daño a un tercero, de conformidad con el art. 1494, que determina las fuetes de las obligaciones" (Sentencias de 26 de junio de 1924, Gaceta Judicial tomo XXXI, pág. 23 y ss.; de 19 de noviembre de 1927, Gaceta Judicial, Tomo XXXV, pág. 96 y ss.; de 2 de febrero de 1932, Gaceta Judicial, Tomo XXXIX, pag. 459).

g) No debe pensarse que en algunos casos de responsabilidad contractual o extracontractual -y trátese de obligaciones de medio o de obligaciones de resultado-, basta la prueba, por la persona a quien se impute una responsabilidad, de haber sido diligente y cuidadoso y en otras que además debe demostrarse que su conducta obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor o a culpa exclusiva de la víctima, para obtener su exoneración.

No; lo que sucede es que si de acuerdo con la naturaleza de la obligación transcredida por razón del hecho dañino fuente de la responsabilidad, el deudor sólo debía ser diligente y cuidadoso, la prueba de que lo fue implicará de suyo, obviamente, que no hubo un caso fortuito o una fuerza mayor que le hubiera impedido serlo. En cambio, si el deudor -también de acuerdo con la naturaleza de la obligación- debía entregar algo y no lo entregó o debía alcanzar a un fin determinado, no "de lineamientos esfumados" para usar la expresión atrás citada del Dr. Ricardo Uribe Holguín, y no lo alcanzó es evidente, entonces, que lo único que podrá exonerarlo en tal caso, será la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor, pues tratándose de una obligación de esa clase no le bastaba con ser diligente y cuidadoso.

6° **El caso concreto sub-lite:**

Como pretensión fundamental solicita la demandante que se decrete la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios que le fueron ocasionados por falla en la prestación del servicio. En relación con esta materia la Sala encuentra probados en debida forma los siguientes hechos:

1) La señora María Helena Ayala de Pulido fue intervenida quirúrgicamente en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de Sogamoso el 24 de marzo de 1982 con el objeto de practicarle una ligadura de trompas. Dicha intervención le fue practicada por los médicos Juan López Granados y Jaime Arango Vélez, funcionarios del centro asistencial (fls. 89 a 90, C. 4).

2) Para efectuar la intervención quirúrgica se le colocó anestesia raquídea a la paciente por el anestesista Jaime Arango Vélez (fls. 8, 87, 89, 90, C. 4 y 29, C. 2).

3) Como consecuencia de la anterior intervención la demandante quedó paralítica con las consecuencias de secuela permanente y de carácter irreversible, según conceptos médicos tanto del propio Instituto de Seguros Sociales, como del Instituto Neurológico de Colombia y del Instituto de Medicina Legal (fls. 85, 98, 100, C. 4.).

4) La incapacidad laboral que le produjo el accidente quirúrgico a la actora se determinó pericialmente en el 100% (fls. 45 a 63, C. 2).

7° Del acervo probatorio obrante y descrito antes, se tiene que en cuanto a la falta o falla del servicio que la actora hace consistir en la omisión de "las pruebas de sensibilidad indispensables" (fl. 14), el estudio de este aspecto es de vital importancia.

A lo largo del proceso, aparecen sendas certificaciones tanto del Instituto demandado como de expertos del Instituto Neurológico de Colombia y del de Medicina Legal, con lo cual se acreditó que el tratamiento y atención de la señora Ayala de Pulido fue el adecuado; sin embargo, no se hace por ellos ninguna apreciación respecto de la atención médica previa a la propia intervención y en cambio, el médico Juan López Granados declara a folios 90 del cuaderno 4 dentro de la investigación disciplinaria iniciada por el mismo instituto:

> "PREGUNTADO.- Sírvase informar si el día 23 de marzo de 1982, en compañía del Doctor Jaime Arango V. usted practicó dicha Cirugía a la señora MARIA HELENA AYALA DE PULIDO, e indiquenos quién la solicitó, si era programada, si se requería, y si antes de practicarla se le hicieron los examenes tanto de laboratorio y las pruebas de sensibilidad a las drogas a utilizar. CONTESTO: Dicha cirugía sí fue practicada por mi en compañía del doctor Ayudante de Cirugía el cual no recuerdo el nombre, pero se podría averiguar en el libro de record de anestesias en la Clínica y como Anestesiólogo el doctor Jaime Arango. La Cirugía fue solicitada por la pareja señora de Pulido y esposo al doctor Germán Gaitán, quien dio su aprobación para ser practicada, en estos casos la cirugía siempre la solicita la pareja ya que se considera que es una cirugía (ilegible) va a solucionar un problema médico sino social; en este caso la cirugía no fue programada ya que por ser un procedimiento que se realiza el día de parto o al siguiente se solicita la colaboración deAnestesiólogo y de acuerdo al tiempo y a las facilidades locativas se practica o se posterga para hay (sic) sí programarse con una fecha dada, en cuanto a los exámenes para esta cirugía por considerarse una pequeña intervención se solicitaría un cuadro Hemático una clasificación de sangre, exámenes que toda paciente en control de embarazo los tiene, como es una cirugía que rara o nunca presenta complicaciones no necesita de exámenes más especializados por ejemplo: en el Centro de Planificación Familiar es un procedimiento ambulatorio es decir se realiza el procedimiento y la paciente no requiere hospitalización, cosa que inclusive en ocasiones ponemos en práctica con las pacientes del Hospital San José de Sogamoso. La prueba de sensibilidad a drogas no se realizó puesto que se considera que esta droga (la Silocaína) (sic) no requiere de pruebas sensibilidad (sic) previa a diferencia de por ejemplo las penicilinas y es de mencionar que cualquier droga potencialmente es tóxica...". (fl. 90, C. 4).

Lo anterior indica que a la lesionada, no se le practicó el más mínimo examen antes de ser sometida a la operación. Este hecho, en consideración de la Sala merece especial análisis ya que una intervención quirúrgica por sencilla que sea lleva implícito un riesgo y, por tanto, debe hacerse previa información del estado físico y síquico de la paciente. Y por lo menos lo referente al estado fisiológico amerita siquiera unas pruebas elementales previas al momento de la intervención; las cuales sólo se podrían obviar en casos de extrema urgencia, lo cual no sería predicable en el caso de autos.

Dice al respecto el autor de la obra Responsabilidad Civil del Médico, Alfreso Achaval:

"Toda atención médica debe ser diferenciada de acuerdo con el real estado del paciente, de modo que no es posible considerar luego de prestación médica, si ella se adecuó a una pretendida norma, sin preguntar primero si el paciente se encontraba en condiciones de serle aplicada tal norma. En algunos casos, la urgencia no es sólo de vida sino de gravedad de evolución y si hemos dicho ya que la posibilidad de solicitar exámenes complementarios de adecuarse a una progresividad que no moleste al paciente ni perjudique su evolución cuando el paciente está en lucha con el tiempo y debe recibir el tratamiento que lo saque del riesgo cuanto antes, no podemos exigir por parte del médico un procedimiento diagnóstico que le insumirá por si o por consulta, el tiempo necesario para iniciar cuanto antes su tratamiento. Diríamos entonces que la necesidad de exámenes previos a terapéuticas de riesgo es la regla pero que, pese a ello, en la práctica de la sincronización para la satisfacción de las necesidades del diagnostico médico sin riesgo, que hace necesario, a veces y como excepción, hacer prevalecer la urgencia autentica del estado del paciente". (Editorial ABELEDO -PERROT. 1983 pág. 189).

De esta forma, al comprobarse por la declaración del médico mismo que a la lesionada no se le práctico el examen preanestésico, que por lo general consiste en información verbal simplemente, lo cual de por si excluye que se tratara de un examen especializado de muy alto costo, la Sala no puede menos que declarar que esta probada la falla o falta del servicio y que como consecuencia directa de ella se produjo el daño, esto es, la parálisis, hecho que se encuentra debidamente acreditado, ya que por demás subsiste y es de carácter permanente e irreversible (fls. 85, 98, 100, C.4).

Con lo anterior no quiere significarse que si se hubiera demostrado la práctica del examen mencionada por ese sólo hecho se exculparía la administración (pues otras precauciones también hubieran debido tomarse) sino que lo que se pone de presente es que la falta de dicho examen ya muestra que no se tuvo la diligencia y cuidado debidos.

Además, tampoco es cierto que la aplicación de una droga como la Xylocaína no requieran de prueba previa alguna a su aplicación o que ella no implique riesgo alguno. Así, por ejemplo, los Laboratorios Astra en Colombia, que suministra este tipo de droga en la literatura que distribuye con ocasión de su venta, hace constar. La excelente y segura tolerancia clínica de Xylocaína está bien establecida. No obstante la preocupación del médico sobre las posibles complicaciones que podrían ocurrir debido a la administración de cualquier anestésico local y el estar preparado para iniciar inmediatamente el tratamiento de emergencia, son los grandes factores de seguridad para el paciente. El equipo necesario para iniciar con éxito un tratamiento de emergencia debe encontrarse en condiciones de funcionamiento y al alcance del operador. El equipo mínimo de reanimación deberá incluir métodos para ventilar al paciente, tales como una máquina para proveer anestesia o bolsa y máscara; medios para mantener una vía de aire permeable, tal como cánulas orafaríngeas, tubos endotraqueales y laringoscopio; barbituratos de corta duración para usar por vía endovenosa y agentes vasopresores.

"Las reacciones sistemáticas se deben casi siempre a los elevados niveles sanguíneos de la droga, pero en raras ocasiones suceden debido a las idiosincracia individual de cada paciente o a alergia. Los elevados niveles sanguíneos, pueden resultar de una sobredosis, una rápida absorción de una área vascular, tal como el espacio epidural, inyección intravascular inadvertida o falla en el empleo del vasoconstrictor. El tipo de reacción es imprevisible y depende de la dosis, grado de absorción y estado previo de la paciente".

Al indicar las "Precauciones para la administración de anestesia peridural" se lee: "Las inyecciones subaracnoidea e intravascular son las dos complicaciones más serias que pueden ocurrir con esta técnica. Si tanto la sangre como el líquido raquídeo refluyen después de frecuentes aspiraciones durante la inyección de anestesia, la aguja deberá ser retirada y vuelta a colocar.

"Cuando el espacio peridural ha sido localizado, deberá administrarse una dosis de prueba de dos ml. de solución anestésica, por lo menos cinco minutos antes de inyectar el volumen total requerido. Si se ha realizado una inyección subaracnoidea, puede fácilmente detectase la parálisis motriz y la anestesia sensorial".

"Otras medidas de seguridad incluyen la selección de agujas de bisel y largo apropiados y la correcta posición del paciente para evitar una notable caída de la tensión arterial con complicación respiratoria".

"Las inyecciones deberán hacerse siempre en forma lenta y con frecuentes aspiraciones. Resulta también una precaución de importancia mantener el acceso a la circulación mediante un goteo común intravenoso, a través del cual puedan inyectarse las drogas, en caso necesario".

"Una caída de la presión arterial y una parálisis intercostal, deberán tenerse en cuenta siempre como un riesgo potencial en anestesia peridural lumbar y sacra, de haberse empleado dosis excesivas, si el paciente ha sido colocado en posición inapropiada o si la solución anestésica ha sido depositada accidentalmente dentro del espacio subaracnoideo".

Y en cuanto a las instrucciones sobre "Aplicación y dosis", observa al fabricante: "Para todos los procedimientos de bloqueo, empléense solamente las concentraciones más bajas y el volumen de agente anestésico que produzca el efecto deseado. Xylocaína deberá ser empleada con epinefrina en concentraciones que no excedan 1:100.000 para prolongar la anestesia y reducir la absorción sistémica. Deberá observarse las precauciones usuales en la aplicación de drogas vasopresoras en pacientes con enfermedades cardíacas, particularmente con arritmia, hipertensión, tirotoxicosis y diabetes.

"La dosis máxima de seguridad depende de la concentración elegida y la forma administrativa Ninguna dosis simple deberá exceder de 200 mg. Esta pude

incrementarse a la dosis máxima de 500 mg., si se emplea combinada con epinefrina".

A mayor abundamiento sobre que no es cierto que la aplicación de una droga como la Xylocaína no requiera de prueba previa alguna a su empleo o que ella no implique riesgo alguno, la Sala se remite a la obra "Anaesthetic Accidents" del doctor V. Keating, médico de nacionalidad inglesa, profesor del University College of West Indies y del RoyalArmay Medical Corps (The Yearbook Publishers, inc. Chicago, 1961, págs. 169 y ss.) en donde se describen los varios y numerosos accidentes que ocasiona la aplicación tanto de anestesia general como local y sobre las medidas que deben tomarse para prevenirlos y aun cuando en la página 216 del escrito citado el autor advierte que "No hay evidencia de que cualquiera de las reacciones neurológicas mencionadas se deban a una falta o descuido técnicos; muchas han ocurrido en hospitales bien manejados en los Estados Unidos y en el Continente Europeo, así como en manos de anestesistas competentes. la anestesia espinal puede precipitar o simplemente revelar enfermedades neurológicas preexistentes", lo cierto es que el Hospital en donde se apliquen las técnicas anestésicas debe tomar las precauciones necesarias para evitar en lo posible tales complicaciones, precauciones que se detallan en la misma obra y ninguna de las cuales se demostró que hubiera sido tomadas en el caso de autos.

Aplicando los principios generales atrás expuestos por la Sala, debe decirse que si a la paciente no se le practicó aquel examen previo y si no se aprobó que se tomaron las precauciones previas y concomitantes indicadas por el mismo fabricante de la droga y por tratadistas en la materia y si tampoco se demostró cuál fue la dosis administrada, en principio y salvo prueba en contrario, **que debe suministrar el deudor** (la parte demandada), no pudo ser sino precisamente por falta de la diligencia y cuidados debidos o por fuerza mayor. En ausencia de la demostración sobre ésta, la conclusión a que hay que llegar no puede ser sino lo de que hubo falta de diligencia y cuidado, por parte de los agentes de la administración y concomitantemente, que se presentó una falla de servicio.

Es evidente que en la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados y un riesgo que pueda ocasionar un daño que deberá soportar el paciente pues de ellos nos puede hacerse responsable a quienes los realicen o lleven a cabo, puesto que mal podría pensarse que ellos estén garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o del tratamiento. Pero lo que sí debe ser cierto y quedar claro es que cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para cada caso y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía, es apenas natural que si el juez encuentra de las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo la falla un daño deba interferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento.

El nexo de causalidad entre el hecho y el daño lo ratifica el anestesiólogo Jaime Arango Vélez cuando se refiere a la causa de la parálisis de la demandante cuando afirma:

"...Personalmente me creo inocente de las consecuencias de este accidente que se presentó fortuitamente y después del cual yo hice todo lo posible para preservar las condiciones físicas de la paciente que salió bien de cirugía, las consecuencias que padece posiblemente se deban a las acciones tóxicas de los componentes de la droga usada. PREGUNTADO.- Sírvase explicarnos si la enfermedad que aqueja a la señora María Helena Ayala de Pulido, se debe como resultado a dicha intervención o si por el contrario es independiente a la misma. CONTESTO: Lo más probable es que se deba a la droga que se usó: Cilocaína (sic) con Epinefrina". (fl. 89, C. 4.).

La Sala, en consecuencia, encuentra suficientemente probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa por falla del servicio, por lo cual confirmará la sentencia del a-quo respecto de esta pretensión, y procede, entonces, el análisis de los perjuicios morales y materiales cuyo reconocimiento se solicita.

8° **PERJUICIOS MORALES**: Se reconocen teniendo en cuenta el sufrimiento, el dolor intrínseco, por el daño sufrido. En el *sub-lite* se demostró hasta la saciedad el lamentable estado en que quedó la señora Ayala de Pulido, que además de ser una persona de 39 años para la fecha de los hechos, se ve sometida al penoso sufrimiento de no poder valerse por sí misma por el resto de su vida, razón suficiente para que la Sala confirme lo decido por el Tribunal, fijando el quantum máximo, que para dicho concepto jurisprudencialmente se ha determinado en el equivalente en pesos de un mil gramos oro, según el precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

9° **PERJUICIOS MATERIALES**: Se solicitaron en sus conceptos de daño emergente y lucro cesante, en la suma de $30.000.000.oo para cuyo avalúo pidió el nombramiento de péritos.

En cuanto al daño emergente que estaría representado por los gastos que hubiere tenido que sufragar la familia Pulido Ayala, no se encuentra dentro del expediente prueba alguna de su ocurrencia y por lo tanto no puede reconocerse este rubro.

Respecto del lucro cesante, esto es la suma de lo que ha dejado de devengar la lesionada como consecuencia del daño sufrido, en el sub-lite se afirmó por el apoderado de la actora que ella se dedicaba a la cría de canarios y otras aves que con su producido colaborara par cubrir los gastos de manutención de su familia. Pero este hecho tampoco aparece acreditado, por lo cual la Sala, debiendo atenerse a lo que resulte probado, debe descartar como cierto el hecho de que la señora Ayala de Pulido recibiera ingresos efectivos por el ejercicio de actividad laboral alguna.

Sin embargo, no podría desconocer que también se afirmó que la lesionada, siendo madre de cinco (5) hijos, se dedicaba a las labores propias de ama de casa, lo que constituye sin lugar a dudas un ingreso en especie en las finanzas del hogar.

El estado físico tan precario en que quedó la actora como consecuencia de la intervención de que fue objeto, traducido en la parálisis que según el peritazgo determinó una incapacidad del 100% de su actividad laboral, lleva consigo la consecuencia lógica de su indemnización, por cuanto el no poder atender los oficios domésticos de su casa por el resto de su vida, implica que debe contratar a una persona que los realice y no se puede negar que en el desarrollo normal de vida dichos oficios tienen que darse, puesto que la preparación de alimentos, cuidado de los vestidos, limpieza de la casa son básicos en el diario acontecer, razón por la cual, para la Sala, hay fundamento suficiente para reconocer dicho rubro, y lo hará sobre el quantum del salario mínimo legal, porque si bien es cierto que no es éste el que generalmente se paga a una empleada doméstica, ello radica en que se le proporciona alimentación y vivienda, que se consideran parte del salario en especie. Más aun cuando debe tenerse en cuenta que en el caso de autos queda sin indemnización la atención y cuidado prodigados al esposo e hijos de una parte, y de otra que la propia lesionada al no poder valerse por sí misma necesita de una persona que la ayude hasta en sus mínimas necesidades fisiológicas.

En consecuencia, la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada en el reconocimiento y condena en abstracto de perjuicios materiales por lucro cesante, cuya liquidación se hará de conformidad con lo dispuesto por el art. 308 del C.P.C. siguiendo las bases fijadas en el fallo.

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

FALLA :

Confírmase la sentencia de 7 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

En el incidente liquidatorio de los perjuicios materiales se tendrán en cuenta las pautas fijadas en los considerandos que anteceden.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 24 de octubre de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, Aclaró el voto; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla,* Aclaro Voto; *Gustavo de Greiff Restrepo, Julio Cesar Uribe Acosta,* Aclaró el Voto.

Felix Arturo Mora Villate, Secretario

FALLA DEL SERVICIO MEDICO- (Aclaración de Voto)

En los servicios médicos de carácter oficial se puede dar también tanto la falla anónima del servicio como la falla del servicio del funcionario. Cuando se da esta última, la actuación del médico, por ejemplo, deberá juzgarse tanto desde el punto de vista personal (responsabilidad médica) como en relación con el funcionamiento del servicio. Por eso mismo los principios de la responsabilidad médica sólo se aplicarán a la conducta personal del médico, en la misma forma como sólo se aplican las normas penales al agente de policía homicida. Y esa actuación podrá ser juzgada por el juez administrativo pero no desde la perspectiva personal de la responsabilidad médica, sino en relación con el funcionamiento del servicio mismo. En la motivación del fallo se trata de manejar la responsabilidad personal del médico.

ACLARACION DE VOTO

Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Referencia: Expediente No. 5902. Actor: María Elena Ayala de Pulido.

Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff R.*

Aunque estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia de 24 de octubre de 1990, manifiesto mi discrepancia con buena parte de la motivación, en especial con la argumentación que se hace antes de entrar al caso *sub-lite.* (a folio 42).

Son razones de mi desacuerdo:

1) El asunto planteado no es mas que otro caso ordinario de falla probada del servicio. De allí mi aceptación a la motivación expuesta a partir del folio 42.

2) El estudio de la responsabilidad médica hecho en la sentencia, es serio y razonado pero mas propio de una decisión de la jurisdicción ordinaria.

3) Este análisis cobija mas la responsabilidad médica de servidores de Estado que la responsabilidad estatal por la falla del servicio de salud.

Lo precedente tiene esta explicación.

La teoría de la falla del servicio muestra dos aspectos bien diferenciados: a) La anónima u objetiva en la que se da esa falla, que compromete la responsabilidad del Estado, pero no puede identificarse el servidor oficial que puso de presente esa acción irregular de la administración; b) La falla del servicio del funcionario, en la cual se descubre la actuación personal del servidor oficial que patentiza esa actuación irregular del servicio público.

Como es obvio, en este segundo evento esa conducta personal, si constituye un ilícito penal o civil o una falla disciplinaria, fuera de comprometer la responsabilidad de dicho sujeto, podrá comprometer también la responsabilidad estatal. Así, por ejemplo, si un agente de policía, con arma de dotación,en horas de servicio, mata a una persona sin existir justificación legal alguna, su conducta personal (delictuosa) tendrá que juzgarse y comprometerse a la luz de la normatividad penal. Pero esto no será obstáculo para que el juez de la responsabilidad administrativa, al subsumir ese hecho personal dentro del marco legal que rige el funcionamiento del servicio, concluya que hubo falla en la prestación de éste. En otras palabras, aquí se aplican dos regímenes jurídicos diferentes que lo coliden. Es tan cierto esto que en tales eventos ni siquiera se habla de prejudicialidad penal, ya que podrá el funcionario ser absuelto penal o disciplinariamente y resultar comprometida la falla de servicio o viceversa.

Esto muestra que el juez de la falla del servicio para condenar al Estado no pueda razonar dentro de la órbita penal o disciplinaria, porque en estos campos no tiene competencia alguna.

Algo similar sucede con los servicios médicos de carácter oficial. En éstos se puede dar también tanto la falla anónima del servicio como la falla del servicio del funcionario. Cuando se da esta última, la actuación del médico, por ejemplo, deberá juzgarse tanto desde el punto de vista personal (responsabilidad médica) como en relación con el funcionamiento del servicio. Por eso mismo los principios de la responsabilidad médica sólo se aplicarán a la conducta personal del médico en la misma forma como sólo se aplican las normas penales al agente de policía homicida. Y esa actuación podrá se juzgada por el juez administrativo pero no desde la perspectiva personal de la responsabilidad médica, sino en relación con el funcionamiento del servicio mismo.

Lo brevemente expuesto me permite concluir que la motivación del fallo presenta ese desfase, porque trata de manejar la responsabilidad estatal por falla del

servicio de salud con los principios que gobiernan la responsabilidad personal del médico.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá D.E. Noviembre 27 de 1990

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/ CULPA/ CARGA DE LA PRUEBA- (Aclaración de voto)

No comparto las apreciaciones en lo referente a la culpa y la carga probatoria, y sus efecto en la responsabilidad administrativa. No dejo de reconocer la importancia, profundidad y calidad del análisis del doctor De Greiff el cual aclara y en buena parte revalúa, criterios y líneas de interpretación sobre el alcance del elemento culpa y la carga probatoria en la responsabilidad civil extracontractual, pero considero que ello no es necesariamente aplicable en lo atinente a la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas, por cuanto esta última se debe fundar en consideraciones diferentes, relacionadas más con la responsabilidades sociales del Estado que con las consideraciones privatistas propias de las relaciones entre particulares.Referencia: Expediente No. 5902. Actor: María Elena Ayala de Pulido.

ACLARACION DE VOTO

Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Referencia: Expediente No. 5902. Actor: María Elena Ayala de Pulido.

Si bien estoy enteramente de acuerdo con la parte resolutiva de la providencia, y con las consideraciones de la Sala con respecto al caso concreto sub-lite en lo que se refiere a la falla probada que llevó la condena resultante, no comparto las apreciaciones formuladas por el Sr. Ponente en lo referente a la culpa y la carga probatoria, y sus efectos en la responsabilidad administrativa. No dejo de reconocer la importancia, profundidad y calidad del análisis del Dr. de Greiff, el cual aclara enormemente, y en buena parte revalúa, criterios y líneas de interpretación sobre el alcance del elemento culpa y la carga probatoria en la responsabilidad civil extracontractual. Pero considero que ello no es necesariamente aplicable en lo atinente a la responsabilidad

extracontractual de las entidades públicas, por cuanto esta última se debe fundar en consideraciones diferentes, relacionadas más con las responsabilidades sociales del Estado que con las consideraciones privatistas propias de las relaciones entre particulares.

En efecto, el análisis que se hace en la ponencia parte de una interpretación del alcance de las obligaciones, pasivas o activas, que rigen las relaciones privadas, que tiene como consecuencia ciertos y determinados efectos sobre defición de la culpa, y su prueba en los eventos en que sucede un hecho ilícito o dañino. Así, en términos de responsabilidad civil contractual, se parte de entendido procesal que el acreedor debe simplemente afirmar el incumplimiento de la obligación y es el deudor a quien corresponde comprobar el incumplimiento, o la presencia de elementos exonerativos de su responsabilidad; mientras que en los eventos de responsabilidad extracontractual, afirma el Dr. de Greiff, debe el acreedor tratar de demostrar el daño y la culpa, y el deudor la prudencia y diligencia en los casos en que una conducta volitiva puede ser la causante de un daño. Interpreta el ponente dicha relación, apoyándose en tesis de ilustres doctrinantes, en el sentido de que la obligación pasiva de respeto y no injuria que los ciudadanos se deben unos a otros (nomine laedere) implica que sea el deudor a quien corresponda probar el hecho dañino y al acreedor la ausencia de culpa, o aún mejor, la debida prudencia o diligencia.

Pues bien, la anterior argumentación, perfectamente válida en lo referente a las relaciones entre particulares, no es aplicable integramente, en mi opinión, en aquellos eventos en que se debate la responsabilidad administrativa de las entidades públicas. Y no lo es, puesto que mientras las relaciones privadas se fundamentan en el principio de la igualdad de las partes y el respeto de los fueros individuales, valores estos que solamente se puedan ver modificados por menester de la ley o por acuerdos de voluntad interpartes, la responsabilidad estatal o administrativa parte de supuestos sustancialmente diferentes como son, precisamente, la desigualdad entre las partes y la existencia de responsabilidades, de origen constitucional, de una hacia la otra. Así, mientras la razón de ser del servicio es el cumplimiento, a favor de la comunidad, de una serie de obligaciones que constituyen su razón de ser y el motivo de su existencia, las relaciones entre particulares suponen precisamente lo contrario, cual es la identidad de derechos y obligaciones entre las partes y de ellos frente a la colectividad.

En las relaciones estado-particular, no puede hablarse de igualdad bajo la misma perspectiva que lo hace nuestro Código Civil. El estado, por su propia existencia, y en función de lo que el artículo 16 de la Constitución establece, se coloca en posición de deudor frente a una comunidad acreedora que tiene derecho a esperar o exigir la mejor calidad posible en la prestación del servicio. De ahí, por ejemplo, que el derecho administrativo haya colocado en cabeza de la administración privilegios o prerrogativas de diversa índole que pretenden dotarla de las herramientas apropiadas para el mejor cumplimiento de sus obligaciones sociales y para garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular. Prevalencia que no rompe el principio de desigualdad al que antes me refería, sino por el contrario lo ratifica, en la medida en que su razón de ser última está,

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/ CULPA/ CARGA DE LA PRUEBA- (Aclaración de voto)

No comparto las apreciaciones en lo referente a la culpa y la carga probatoria, y sus efecto en la responsabilidad administrativa. No dejo de reconocer la importancia, profundidad y calidad del análisis del doctor De Greiff el cual aclara y en buena parte revalúa, criterios y líneas de interpretación sobre el alcance del elemento culpa y la carga probatoria en la responsabilidad civil extracontractual, pero considero que ello no es necesariamente aplicable en lo atinente a la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas, por cuanto esta última se debe fundar en consideraciones diferentes, relacionadas más con la responsabilidades sociales del Estado que con las consideraciones privatistas propias de las relaciones entre particulares.Referencia: Expediente No. 5902. Actor: María Elena Ayala de Pulido.

ACLARACION DE VOTO

Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Referencia: Expediente No. 5902. Actor: María Elena Ayala de Pulido.

Si bien estoy enteramente de acuerdo con la parte resolutiva de la providencia, y con las consideraciones de la Sala con respecto al caso concreto sub-lite en lo que se refiere a la falla probada que llevó la condena resultante, no comparto las apreciaciones formuladas por el Sr. Ponente en lo referente a la culpa y la carga probatoria, y sus efectos en la responsabilidad administrativa. No dejo de reconocer la importancia, profundidad y calidad del análisis del Dr. de Greiff, el cual aclara enormemente, y en buena parte revalúa, criterios y líneas de interpretación sobre el alcance del elemento culpa y la carga probatoria en la responsabilidad civil extracontractual. Pero considero que ello no es necesariamente aplicable en lo atinente a la responsabilidad

extracontractual de las entidades públicas, por cuanto esta última se debe fundar en consideraciones diferentes, relacionadas más con las responsabilidades sociales del Estado que con las consideraciones privatistas propias de las relaciones entre particulares.

En efecto, el análisis que se hace en la ponencia parte de una interpretación del alcance de las obligaciones, pasivas o activas, que rigen las relaciones privadas, que tiene como consecuencia ciertos y determinados efectos sobre defición de la culpa, y su prueba en los eventos en que sucede un hecho ilícito o dañino. Así, en términos de responsabilidad civil contractual, se parte de entendido procesal que el acreedor debe simplemente afirmar el incumplimiento de la obligación y es el deudor a quien corresponde comprobar el incumplimiento, o la presencia de elementos exonerativos de su responsabilidad; mientras que en los eventos de responsabilidad extracontractual, afirma el Dr. de Greiff, debe el acreedor tratar de demostrar el daño y la culpa, y el deudor la prudencia y diligencia en los casos en que una conducta volitiva puede ser la causante de un daño. Interpreta el ponente dicha relación, apoyándose en tesis de ilustres doctrinantes, en el sentido de que la obligación pasiva de respeto y no injuria que los ciudadanos se deben unos a otros (nomine laedere) implica que sea el deudor a quien corresponda probar el hecho dañino y al acreedor la ausencia de culpa, o aún mejor, la debida prudencia o diligencia.

Pues bien, la anterior argumentación, perfectamente válida en lo referente a las relaciones entre particulares, no es aplicable integramente, en mi opinión, en aquellos eventos en que se debate la responsabilidad administrativa de las entidades públicas. Y no lo es, puesto que mientras las relaciones privadas se fundamentan en el principio de la igualdad de las partes y el respeto de los fueros individuales, valores estos que solamente se puedan ver modificados por menester de la ley o por acuerdos de voluntad interpartes, la responsabilidad estatal o administrativa parte de supuestos sustancialmente diferentes como son, precisamente, la desigualdad entre las partes y la existencia de responsabilidades, de origen constitucional, de una hacia la otra. Así, mientras la razón de ser del servicio es el cumplimiento, a favor de la comunidad, de una serie de obligaciones que constituyen su razón de ser y el motivo de su existencia, las relaciones entre particulares suponen precisamente lo contrario, cual es la identidad de derechos y obligaciones entre las partes y de ellos frente a la colectividad.

En las relaciones estado-particular, no puede hablarse de igualdad bajo la misma perspectiva que lo hace nuestro Código Civil. El estado, por su propia existencia, y en función de lo que el artículo 16 de la Constitución establece, se coloca en posición de deudor frente a una comunidad acreedora que tiene derecho a esperar o exigir la mejor calidad posible en la prestación del servicio. De ahí, por ejemplo, que el derecho administrativo haya colocado en cabeza de la administración privilegios o prerrogativas de diversa índole que pretenden dotarla de las herramientas apropiadas para el mejor cumplimiento de sus obligaciones sociales y para garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular. Prevalencia que no rompe el principio de desigualdad al que antes me refería, sino por el contrario lo ratifica, en la medida en que su razón de ser última está,

como antes dijera, en la necesidad de una mejor prestación de servicios a favor de la comunidad.

De ahí que las obligaciones a cargo del estado no sean meramente pasivas, ni correspondan al "nemine Laedere" propio del derecho civil, sino son por el contrario activas, encaminadas hacia el logro de las finalidades sociales previstas en la ley. Finalidades que, por su naturaleza y por las restricciones normales de un Estado limitado en sus posibilidades, han de estar en un permanente proceso de evolución en búsqueda cada vez de mejores resultados y de mayor beneficio colectivo, ya sea en procura del mejoramiento material o espiritual, o para la protección de los derechos civiles y garantías sociales que la Carta consagra.

Por ello la situación, en aquellos eventos en que se debate la responsabilidad administrativa, es relativamente similar y comparable con la que se presenta en los caos en los que, a la luz de las normas civiles y comerciales, se discute la responsabilidad contractual civil de las partes. En ellas, el acreedor basta afirmar el incumplimiento, y debe el deudor demostrar lo contrario, o la presencia de las circunstancias exonerativas de su responsabilidad. Así, en presencia de un acto o hecho dañino, supuestamente causado por la administración, debe simplemente el afectado comprobar su existencia, frente a lo cual la entidad pública acusada tendrá que demostrar que cumplió adecuadamente con sus responsabilidades y con las obligaciones legales o constitucionales a su cargo.

Tales obligaciones, como antes se dijera, no son ilimitadas sino tienen que tener relación directa con las responsabilidades que la ley o el reglamento consagren, o con las funciones que de hecho la administración haya asumido sin estar obligada a ello, o con las posibilidades reales del servicio. Pero aún a pesar de tales limitaciones, lo cierto es que ante un resultado objetivo diferente al esperado, que se concreta en la ocurrencia de un hecho dañino, es obligación de la administración comprobar que cumplió cabalmente con sus obligaciones y que tal ocurrencia, si es el caso, se debió a circunstancias más allá de su control.

Dentro de tal perspectiva, el problema de la culpa y su prueba pierde relevancia y pasa a un segundo plano, puesto que su presencia o ausencia deja de tener importancia en el juzgamiento de la responsabilidad administrativa. De la administración no se espera prudencia o diligencia, entendidas tales expresiones en el sentido civilista, pero pasivo, con que las trata la ponencia, sino a ella se debe exigir una actitud dinámica, enmarcada dentro de la ley, pero siempre atenta y dispuesta a realizar lo razonablemente necesario para la mejor prestación del servicio. Se coloca, entonces, la administración en posición de deudora frente a una comunidad que, por virtud de los artículos 2 y 16 de la Constitución Nacional, estará en condiciones jurídicas de exigirle el mejor cumplimiento de sus responsabilidades. Así, la falla del servicio se concreta cuando el Estado no actúa como ha debido hacerlo, o cuando no cumple con sus deberes, o cuando no produce los resultados que la comunidad tenía derecho a esperar. La culpa, entonces, se presume por principio cuando no se presentan los resultados que por ley correspondía a la entidad pública demandada tratar de producir. Y si la obligación de esta última era tratar de realizar

sus mejores esfuerzos, emplear de la manera más eficiente posible sus recursos, y utilizar unos y otros para la prestación de un óptimo servicio, pues entonces el lógico corolario será que, ante una alegada falla, deba la administración demostrar que ella no existió, o que ocurrió por circunstancias incontrolables más allá de la capacidad preventiva o correctiva que razonablemente puede esperarse de las entidades públicas.

Esto último cobra una particular importancia dentro del contexto de la responsabilidad del Estado, pues si bien a la comunidad le es dable esperar la mejor prestación del servicio, tal exigencia no puede ir más allá de aquello que realmente puede manejar la administración, pues a ella no podrá culparse de cuanto ocurra. Pero si, en cada caso, se llega a la conclusión de que existían elementos de juicio y herramientas apropiadas para el adecuado manejo de una situación conforme con los objetivos del servicio, corresponderá a la entidad pública del caso comprobar por qué no se les dio cumplimiento.

El interrogante que se suscita entonces, en términos del proceso contencioso administrativo, es el de definir qué debe ser probado y por quién cuando se alega una supuesta falla del servicio por parte de un demandante. Lo primero que podría pensarse, a la luz de las consideraciones anteriores, sería que, si el Estado se encuentra en una posición de deudor, bastaría con que el acreedor afirmara el incumplimiento para que el primero tuviese que demostrar lo contrario, o la ocurrencia de una causal exonerativa. Sin embargo,ello no puede ser así, por cuanto si bien es cierto que el Estado es deudor, la naturaleza de sus obligaciones es diferente, pues no está individualizada como ocurre en la relación contractual, sino se predica en forma genérica frente a la comunidad. De ahí, entonces, que sea necesario particularizarla con respecto al supuesto afectado, determinar su alcance concreto frente a él, y estudiar las circunstancias de su ocurrencia en el caso específico debatido. Ello quiere decir, entonces, que el interesado deberá demostrar el acaecimiento de un hecho causal, representado por un acto, un hecho o una omisión de la administración que ha causado un daño, y en relación con un servicio a su cargo, o que ella de hecho haya asumido; y será la administración la responsable de demostrar que dicho hecho causal o no ocurrió, o si lo hizo fue por circunstancias ajenas a su voluntad o control. En consecuencia, al demandante no tiene porque exigírsele comprobar o no la culpa de la administración, pues ante el hecho causal y su relación con el servicio, ésta se presumirá, y corresponderá al Estado demostrar las causales exonerativas de responsabilidad.

Y precisamente del enfoque que subyace a los párrafos anteriores surge la divergencia entre la ponencia y la presente aclaración, pues si bien las conclusiones a las cuales ambas llegan son bastante parecidas, las premisas y consideraciones en que se sustentan y desarrollan son sustancialmente diferentes, originadas unas en una apreciación de clara estirpe civilista, las otras en un enfoque que parte de un concepto distinto de las relaciones entre el Estado y los particulares.

Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Fecha ut supra

COLPUERTOS/ EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/ JURISDICCION ORDINARIA/ RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE- Improcedencia

No puede hablarse en el caso sub-judice que la jurisdicción Contencioso Administrativa sea la competente para conocer de la controversia planteada, puesto que ello sólo podría hacerlo si se tratase de actos en desarrollo de funciones administrativas de Colpuertos, o si, de acuerdo con la tradicional jurisprudencia, las mercancías reclamadas se hubiesen perdido estando almacenadas en bodegas oficiales. Y, como resulta que las labores de cargue y descargue de bodegas no son, ni por naturaleza, ni por definición legal, funciones administrativas de Colpuertos, sino corresponden a un claro ejercicio de su objeto social de explotación de puertos, considerado como un acto mercantil en virtud del numeral 9° del artículo 20 del C. de Co. las controversias que surgen en razón de tales actos de cargue y descargue corresponde juzgarlas a la jurisdicción ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla,*

Referencia: Expediente No. 3846 (146). Actor: Compañia Suramericana de Seguros S.A.

Procede la Sección a dictar sentencia en el proceso de reparación directa y cumplimiento, incoado por la COMPAÑIA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., contra la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA -COLPUERTOS, a raíz de los presuntos perjuicios sufridos por aquella, en las circunstancias que serán objeto de análisis en la presente providencia.

Habiéndose quemado el expediente en momentos en los que se encontraba en el despacho de la Fiscalía para su concepto, la reconstrucción del proceso fue decretada mediante auto de junio 19 de 1.987. Surtidos los trámites legales, se encuentra entonces el proceso en estado de dictarse sentencia.

I. LA DEMANDA

En demanda presentada el 9 de diciembre de 1.982, el apoderado de la sociedad demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1°) Que por el trámite previsto en el capítulo XV del C. de Co. indicado para tramitar el juicio indemnizatorio de mayor cuantía, se declare a la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA - COLPUERTOS, administrativa o civilmente responsable por razón de la pérdida de 250 (dos cientos cincuenta) tambores, que contenían Acetona Reactiva Analítica, que venían con destino a la firma DOTACIONES UNIVERSALES de la ciudad de Cali y destruidos en un incendio ocurrido el 5 de noviembre de 1.981, en los Muelles del puerto de Buenaventura, y mientras eran bajados a tierra por operarios de Colpuertos, por un valor de $4.218.771 (cuatro millones doscientos dieciocho mil setecientos setenta y un pesos m.l.) según quedará establecido con la prueba que se aportará con la presente demanda y con la que más adelante se solicitará si fuere necesario.

"2°) Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, COLPUERTOS, conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, al pago de $4.218.771 (Cuatro millones doscientos dieciocho mil setecientos setenta y un pesos m.l.) o hasta la cantidad que resultare probado en el juicio, valor que se tuvo en la importación, por la firma DOTACIONES UNIVERSALES, pérdida ésta que fue oportunamente indemnizada por mi poderdante para corresponde (sic) así el valor del perjuicio sufrido por la empresa aseguradora.

"3°) Que se condene igualmente a la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, COLPUERTOS, conforme a las disposiciones legales vigentes a pagar a mi poderdante, como lucro cesante, los intereses corrientes, por la suma de $4.218.771 m.l. o por lo que resultare probado dentro del juicio, desde le momento en que se produjo el daño hasta la fecha en que se realizó el pago.

4°) Que el valor de las condenas que aquí se solicitan, se actualicen al momento de la sentencia o de su pago, para compensar así la pérdida del valor adquisitivo del valor (sic) de la moneda colombiana, y de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esa Honorable Corporación." (fols. 16 y 17 C. 1).

Los hechos narrados por el libelista (fls. 17 a 20), en apoyo de sus pretensiones, son en síntesis las siguientes:

1- La Sociedad DOTACIONES UNIVERSALES importó desde Estados Unidos de América, puerto de New York, 250 tambores que contenían Acetona Reactiva Analítica, por un valor de $4.218.771 m/l.

2- El 5 de noviembre de 1.981, siendo las 15 y 15 horas cuando operarios de COLPUERTOS realizaban el traslado de los tambores a tierra desde la escotilla del buque Faneos, uno de los tambores, izado por una grúa de propiedad de la mencionada empresa, cayó por imprudencia de los operarios sobre la mercancía que aún se encontraba en el barco, incendiándola completamente.

3- La mercancía mencionada se encontraba amparada con el Certificado de Transporte No. 479866 de diciembre 2 de 1.981, en aplicación de la Póliza 12488.

4- La Empresa demandante estableció que la mercancía asegurada pereció íntegramente, y paga la correspondiente indemnización de $4.218.771 m/l, según certificado de siniestro y pago No. 20237 de abril 21 de 1.982.

5- En el certificado de liquidación del siniestro mencionado, aparece la correspondiente cesión de derechos en favor de la demandante.

II. LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

En término procesal oportuno presentaron las partes sus alegatos de conclusión, en la siguiente forma:

a)- La Sociedad Demandante.

Solicita el Señor apoderado de la Sociedad demandante, a folios 61-63, se acceda a las súplicas de la demanda, por las siguientes razones básicas:

> "Quedo establecido como una mala maniobra de los estibadores de Puerto de Colombia en Buenaventura provocó que algunos tambores que contenían eter, se salieran del pallet, yendo uno de tales tambores al fondo de la escotilla estrellándose contra varios tambores del mismo material, ocasionándose así un incendio de grandes proporciones que destruyó la mercancía amparada por mi patrocinado.
>
> "Es que inicialmente los estibadores sacaban alinga pallets con sólo seis (6) tambores, pero como seguramente les pareció que la operación de descargue (sic) se les iba a demorar demasiado colocaron dos (2) pallets con doce (12) tambores lo que ocasionó que la presión ejercida por el cable sobre las bredas, se reventaran los zunchos produciéndose el accidente de que se dio cuenta antes, o sea el incendio que destruyó la mercancía.

"En relación con los puntos de derecho que apoyan la solicitud de la demanda me permito remitir respetuosamente al Honorable Consejero a las consideraciones expuestas en el capítulo de la demanda Normas Violadas y Concepto de Violación.

"En relación con la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado sobre la equiparación de Certificado de Transportes, al contrato de Seguros me permito discrepar respetuosamente.

"En efecto, de acuerdo con nuestra legislación no es el de certificado de seguro el contrato de seguro, sino que éste lo constituye la Póliza. Así lo estatuyen los artículos 1036 inciso segundo y 1046 del Código de Comercio. Esta última norma dispone que el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguros se denomina POLIZA. No exige pues la norma, la expedición del certificado de seguro para que nazca o se perfeccione el contrato, pues surge la Póliza que es el verdadero contrato.".

b)- La Empresa Demandada.

Mediante apoderado idóneo, la Empresa demandada solicita se denieguen las súplicas de la demanda (fols. 91 y 92), principalmente por los siguientes motivos:

"Estimo Honorables Consejeros de Estado que la Compañia de Seguros demandante en el caso *sub-judice* al pagar indemnización a su cliente realizó un acto de comercio que puede ser legal entre las partes, pero lo que no puede nunca es intentar subrogarse los derechos para cobrarle a mi representada, pues las Compañías de Seguros según la Ley deben amparar las mercancías para riesgos futuros entre Asegurador y Asegurado es nulo".

De otra parte afirmó el libelista:

"Además, debo manifestar a los Honorables Consejeros de Estado que las afirmaciones contenidas en la demanda en el sentido de asegurar que el incendio ocurrido el día 5 de noviembre de 1.981, en una de las bodegas M/N "Faneos", es culpa o negligencia de operarios al servicio de Puertos de Colombia, no tiene ninguna seriedad y no está probada en autos.

"El incendio ocurrió como lo narra la misma demanda en una de las bodegas del buque y en el momento del descargue no solamente estaban laborando operarios idóneos de Colpuertos sino también personal contratado por las Navieras, sin que se pueda asegurar a ciencia cierta las causas del siniestro.

"Como lo dije anteriormente y lo reitero ahora en las manifestaciones de la demandada son temerarias y sin ningún asidero probatorio. Se limita la parte

actora a transcribir un informe de la firma GRANCOLOMBIANA DE TRANSPORTE LTDA., donde se pretende hacer una relación de lo ocurrido en el incendio, sin firma responsable y sin que en el plenario se encuentre ratificado bajo la gravedad del juramento por la persona o personas que suscribieron dicho documento, si lo hicieron".

III. EL CONCEPTO FISCAL

En concepto de julio 28 de 1.988, obrante a folio 127-130, solicita la Fiscal 2a. de la Corporación, sean denegadas las súplicas de la demanda, por los siguientes motivos:

"En el presente caso se demostró la ocurrencia del incendió pero se omitió presentar las pruebas relacionadas con las circunstancias en las cuales tuvo lugar el acontecimiento; no se sabe por qué causas ocurrió el incendio, en qué condiciones estaba la mercancía, temperatura del lugar, forma en que se efectuaba el descargue, etc. Estas pruebas son indispensables para poder deducir la falla del servicio o sea la prestación irregular o deficiente del mismo, que hubiera podido ser la causa de la conflagración. No basta con demostrar que se produjo el incendio, es necesario probar que éste tuvo ocurrencia por causas imputables a la entidad bajo cuya responsabilidad se encontraba la mercancía. En ausencia de estas pruebas, se ha de concluir que la actora no cumplió con la carga probatoria en el proceso y por lo tanto sus peticiones no pueden prosperar.

"Por otra parte se encuentra que la póliza que amparaba la mercancía fue expedida por la compañía aseguradora el día 10 de septiembre de 1.979, en tanto que el certificado del seguro de transporte se expidió el día 2 de diciembre de 1.981 o sea 27 días después de haber ocurrido el siniestro.

"No obstante recien jurisprudencia del Consejo de Estado, la Fiscalía reitera su criterio sobre la póliza automática de seguro. Si bien es cierto que el contrato se perfecciona con la suscripción de la póliza y que esta es la prueba en los seguros ordinarios, también lo es que el seguro con póliza automática reviste una modalidad especial constituida por la expedición de un certificado de seguro en el cual se especifican los bienes que se amparan y el riesgo que se asume, permitiendo así su identificación para efecto de que surja el derecho a obtener el valor del seguro.

"De lo anterior se concluye entonces que en el caso analizado el contrato de seguro suscrito entre la firma importadora y la sociedad aseguradora, no produjo sus efectos por cuanto el certificado especificando el interés asegurado, fue expedido después de ocurrido el siniestro.".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de entrar a analizar el fondo del asunto *sub-judice*, considera necesario la Sala estudiar lo referente a la competencia que le asiste para conocer del tipo de controversias planteadas por el demandante, pues si bien es cierto que, como él lo afirma,

> "Sobre la responsabilidad administrativa, o sea con base en el artículo 2° del Decreto 630 de 1.942 ya la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples fallos...". (fol. 27).

También lo es que los pronunciamientos a que él se refiere han tratado el tema de la responsabilidad administrativa por pérdida de mercancías en bodegas oficiales, asignando a la empresa Industrial y Comercial Puertos de Colombia S.A. una especie de responsabilidad objetiva que surge de las disposiciones del artículo 55 de la Ley 79 de 1.931, orgánica de Aduanas, así como el artículo 2 del Decreto 630 de 1.942. De allí que, como bien lo dice el demandante, se haya construido la tesis, mal llamada en opinión de la Sala, del "depósito necesario" por la aparente similitud que surge del hecho de ser Colpuertos monopolio estatal para la explotación de muelles o terminales, con la figura consagrada en los artículos 2260 o 2264 del Código Civil.

Y dice la Sala que está mal llamada la figura por cuanto, por disposición del artículo 2244 del Código Civil, aplicable al depósito necesario en función de lo dicho por el artículo 2264 del mismo Código, cuando se estipula remuneración por la guarda o custodia de una cosa, el depósito degenera en arrendamiento de servicios, figura regulada en el artículo 2063 y siguientes del Código Civil. Así, la labor de Colpuertos al custodiar mercancías, labor esta remunerada por excelencia, no corresponde de manera alguna al depósito necesario que dicho Código contempla, sino se acerca más a la figura del arrendamiento de servicios, y resulta de la necesidad que tienen los particulares de recurrir a tal servicio, en virtud del monopolio de hecho que dicha empresa tiene en todo lo referente a la explotación comercial de puertos y almacenamiento de mercancías dentro de los mismos.

Ahora bien, considera la Sala que en el evento sub-lite no se dan las condiciones necesarias para que la tesis mencionada sea aplicable, pues estima que la forma como sucedieron los hechos no se ajusta a la interpretación que en el pasado ha dado el Consejo a la supuesta responsabilidad derivada del artículo 2 del decreto 630 de 1.942.

En efecto, el artículo mencionado dispone:

> "Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o

mala confección, para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje.". (Subrayas de la Sala).

Y resulta que en el caso *sub-judice* el hecho causante de la pérdida de la mercancía reclamada se produjo durante la operación de desembarque de unos barriles de eter que, por razones posiblemente atribuibles a funcionarios de Colpuertos, cayeron y provocáron un incendio en las bodegas del buque "FANEOS", destruyéndose así los 250 barriles o tambores de Acetona Reactiva Analítica mientras estos permanecían, aún sin descargar, en la bodega de la motonave en mención. Así las cosas, la pérdida de la mercancía ocurrió en momentos en que ella aún no estaba almacenada en bodegas oficiales y cuando todavía no se daba la figura que el demandante denomina "depósito necesario".

No escapa a la Sala que la causa del incendio pudo haber sido la actitud descuidada de los operarios de Colpuertos, o como lo afirma el Secretario General de dicha entidad en documento que obra a folios 177 y 178 del expediente, que la misma se haya debido a la ignición del elevador "que se encontraba a bordo el cual era de la compañía Flota Mercante Grancolombiana y operado por personal de la Compañía sin autorización de Colpuertos" (fol. 177). Pero lo cierto es que, fuese una u otra la causa, el accidente ocurrió cuando la mercancía por la cual se reclama aún no estaba bajo custodia de Colpuertos, razón por la cual, en opinión de la Sala, no se dan los elementos de hecho o de derechos previstos en el artículo 2° del Decreto 630 de 1.942.

Adicionalmente, obran en el expediente pruebas en el sentido de que el transporte de los 250 tambores de Acetona Reactiva se contrató bajo la modalidad de Conocimiento de Embarque (Bill of Lading) (fls. 46, 110 a 113), modalidad esta que implica, por vía general, que el transportador asume la responsabilidad de custodia de la mercancía en la forma comúnmente denominada "de losa a losa", de "gancho a gancho", o, como a dicha figura se le denomina en el artículo 1606 del Código de Comercio, "bajo aparejo". Ello quiere decir, en consecuencia, que en el caso subjudice, aún a pesar de que las mercancías destruidas fuesen a ser descargadas por una grúa de Colpuertos, la responsabilidad de su custodia y manejo seguían estando en cabeza del transportador en virtud del contrato que había suscrito, responsabilidad que solamente terminaría luego de su entrega formal a Colpuertos. Por ello, tampoco puede hablarse de que esta última entidad sea la responsable directa por la pérdida de la mercancía reclamada.

Y por tales motivos no pueden hablarse en el caso *sub-judice* de que la jurisdicción contencioso-administrativa sea la competente para conocer de la controversia planteada, puesto que ella solo podría hacerlo si se tratase de actos en desarrollo de funciones administrativas de Colpuertos, o si, de acuerdo con la tradicional jurisprudencia, las mercancías reclamadas se hubiesen perdido estando almacenadas

en bodegas oficiales. Y, como resulta que las labores de cargue y descargue de bodegas no son, ni por naturaleza, ni por definición legal, funciones administrativas de Colpuertos, sino corresponden a un claro ejercicio de su objeto social de explotación de puertos, considerado como acto mercantil en virtud del numeral 9° del artículo 20 del Código de Comercio, las controversias que surgen en razón de tales actos de cargue y descargue corresponde juzgarlas a la jurisdicción ordinaria.

En mérito de 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 :

Inhíbese para fallar el fondo del asunto controvertido, por corresponder se decisión a la jurisdicción ordinaria.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 1° de noviembre de 1.990.

SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia/ **CONTRATO DEASOCIACION**

En el caso en comento la acción instaurada fue la de nulidad, motivo por el cual la suspensión provisional sólo tendría vocación de prosperidad si se detectara, *prima facie*, una infracción directa de una de las disposiciones invocadas, situación que no se da en el sub-lite. La circunstancia misma de que sea necesario acudir a indagar la intención del legislador, para saber cual fue la que éste tuvo cuando se expidió el Decreto-Ley 2310 de 1.984, invitación que hace el demandante en su libelo, cierra toda posibilidad a la suspensión provisional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta,*

Referencia: Expediente No. 6326. Actor: Hector Ramón Rodriguez Pizarro.

El señor HECTOR RODRIGUEZ PIZARRO, en ejercicio de la acción pública de simple nulidad, demanda la declaratoria de nulidad de los Decretos 2782 de 28 de Noviembre de 1.989 y 1093 de 25 de Mayo de 1.990 que aclaró el ordinal d) del Artículo Primero del Decreto Nro. 2782 de 1.990, expedidos por el señor Presidente de la República y su Ministro de Minas y Energía, por medio de los cuales "se reglamentó parcialmente el Decreto Ley No. 2310 de 1.974".

Como quiera que el libelo es admisible, y en él se pide la suspensión provisional de los actos administrativos acusados, la Sala procede a estudiar ésta solicitud dentro del universo jurídico que ella tiene.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación la valoración jurídica que el

demandante hace para apoyar tanto la solicitud de nulidad como la de suspensión provisional. En lo pertinente de la demanda, se lee:

"IV. CONCEPTO DE LAS VIOLACIONES

"A. El Decreto 2782 de noviembre 28 de 1.989 y el Decreto 1093 de mayo 25 de 1990 demandados, violan en su integridad el principio de la autonomía de la propiedad privada, establecido en el Artículo 30 de la Constitución Nacional, según el cual "se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles". Este principio está desarrollado en nuestro ordenamiento legal por el Artículo 1602 del Código Civil, según el cual "Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales".

"B. El Decreto Ley-2310 de 1.974 fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el Artículo 122 de la Constitución Nacional, que faculta al Presidente de la República para declarar el Estado de Emergencia Económica y dictar decretos con fuerza de ley de carácter permanente. De donde surge que para modificar el citado Decreto se requiere bien de una ley expedida por el Congreso Nacional o autorización expresa del Congreso al Ejecutivo para que éste actúe como legislador. En el presente caso no ha ocurrido ni lo uno ni lo otro. Solamente ha ocurrido que el Ejecutivo ha usurpado las funciones del legislativo de interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes al expedir los Decretos demandados, con lo cual se ha violado el Artículo 76, numerales 1 y 2 de la Constitución Nacional, como lo veremos a continuación:

"1. Las únicas referencias al contrato de asociación mencionadas en el Decreto 2310 de 1.974, están consignadas en los artículos 1, 6, 9 y 10 del mencionado Decreto 2310, así:

"a. El Artículo Primero establece que:

"Con excepción de los contratos de concesión vigentes en la fecha de expedición del presente Decreto (28 de octubre de 1.974), la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podrá llevar a efecto dichas actividades, directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Los contratos que celebre la Empresa en virtud de lo dispuesto en este Artículo. requerirán para su validez ser aprobados mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía".

"b. El Artículo Sexto establece que:

"El contribuyente que derive renta de explotaciones de hidrocarburos en zonas cuyos subsuelo petrolífero se reconozca como propiedad privada o de concesiones o contratos de asociación vigentes a la expedición del presente Decreto, tendrá derecho a una deducción por agotamiento de conformidad con los artículos siguientes.".

"c. El Artículo Noveno establece que:

"Además de la deducción anual por agotamiento normal, reconocese un Factor especial de agotamiento, aplicable año por año a las siguientes explotaciones: ...c) Las correspondientes a contratos de concesión o asociación vigentes a la expedición de este Decreto."; y

d) El Artículo Décimo que establece:

"Cuando se trate de exploraciones en búsqueda de petróleos, llevadas a partir del 1° de enero de 1.955, que corresponda a zonas cuyo subsuelo petrolífero haya sido reconocido como de propiedad privada o a concesiones o asociaciones vigentes a la fecha de expedición del presente Decreto directamente por personas naturales o por compañías con explotaciones en producción o por medio de filiales o subsidiarias, se concederá una deducción por amortización de inversiones de toda clase hechas en tales exploraciones con cargo a la renta de explotaciones en el país a una tasa del diez por ciento de la respectiva inversión...".

"2. El Artículo Primero del Decreto 2782 de 1.989 establece que: "A partir de la vigencia del presente Decreto, el clausulado de los contratos de asociación que suscriba la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, para la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, se introducirán las siguientes modificaciones:...".

"3. Resulta, señores Magistrados, que hasta la expedición de los Decretos 2782 de 1989 y 1093 de 1.990 demandados, el contrato de asociación fue un contrato eminentemente "atípico", esto es, que no se encontraba reglamentado en la ley, y no se encontraba reglamentado en la ley por cuanto la intención que tuvo el Ejecutivo que lo expidió en el año 1.974 era que el contrato de asociación fuera eminentemente "atípico", no "típico", esto es, que se dejare a la libre discusión de la Empresa Colombiana de Petróleos y de la compañía asociada, sus términos y condiciones, de manera tal que el principio de la autonomía de la voluntad privada consagrado en el Artículo 1602 del Código Civil tuviera plena aplicación y fuere concordante con el objeto y razón de ser de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, la cual está facultada legalmente para negociar

libremente contratos con particulares para la exploración y explotación de hidrocarburos, veámoslo:

"a. Al tenor del Decreto 30 de enero 9 de 1.951 que creó a la Empresa Colombiana de Petróleos, en su Artículo Segundo otorgó la facultad a dicha Empresa para poder "dedicarse a la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución y exportación de petróleos y derivados del petróleo, pudiendo para ello realizar las operaciones comerciales e industriales que se consideren necesarias o convenientes para el desarrollo y la buena marcha de las actividades a su cargo.

"b. Por el Decreto 62 de enero 20 de 1.970 que aprobó por el Artículo Primero los Estatutos de la Empresa Colombiana de Petróleos, consignados en el Acuerdo 1 de noviembre 20 de 1.969 de la Junta de Directores de la Empresa estableció en el Artículo Segundo del mencionado acuerdo que "La Empresa Colombiana de Petróleos es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Petróleos, con personería jurídica, autonomía administrativa y dispositiva, y con patrimonio propio e independiente. En su organización interna y en sus relaciones con terceros, continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, conforme a las normas del derecho privado y a las normas contenidas en sus Estatutos". Todo ello concordante con el Artículo Sexto del citado Acuerdo No. 1 Literal j, que establece que Ecopetrol tiene por objeto: "j. Realizar cualesquiera actos u operaciones, y celebrar toda clase de contratos o negocios petroleros o mineros que a juicio de la Junta Directiva, se relacionen con el objeto y fines de la Empresa, tales como...celebrar cualquier clase de actividad industrial relacionada directamente con su objeto.".

"4.a. La firmación de que fue intención del Ejecutivo que expidió el Decreto Ley 2310 de 1.974, que el contrato de asociación fuera de un contrato eminentemente "atípico", surge de los motivos que tuvo el propio Ejecutivo en el año de 1974 para expedirlo, que sirve para reconstruir el pensamiento del legislador fijando su verdadero sentido y alcance, y por emanar del mismo órgano del poder que dicta la ley, produce como resultado su interpretación auténtica, esto es, la letra de la ley es el pensamiento del legislador, razón por la cual es necesario acudir a las fuentes históricas mismas que nos permiten desentrañar el espíritu del Decreto-Ley 2310 de 1974, porque "el legislador no obra sin un motivo. La determinación de los motivos de la ley pondrá en claro el pensamiento del legislador y ella será relativamente fácil cuando se conoce la historia del establecimiento de la ley" 1/, y para ello es necesario aplicar el Artículo 27 del Código Civil, que señala:

Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, 1978, Página 123.

" Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.".

" b. Como bien lo dice Champeau y Uribe "Natural es que el derecho de fijar el sentido de un texto oscuro pertenezca a quien lo redactó, al legislador. Esta es la única interpretación que puede tener la misma fuerza que la ley, y ser obligatoria para el futuro, tanto respecto de los tribunales como de los ciudadanos". 2/.

"5. a. En la revisión constitucional del Decreto 2310 de 1974 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 21 de noviembre de 1974, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo CXLIX -CL, 1978, Pags. 560 (1), 561 (1) (2) y 562 (1), y en Legislación del Estado de Emergencia Económica, Imprenta Nacional, 1976, Pag. 845, se leen los antecedentes y fundamentos jurídicos que motivaron entre otros a que el Gobierno Nacional de la época, con base en las atribuciones constitucionales que le confiere el Artículo 122 de la Constitución Nacional, procediera a expedir como legislación permanente el Decreto 2310 de 1974, y en especial los artículos 1 y 2 del mismo que la propia Corte Suprema de Justicia consideró que se encontraba ajustada a Derecho, y que implicó un cambio del régimen legal existente en Colombia para la celebración de contratos sobre exploración y explotación de hidrocarburos.

"b. En la exposición de motivos del Ministro de Minas y Petróleos de la época (Comentarios al Decreto 2310 de 1974 sobre hidrocarburos. Bogotá, 20 de noviembre de 1974), citado por la propia Corte en la sentencia publicada anotada, que se transcribe, se dijo:

"Comentarios al Decreto 2310 de 1974 sobre hidrocarburos.

"Son dos las materias, íntimamente ligadas entre sí, que trata el Decreto 2310 de 1974, dictado en uso de las facultades del artículo 122 de la Constitución: el régimen legal de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad Nacional y el sistema de amortizaciones y excenciones tributarias acordados a dichas actividades.

" a) El régimen legal de exploración y explotación.

Tratado de Derecho Civil Colombiano, Editorial Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des Arrets. Paris, 1989, Primera Edición, página 86.

"Sabido es que las actividades privadas dirigidas a la exploración y a la explotación de petróleos de propiedad nacional, desde principios de este siglo se han venido desarrollando por medio del sistema de contratos de concesión, cuyos lineamientos generales, en la actualidad, están contenidos en el Decreto 1056 de 1953, que se ha llamado Código de Petróleos y en la Ley 10 de 1961. Como sistemas de excepción existen: la explotación oficial de la antigua concesión De Mares y las áreas otorgadas en aporte a ECOPETROL con base en el artículo 12 de la Ley 20 de 1969.

" El sistema de concesión, de hecho o de derecho, ha sido abolido en casi todos los países productores de petróleo, especialmente en la América Latina. El gobierno nacional consideró que tal sistema debía ser sustituido por el de asociación con la Empresa Colombiana de Petróleos, para así lograr que los recursos petrolíferos del subsuelo sean explotados en forma racional, eficiente y con mayores ventajas económicas para la Nación. Esta finalidad primordial del decreto comentado se encuentra acorde con las motivaciones que en el Decreto 1970 de 1974, se señalaron como fundamento para declarar el estado de emergencia económica.

"Sin entrar en un detallado estudio comparativo del sistema de concesión y del sistema de asociación con Ecopetrol, para señalar como el último de ellos es el que verdaderamente responde a la necesidad de dar pleno y racional empleo a nuestros recursos naturales no renovables, basta puntualizar los siguientes aspectos:

" 1. Los trámites gubernativos consagrados en el Código de Petróleos y en la Ley 10 de 1961 para el adelantamiento de la propuesta para contratar y para la celebración y el perfeccionamiento del contrato de concesión, han resultado excesivamente lentos y dispendiosos, a tal punto que muchos asuntos han durado varios años en proceso. **En cambio los contratos de asociación con Ecopetrol, como generalmente se basan en negociaciones directas, no sufren ninguna demora en su culminación y puesta en marcha.** Este solo aspecto de orden adjetivo evita la pérdida de tiempo en el aprovechamiento de los recursos respectivos.".

" 2. La retribución económica que obtiene la Nación en los contratos de concesión se circunscribe a las regalías o participaciones en el producto bruto y a los canónes superficiarios. Las primeras se liquidan mensualmente de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 10 de 1961, a razón de 11 y 1/2% del producto bruto en las explotaciones situadas al este y sureste de la cima de la cordillera oriental y de 14 y 1/2% en el resto del territorio nacional. Los canónes superficiarios se pagan anualmente, según el artículo 9 de la misma ley.

" Para las concesiones situadas al este y sureste de la cima de la cordillera oriental: primer año, US$0.10; segundo año, US$0.10; tercer año, US $0.20;

cuarto año US $0.30; quinto año US $0.50; sexto año y siguientes, US$1.00 por hectárea.

"Para las zonas situadas en el resto del territorio nacional: -- primer año US $0.20; segundo año US $0.60; tercer año US $1.00; cuarto año, US $2.00; para el quinto y sexto año, US$3.00 por hectárea.

"En contraste con lo anterior, en los contratos de asociación celebrados con Ecopetrol hasta la fecha, sin perjuicio de que paulatinamente se vayan mejorando sus condiciones, la retribución económica percibida por la empresa oficial está representada por los siguientes rubros: 20% de regalía o participación en el producto bruto, en favor de la empresa; 80% restante, deducidos los gastos de explotación, se divide por mitades entre Ecopetrol y el asociado particular. A todo ello debe agregarse que los gastos de exploración superficial y exploración con taladro los lleva a cabo por su cuenta y riesgo el asociado y en ellos únicamente entra a participar Ecopetrol cuando se haya descubierto un campo comercialmente explotable.

"3. En lo que se diferencian fundamentalmente los dos sistemas es en la ninguna ingerencia por parte de los organismos estatales en la programación y ejecución de las operaciones industriales que adelante el titular de la concesión, especialmente en la etapa de explotación. El Código de Petróleos en su artículo 27 apenas establece que el concesionario no puede restringir la producción a una cantidad menor de la cuarta parte de la capacidad productora máxima de sus pozos, sin permiso del gobierno y que si así procede sin obtener ese permiso se le cobran las regalías correspondientes a esa cuarta parte. Además, como inversión anual mínima, durante la explotación, el artículo 160 del mismo Código señala cuantías verdaderamente irrisorias.

" En contraste con lo expuesto, en el contrato de asociación son Ecopetrol y el asociado particular, de común acuerdo, quienes preparan los planes concretos de operación, los presupuestos respectivos y todas las actividades necesarias para el aprovechamiento de los recursos petrolíferos respectivos.

"b) Sistemas de amortización y exenciones tributarias.

"En esta materia, el Decreto 2310 de 1.974 adoptó dos determinaciones fundamentales: en primer lugar abolió para el futuro las figuras de orden tributario denominadas deducciones por agotamiento que tanto en petróleos como en minería se venían aplicando antes del Decreto 2053 de 1.974, por virtud de la Ley 81 de 1.960 y la ley 10 de 1.961 y en segundo lugar dejó, como normas de transición, las que consagraban tales deducciones pero única y exclusivamente para aquellas explotaciones provenientes de actos jurídicos perfeccionados antes del 28 de octubre del presente año. El mantenimiento del sistema de agotamiento para los actuales explotado-

res de minas y de petróleos responde a la necesidad de mantener estables las reglas dentro de las cuales los respectivos inversionistas planearon y ejecutaron sus proyectos industriales, necesidad esta no de orden legal o doctrinal ya que en materia tributaria el Estado puede cambiar las normas positivas en cualquier tiempo, sino de orden de tratamiento político a las inversiones.

" En cuanto a las futuras explotaciones, su amortización se hará de conformidad con el artículo 58 del Decreto 2053 de 1974, que modifica radicalmente el sistema anterior y que a diferencia de los sistemas de deducción por agotamiento, se aplica mientras existan inversiones no amortizadas pero que una vez terminadas éstas, no se convierte en exención durante toda la vida del yacimiento.

" Es fácil entonces advertir cómo en virtud del nuevo tratamiento tributario contenido en el decreto comentado, a tiempo que se dió una conveniente estabilidad a la inversión anterior, se fijó para las futuras un sano y equitativo sistema que sin ser desestimulante para el particular, significa un eficaz medio de mayor participación estatal en los beneficios derivados de la explotación del subsuelo...".

" Y agrega la Corte:

"1. Como está dicho, los artículos 1 y 2 del Decreto número 2310 establecen un sistema legal nuevo para la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, suprimiendo el sistema anterior de la concesión, que aparece debidamente reglamentado en el Código de Petróleos, expedido de conformidad con el Decreto Número 1056 del 20 de abril de 1953.

" 2. Mas tal mutación se hace respetando las normas del Artículo 30 de la Constitución relacionadas con los derechos adquiridos que emanan " de los contratos de concesión vigentes en la fecha de expedición del presente Decreto".

" 6. a. De todo lo anterior se desprende, señores Magistrados, que el artículo 1 del Decreto 2310 de 1974 fue el primero que estableció e hizo referencia entre nosotros, en forma específica al contrato "atípico" llamado contrato de asociación, cuyos orígenes son eminentemente desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada, desarrollado por las necesidades de atraer capital de riesgo a la industria petrolera en los Estados Unidos de América; estructurado en sus términos y condiciones por los fallos de los Tribunales de Justicia, principalmente de los estados petroleros de Texas y Oklahoma, en cuanto al alcance de la responsabilidad asumida por las partes en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos; aceptados en sus términos y condiciones internacionalmente, por su sentido práctico en aquellos países en donde los capitales provenientes de los

Estados Unidos participaron en los esfuerzos exploratorios en la búsqueda de hidrocarburos y asimilado como contrato " atípico " finalmente por nosotros por medio del Decreto Ley-2310 de 1974, quedando en consecuencia gobernado por los principios generales del Código Civil y Código de Comercio, atemperado por la regla según la cual "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres".

" b. Hasta la expedición de los Decretos demandados los términos y condiciones del contrato de asociación se habían dejado a la libre discusión entre la Empresa Colombiana de Petróleos y las compañías asociadas que desearen participar en la exploración de un área en búsqueda de hidrocarburos. Su "atipicidad" fue un acierto histórico que produjo para el País, los resultados exploratorios que se reflejaron en el incremento de la producción que restableció la capacidad de autosuficiencia petrolera que el País había perdido a mediados de la década del 70, como consecuencia de la "tipicidad" del contrato de concesión, según palabras transcritas anteriormente del Ministro de Minas y Petróleos de la época; permitió aumentar el empleo de los recursos humanos del País en el campo energético; la asimilación de nuevas tecnologías que permitieron conocer y explotar en mejor forma nuestros recursos energéticos y naturales; vinculó en forma por demás exitosa a la actividad exploratoria de alto riesgo dentro del concierto Internacional la atracción a nuestro país de capital foraneo, dadas las condiciones de la difícil y complicada geología del País, y otro tipo de riesgo que no es del caso precisar; desde el punto de vista económico, permitió mejorar en grado sumo el volumen de nuestras exportaciones, y en fin, permitió implementar a nivel municipal programas sociales y de construcción a ese nivel de infraestructuras de obras públicas, a través de las regalías obtenidas con la producción de hidrocarburos. Por último, la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, que era la principal abanderada de la política estable y seria por ella desarrollada de respeto a los acuerdos de voluntades con las compañías asociadas, fue la principal beneficiada, ya que le permitió no solamente poder disponer de mayor volumen de utilidades que podía destinar a satisfacer sus necesidades y programas de expansión, sino que le permitió garantizarse una fuente directa de hidrocarburos para la refinación interna en el país, lo cual hizo que Colombia pudiera seguir desarrollándose sin tener que importar hidrocarburos, y en donde el capital de riesgo en la exploración era aportado fundamentalmente por el inversionista o compañía asociada, participando Ecopetrol únicamente en los gastos de desarrollo de los yacimientos descubiertos, y obteniendo en especie del crudo producido un cuarenta por ciento (40%) que le pertenece por derecho propio, y un veinte por ciento (20%) adicional que recibe a nombre de la nación como regalía. Pero basta, señores Magistrados, que en Colombia algo funcione bien, comprobado por más de doscientos contratos de asociación celebrados con compañías de todo tipo y de todas las nacionalidades, durante un período de quince (15) años, sin estar sujeto a reglamentación alguna, para que de inmediato el Ejecutivo se sienta obligado a expedir decretos reglamentarios so pretexto

de proteger los derechos del Estado, que ya de por sí se encontraban protegidos, porque al fin y al cabo el legislador del año 74 había señalado que los contratos de asociación requerían para su validez de la aprobación del Ministerio de Minas y Energía, de manera tal que si esta entidad consideraba que el acuerdo de voluntades entre Ecopetrol y la empresa asociada era violatorio de la ley o cualquier norma legal, tenía la facultad plena para improbar el contrato, siendo esta la única formalidad que exigía el Decreto-Ley 2310 de 1974. A su vez, la Empresa Colombiana de Petróleos, cuya Junta Directiva es presidida por el Ministro de Minas y Energía tenía plena facultad discrecional para establecer las políticas que atrajeren o no al capital nacional o extranjero que quisiere vincularse a la actividad exploratoria de alto riesgo, pero no, se consideró que este sistema era dañino y perjudicial, y que en su lugar era el ejecutivo de turno el que a través del Presidente y su Ministra de Minas y Energía, debían reglamentar el sistema de negociación directa, para así pasar a la historia fuere como fuere, así fuere como "nota de pie de página", a reglamentar el Decreto-Ley 2310 de 1974, en desconocimiento de los orígenes del propio Decreto ley.

" c. De otra parte, fue este respeto a la ley contractual la garantía y estabilidad que tenían las compañías asociadas a ecopetrol de que sus derechos en todo momento estarían debidamente protegidos y respetados, siendo ésta la base sólida que atrae a capitales locales y foráneos a vincularse a la riesgosa actividad exploratoria. Ello hizo que no solamente a nivel local, sino a nivel Internacional fuera reconocido por todos el respeto a la ley contractual por parte de Ecopetrol y del gobierno Nacional, siendo ello un oasis dentro de la tendencia a reglamentar la actividad exploratoria por parte de otros gobiernos latinoamericanos, con los resultados económicos desastrosos para esos países, como producto de la influencia europea que tienden a reglamentarlo todo, como consecuencia de la desprotección en que se encuentra el ciudadano frente al Estado, y como ocurría entre nosotros con el régimen de concesión, régimen éste que fue abolido por obsoleto con la expedición del Decreto-Ley 2310 de 1974, pero al cual se ha pretendido regresar por el Ejecutivo con la expedición de los Decretos demandados.

"d. Ahora bien, si el Gobierno Nacional desea reglamentar los contratos de asociación, ésto es transformarlos de "atípicos" a "típicos debe primero que todo hacerlo a través de una ley del Congreso de la República o investido de las facultades extraordinarias emanadas del propio Congreso o acudir a los mecanismos excepcionales que consagra a su favor la Constitución Nacional, pero no puede so pretexto de satisfacer intereses que buscan simplemente el crecimiento monopolístico del Estado, y que no consultan el bien común establecido como principio constitucional por el Artículo 32 de la Constitución Nacional, hacer cambios en las leyes para lo cual no está autorizado por la Constitución Nacional.

"7. Por eso no podemos desconocer, como se desprende de lo anterior, la expresa voluntad del Ejecutivo que en el año de 1974 actuaba como colegislador del Congreso Nacional en virtud del estado de Emergencia Económica que él mismo había decretado, y que había establecido que los términos y condiciones del contrato de asociación fueren sujetos a la libre negociación y discusión entre las partes interesadas, ésto es, Ecopetrol de una parte, y la parte asociada de la otra, reflejando en su mayor alcance el postulado de la autonomía de la voluntad privada, aún cuando las respectivas estipulaciones no se amoldaren a los contratos típicos que ya se encontraren reglamentados con carácter permanente por ley emanada del Congreso Nacional o del Ejecutivo revestido de facultades *pro-tempore* otorgadas por el Congreso, y todo ello debido a que la industria petrolera es eminentemente elástica y no admite por los altos riesgos que conlleva a su desarrollo, partiendo de la base de la exploración, fórmulas rígidas que se pueden dar para otros sectores económicos.

" Cabe entonces señores Magistrados, hacer la siguiente pregunta:

"Se ciñe a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes ya citadas que el ejecutivo pueda, so pretexto de reglamentar el Decreto-Ley 2310 de 1974, dictado con base en las facultades del Artículo 122 de la Constitución, para cambiarle el carácter atípico al Contrato de Asociación, por un carácter típico, esto es, reglado?.

"La respuesta es que no, por cuanto la motivación que tuvo el Ejecutivo al haber expedido el Decreto 2310 de 1974, según se desprende de la historia del Decreto, fue que se autorizaba a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, para realizar directamente la exploración y explotación de hidrocarburos o para contratarla con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por medio del contrato de asociación, quedando estos cobijados bajo las reglas de la "negociación directa" entre las partes, por cuanto en Colombia, el principio de la autonomía de la propiedad privada impera, limitada a que "no pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres", al tenor-literal del Artículo 16 del Código Civil, o que por motivos de utilidad pública, el legislador, no el Ejecutivo a través de un mero decreto reglamentario, haya decidido quitarle el carácter de atípico al contrato de asociación.

"8. Con la expedición de los Decretos demandados además se viola el numeral 3 del Artículo 120 de la Constitución Nacional al haber el ejecutivo desbordado los límites de su potestad reglamentaria. Veámoslo:

" a. Como lo señala este numeral del Artículo 120 de la Constitución Nacional es una atribución exclusiva del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria. Esta atribución constitucional no lo autoriza para ampliar, res-

tringir, o modificar la ley que reglamenta, ni para contrariar normas constitucionales o legales so pretexto de reglamentarlas.

" b. Al confrontarse el Decreto Ley-2310 de 1974 que se pretende reglamentar con el Artículo Primero del Decreto 2782 de 1989, y Artículo Primero del Decreto 1093 de 1990, se concluye que la reglamentación atenta contra el carácter atípico del contrato de asociación, y que además se están modificando reglas que están reguladas por otros códigos, así:

" (1) En la parte de Distribución de Producción Escalonada, Transferencia de Tecnología, Control Ecológico y Derechos de Cesión, contempladas en el Artículo Primero, Literales a), b), y c) respectivamente del Decreto 2782 de 1989, y Artículo Primero del Decreto 1093 de 1990, el ejecutivo ha invadido orbitas del Congreso Nacional que no puede ni tiene la facultad alguna para hacerlo, conforme a la Constitución Nacional. En otras palabras, no puede el ejecutivo so pretexto de reglamentar el contrato de asociación, expedir normas reglamentarias que crean obligaciones a cargo de la parte asociada, por cuanto esta reglamentación es competencia del Congreso Nacional por expreso mandato del Artículo 76, numéral 1 y 2 de la Constitución Nacional, que le otorgan al Congreso Nacional la competencia para hacer las leyes, y por medio de éstas las de interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes y la de expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. Con la expedición de los Decretos reglamentarios demandados el Ejecutivo ha procedido, sin estar autorizado para ello por el Congreso Nacional ni por la Constitución, a modificar los Códigos de Petróleos, Régimen de la Transferencia de Tecnología, Código de Recursos Naturales, y Código de Comercio, al imponer obligaciones a la parte asociada que no están contempladas en estas normas, y que violan el principio establecido en el Artículo 20 de la Constitución Nacional, según el cual "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las Leyes", y el Código Civil, al desconocer el principio de la autonomía de la voluntad privada. Ahora bien, si el Ejecutivo está interesado en reglamentar la actividad petrolera para efecto de proteger los recursos naturales, debe hacerlo pero reglamentando no el Decreto-Ley 2310 de 1974, sino el Código de Recursos Naturales, ésto es, el Decreto 2811 de 1974; si está interesado en modificar el régimen de transferencia de tecnología debe hacerlo reglamentando las leyes pertinentes, esto es, Decreto Ley-444 de 1967; si está interesado en reglamentar los derechos de cesión de compañías nacionales o extranjeras, debe hacerlo reglamentando el Código de Comercio, ésto es, el Decreto 410 de 1971; y si está interesado en modificar las reglas de libre negociación del contrato de asociación establecidas por el Decreto 2310 de 1974 debe acudir al Congreso Nacional, a efecto de que éste lo haga directamente, o lo haga el Ejecutivo provisto de facultades extraordinarias o en su defecto, actúe con base en los poderes que le otorga la Constitución Nacional al ejecutivo, establecidos en el Artículo 122 de la Constitución Nacional.

" (2) En reiteradas oportunidades, que no es del caso traer a colación, esa alta Corporación ha sostenido que la potestad reglamentaria la ejerce el Gobierno para la cumplida ejecución de la Ley, pero no para alterar el texto de la Ley que reglamenta, por cuanto ni el Congreso, ni el Gobierno investido de facultades extraordinarias podrían alterar los derechos a favor de los particulares reconocidos en la Constitución y la Ley. En otras palabras, la potestad reglamentaria se ejerce dentro de la Ley que se reglamenta, no por fuera de ella, como lo ha hecho en el presente caso al Ejecutivo.

"c) En consecuencia, por las anteriores razones, debe declararse la nulidad total de los Decreto 2782 de 1.989 y 1093 de 1.990, antes transcritos". (folios 13 a 25 Cdno No. 1).

La solicitud de suspensión provisional, se sustentó así:

"VII. SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL DEL ACTO ACUSADO.-

"Respetuosamente solicito al Honorable Consejo de Estado, con base en el Artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, decretar la suspensión provisional de los Decretos 2782 de 1.989 y 1093 de 1.990, que han sido acusados, por cuanto de una simple y sencilla comparación de las normas contenidas en el Decreto Ley 2310 de 1.974, Artículos 1o. ., 6o., 9o., y 10o., frente a las contenidas en los Artículos 1o., literales a, b, y c del Decreto 2782 de 1.989 y el Artículo 1 del Decreto 1093 de mayo 25 de 1.990, se ve que resulta en forma ostensible el carácter "atípico" del contrato de asociación expresado en los motivos que tuvo el Ejecutivo como colegislador en el año de 1.974 para darle este carácter, según se comprueba en la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 1.974, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo CXLIX - CL, 1.978, Pags. 560 (1), 561 (1) (2) y 562 (1), y en la Legislación del Estado de Emergencia Económica, Imprenta Nacional, 1.976, Pag. 845, al ser eminentemente "atípico" el contrato de asociación no puede convertirse en "típico" a través de un simple decreto reglamentario del Ejecutivo porque la jerarquía de la ley es que el Decreto ley 2310 de 1.974 es de superior jerarquía a los Decretos Reglamentarios demandados. Cual sería mi deseo, no puedo profundizar más sobre el fundamento de la suspensión por cuanto ello equivaldría a hacer un análisis de fondo que es el que debe hacerse en la sentencia. Lo único que solicito a esa alta corporación es que confronte, compare y valore a prima facie el texto de los Decretos demandados frente a los motivos que tuvo el Ejecutivo como colegislador para expedir el Decreto-Ley 2310 de 1.974.

"En consecuencia, es manifiesta la incongruencia y oposición de los textos reglamentarios demandados citados en esta demanda con normas superiores y debe, como conclusión, declararse la suspensión provisional en lo términos del

artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para los textos demandados, por no estar prohibida por la Ley." (fl. 25 y 26 Cdno No. 1).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) A la luz de lo preceptuado en el artículo 152 del C.C.A, modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1.989, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos, siempre que se llenen 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 nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podrá causar al actor.

B) Dentro del marco legal anterior se tiene que en el caso en comento la acción instaurada fue la de nulidad, motivo por el cual la suspensión provisional sólo tendría vocación de prosperidad si se detectara, *prima facie*, una infracción directa de una de las disposiciones invocadas, situación que no se da en el *sub-lite*. De entrada vale la pena observar que amerita estudio de fondo la tesis planteada en la demanda sobre el alcance de los contratos "ATIPICOS" y "TIPICOS", pues en principio tanto en unos como en otros, la ley permite un amplio margen de libertad negocial, siendo posible, igualmente, que todos ellos estén sometidos a restricciones o limitaciones en homenaje al orden público, las buenas costumbres o el interés prevaleciente.

Otros frentes de investigación se abren también en la demanda, pues aunque en el Decreto No. 2310 de 1.974 sólo se hace referencia al contrato de asociación en los artículos 1, 6, 9 y 10, como muy bien lo destaca el demandante, llama la atención que la citada normatividad haya definido que la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petroleos, la cual puede llevar a cabo dichas actividades, "DIRECTAMENTE O POR MEDIO DE CONTRATOS DE ASOCIACION, OPERACION, DE SERVICIOS O DE CUALQUIER OTRA NATURALEZA, distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, los cuales requieren para su validez, la APROVACION DE MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. En este momento del discurso cabe preguntar, si en la legislación colombiana, el "CONTRATO ATIPICO" soporta, y hasta

dónde, la intervención estatal, sin violar lo preceptuado en el artículo 1.602 del Código Civil.

Dado el énfasis que el demandante pone en los derechos que la Empresa Colombiana de Petroleos tiene en virtud de lo preceptuado en los Decretos Nos. 30 de Enero 9 de 1.951 y 62 de 20 de Enero de 1.971, surge también una invitación a estudiar el alcance mismo de la acción instaurada con el fin de definir si en puridad de verdad era posible poner en marcha la de simple nulidad, o una distinta a ésta. La circunstancia misma de que sea necesario acudir a indagar la intención del legislador, para saber cuál fue la que éste tuvo cuando se expidió el Decreto-Ley 2310 de 1.984, invitación que hace el demandante en su libelo, cierra toda posibilidad a la suspensión provisional. Esto sin perjuicio de lo decidido en esta misma fecha, dentro del proceso No. 6323.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Por reunir los requisitos legales, se admite la demanda presentada por el ciudadano Héctor R. RODRIGUEZ PIZARRO;

SEGUNDO: Notifíquese este proveído al señor MINISTRO DE MINAS Y ENERGIA, conforme a lo dispuesto por el artículo 150 del C.C.A.

TERCERO: Notifíquese este auto personalmente al Ministerio Público;

CUARTO: Fíjese en lista, por el término de cinco (5) días, para los efectos del artículo 46 del Decreto-Ley 2304 de 1.989;

QUINTO: Se deniega la suspensión provisional de los actos acusados por las razones consignadas en las motivaciones precedentes, sin perjuicio de lo decidido en la sesión de hoy 8 de noviembre de 1.990, dentro del proceso No. 6323.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla,* (salvo el voto); *Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

Ref: Expediente No. 6323. Actor: HECTOR RAMON RODRIGUEZ PIZARRO

CONTRATO DE ASOCIACION/ POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites (Salvamento de voto)

Tanto el texto como el espíritu del artículo 1° del Decreto 2782 de 1.989, por el cual se dice reglamentar el Decreto-Ley 2310 de 1.974, contradicen ostensiblemente la norma reglamentada, violando prima face, tanto su texto y espíritu, como lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 120 de la C.N. Es claro para el suscrito que, al establecer el Gobierno, mediante Decreto Reglamentario, algunas condiciones que en el futuro deberán tener los contratos que Ecopetrol celebre en desarrollo de las facultades que el artículo 1° del Decreto 2310 de 1.974 le asignó, está limitando la capacidad contractual de origen legal de dicha empresa, invadiendo un campo de competencias que el legislador le señaló a esta última y pronunciándose sobre un tema para el cual no tiene competencia.

Si el Gobierno desea modificar las cláusulas de los contratos de asociación, no es el reglamento el medio indicado, pues para ello dispone de otras facultades que emanan de la ley.

SALVAMENTO DE VOTO

Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla,

Referencia: Expediente No. 6326. Actor: Hector Ramon Rodríguez Pizarro.

Con todo el debido respeto, me permito separarme de la opinión mayoritaria de la Sala, pues en el caso sub-judice es perfectamente viable detectar, prima facie, una infracción directa a disposiciones superiores de derecho por parte de los decretos impugnados, la cual justificaría plenamente que la Sala decretara la suspensión provisional de estas últimas normas. Para ello es suficiente comparar el texto del artículo 1° del Decreto Extraordinario N° 2310 de 1.974 con el

artículo 1° del Decreto Reglamentario N° 2782 de 1.989, pues a simple vista es manifiesta la contradicción entre una y otra disposición.

En efecto, el artículo 1° del Decreto 2310 de 1.974 trasladó a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol la función de realizar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, actividades que a partir de octubre 28 de ese año comenzaron a estar a cargo de tal empresa, y las cuales ella debería llevar a efecto directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicio o de cualquier otra naturaleza distintos de los de la concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Al tomar la decisión antedicha, procedió el gobierno a modificar las disposiciones entonces vigentes del Código de Petróleos y la Ley 10 de 1.961, y a desarrollar los principios sentados inicialmente en la Ley 20 de 1969, con la finalidad, como bien lo afirma el demandante, de consagrar un nuevo régimen en lo tocante a la exploración y explotación de petróleos, más acorde con las necesidades del país y con las realidades de la industria del petróleo. El objeto de la decisión tomada fue el de someter la actividad relacionada con tales temas a un régimen contractual, radicado en cabeza de una empresa industrial y comercial del estado, de manera tal que ésta tuviese la flexibilidad y la autonomía necesaria para el adecuado aprovechamiento de los recursos petrolíferos de la nación, sin las rigideces y limitaciones propias de los sistemas reglados vigentes antes de la expedición del Decreto Ley mencionado.

Fue de tal alcance la decisión jurídica y política adoptada, que el artículo 1° del Decreto 2310 de 1.974 no estableció restricción a tal capacidad contractual, ni determinó parámetro alguno para su ejercicio, diferentes de aquellos que podían emanar del mismo artículo del Decreto, de normas superiores de derecho, o de las disposiciones que regulaban en general el funcionamiento y régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del estado. Se reservó solamente el ejecutivo la facultad de aprobar los contratos celebrados, aprobación que constituye requisito de validez de los mismos, y cuyo ejercicio reglamentó posteriormente el Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución 2543 de 1.984.

Al tomar la decisión mencionada, el gobierno se limitó a si mismo en su capacidad de ejercer la potestad reglamentaria en aquellas materias relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional que hubiesen de desarrollarse mediante contratos celebrados por la Empresa Colombiana de Petróleos, o que esta realizara directamente, pues al expedir el Decreto 2310 de 1.974 optó por radicar en cabeza de una entidad descentralizada lo referente a tal actividad, desconcentración que implicó un traslado de competencias de origen legal, en las condiciones y con las limitaciones allí expresadas. Ello no fue una decisión caprichosa o arbitraria, sino, por el contrario, reflejó una clara decisión política para sustraer tales actividades de la gestión administrativa reglamentaria y llevarlas al campo de la gestión contractual del estado, a través de su empresa especializada para tal efecto. Y por ello, al tomar tal determinación el gobierno

decidió, *motu proprio*, autolimitarse en su capacidad reglamentaria, conservando únicamente aquellas funciones que resultan de su facultad de revisión y aprobación de los contratos celebrados, las originadas en el control de tutela que el Ministerio de Minas y Energía ejerce sobre la Empresa Colombiana de Petróleos a que se refieren los artículos 7° del Decreto 1050 de 1.968 y 8° del Decreto 3130 del mismo año, así como aquellas derivadas de la competencia general de supervisión, inspección, control y vigilancia que la Ley 1 de 1.984 y demás disposiciones concordantes otorgan a dicho ministerio.

Por ello mismo es que tanto el texto como el espíritu del artículo 1° del Decreto 2782 de 1.989, por el cual se dice reglamentar precisamente el Decreto-Ley N° 2310 de 1.974, contradicen ostensiblemente la norma reglamentada, violando *prima-facie*, tanto su texto y espíritu, como lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional. Pues es claro para el suscrito que, al establecer el Gobierno, mediante Decreto Reglamentario, algunas condiciones que en el futuro deberán tener los contratos que Ecopetrol celebre en desarrollo de las facultades que el artículo 1° del Decreto 2310 de 1.974 le asignó, está limitando la capacidad contractual de origen legal de dicha empresa, invadiendo un campo de competencias que el legislador le señaló a esta última y pronunciándose sobre un tema para el cual no tiene competencia. No se trata, como lo afirma el demandante, de que se este convirtiendo en típico lo que la ley consideró debía ser atípico, pues tales calificativos jurídicos se refieren más al carácter de nominado o innominado de un contrato, sino del ejercicio de la potestad reglamentaria en un campo en el que la ley que se dice reglamentar, precisamente limitó de manera clara e incontrovertible dicho ejercicio.

Si aceptamos, como lo hace la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, que la potestad reglamentaria tiene como propósito la ejecución de la ley, a través del desarrollo de lo que ella lleva explícito o implícito, mal podríamos afirmar que se hace un uso adecuado de ella cuando lo que resulta de su ejercicio es una restricción frente a lo que la norma reglamentada dice. Pues no puede un decreto reglamentario modificar lo que la ley contiene, ni sustituir lo que en ella no se afirma. Y es que en últimas, del espíritu del artículo 1 del Decreto 2310 de 1.974 se desprende una decisión legal en el sentido de hacer más flexible la contratación en materia de exploración y explotación de petróleo, en forma tal que su clausulado refleje las mejores condiciones o circunstancias del momento contractual, a juicio de quienes dirigen la Empresa Colombiana de Petróleos. Al obligar la norma impugnada a la empresa del ramo a incluir en el texto contractual determinadas provisiones que coartan su flexibilidad negocial, restringe el ámbito de aplicación del Decreto 2310 de 1974, limita las funciones de los organos directivos, y desvirtúa el contenido y propósitos de la norma.

Si el Gobierno desea modificar las cláusulas de los contratos de asociación, no es el reglamento el medio indicado, pues para ello dispone de otras facultades que emanan de la ley. así, por ejemplo, a través del control de tutela consagrado en los artículos 7 del Decreto 1050 de 1.968, y 8 y 17 del Decreto 3130 de ese

mismo año, cuyo objeto es precisamente coordinar las actividades de las empresas con la política del Gobierno, este podría proponer e impulsar los cambios deseados, pues no solamente el Ministro de Minas y Energía preside la Junta Directiva de la empresa contratante, sino además, es obligación de los demás miembros de la junta, en cuya designación indudablemente participa el Ministro de Minas y Energía preside la Junta Directiva de la empresa contratante, sino además, es obligación de los demás miembros de la junta, en cuya designación indudablemente participa el Ministro del ramo, "obrar ... consultando la política gubernamental del respectivo sector" (artículo 17, decreto 3130/68).

Por las razones antes expresadas, considero que en el evento *sub-lite* era procedente decretar la suspensión provisional del Decreto 2782 de 1.989, puesto que, como quedó demostrado, sus provisiones son abiertamente violatorias del mandato contenido en el artículo 1 del Decreto 2310 de 1.974, configurándose así los supuestos de derecho establecidos por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Fecha ut supra

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO- Señalización

Fuera de que el sector no estaba señalizado, también existe prueba de que la vía tenía mal sostenimiento, no sólo por el parcheo irregular y el desaparecimiento de las bermas, sino porque uno de los tramos de la bifurcación estaba destapado. No existe razón exculpativa y los defectos que presenta la vía exigen su modernización. No haberlo hecho a tiempo, es ya una omisión culposa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -Bogotá D.E. Noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa (1.990)

CONSEJERO PONENTE: *DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO,*

Referencia: Expediente No. 5459. Indeminizaciones. Actor: Cecilia Soto Vda. de Ricardo y Otros

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de junio 8 de 1.988 dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda; las cuales aparecen formuladas de la siguiente manera:

"1) La Nación Colombiana es responsable, a pagar en forma solidaria con el Intra, y el Fondo Vial Nacional, la totalidad de los perjuicios materiales y morales causados a la señora CECILIA SOTO VDA DE RICARDO, y a sus menores hijos MARTHA CECILIA Y RAFAEL RICARDO SOTO, por la muerte de su finado esposo y padre RAFAEL AUGUSTO RICARDO GARCIA, debido a las fallas en el servicio por parte de la Administración Pública.

"2) Condénase a la Nación Colombiana, Instituto Nacional de Transporte INTRA y Fondo Vial Nacional, a pagar solidariamente:

"a.- El equivalente en pesos colombianos a la fecha de la sentencia la suma de mil gramos de oro, a cada uno de los hijos y a su esposa, por concepto de daños morales.

"b).- Daños materiales, representados en los honorarios de Abogados que cada uno de ellos debe pagar a sus abogados, en la cuantía señalada por la Tarifa del Colegio de Abogados de Córdoba, para gestiones administrativas por la modalidad de cuota litis; incluyendo aquellos perjuicios que resulten de capitalizar en la fecha de su causación jurídica, los valores correspondientes a sus salarios, las rentas perdidas a raíz de la muerte del finado RAFAEL AUGUSTO RICARDO GARCIA, gastos de Hospital, entierro, honorarios de médicos, incluyendo los intereses compensatorios y demás que se prueben dentro del proceso.

"3) La Nación Colombiana, el Intra, y el Fondo Vial cumplirán la condena, al tenor del artículo 176 y 177 del C.C.A.

"Todo pago se imputará primero a corrección monetaria e intereses, siempre teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor"

Como hechos se narraron en ese mismo libelo, en síntesis:

a) Que el señor Rafael Augusto Ricardo García murió el 23 de noviembre de 1.984, en Ciénaga de Oro (Córdoba), a consecuencia de un accidente de tránsito.

b) Que el señor Ricardo G. estaba casado con la señora Cecilia del Socorro Soto B. y en su matrimonio se procrearon dos hijos.

c) Que el señor Ricardo García era economista de profesión y funcionario de Panalpina S. A., con un salario anual de $1.283.050.oo mas una bonificación de $475.158.oo

d) Que además de su profesión, tenía una sociedad con su padre y hermanos para la venta de petróleo y sus derivados.

e) Que el día 23 de noviembre de 1.984 el señor Ricardo partió de Cartagena hacia Cereté, con su señora, uno de sus hijos y otras dos profesionales, con el fin de asistir al matrimonio de su hermano.

f) Que el finado Rafael Augusto Ricardo García, "era un buen conductor, hombre sobrio y prudente, y más teniendo en cuenta que viajaba en compañía de sus amigas, esposa en estado de gravidez, y su menor hija MARTHA CECILIA. Cuando

venía entrando a la población de Ciénaga de Oro en un punto denominado Urbanización El Cerro, donde existe una peligrosa curva, que ha dado lugar para que los habitantes de ese municipio la apoden "Curva de la Muerte", el finado perdió el control de su automóvil, produciéndose el accidente, donde resultó gravemente herida su menor hija MARTHA CECILIA, y él falleció antes de llegar al Hospital de Cereté, el cual queda a pocos kilómetros del municipio de Cereté".

g) Que el automóvil en que viajaban, un Renault 18 OTL 1.982, se encontraba en perfecto estado mecánico y que la única causa del accidente fue la falta de señalización en la mencionada curva; mas teniendo en cuenta que ésta se encuentra al final de una cuneta a la entrada de la población de Ciénaga de Oro, donde se bifurca la carretera en dos tramos, uno pavimentado y otro no.

El Tribunal para tomar su decisión denegatoria se basó en las pruebas y en especial en el dictamen pericial. Dictamen que se elaboró por expertos con base en una velocidad de diseño a 80 k/h, recomendada para tráfico medio de 500 a 2.000 vehículos día en terreno ondulado, los cuales concluyeron que la vía, en ese sector, no era apta para ese promedio de velocidad. Pero, afirma el mencionado Tribunal que si el vehículo venía a unos 60 kilómetros por hora, no se ve razón para decir que se debió el accidente a defectos de la vía.

Igualmente se apoyó el Tribunal en el testimonio de Carlos Bozzi J. y Hugo Ramírez G., ingenieros al servicio del Ministerio de Obras, los cuales aceptan la peligrosidad de la curva en donde ocurrió el accidente, según la velocidad que lleve el vehículo; ya que a 60 k/h no reviste ninguna peligrosidad.

A guisa de conclusión final, anotó el *a-quo*:

> "Lo anterior significa compaginando los testimonios de las citadas profesionales con el dictamen pericial y los testimonios de los ingenieros al servicio del Ministerio de Obras Públicas, antes mencionados, que si la curva de la carretera donde se dice se produjo el accidente es peligrosa y no reúne las especificaciones técnicas para una velocidad de 80 kilómetros por hora y el vehículo accidentado conducido por la víctima iba a una velocidad de 60 a 70 kilómetros por hora, el accidente debió producirse o bien por una falla mecánica que nadie en este proceso ha insinuado o por un error en el conductor del vehículo, caso en el cual no existe relación de causalidad entre el accidente y el mal estado de la vía. Resulta además que en verdad ninguno de los testimonios recepcionados precisó el lugar en que sucedió el accidente, solo se dice que aconteció en la curva de Ciénaga de Oro en la Urbanización El Cerro. La única prueba con que se cuenta en el proceso para fijar el punto exacto del accidente es el croquis levantado por los señores agentes de Tránsito. Pues bien, al observar detenidamente este croquis, se nota en forma por demás clara que el vehículo se salió de la carretera cuando ya había superado la curva en cuestión, lo que descartaría que el accidente se produjo por lo cerrado de la curva y su

mal estado, rompiendo así la relación de causalidad existente entre el accidente y el estado de la curva.

"Todo lo anterior significa que no habiéndose determinado plenamente que el accidente en cuestión y en consecuencia la muerte del señor RAFAEL RICARDO GARCIA, se produjo por el mal estado de la vía, deberán denegarse las pretensiones de la demanda".

Descontenta la parte actora con la decisión, interpuso contra ella el recurso de apelación. Tramitada la segunda instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para el señor fiscal 3° de la Corporación, la sentencia recurrida merece ser confirmada. Así de su vista de 15 de junio de 1990 (a folios 430 y siguientes) observa que si bien se dio la falla del servicio por la no señalización de la vía en el sector en que ocurrió el accidente, no se estableció la relación de causalidad entre esa falla y el daño sufrido por la víctima. A este respecto se destacan los siguientes apartes:

"En el asunto *sub-examine* la prueba testimonial no arroja suficientes elementos de juicio como para pregonar que la falla de ingeniería en la construcción de la vía y particularmente en el trayecto en donde ocurrió el accidente, hubiere sido la causa determinante de éste.

"Sobre la carretera, solo la prueba pericial hace referencia al radio de cobertura en un porcentaje mejor que el mínimo recomendado por las normas, que la curva no tiene un buen desarrollo del peralte lo cual obliga a que los conductores tengan que disminuir la velocidad, que hay carencia total de bermas, por deficiencias en el mantenimiento de la vía, lo cual implica que la curva tenga notoria deficiencia de visibilidad. Esto, sumado al hecho de que una carretera destapada, que se desprende de la entrada de la curva horizontal, según el gráfico que se acompaña, "anima a los conductores a creer que la vía sigue en recta por el efecto visual que se produce", no puede constituir una vía de especificaciones técnicas "para una velocidad de 80 kilómetros por hora y un tráfico promedio diario de 500 a 2.000 vehículos".

"Esas deficiencias que, a no dudarlo, representan cotidianas omisiones estatales y fallas en la prestación de un servicio a cargo de la Nación, se ven permanente y concretamente actualizadas por la negligente conducta de sus administradores, o por la simple y grave inercia estatal, al dejar que el deterioro de la vía, por el uso y el tiempo, avance aceleradamente por la falta de un adecuado y racional mantenimiento. El asunto, sin duda alguna, reviste características de mayor entidad si se repara también en el hecho de que por tratarse de una vía y trayecto congestionado, de curva cerrada, con peralte irregular, sin bermas y con deficiente visibilidad, la señalización

se hacía absolutamente indispensable." ... una señalización para que el usuario tome las precauciones del caso" es absolutamente necesario, dicen los peritos.

"Sin embargo de lo dicho, la falla misma o la omisión por sí sola, no es suficiente como para que la pretensión resarcitoria pueda prosperar, así el daño aparezca evidente".

...

"Pero lo que sí es materia del enfoque jurídico-probatorio es el nexo de causalidad que no siempre se presenta fácil para el fallador, ya que no es posible que una persona, entidad o el estado responda por todas las consecuencias que un acto, hecho u omisión pueda generar.

"La responsabilidad del patrimonio surge cuando el daño resulta de una mala organización o de un funcionamiento defectuoso del servicio y sin que sea necesario que esa mala organización o defectuoso funcionamiento sea consecuencia de la culpa del agente. esto, justamente, es lo que constituye la "culpa del servicio público".

"Obvio que, hasta donde se tiene conocimiento por la Fiscalía, jamás se ha desechado la comprobación del nexo causal como requisito indispensable para la estructuración de la responsabilidad reparadora del perjuicio.

"Es principio imprescindible y absolutamente necesario para la prosperidad de la acción, se ha dejado desprotegido dentro del proceso y ningún elemento de juicio que genere convicción judicial, se ha aportado como para basar sobre él una condena resarcitoria a cargo del Estado. Al hecho dañoso sufrido por los demandantes con ocasión de la muerte del señor Rafael Augusto Ricardo García, no se le pudo imputar, como determinante, la falla en el servicio consistente en las notarias irregularidades, imperfecciones, faltas o deficiencias de la carretera por donde se desplazaba el señor Ricardo y particularmente en el lugar en donde ocurrió el insuceso".

Para la Sala la sentencia deberá revocarse porque existe elementos de juicio dentro del proceso que compromete la responsabilidad de la Nación, como pasa a explicarse, siguiendo este orden: a) Las partes en conflicto; b) Y la falla del servicio, sus elementos y pruebas; c) La conclusión.

a) Las partes

Para la parte demandante conformada por la señora Cecilia Soto Vda. de Ricardo y sus hijos menores Martha Cecilia y Rafael Ricardo Soto, son responsables solidarios de la tragedia la Nación Colombiana, el Intra y el Fondo Vial Nacional.

Estima la Sala que dada la causa petendi la única entidad responsable, en el evento sub-judice, es la Nación, la que para el efecto ha estado representada por el señor Ministro de Obras. La obligación de señalización de las vías nacionales está a cargo de el Ministerio. A este respecto pueden leerse las sentencias de agosto 8 de 1.989 y 8 de junio de 1.990, en las que se condenó a la misma entidad por defectuosa señalización de las vías. (Proceso #5767 actor: Piedad Torres Barrera y otros y 5814 Pilar Alicia Fernández, de las cuales fueron ponentes, en su orden, Carlos Betancur Jaramillo y Gustavo de Greiff Restrepo).

Concretada la responsabilidad de la Nación (Ministerio de Obras) puede concluirse que ni el Intra ni el Fondo Vial Nacional resultaron comprometidos en este proceso. Dados los estatutos orgánicos de estos dos entes, son otras sus funciones.

b) La falla del servicio, sus elementos y pruebas

La demanda afirma la responsabilidad de la parte demandada por falla en el servicio, o sea porque estima que la tragedia se produjo no sólo por el mal sostenimiento de la vía y defectuosa construcción de la obra, sino por la falta de señalización de la misma en el lugar del accidente, considerado por los expertos como de especial peligrosidad.

La responsabilidad Estatal por falla del servicio ha sido confirmada por la doctrina y la jurisprudencia sobre tres elementos axiológicos: El hecho causal, constitutivo de la falla; el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y aquél.

El hecho configurativo de la falla del servicio, el defectuoso sostenimiento de la vía, unido a los defectos en su construcción y la carencia de señalización en el sector del accidente a la entrada del Municipio de Ciénaga de Oro (Urbanización El Cerro), resultó bien acreditado.

Muestra el acervo provatorio que el tramo donde esta ubicada la curva en cuestión carecía al momento de la tragedia de señales de prevención o peligro e indicativas de la velocidad máxima a la que se podía transitar por el lugar.

En relación con este punto coinciden no sólo los señores peritos (ver dictamen a folio 6 del documento correspondiente), sino los testigos (a folio 182 y siguientes del c.#1). Además, la constancia dejada por el Tribunal durante la inspección judicial que obra a folios 204 así lo corrobora. De esta prueba se destaca: "Al punto b) se estableció que no existen señales en la carretera que indiquen peligro".

Sobre la peligrosidad del sector vial y de allí la necesidad de una adecuada señalización, dan fe no sólo los testigos contestes que declaran dentro del proceso (a folio 182 y siguientes y 347 y siguientes) sino los peritos, quienes en un serio y ponderado estudio conceptúan que "de todo este análisis se puede concluir que la vía no reúne las especificaciones técnicas que exige ella para una velocidad

de 80 kilómetros por hora y un tráfico promedio diario de 500 a 2.000 vehículos." De ese mismo dictamen se destaca:

> "En toda vía de tránsito automotor la señalización juega un papel preponderante, porque ella permite que el usuario vaya condicionando su comportamiento, de acuerdo a la información que encuentra en la vía; *en el caso que nos ocupa no existe señalización alguna en el tramo donde está ubicada la curva en cuestión. Siendo esta peligrosa, (por ser vía cerrada, con peralte irregular, sin bermas, poca visibilidad, etc.), como se ha demostrado en los puntos anteriores, es necesaria una buena señalización para que el usuario tome las precauciones del caso.* (subrayas fuera de texto).
>
> "Creemos que el conductor de un vehículo Renault 18 a velocidad moderada, *con una señalización adecuada*, sortearía sin problema este tipo de curvas, ya que dicho vehículo goza de excelente estabilidad ... "

Fuera de que el sector no estaba señalizado, también existe prueba de que la vía tenía mal sostenimiento, no sólo por el parcheo irregular y el desaparecimiento de las bermas, sino porque uno de los tramos de la bifurcación estaba destapado. Estas circunstancias se infieren no sólo del dictamen pericial (a folio 4), sino de la prueba testimonial.

Pues bien, en ese sector no señalizado y mal sostenido por la entidad obligada para cumplir esos cometidos, encontró la muerte en accidente de tránsito el señor Rafael Augusto Ricardo García el 23 de noviembre de 1.984.

En vista de que en el primer elemento de la responsabilidad no existe duda (la falla del servicio de vías), cabe preguntar en torno al segundo elemento; existió o no la relación causal entre el hecho anotado y la muerte del mencionado funcionario?

Para la Fiscalía esa relación de causalidad no se dio y por eso estima que no se puede condenar a la entidad. Condenarla, según el Ministerio Público, "desvertebraría la verdad del proceso" porque las pruebas existentes no lograron despejar las dudas que quedan flotando en torno a dicha relación.

Para la Sala, la apreciación de la fiscalía no merece ser acogida, ya que esa relación entre la falla del servicio vial y la muerte del señor Ricardo aparece bien establecida, hasta el punto que de no haber existido fallas técnicas en su construcción, una correcta señalización y un buen sostenimiento de la vía, la tragedia no se habría producido.

Y se requería esa adecuada señalización, no sólo por tratarse de una curva cerrada (con un 23.6% menor que el mínimo recomendado según los peritos, a folio 4) con mal desarrollo del peralte, sin bermas debido al mal sostenimiento, y con visibi-

lidad de frenado deficiente, sino porque ofrecía serios peligros para el tránsito a 80 k/h, en una vía donde es frecuente y normal esa velocidad.

La administración, por su lado, no demostró ninguna causal exonerativa, o sea la fuerza mayor, el hecho de terceros o la culpa de la víctima. Los intentos de exculpación se hicieron más bien por el Tribunal que por la parte demandada. Así, aquél sugiere que si la víctima conducía su automovil a una velocidad entre 60 y 70 kilómetros, el accidente debió producirse o bien por una falla mecánica o por un error del conductor y no por la falla del servicio. Esta inferencia no tiene respaldo alguno en el proceso ni fundamento real y no desvirtúa la falla alegada. Recuérdese a este respecto que el vehículo accidentado, según el estudio del tránsito, no presentaba fallas ni en su sistema de frenos ni en su dirección (a folio 31).

No se demostró la culpa de la victima. El exceso de velocidad está descartado, así también como el alicoramiento del conductor. No existe ningún medio probatorio que demuestre tales extremos.

Antes por el contrario, dos de los testigos, las profesoras Margarita Eugenia Vélez V. abogada al servicio de la Superintendencia Bancaria y Maria Nelly del Rosario Mendoza Vellojín, profesora en el Colegio Británico de Cartagena, que viajaban en el vehículo accidentado son contestes en afirmar que el carro transitaba a una velocidad de 60 a 70 kilómetros, que la conducción fue en todo momento a velocidad normal y que el señor Ricardo García no había tomado licor. El testimonio de estas dos personas le merece plena credibilidad a la Sala, pese a que estuvieron involucradas en el accidente y tenían vínculos de amistad con la familia demandante, porque se trata de dos profesoras distinguidas y porque exponen bien la razón de sus dichos, en especial cuando afirman el sumo cuidado que traía Ricardo García precisamente porque con él venía, en el asiento delantero, su mujer y su hijita de 7 años y porque aquélla estaba en estado de embarazo con dos o tres meses de gestación.

Es importante destacar que el vehículo venía a velocidad normal y en buen estado en todo su sistema de frenos, tal como se destaca en el informe del tránsito elaborado pocos minutos después del accidente (a folios 30 y 31), para concluir que todo se debió a los defectos que presentaba la vía.

Pero aún suponiendo que el vehículo venía a más velocidad de la que dicen los testigos, cabe recordar que según el dictamen pericial en ese sector circular a 80 k/h ya era supremamente peligroso. Podrá absolverse de falla a la Nación, cuando mantiene en servicio una vía que no permite viajar a esa velocidad, en un sector plano como el de la costa y cuando ese kilometraje, como se dijo, es el común u ordinario, y quizás bajo para transitar?

Cree la Sala que no existe razón exculpativa y que los defectos que presenta la vía exigen su modernización. No haberlo hecho a tiempo, es ya una omisión culposa.

La muerte del señor Ricardo García produjo serios perjuicios materiales y morales al núcleo familiar inmediato. Así resultaron damnificados su cónyuge, señora Cecilia Soto Vda. de Ricardo y sus dos hijos menores Martha Cecilia y Rafael, este último póstumo por cuanto nació el 25 de mayo de 1.985, varios meses después de la muerte de su padre, porque dependían económicamente de éste. Además su muerte les produjo un gran dolor por el hecho del parentesco y que permitirá el reconocimiento de perjuicios morales a favor de cada uno de los damnificados en el equivalente a 1.000 gramos oro para cada uno. Se incluye en este reconocimiento también al hijo póstumo, siguiendo la orientación jurisprudencial fijada en la sentencia de ésta misma Sala con ponencia del señor Consejero Gustavo de Greiff Restrepo, de fecha 8 de junio de 1.990. Expediente # 5814 Actor: Pilar Alicia Fernández de Arce.

En cuanto a los perjuicios materiales, los que no podrán determinarse en este fallo por no existir todos los elementos necesarios para su concreción, entre ellos el ingreso mensual que tenía el señor Ricardo García a la fecha de su muerte y las tablas de supervivencia, su condena se hará en abstracto por permitirlo así en forma expresa el artículo 172 del c.c.a. (norma especial no derogada por el decreto 2282 de 1.989), para su liquidación con sujeción al procedimiento señalado en el artículo 137 del c. de p.c. Para el efecto deberán tenerse en cuenta las siguientes pautas:

a) Se determinará el ingreso mensual total del señor Rafael Augusto Ricardo García al momento de su fallecimiento. Para el efecto deberá armonizarse su denuncio rentístico correspondiente al año gravable de 1983 con el que haya efectuado la sucesión por los 11 primeros meses del año de 1984. De no poderse acreditar ese ingreso total la liquidación se hará con base en lo que devengaba el occiso en Panalpina S.A. (a folios 145 y 146).

b) De ese ingreso mensual se deducirá el 25% que el occiso dedicaba para su propia subsistencia. El resto se dividirá así: el 50% para su cónyuge y el otro 50% para sus hijos por iguales partes.

c) En la liquidación se tendrán en cuenta los dos períodos indemnizatorios: el primero o vencido, desde el 23 de noviembre de 1.984 hasta la fecha de ejecutoria de esa sentencia; y el segundo o futuro, desde esa última fecha a la supervivencia probable del señor Ricardo García (por se mayor que su cónyuge). En lo que toca con los hijos, la indemnización no podrá extenderse más allá de su mayoría de edad. Para el efecto se aplicarán las fórmulas aceptadas por la jurisprudencia, aplicando al ingreso mensual la fórmula de la revaluación, con base en los índices de precios al consumidor que certifique el Dane. Dicha fórmula para Ra o renta actualizada será Ra=r(ind.f/ind,i); de donde R o ingreso mensual; ind.f índice final, a la fecha de ejecutoria de este fallo; ind.i o índice inicial, a la fecha de la muerte. Las fórmulas para los dos períodos serán estas:

a) Vencido S= Ra $[(1 + i)^n - 1] / i$ o sea, S= indemnización; i = 0.004867; n= número de meses; Ra = ingreso mensual actualizado o renta actualizada.

b) Futuro S= FxRa S= Ra $[(1 + i)^n - 1]/(1 + i)^n$; de donde F = factor; Ra = renta actualizada, igual a la fórmula anterior; i como en la fórmula anterior; n = # de meses, contados a partir de esta sentencia (su ejecutoria).

Por lo expuesto y en desacuerdo 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 :

Revócase la sentencia de junio 8 de 1988 dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba. En su lugar:

Declárase responsable a la Nación Colombiana (Ministerio de Obras Públicas) por la muerte del señor Rafael Augusto Ricardo García, acaecida en Ciénaga de Oro el 23 de noviembre de 1.984.

Condénasele a pagar perjuicios materiales y morales a su cónyuge, señora Cecilia del Socorro Soto de Ricardo y a sus hijos menores Martha Cecilia y Rafael Ricardo Soto.

Por perjuicios morales se les reconocerá a cada una de las personas citadas el equivalente a 1.000 gramos oro. El Banco de la República certificará el valor oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Entiéndese esta condena en concreto.

Por perjuicios materiales, en abstracto, para su liquidación incidental posterior y con sujeción a las pautas dadas en esta motivación.

El fallo deberá cumplirse dentro de los límites señalados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.; y con los intereses fijados en la ley a partir de la ejecutoria de este fallo para la condena por perjuicios morales y a partir de la ejecutoria del auto que desate el incidente, para los materiales. Absuélvese al Intra y al Fondo Vial Nacional

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 8 de noviembre de 1.990

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, William Salazar Lujan,* Conjuez.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA- Facultades/ HIDROCARBUROS/ POTESTAD REGLAMENTARIA- Limites

La norma reglamentada por la disposición impugnada (Dec. 2310 de 1.974), en ninguna parte faculta al Ministerio de Minas y Energía para adoptar decisiones no motivadas en materia de aprobación o improbación de cesiones de contratos. Por el contrario, el Decreto citado asignó a Ecopetrol la función de realizar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional a través de contratos de asociación, operación, servicios o cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, función que a partir de la fecha de expedición de dicha norma quedó radicada en ella por virtud de mandato legal. Ninguna de las disposiciones del Dec. 2310 de 1.974, y menos aún su artículo 1° pueden interpretarse en el sentido de que ellas conllevan, u otorgan, ni explícita ni implícitamente, facultades al Ministerio de Minas para no motivar sus decisiones.

DECRÉTASE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de la expresión "sin que estén obligados a motivarla" del párrafo 2 del artículo 1° del Decreto 1093 de mayo 25 de 1.990.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla,* .

Referencia: Expediente No. 6323. Actor: Hector Ramos Rodríguez.

En ejercicio de la acción pública de simple nulidad, solicita el actor la anulación parcial de la parte final del parágrafo segundo del artículo primero del

decreto 1093 de 1.990, por el cual se aclara el ordinal d) del artículo primero del decreto 2782 de 1.989, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Energía. Dice así la disposición impugnada:

> ".....el Ministro de Minas y Energía y el Presidente de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, ejercerán la facultad discrecional de analizar las calidades de los posibles cesionarios, luego de lo cual adoptarán su determinación, sin que estén obligados a motivarla. En todo caso, prevalecerá el criterio del Ministro de Minas y Energía".

Solicita el actor que se decrete la Suspensión Provisional de la norma transcrita, invocando para ello la violación del artículo 84 del C.C.A., así como de los artículos 20 de la Constitución Nacional y 4°, 18 y 1519 del Código Civil. Dice en su demanda:

> "Si el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece que un acto administrativo es demandable cuando ha sido "falsante motivado", a contrario sensu debe ser declarado nulo un acto administrativo que "no lo ha sido", razón por la cual es causa suficiente para que se acceda a la presente petición. La desviación o abuso del poder que se manifiesta en el texto demandado es contrario abiertamente a la Constitución Nacional, a nuestra tradición jurídica y al Estado de derecho". (fl. 7 C. 1).

Afirma, más adelante, en su petición de suspensión provisional:

> "...porque a ningún funcionario público le es dable autootorgarse el poder de no motivar sus decisiones. Es tan ostensible, tan de bulto esta violación, que no admite ningún tipo de sustentación".

De lo anterior deduce la Sala que lo que realmente solicita el actor se suspenda es aquella parte del parágrafo que se refiere a la no motivación de las decisiones que acepten o nieguen cesiones, pues lo atinente al carácter discrecional de ellas, así como lo que toca con la prevalencia de la opinión del Ministro, no fue ni analizado en la demanda ni sustentado en la solicitud de Suspensión Provisional. Por consiguiente la Sala se limitará, en su análisis, a aquella parte de la norma impugnada que dice "sin que estén obligados a motivarla".

Así, observa la Sala que la petición de Suspensión Provisional se fundamentó en dos tipos de argumentaciones: una explícita, cual es la supuesta violación del artículo 84 del C.C.A. y la otra implícita cual es la resultante del autootorgamiento de funciones, o facultades que, se infiere, no estaban previstas en la disposición que se aclaraba, o en aquella que se dice reglamentar.

En cuanto a la primera consideración, estima la Sala que es manifiesta la violación en que incurre la disposición impugnada, no del artículo 84 del C.C.A.

como lo afirma el demandante, sino de los artículos 35 y 36 del mismo estatuto, pues son dichas normas las que se sientan los principios jurídicos a la luz de los cuales se hace aplicable o exigible el inciso segundo del artículo 84, en lo que se refiere a la debida motivación de los actos administrativos. Así, el artículo 35 dispone que las decisiones administrativas en materiales regladas habrán de ser motivadas, al menos en forma sumaria, si estas afectan a particulares; y el 36 exige que, en el evento de decisiones discrecionales, ellas tendrán que ser adecuadas a los fines de la norma que las autoriza y proporcionales a lo hechos que le sirvieron de causa, lo cual implica necesariamente, y con mayor razón en tratándose de decisiones atinentes a materias no regladas, que una y otras decisiones tengan que estar motivadas. Las primeras, en forma al menos sumaria; las segundas, en forma tal que quede claro en que medida ellas son adecuadas a los fines de la norma o proporcionales a los hechos que son su causa.

Por ello la falsa motivación que permite, entre otras razones, la procedencia de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., se presenta cuando no se ha dado cumplimiento, en la expedición de un acto administrativo, a lo preceptuado por los artículos 35 y 36 del mismo Código, es decir, cuando el acto no tenga motivación, cuando esta no sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza, o proporcional a los hechos en que se sustenta, cuando no existe relación entre lo decidido y lo que se alega como motivación, o cuando la decisión tomada corresponda realmente a razones diferentes a las expresadas en la motivación del acto. Y por ello mismo, esa ausencia de motivación, o culquier desviación en la misma, acarrea la anulación de la decisión respectiva, a menos que se trate de uno de aquellos actos en los que la ley expresamente no exija motivación, o que por su naturaleza ella no se puede dar, como podría ocurrir en aquellos casos en que se deciden temas relacionados con algunos aspectos de orden público o con secretos de estado.

Pero en tratándose de decisiones discrecionales, que no correspondan a las categorías anteriores, o de aquellas que se se expidan en virtud de competencias regladas de la administración, la motivación es, por virtud de lo establecido en los artículos 35 y 36 mencionados, parte indispensable del acto, en la medida en que ella se convierta en la fundamentación del hecho en que este se sustenta y en la explicación de las razones de su expedición. Cualquier excepción a lo anterior, que modifique lo dispuesto por dichos artículos, tendrá que orginarse en una disposición de igual o superior categoría que así lo autorice. Así las cosas, para la Sala es manifiesta la contradicción que consta entre la norma impugnada y los artículos 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo, pues un simple decreto reglamentario no puede contradecir lo establecido por dicho Código, ni autorizar la toma de decisiones por parte del Ministro de Minas y Energía sin la motivación que dicho estatuto exige, más aun si no obra en su texto referencia alguna a disposición legal que lo permita.

En cuanto a la segunda consideración planteada por el demandante, es decir, aquella que se refiere al autootorgamiento de funciones o facultades, es perfectamente aplicable la argumentación contenida en los párrafos anteriores, pues es claro para la Sala que la norma reglamentada por la disposición impugnada (Decreto 2310 de

1.974), en ninguna parte faculta al Ministerio de Minas y Energía para adoptar decisiones no motivadas en materia de aprobación o improbación de cesiones de contratos. Por el contrario, el decreto 2310 de 1.974 asignó a la Empresa Colombiana de Petróleos la función de realizar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional a través de contratos de asociación, operación, servicios o cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, función que a partir de la fecha de expedición de dicha norma quedó radicada en ella por virtud de mandamiento legal.

A simple vista, la norma reglamentada para nada se refiere al tema de cesiones de contratos o aprobaciones de las mismas, aun cuando considera la Sala que tales aspectos son parte integrante, necesaria e inherente a la facultad de contratación que se desprende del Decreto 2310, ya que quien tiene el poder de celebrar un contrato, lo tendrá también, en principio, para definir lo referente a la cesión del mismo. Pero lo que si es claro, a juicio de la Sala, es que ninguna de las disposiciones del Decreto 2310 de 1.974, y menos aún su artículo 1°, puede interpretarse en el sentido de que ellas conllevan, u otorgan, ni explícita ni implícitamente, facultades al Ministerio de Minas para no motivar sus decisiones.

De donde se desprende que al establecer, mediante decreto reglamentario, que las aprobaciones e improbaciones de las decisiones de tales contratos podrían no estar motivados, reguló una materia no prevista en la ley reglamentada y se autootorgó unas facultades que prima-facie contradicen el mandato de los artículos 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, SE RESUELVE:

PRIMERO.- Admítese la demanda de nulidad presentada por el señor Hector Ramos Rodríguez, contra el parágrafo 2° del artículo 1° del decreto 1093 de mayo 25 de 1.990.

SEGUNDO.- Decrétase la SUSPENSION PROVISIONAL de la expresión "sin que estén obligados a motivarla" del párrafo 2° del artículo 1° del Decreto 1093 de mayo 25 de 1.990.

TERCERO.- Notifíquese personalmente esta providencia al señor Agente del Ministerio Público.

CUARTO.- Notifíquese personalmente al señor Ministro de Minas y Energía en los términos y forma previstos por los artículos 149 y 150 del C.C.A.

QUINTO.- Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para los efectos del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 46 del Decreto 2304 de 1.989.

SEXTO.- Por la Secretaría solicítese al Ministerio de Minas y Energía el envío de todos los antecedentes administrativos del acto acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 8 de noviembre de 1.990.

INSPECCION JUDICIAL

No obra en el expediente escrito en que la parte actora solicitó la práctica de la inspección judicial anticipada, ni el texto del auto en que el juez la decretó, por lo cual se ignora el día y la hora en que la misma debía tener lugar: por la misma razón se desconoce el cuestionario que los peritos han debido absolver, lo que explica que éstos fueron interrogados sobre la marcha como si se tratara de recibir unos testimonios, motivo por el cual no se aprecia que ellos hubiesen tenido la oportunidad de deliberar entre sí, conforme a la ley. La prueba no se practicó, en el presente caso, dentro de la oportunidad fijada en la ley, pues pasados más de seis meses de ocurrida la tragedia no había una buena razón para acudir al expediente de la prueba anticipada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., noviembre nueve (9) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta,*

Referencia: Expediente Nro. 5778. Actor: Gustavo Antonio Múnera Cuartas. Demandado: La Nación - Ministerio de Obras Públicas.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el día diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), que denegó las súplicas de la demanda, por las razones que se precisan en el referido fallo.

Para la mayor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del mismo, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

"El señor GUSTAVO ANTONIO MUNERA CUARTAS, mediante apoderado idóneo y en ejercicio de la acción contenciosa de Reparación Directa, instauró demanda en contra de LA NACION-Ministerio de Obras Públicas-, en la cual solicita se le declare a la entidad pública responsable de los perjuicios ocasionados por los trabajos públicos consistentes en la remoción de derrumbes en el kilómetro 114 de la Autopista Medellín-Bogotá y como consecuencia de lo anterior que se le indemnice tanto en los perjuicios materiales como en los morales, con los intereses bancarios o corrientes respecto del valor del daño emergente desde la fecha de su causación hasta que se efectúe el pago y que las condenas en moneda legal sean actualizadas conforme a la devaluación del peso o según las variaciones experimentadas en el Indice de Precios al consumidor. También impetra condena por las costas y gastos del proceso.

"Para sustentar la demanda se refiere:

"1°. Que el señor Múnera Cuartas es propietario de un inmueble en comprensión del municipio de San Luis y ubicado en el Km. 114 del Vía ducto Medellín-Bogotá, identificado por los siguientes linderos: "Por el pie con la quebrada La Tebaida; por un costado en lindero con Adán Aristizábal; por la parte de encima en lindero con el mismo Adán Aristizábal; y por el otro costado con Adán Aristizábal y herederos de Juan Martín a caer a la quebrada primer lindero, punto de partida." Este lote de terreno está partido por la autopista Medellín-Bogotá y tiene una superficie aproximada de cinco (5) hectáreas".

"2°. Que en dicho fondo el demandante construyó una edificación de un solo piso, de muros de adobe y techo de eternit, destinada para negocio de bar, restaurante y hospedaje, respetando la franja de 15 mts. que se reserva la Nación".

"3°. Que en los días 27 y 29 de octubre de 1.984, cayeron sendos derrumbes en cercanías del local, el primero que obligó para su remoción al personal del Ministerio de Obras Públicas a recurrir al estallido de recámaras de dinamita, y el segundo obstaculizó totalmente el tránsito por la autopista, incluyendo la zona de seguridad, y la cuneta, y se extendía 70 u 80 mts, de largo y ostentaba una altura uniforme aproximada de 1.50 mts., por lo cual el personal del Ministerio de Obras Públicas, valiéndose de una máquina retroexcavadora y de un cargador, se dieron a la tarea de removerlo, depositando la tierra del derrumbe en el parqueadero del establecimiento del demandante, actividad que les copó los días 30 y 31 de octubre y 1o. de noviembre y dejó como resultado una inmensa cantidad

de tierra arrumada, de más de 2 mts. de altura, en el parqueadero del señor Cuartas y al lado de su edificación, debido a la cual éste se vió en la necesidad de cerrar provisionalmente el negocio y dejarlo en manos de uno de sus trabajadores".

"4o. Que los funcionarios del Ministerio no utilizaron un botadero adecuado en donde arrojar la tierra y desatendieron las advertencias de Múnera Cuartas respecto del peligro a que exponían su edificación al depositar al pie de ésta tierra del derrumbe".

"5o. Que el martes 6 de noviembre de 1.984 y frente de la edificiación del demandante se desprendió otro derrumbe del mismo talud de donde se había venido al anterior, el cual junto con la tierra que allí había acumulada, destruyó por completo la construcción".

"6o. Que anteriormente nò se habían presentado deslizamientos y que por el contrario tal como lo afirman los peritos en ello tuvo gran incidencia el estallido de fuertes recámaras de dinamita efectuado por trabajadores de Obras Públicas en ese lugar con el fin de remover los primeros derrumbes.

"FUNDAMENTOS DEL DERECHO:

"Se citan en la demanda los arts. 86, 132 num. 10, 136 inc. 4o., 178, 217 y ss. del C.C.A.; 20 num. 10, 229, 279. 299 y 300 del C. de P. Civil y demás normas pertinentes".

"A su vez la apoderada del demandante presentó un extenso memorial de conclusiones donde insiste en la responsabilidad de la administración, e implora por un fallo favorable para el actor.

"OPOSICION DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

"La Nación -Ministerio de Obras Públicas-, constituyó para la defensa de sus intereses mandatario especial, quien en respuesta a la demanda propone como excepciones la "INEXISTENCIA DE CULPA Y RESPONSABILIDAD DE LA NACION" y la "DEL HECHO DE LA VICTIMA COMO CAUSA DEL PERJUICIO". Considera el libelista que no es posible hacer responsable a la Nación de la "ocurrencia de un hecho extraño a su actividad que obedece a la existencia de una fuerza mayor, en el caso que nos ocupa una fuerza de la naturaleza, siendo esa fuerza mayor, causa extraña a la actividad de mi representada...", y que el presunto daño que se pretende atribuír se debe "al hecho de la víctima, por cuanto construír un inmueble para una actividad comercial en un sitio peligroso, está asumiendo la responsabilidad de las consecuencias que esto le pueda generar y no puede ahora pretender que la NACION se responsabilice de su imprudencia e imprevisión, pues estando corriendo un riesgo debe asumir sus consecuencias". (fls. 58 y 59).

"CONSIDERACIONES DE LA SALA:

"1o. Aunque como lo señala en su memorial de conclusiones el apoderado de la parte demandada, el escrito demandatario carece de un capítulo especial destinado a razonar o presentar los fundamentos de la responsabilidad extracontractual, lo cierto es que basta la lectura del libelo, y en particular en el relato de los hechos sustentatorios, para inferir sin esfuerzos que allí se está afirmando que la destrucción del inmueble de propiedad del señor Múnera Cuartas se debió a los trabajos públicos efectuados por empleados del Ministerio, con el objeto de remover los extensos y frecuentes derrumbes que estaban ocurriendo en la zona y que se traducían como es natural, en graves perjuicios para la economía Nacional, dada la singular importancia de la carretera que une la capital de la República con la ciudad de Medellín".

"Por tal razón y en detrimento del excesivo culto al formalismo, la Sección considera posible entrar en el estudio de las cuestiones debatidas que en síntesis consisten, primero, en establecer si la destrucción del establecimiento del demandante en realidad se originó por los trabajos ejecutados por el personal del Ministerio, o como lo alega la parte opositora, por causas ajenas e inclusive contemplando la posibilidad de la culpa de la víctima".

"Igualmente si se aceptare la primera hipótesis y por ende la responsabilidad administrativa extracontractual de la Nación, lo pertinente sería entrar a determinar los perjuicios causados y la indemnización a que tiene derecho el demandante".

"2o. El señor Fiscal Primero de la Corporación en su alegato de conclusiones, brinda un orientador y acertado concepto, de cuyos apartes vale la pena transcribir lo siguiente:

> "En la inspección ocular y el peritazgo extrajudiciales aportados al proceso por la demanda, es evidente que falta una definición o determinación precisa, enfática de las causas que directamente produjeron los daños y una evaluación técnica de otros aspectos tales como el valor real del daño emergente y el lucro cesante; pruebas que tampoco se llevaron a cabo en el curso del proceso y que en esta instancia hubieran sido de gran utilidad. Algunos apartes de lo dicho por los peritos son los siguientes: "Nosotros como habíamos hablado con anterioridad se dijo que no había un asomo de una posible falla en el lugar, **es difícil conceptuar con este antecedente una buena ubicación del local** frente a la falla que se presentó" (fl. 15 vto.). "Casualmente era la parte más benévola para defenderse de este derrumbe" (f. 16). "A nivel técnico, a pesar de las ponencias de los interrogantes **no es delicado afirmar o negar el efecto de la dinamita** estallada en los bloques de piedra que se encontraban obstaculizando la vía en ese lugar **debido a que no conocemos las condiciones técnicas con las que se hicieron las respectivas detonaciones** (f. 16). Sobre el

problema del suelo de talud, dicen "Si no había apariencias de falla **tendríamos que entrar con pruebas de laboratorio de suelo a nivel técnico"** (f. 16 vto.).

"Como se ve, el dictamen (y no hay otro en el proceso), es insuficiente. De tales dichos no es posible sacar ninguna consecuencia cierta". (fls. 145, 146).

"3o. Y por qué considera el fallador acertado el concepto del representante del Ministerio público?

"Por varias razones que surgen del estudio integral de las piezas que componen el acerbo probatorio y las cuales, dígase desde ahora, ofrecen importantes y notorios vacíos de carácter técnico que no permiten, como bien concluye la Fiscalía, aceptar configurada la responsabilidad patrimonial del Estado en todos sus elementos".

"En el proceso aparecen como pruebas el acta de diligencia de inspección judicial extra juicio y sin la citación y comparescencia de la opositora, que efectuó la Juez Promiscuo Municipal de San Luis, el 14 de junio de 1.985, es decir después de mas de 7 meses de ocurridos los hechos. De la lectura de esta pieza se observa que la funcionaria no dejó datos de interés para la litis, aparte de la constancia de haber apreciado el terraplén en donde alguna vez estuvo la construcción de propiedad del demandante, unas fotografías de la zona de derrumbe, y de un peritazgo deficientemente practicado y del cual se sabe que apenas reunía las condiciones de idoneidad el señor Jaime León Hoyos R. de quien se dice que posee el título de Ingeniero, pero se ignora su especialidad, y en el que no se dieron informes técnicos ciertos y convincentes de que algunos de los derrumbes hubieran tenido como causa el estallido en días anteriores de cargas de dinamita en sitio cercano y dispuestas por empleados del Ministerio Público para remover otro deslizamiento del terreno".

"Tampoco los expertos precisaron si existía alguna falla geológica en la zona que constituyeran elemento determinante en los aludes de tierra y piedra y que hubera sido factor decisivo para la destrucción de la edificación del demandante; y que los trabajadores del Ministerio arrumaran la tierra de los derrumbes en sitio cercano a la edificación.

"De los testimonios recepcionados en el proceso el único que para la Sala merece acogida en gracia a su verosimilitud es el del señor Luis Alfonso García Giraldo, inspector de carreteras del distrito No. 1 del Ministerio de Obras Públicas Nacionales, a quien en razón de su cargo le correspondió atender en forma directa y personal la solución para el despeje de la vía Medellín-Bogotá, afectada por contínuos deslizamientos en los postreros días del mes de octubre de 1.984 y en los primeros de noviembre siguiente.

El deponente con meridiana claridad refiere las características del terreno, los taludes existentes y como en esa época invernal se presentaban arroyos "por cualquier parte de los taludes" y que inclusive en la parte alta de la montaña existía una quebrada que ocasionó frecuentes derrumbes durante la época de la construcción del viaducto.

"Refiere que en la parte alta del talud cercano a la construcción de Múnera Cuartas, éste construyó un tanque para almacenar agua destilada al funcionamiento de un máquina "Pelton", en el que pudieron quedar filtraciones.

""Recuerda el deponente, tras examinar los documentos fotográficos que obran en el proceso, que en ese sitio cayó un pequeño derrumbe "que los carros particulares quedamos pasando por el patio del estadero, los limpiamos o se hizo un canal hacia la parte del estadero, destapando la calzada de la carretera, quedó vía por la calzada de la carretera y por el negocio del sr.,.....al otro día tipo 2 de la tarde se vino el derrumbe más grande en la cual se llevó todo el estadero que existía en ese sitio, el estadero estaba a 15 mts. del eje de la carretera, en un barranquito a 1.50 de alto de la carretera, el barranquito era de propiedad del dueño del estadero, la bomba del derrumbe que cayó tipo dos de la tarde y se llevó todo lo que había ahí en ese sitio, barrió se llevó todo lo que había ahí totalmente,.... Para restablecer la vía se emplearon dos cargadores y dos buldozer, en el cual se hizo un cajón por el sitio de la carretera, no más. El sitio donde está el negocio no se tocó ni se ha tocado, ni el dueño lo ha tocado para nada". Cuenta que el primer derrumbe cayó a 150 mts. del estadero y fue removido con cargaderos y buldozer y a las piedras que la máquina no podía arrastrar se les puso dinamita "poquita". También afirma que el demandante era muy exigente para que le quitaran la piedra o tierra que arrumaban en cercanías del estadero y que cuando el primer derrumbe "que cayó en un cajón él nos solicitó que se lo echáramos para juntar un terraplén a 250 mts. por la distancia lo boté más acá, no ocupando el terreno que él me dijo que le ocupara, luego cayó el derrumbe al frente de la propiedad que no hizo ningún daño, en la botada del derrumbe no ocupamos los predios, como el derrumbe era seco la máquina podía votarlo, no lo echamos en el terreno de él. El último derrumbe que se llevó la propiedad hicimos un cajón para destapar la carretera, el sitio permanece intacto, no se le ha hecho nada....".

"También declararon Jesús Henoc Salazar Hoyos (fls. 68) y Luis Carlos Gómez Suárez (fls. 65 y ss.), inspector y secretario de la fracción de la "Linda" en el municipio de San Luis en cercanías del fundo del demandante y quienes dan una versión similar dé lo ocurrido, pero cuyas declaraciones carecen de elementos técnicos, o que contribuyan a dilucidar las cuestiones controvertidas".

"Lo mismo sucede con la declaración de José Adán Gallego (fls. 87 vto.), quien trabajó en la parcela de Múnera Cuartas y estaba en su local cuando "ví

que se voltió ese morro para el otro lado y como la tierra que estaba ahí arrumada y el morro que se le vino se juntó la tierra no cupo ahí y se vino para el estadero que tenía don Antonio, yo perdí todo cuanto tenía ahí...." (fls. 88 vto.).

"4o. Son hechos indiscutibles en el proceso, la ocurrencia en los meses de octubre y noviembre de 1.984 de una fuerte ola invernal que ocasionó graves daños en las vías carreteables, en particular la autopista Medellín-Bogotá y que en cercanías de la propiedad del demandante se sucedieron varios derrumbes o deslizamientos de tierra, uno de tal magnitud que arrasó con el establecimiento o edificación que el señor Múnera había construído para explotación comercial".

"Es cierto que el Ministerio de Obras Públicas con los medios a su alcance trató de efectuar las labores de mantenimiento del importante viaducto despachando las cuadrillas de trabajadores necesarios, que procedieron a remover los diversos derrumbes para permitir el tránsito automotor, y que inclusive para ese efecto debieron remover y arrumar tierra hasta lugares cercanos al establecimiento del demandante".

"También es verdad que un último derrumbe que se precipitó del mismo talud, tuvo magnitud suficiente inclusive para alcanzar, destruír y sepultar la edificación de Múnera Cuartas".

"Pero si bien tales hechos no merecen objeción desde el punto de vista probatorio, no se demostró de manera técnica, científica y suficiente que el último derrumbe o desmoramiento (sic) del terreno que destruyó los haberes del actor, tuviera como causa las actividades desplegadas por los trabajadores del Ministerio de Obras Públicas, bien al utilizar cargas explosivas de dinamita para volar las rocas de mayor tamaño que se habían desprendido, o porque parte de los escombros las arrumaran en cercanías del estadero; inclusive se ignora la incidencia que pudo tener en los hechos la construcción y operancia de un tanque para el almacenamiento de agua en la parte superior del talud del cual se desprendió el terreno, o de la quebrada que se dice hay en la parte alta de la montaña, o si se presenta en la zona alguna falla geológica. Tampoco se estableció la inquietud de la parte demandada respecto de la indebida ubicación del establecimiento frente al talud".

"Así las cosas se debe concluír que la realidad probatoria del proceso se muestra adversa a los intereses de la parte actora, pues no demostró que el daño sufrido en verdad se debía a las obras públicas adelantadas por el Ministerio respectivo, como tampoco, valga la pena anotarlo, la magnitud económica de los perjuicios cuya indemnización se pretende".

"En consecuencia, no prosperarán las pretensiones de la demanda".

"Por lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SECCION PRIMERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

"FALLA :

"NIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

"Costas a cargo del demandante". (Fls. 147-158 Cdno # 1).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 161 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, aparece el escrito en que la demandataria judicial de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso, lo cual hace dentro del siguiente temperamento:

"Detenidamente examinado el contenido del fallo recurrido, y muy en particular las consideraciones efectuadas por la Sala, se revela de inmediato el análisis superficial que dominó el criterio del Tribunal en la evaluación del asunto sometido a su decisión, esquema conceptual éste, que obviamente lo condujo a pronunciar un veredicto adverso a los intereses del demandante".

"El concepto desfavorable a las pretensiones de mi poderdante emitido por el señor Agente del Ministerio Público, fue el que al final eximió a la Sala de una revisión cuidadosa y seria de toda la actuación acumulada. Limitándose únicamente a la reproducción mecánica del criterio acomodado del señor Fiscal, que calculadamente destaca de la inspección judicial y del peritazgo con anticipación practicado, el mero trámite de la discusión surgida entre el abogado que asistió a dicha diligencia y las dos peritos, silenciando inexplicablemente los apartes más importantes de aquella prueba, constitutivos del desenlace de la misma en favor de los argumentos del actor".

"Es así como de las respuestas entregadas por los auxiliares de la justicia a los múltiples interrogantes planteados, sólo merecen la atención del Fiscal y de la Sala, aquellas que no detentan suficiente claridad en la expresión de conceptos acordes con lo alegado por mi representado. Sin embargo, las respuestas claves en la delimitación firme y precisa de los hechos sometidos a la consideración de los expertos, que a la postre arrojaban conclusiones positivas para el demandante, no son abordadas por un

estudio serio, y apenas si se alcanzan a mencionar tímidamente una de ellas, mientras que otras no llegan a ser dignas de mención alguna".

"Específicamente, la respuesta entregada por el perito ingeniero civil que asumió la vocería dentro de la diligencia, relativa a la ubicación que poseía la edificación con respecto al talud donde se originaron los dos desprendimientos, no dejaba duda de que tal localización era la más benévola para defenderse de las deslizamientos acaecidos, quedando así expresamente consignados dentro del acta levantada, en los siguientes términos:

> "En este momento ya pasado vario tiempo del desprendimiento de la tierra el negocio o la edificación del señor quedó a mi concepto casualmente bien ubicada con respecto a la forma del deslizamiento del talud, en el sentido de que casualmente era la parte más benévola para defenderse de este derrumbe".

"No obstante, frente a la claridad inobjetable detentada por dicho pasaje del dictamen, la Sala de Decisión prefirió decir en franca contravía de lo probado:

> "Tampoco se estableció la inquietud de la parte demandada respecto de la indebida ubicación del establecimiento frente al talud". (fl. 157).

"De igual forma, la respuesta dada por lo peritos al último interrogante formulado, que ponía en evidencia la positiva influencia de los estallidos de dinamita en la causación de los derrumbes sucedidos, no ocupó tampoco la atención del Fiscal ni de la Sala, a pesar de estar contenida en el acta así:

> "PREGUNTADO LOS PERITOS. En resumidas cuentas los antecedentes fácticos existentes no hacen surgir en el espíritu crítico o científico de los señores peritos ninguna conclusión positiva o negativa sobre la incidencia de la dinamita en la herida del talud a que nos hemos referido? CONTESTARON: Puede tener alguna relievancia y es la siguiente: Hipotéticamente puede coincidir una supuesta formación de falla en el talud, consecuencia de drenajes internos por el fuerte invierno que azotaba la zona, como antes se especificó en el derrumbe en el cual fueron detonadas varias piedras, por lo cual casualmente pudo recibir influencia por las detonaciones".

"En la respuesta de los peritos acabada de transcribir, reposan los elementos informativos de carácter técnico y científico, suficientes para ilustrar de manera cabal al Juzgador, y permitirle al mismo tiempo una adecuada comprensión y valoración de tal aspecto fáctico".

"Sobre este particular, considero necesario efectuar algunas precisiones sobre el alcance jurídico-probatorio de la peritación, sobre su procedencia y justificación en los procesos, lamentablemente ignoradas por la sala de Decisión en la sentencia impugnada:

"El inciso primero del Art. 233 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a la procedencia de la peritación en los siguientes términos:

> "...La peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos".

"Como claramente se desprende de la norma reproducida, la peritación se justifica en aquellos eventos en que el fallador se encuentra frente a la necesidad de dilucidar cuestiones de hecho para cuyo cabal entendimiento dada su complejidad, requiere ser auxiliado por expertos técnicos, artísticos o científicos poseedores de especialísimos conocimientos en tales materias. No así cuando los aspectos fácticos surgidos en el curso de los procesos pueden y deben ser resueltos por el Juez apelando a los conocimientos generales no especializados que por toda la experiencia cultural de una formación profesional deben necesariamente militar en su criterio. Por esta razón se explica la exigencia de la Ley en el texto acabado de reproducir, que alude a "...especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos", dejando por fuera los generales y corrientes que invariablemente debe poseer el fallador".

"No puede afirmarse que los supuestos de hecho motivadores de la presente contienda judicial, sean de aquellos para los que su correcta comprensión y evaluación precise del concurso de especiales conocimientos científicos o técnicos. Para todos los entendimientos normales, aún para el más modesto de ellos, está bien claro, que el invierno es el agente productor de los derrumbes en las carreteras; que de todas maneras, para los taludes tradicionalmente estables como el del frente de la edificación del demandante, que han demostrado pasar la prueba de épocas invernales anteriores sin afectarse, el riesgo de deslizamientos aumenta en los períodos lluviosos y desaparece en los de verano; que si al invierno que pone en peligro la estabilidad de los taludes se suma el estallido constante de dinamita por varios días, obvio resulta que la posibilidad de deslizamientos en los lugares próximos a las detonaciones se convierta en realidad, y en tales condiciones no puede luego negarse la influencia positiva de las explosiones dinamiteras en la causación de los derrumbes. Esto es lo que entre el común de las gentes se conoce como el efecto reflejo o contragolpe de la pólvora, que al ser activada compromete no sólo el sitio donde se detona, sino también aquellos inmediatos y aún más remotos, cuando los estallidos adquieren cierta permanencia y continuidad.

"No obstante la simplicidad y transparencia de los razonamientos esbozados, cuyo total discernimiento se encuentra al alcance de cualquier inteligencia común, y con mayor razón a la de un juez que ostenta el rango de magistrado, decidí reforzarlos con el peritazgo dentro de los ejercicios probatorios que se practicaron con antelación a la presentación de la demanda.

"A pesar de las vacilaciones iniciales de los peritos para reconocer la influencia del material explosivo en la producción de los aludes de tierra, al responder

a la pregunta final del cuestionario que atrás reproduje textualmente, dejaron sentadas las bases del planteamiento antes referido, desarrollado con mucha mayor amplitud en el escrito de alegaciones finales al que me remito".

"Tampoco se requieren especiales conocimientos científicos o técnicos para valorar con acierto jurídico, el hecho de la inmejorable ubicación que detentaba la construcción del demandante para librarse de los deslizamientos acaecidos. Aparte de la respuesta que con un contenido equivalente entregaron los peritos y que ya hube de transcribir, no puede ignorarse por completo como lo hicieron el Fiscal y la Sala, la existencia de otros medios de convicción como la gráfica acompañada a la diligencia y sometida a la minuciosa revisión de los señores peritos.

"En dicha gráfica se observa una claridad indiscutible y sin necesidad de dictamen pericial, como la edificación del actor se encontraba situada en el extremo superior de talud donde se originaron los derrumbes, casualmente, la parte más benévola para escapar a sus catastróficas consecuencias".

"Dentro del escrito de alegaciones finales se efectúa un esmerado análisis de la gráfica, una vez sentada por los peritos la veracidad y acertado reflejo de la realidad por ella indicada, salvadas obviamente las pequeñas modificaciones introducidas al esquema por los expertos.

"No obstante la seriedad de tal estudio al que también remito a los Honorables Magistrados del Consejo de Estado, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo deAntioquia lo silenció por completo al igual que todos los argumentos prolija y fundadamente desarrollados en ese memorial.

"Se insiste en la sentencia cuestionada, en la presencia de vacíos de carácter técnico dentro de la inspección judicial y del peritazgo practicados, que no permiten respaldar las pretensiones del demandante y por ende impiden concluir judicialmente que los perjuicios reclamados se deban a los trabajos públicos desplegados por el Ministerio de Obras. En este orden de ideas sostiene la Sala acogiendo lo expuesto por el Fiscal, faltar

> "...una determinación precisa, enfática, de las causas que directamente produjeron los daños...." (Fls. 152 y 153).

"Sin embargo, tal reparo carece de sustento a la luz de todo el acerbo probatorio acumulado y de la naturaleza de la actividad cumplida por la nación, de la cual es obvio derivaron los daños cuya reparación se procura. Una vez más tengo que insistir en que no son necesarios especiales conocimientos técnicos o científicos para la comprensión de los efectos reflejos que las explosiones dinamiteras comunican a los lugares próximos al sitio donde aquellas se realizan, máxime cuando tales detonaciones son fuer-

tes y prolongadas en el tiempo por varios días, y ostentan el agravante de estar enmarcadas dentro de una severa época invernal".

"Con mayor razón todavía, no puede requerir el fallador el concurso de especializados conocimientos técnicos o científicos para saber que la edificación del demandante estaba localizada con relación al talud de los derrumbes, en el punto donde mejor podía sustraerse a los efectos aniquiladores de aquellos; ni mucho menos se requiere del auxilio de conocimientos técnico-científicos especializados para entender que una montaña artificial de tierra echada, construída por las máquinas del Ministerio de Obras dentro del parqueadero de la edificación del actor a lo largo de tres días, deba necesariamente arrasarla al ser empujada por un nuevo deslizamiento".

"Un planteamiento similar que confirma lo hasta aquí expuesto sobre la procedencia y justificación de la prueba pericial, se encuentra en la casación de la Corte del once de julio de 1.985 con ponencia del desaparecido magistrado Dr., Horacio Montoya Gil, en un asunto prácticamente idéntico al debatido, de cuyo contenido me permití transcribir en el alegato de conclusiones algunos de sus pasajes, por considerarlos muy ilustrativos y con extraordinario fundamento para mis argumentos".

"En la citada jurisprudencia anota la Corte en referencia a la prueba pericial:

> "A juicio del recurrente, el Tribunal incurrió igualmente en yerro de valoración al reconocerle mérito probatorio al dictamen rendido por quienes no reunían las condiciones de competencia y conocimientos técnicos en asuntos de ingeniería, como lo reclamaba el caso, tal como lo hizo notar la parte demandada, al momento de la práctica de dicha prueba".
>
> "Sobre el punto, es del caso precisar que en verdad dicho yerro no se configura, pues dada la índole de la controversia y el objeto de la prueba de peritos, evidentemente no se trata de un asunto que demande en los auxiliares profundos conocimientos de ingeniería,...".

"Continuando con el análisis de las consideraciones efectuadas por el Tribunal, en las que apoya la sentencia que desdeña las pretensiones de mi poderdante, se lee a folios 153 y 154:

> "Tampoco los expertos precisaron si existía una falla geológica en la zona que constituyera elemento determinante en los aludes de tierra y piedra y que hubiera sido factor decisivo para la destrucción de la edificación del demandante; y que los trabajadores del Ministerio arrumaran la tierra de los derrumbes en sitio cercano a la edificación".

"En lo que atañe a la primera parte de la aseveración reproducida, no podían los expertos contestar a interrogantes que no les fueron formulados, puesto que

carecían por completo de interés probatorio para el demandante, además de que irían en contravía de los hechos cuya acreditación pretendía.

"Como lo había referido dentro de los supuestos fácticos pilares de la demanda, concretamente dentro del aparte 15) del libelo, el talud del frente de la edificación de mi poderdante de donde se desprendieron los dos deslizamientos, no registraba antecedentes de haber ocurrido allí derrumbes recientes ni remotos, esto es, no era de aquellos taludes ampliamente conocidos en las carreteras por su reiteradas fallas geológicas manifestadas en frecuentes desprendimientos.

"La veracidad de tal afirmación se hallaba plenamente garantizada en la constancia otorgada por el Inspector Departamental de Policía de "Playalinda" en asocio de su secretario, corroborada luego por la declaracion que dichos funcionarios entregaron en el curso del debate, quienes al mismo tiempo atestiguaron sobre el comportamiento igualmente estable que dicho talud mostraba hasta el presente, con posterioridad a la ocurrencia de los mencionados deslizamientos".

"En idéntica dirección probatoria desfilan las deponencias de los demás testigos llevados al proceso por el demandante, y muy en especial el reconocimiento de este hecho efectuado por el apoderado de la demanda al dar respuesta al libelo introductorio; en aquél escrito se admitía expresamente que el sitio donde mi representado tenía construído su negocio, no había presentado con anterioridad fenómenos de deslizamientos, ni existían elementos de juicio que permitieran preverlos.

"En este orden de cosas, la precisión que los expertos no efectuaron destacada por el Tribunal, referida a la existencia de fallas geológicas en la zona, determinantes de los aludes de tierra y piedra, no figuraba dentro del presupuesto probatorio del demandante ni tampoco de la demandada, y por tanto carecía de interés para ambas partes; quienes al contrario, coincidían en afirmar la no existencia de tales fallas que impedían pensar en la posibilidad de deslizamientos en el nombrado talud".

"De otro lado, la supuesta existencia de fallas geológicas en el talud de los derrumbes, que se erigieran en causa determinante para la producción de aquellos, por encima de las prolongadas explosiones dinamiteras llevadas a efecto por el Ministerio de Obras, formaban parte de hechos cuya carga de prueba correspondía a la demanda, interesada en demostrar la presencia de un evento extraño a su proceder culposo, como única forma de liberarse de responsabilidad.

"No obstante y como es visible dentro del expediente, la nación al responder a la demanda, no sólo omitió referirse a la existencia de fallas geológicas en el talud del frente del demandante,sino que, adicionalmente destacó el

hecho de no haberse presentado allí, ni existir tampoco elementos de juicio que hicieran temer su presencia, en plena coincidencia con lo afirmado y probado por el actor.

"Ciertamente, si dentro del informe pericial no militan precisiones acerca de la existencia de fallas geológicas en la zona que constituyera elemento determinante en los aludes de tierra y piedra y que hubiera sido factor decisivo para la destrucción de la edificación del demandante, era necesariamente porque dentro de todo el material probatorio reunido, no figuraban otras causas distintas a las explosiones dinamiteras como agentes productores o desencadenantes de los desprendimientos de tierra en el talud del frente de la edificación de mi asistido.

"Con relación a la segunda parte del pasaje de la sentencia antes transcrito, en donde se destaca que los expertos tampoco precisaron en su informe".

> "que los trabajadores del Ministerio de Obras arrumaran la tierra de los derrumbes en sitio cercano a la edificación.

"es evidente su falta de fundamento jurídico y apenas alcanza a demostrar lo desubicada que está la Sala de Decisión en materia de conceptos esenciales correspondientes a la Teoría General de la Prueba".

"Sentadas ya las bases del alcance jurídico, procedencia y justificación de la prueba pericial a la luz del art. 233 de la Codificación Procesal Civil, es claro que ella sólo procede para ilustrar aspectos cuya comprensión solo es posible con la ayuda de especializados conocimientos técnico-científicos, que daba su compleja índole no se suponen ser poseídos por el Juzgador.

"Delimitada en estos términos la naturaleza jurídica de la prueba pericial, fuera de toda discusión está su improcedencia para acreditar hechos cuya aportación y valoración depende de la existencia de otros medios de convicción. Por ejemplo, la imputación culposa efectuada contra la Nación, en el sentido de haber ocupado como botadero de tierra el parqueadero de la edificación del actor, no puede estar sujeta a comprobación pericial, toda vez que ella sólo pudo constarle a los testigos presenciales de este hecho, que dentro del proceso son abundantes y elocuentes sus deponencias para dejarlo firmemente establecido".

"Sin embargo, a despecho de la claridad que detenta dentro del expediente tal conducta culposa atribuída a la Nación, respaldada por todos los testimonios recepcionados, incluído el practicado a solicitud de la demanda, y por la constancia otorgada por los funcionarios públicos también declarantes, la Sala de decisión lo desfigura inexplicamente sic cuando a él se refiere. Lejos de mencionar la sentencia que la tierra del primer derrumbe fue arrumada por las

máquinas del Ministerio de Obras dentro del parqueadero de la edificación y al pié de la misma, como efectivamente sucedió y así lo indican los elementos probatorios allegados al debate, se sustituye de manera sorprendente el sitio a donde realmente fue a parar la tierra, por el de

"lugares cercanos al establecimiento del demandante" (fl. 156.)".

"expresión vaga, acomodada por la Sala para distorsionar el sentido claro y contundente del cargo más grave imputado a la Nación".

"Prosigue la Sala a examinar las deponencias recibidas dentro del proceso, en cuya apreciación y valoración incurre en lamentables yerros; aparte de que le otorga entera credibilidad al único testigo presentado por la demanda, el señor Luis Alfonso García Giraldo, inspector de carreteras que labora al servicio del Ministerio de Obras".

"En la estimación probatoria de dicho testimonio, cuyo contenido es gratuitamente elevado por la Sala al rango de verdad irrefutable de última instancia, se pasa por alto de manera inexplicable, la crítica demoledora que de dicho testimonio se efectuara dentro del escrito de alegaciones finales, que eficazmente desenmascaraba la esencia acomodaticida y mendaz de aquella deponencia.

"Como si esto fuera poco, al referirse el Tribunal a los testimonios de los declarantes llevados al debate por el demandante, entre los que solo cita a los dos funcionarios públicos autores de la constancia previamente adjuntada, y al señor José Adán Gallego, (Fls. 155 y 156), a pesar de no poner en duda la veracidad de sus contenidos, les endilga reparos que una vez más demuestran el errado criterio que posee la Sala en materia de conceptos esenciales atinentes al derecho probatorio".

"En efecto, se afirma en la sentencia que los testimonios mencionados carecen de elementos técnicos que contribuyan a dilucidar las cuestiones controvertidas, aserto este que desnuda la total incomprensión acerca de la naturaleza jurídica de la prueba testimonial, que por principio, sólo puede contraerse a los hechos que le constan al testigo, en razón de haberlos presenciado y obtenido a cambio un conocimiento personal y directo de los mismos".

"Este enunciado general sólamente conoce la excepción de los testimonios técnicos o cualificados, en donde la Ley, en razón de los especiales conocimientos técnico-científicos poseídos por el testigo, le permite declarar más allá de la simple precepción factual, y en tal virtud exponer conceptos de orden valorativo en torno a los hechos sobre los que recae su deponencia".

"No siendo los declarantes que concurrieron a testimoniar dentro de la controversia, de aquellos a quienes la ley les permite desbordar el ámbito

normal y ordinario de las deponencias, ilustrando con valoraciones técnicas o científicas el contenido de sus exposiciones, obvio era que no podían contener sus versiones elementos técnicos como los requeridos por la Sala para merecer una adecuada estimación probatoria".

"Como bien pueden notarlo los Honorables Magistrados del Consejo de Estado, la confusión que acusa el Tribunal de primera instancia en torno a esencialísimas notas distintivas de los medios de prueba, es bien grave, y en buena parte explica el desacertado criterio de valoración del conjunto probatorio acumulado, que lo guiaron hasta proferir una decisión adversa a los intereses del demandante. De un lado, se lamenta de que los peritos no establecieran hechos que sólo podían acreditarse con testigos, y del otro, requiere de los testigos elementos de convicción que apenas puede emanar de los peritos.

"Firmemente delimitados en esta exposición, los contornos jurídicos fundamentales que enmarcan las pruebas pericial y testimonial, así como puesta de presente la indebida comprensión de aquellos en el criterio del Tribunal, resulta evidente la interpretación deformada que de dichos medios de convencimiento existentes en el proceso efectuó el Juzgador de primera instancia. Fue así como desechó por completo la valiosa información suministrada por los peritos, por todos los testigos en sus deponencias y por otros elementos de prueba ni siquiera mencionados en la sentencia como el croquis acompañado al peritazgo, al igual que la constancia otorgada por los funcionarios públicos ya mencionados.

"En lugar de emplear todo ese caudal informativo en beneficio de los altos cometidos de la Justicia y el Derecho, que no solamente le permitía, sino que además le requería la elaboración de un planteamiento serio, fruto de la confrontación con los argumentos expuestos por el demandante en el memorial de alegaciones finales, prefirió la Sala escurrirle el bulto a cualquier controversia, retirándose cansada del debate, para ceder el puesto al Fiscal y al infundado expediente de la ausencia de elementos técnicos y científicos en pro de los argumentos del actor.

"Eximiéndose ilegítimamente de rescatar a través del análisis, los elementos de juicio que reposaban dentro de todo el material probatorio aludido, esperó con abúlica pasividad mental que los peritos y los testigos, más allá de propiciarle la materia prima de los discernimientos jurídicos que estaba obligada a realizar en la sentencia, le entregaran previamente elaborado el contenido de aquella, y sobre todo, la dirección final que se le imprimiría.

"Esta actitud asumida por la Corporación Judicial autora de la decisión impugnada en el estudio del asunto sometido a su juicio, no se compadece de las modernas pero bien sentadas pautas jurídicas que señalan el papel activo del Juez dentro de los procesos civiles y administrativos, revestido de poderes legales necesarios para reconstruír eficazmente el acontecer fáctico controver-

tido, logrando llevar al proceso la verdad real, impidiendo así sacrificar innecesariamente la Justicia.

"En lugar de un papel similar que estaba obligada a desempeñar, la Sala de decisión se comportó como un simple árbitro de la contienda, pretendiendo descargar en peritos y testigos el peso de los razonamientos jurídicos que indelegablemente le correspondía efectuar apelando a toda la información recopilada".

"Pero lo más grave de su conducta consiste en el total silenciamiento de aspectos probatorios de capital importancia para los intereses de mi poderdante, así como la desfiguración incomprensible de sentido inequívoco militante dentro de todos los testimonios, del cargo más grave imputado a la Nación de habilitar como botadero de tierra el parqueadero de la edificación del actor".

"Todo el conjunto de deficiencias y reparos aquí consignados, motivaron a la Sala a concluir erradamente:

> "Pero si bien tales hechos no merecen objeción alguna desde el punto de vista probatorio, no se demostró de manera técnica, científica y suficiente que el último derrumbe o desmoronamiento del terreno que destruyó los haberes del actor, tuviera como causa las actividades desplegadas por los trabajadores del Ministerio de Obras Públicas, bien al utilizar cargas explosivas de dinamita para volar las rocas de mayor tamaño que se habían desprendido, o porque parte de los escombros los arrumaran en cercanías del estadero;....." (fl. 157.).

"De la transcripción anterior resulta claro, como el Tribunal se eximió por completo de elaborar una argumentación jurídica, fruto de la valoración que estaba obligado a realizar en torno a los hechos probados dentro del proceso, con el fin de establecer el nexo causal entre la heterogénea actividad desarrollada por la Nación y los enormes perjuicios resultantes de ella para mi poderdante.

"Como pretexto para justificar la inexcusable omisión de un planteamiento jurídico de forzosa realización, esgrimió la falta de elementos técnicos y científicos en la pericia existente y en los testimonios recepcionados, olvidando con ello que el papel de los jueces dista mucho de ser el de meros refrendadores de lo dicho por peritos y testigos. Muy a pesar de semejante premisa, claro es que corresponde al fallador en la sentencia devolver elaborados jurídicamente los supuestos fácticos sentados en el decurso de la controversia, a fin de poder con criterio sabio y justo imponer o no las responsabilidades que persiguen establecerse.

"Confirmación suficiente sobre la naturaleza jurídica y no material, técnica o científica del nexo causal entre la actividad cumplida y el resultado produci-

do, como base para la imputación de cualquier tipo de responsabilidad frente al Derecho, son estas importantes precisiones conceptuales efectuadas por el Dr. Luis Carlos Pérez en su tratado de "Derecho Penal", "Partes General y Especial", Tomo I, Segunda reimpresión; Editorial Temis, 1.985, págs. 131 y 132:

"El nexo causal a que se refiere la norma es el jurídico y no el naturalista o el que dice responder a inquietudes filosóficas que, en definitiva, remiten a una primera causa, origen de fenómenos o de nociones múltiples y sucesivas...."

"La acción y la omisión son procesos en los cuales decide la actividad sicológica, en sus momentos intelectivo, afectivo y volitivo. Por este aspecto, también es forzoso desechar la idea de que la norma establece una causalidad material. Las soluciones naturalistas, como las llamadas filosóficas, no satisfacen al juzgador, que ha de apelar a criterios jurídicos y no a las puras y a veces expeditivas relaciones de causa y efecto...".

"....El juicio jurídico funciona como un juicio de valor, y no se limita a comprobar la existencia de una u otra causa, sino que las valora para fines de impunibilidad....".

"Una argumentación jurídica en torno al problema del nexo causal dentro del asunto sub-júdice, reposaba con extensión esmerada dentro del escrito de alegaciones finales. Su fundamentación y encadenamiento lógico se articulaba a partir de todo el conjunto de elementos de convicción regular y oportunamente allegados al debate, cuyos aspectos más sobresalientes y de mayor interés probatorio para zanjar equilibradamente la contienda, eran valorados con criterio jurídico sereno y justo".

"Sin embargo, en abierta pugna con las prescripciones contenidas en el art., 170 de la Codificación Contenciosa, la Sala de Decisión, aparte de realizar un estudio fragmentario y acomodado de la prueba, desconoció olímpicamente los argumentos del demandante contenidos en el memorial de alegaciones finales, sobre los que prefirió guardar total hermetismo, en una demostración evidente de su incapacidad para refutarlos en el ambiente de una verdadera controversia jurídica.".

III. CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término de ley, alegó de conclusión, para expresar:

"La parte actora no ha querido aceptar y ha menospreciado la capacidad de fallador, en el sentido de desvirtuar los análisis probatorios y jurídicos y

fundamentos de leyes en que se basó el mismo para darle aplicabilidad a la sentencia".

"Es tan cierto y verídico y al tenor de la ley, querer como lo desea el actor, mostrar figuras diferentes y hablar de acomodamientos a los argumentos, inspecciones, peritazgos que apreció a la luz del derecho la Sala para emitir el fallo respectivo".

"Considero Honorables Magistrados que la sentencia en comento es tan clara que no necesita mayor explicación y análisis de la misma, por lo que solicito y con el respeto que se merecen ratificar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en todas y cada una de sus partes". (fls. 183 - 184 Cdno # 1).

IV. VISTA FISCAL

La Fiscal Séptimo de la Corporación, en su concepto de fondo, destaca:

"Del acerbo probatorio presentado en el juicio, se puede deducir lo siguiente:

"1.- La construcción de los taludes en los cuales se produjeron los derrumbes fue realizada correctamente; ninguno de los testigos se pronunció sobre defectos en su construcción".

"2.- La edificación se construyó guardando la distancia exigida por las normas, conforme a los testimonios coincidentes en este aspecto; sin embargo debe anotarse que no aparece allegado ni el permiso para la construcción ni el permiso de funcionamiento del negocio".

"3.- La propiedad del demandante sobre el inmueble aparece demostrada mediante las escrituras obrantes a folios 19 y 22 con sus correspondientes inscripciones en la ofician de Registro de Instrumentos Públicos y Privados".

"4.- Conforme al relato de todos los testigos en la época de los acontecimientos el invierno fue anormalmente intenso y según el dicho del Inspector y el Secretario de la Inspección Departamental de Policía de Playa Linda, San Luis Antioquia, y del Inspector de Carreteras, la causa de un primer derrumbe fue el invierno tan intenso en la zona.

"5.- Las mismas personas atrás mencionadas coinciden en afirmar que luego del primer derrumbe, o de un segundo después de uno muy pequeño de piedra, al decir del Inspector de Policía, se utilizó dinamita por parte del Ministerio de Obras Públicas para remover las rocas. Los testimonios

varían en cuanto a la cantidad de dinamita utilizada y el período de utilización y en ninguna parte se describe la técnica de trabajo, pero a todos les consta que sí se realizó; aunque no puede establecerse con precisión el lapso durante el cual se empleó el explosivo, puede deducirse que, por lo menos dejó de utilizarse el 29 de octubre de 1.984, porque ninguno de los testigos afirma que se siguiera utilizando en dicha fecha, en la cual se sitúa la época en que cayó el primer derrumbe frente al negocio del demandante.

"6.- En relación con el primer derrumbe presentado frente a la edificación del demandante se establecen las siguientes coincidencias en los testimonios:

"a) La tierra desprendida no ocupó el terreno de propiedad del demandante".

"b) No se utilizó dinamita para removerlo".

"c) Se utilizaron máquinas del Ministerio de Obras Públicas que depositaron tierra en el parqueadero del demandante por estar tal parqueadero más cerca que un botadero de basura que quedaba más abajo".

"d) Según el Inspector de Policía, durante el tiempo que duró la remoción de este derrumbe, el negocio siguió funcionado vendiendo comida a los choferes.

"e) Según el Inspector de Carreteras la edificación del demandante estaba levantada a 1.50 mts. del nivel de la vía.

"f) La cantidad de tierra depositada en el parqueadero de la edificación tenía una altura de 1.50 mts. a 2.00 mts".

"g) El derrumbe fue despejado en su totalidad y se dio paso por la vía".

"7.- El que se denomina el último derrumbe para los efectos de este estudio, o sea el acontecido el 6 de noviembre de 1.984, es descrito por los testigos como de una magnitud muy superior a los anteriores (ver los testimonios obrantes a folios 68, 70, 74 y 88)".

"De todo lo anterior se deduce que la relación entre el hecho alegado como causa directa del daño, o sea la explosión de la dinamita, y el perjuicio sufrido no aparece demostrada porque las pruebas anteriores no se deduce en forma cierta que las descargas de la dinamita ocasionaran el derrumbe.

"En efecto, en ninguna parte aparece probado técnicamente, única forma de tener certeza sobre el particular, cómo se utilizó la dinamita, en qué cantidad y cuál fue el efecto que produjo el explosivo en las condiciones del terreno que se estima afectado con tal operación.

"La única prueba encaminada hacia el objeto anotado en la pericial que de suyo solo puede tenerse como indicio, como ya se dijo, y que solo se fundamenta en hipótesis sin que un soporte técnico respalde las conclusiones de los peritos.

"En este orden de ideas debe considerarse como no demostrado que la actuación de la Nación fuera la causa directa del daño producido y, en consecuencia, debe confirmarse la providencia de primera instancia".

"CONCLUSION

"Conforme al estudio realizado esta Fiscalía deduce que no aparece debidamente demostrada la responsabilidad de la Nación en el presente juicio, por lo cual la sentencia del Tribunal debe ser confirmada.". (Fls. 190 - 192 Cdno # 1).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el a-quo será confirmada, pues la Sala encuentra que ella se ajusta a la ley y al derecho.

El acervo probatorio que obra dentro del informativo es tan débil, que con él no es posible proferir sentencia condenatoria en contra del centro de imputación jurídica demandado. Esta realidad lleva al ad-quem a apreciar, por separado, cada uno de los medios de prueba que se aportaron al proceso, dentro del término probatorio, con el fin de darle fuerza de convicción al presente proveído.

INSPECCION JUDICIAL ANTICIPADA PRACTICADA POR EL JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL DE SAN LUIS EL DIA CATORCE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO.

Obra al folio 14 del Cuaderno Nro. 1 y de la lectura del acta correspondiente se deduce que la tuvo lugar cuando habían transcurrido siete meses largos contados a partir del día seis (6) de noviembre de 1.984, momento en el tiempo fisico en que se produjo el derrumbe, que arrasó con la propiedad del demandante. A la luz de lo que preceptuaba el artículo 300 del C. de P.C., antes de ser modificado por el Decreto 2282 de 1.989, artículo 1, numeral 131,era y es permitido pedir tal prueba anticipada "...sobre personas, lugares o cosas que hayan de ser materia de un proceso, cuando se tema que el transcurso del tiempo altere su situación o dificulte su reconocimiento...". Pero por mandato del art. 301 de la misma obra, las pruebas y la exhibición se sujetan a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso. Dentro de este marco legal se tiene que el artículo 245 del C. de P.C., (que no sufrió modificación con la reforma recientemente introducida a éste), quien pida la inspección debe expresar con claridad y precisión los puntos sobre los cuales ha de versar y

si pretende que se practique con intervención de peritos, caso en el cual, formulará en el mismo acto el cuestionario que aquellos deben absolver. En el auto que decrete la inspección -se agrega en el precepto- el juez señalará fecha y hora para iniciarla designará los peritos, si los solicitó el interesado, o lo considera conveniente por la naturaleza científica, técnica o artística de los hechos que deben examinarse, y dispondrá cuanto estime necesario para que la prueba se cumpla con la mayor eficacia.

En el caso de autos se observa que dentro del expediente no obra el escrito en que la parte actora solicitó la práctica de esa prueba, ni el texto del auto en que el juez la decretó, por lo cual se ignora el día y la hora en que la misma debía tener lugar. Por la misma razón, se desconoce el cuestionario que los peritos han debido absolver, lo que implica que éstos fueran interrogados sobre la marcha como si se tratara de recibir unos testimonios, motivo por el cual no se aprecia que ellos hubiesen tenido la oportunidad de deliberar entre sí, como lo dispone el articulo 237 del C. de P.C. Finalmente, no aparece demostrado que se hubiesen pagado los honorarios de los auxiliares de la justicia que se señalaron en la misma diligencia. Así las cosas, la prueba que se aprecia no tiene ningún mérito para acreditar las circunstancias particulares del caso que se pretendió probar.

Por último, la Sala desea recordar que la Inspección Judicial anticipada, en el caso en comento, no se practicó dentro de la oportunidad fijada en la ley, pues pasados más de seis meses de ocurrida la tragedia no había una buena razón para acudir al expediente de la prueba anticipada. Ella ha debido practicarse, con todas las formalidades de ley, dentro del proceso, pues la demanda se presentó tres meses largos después de llevarse a cabo la diligencia que se censura, sin que haya buenas razones para no pensar que cuando ella tuvo lugar ya no estuviese alterada la situación y difilcultado el reconocimiento de los hechos que se pretendían probar. Son los mismos peritos quienes se encargan de destacar esta realidad, pues al contestar algunas preguntas, dicen:

> "PREGUNTADO LOS SEÑORES PERITOS: De acuerdo a lo observado en el sitio de la diligencia concretamente donde según ejercicios probatorios anteriores que se acompañaron a esta deligencia el Ministerio de Obras estuvo estallando fuertes recámaras de dinamita durante varios días para remover el derrumbe de piedras y rocas que habían días para remover el derrumbe de piedras y rocas que había obstaculizado totalmente la vía, consideran los señores peritos en atención a los efectos reflejos o al contragolpe que produce la pólvora sobre el medio que se aplica dicha actividad ha podido tener alguna influencia en la causación de los derrumbes teniendo en cuenta el antecedente probado (anteriormente) sumariamente? de que dicho talud no registraba antecedentes de haber ocurrido allí derrumbes anteriores? CONTESTARON: A nivel técnico, a pesar de las ponencias de los interrogados nos es delicado afirmar o negar el efecto de la dinamita estallada en los bloques de piedra que se encontraban obstaculizando la vía en ese lugar debido a que NO CONOCEMOS LAS CONDICIONES TECNICAS CON LAS QUE SE HICIERON LAS RESPECTIVAS DETONACIONES. PREGUNTADO LOS PERITOS. Cómo explican los

señores peritos la circunstancia conocida de que el talud de donde se desprendieron los derrumbes al frente de la edificación del Señor Múnera Cuartas no registraba antecedentes de haber ocurrido allí derrumbes anteriores y de que según las mismas pruebas sumarias que se acompañaron a esta diligencia el primer derrumbe casualmente cayó casi inmediatamente después de empezarse a estallar la dinamita? CONTESTARON: Si no había apariencias de falla tendríamos que entrar **con pruebas de laboratorio de suelo a nivel técnico.** PREGUNTADO LOS PERITOS: En resumidas cuentas los antecedentes fácticos existentes no hacen surgir en el espíritu crítico o científico de los señores peritos ninguna conclusión positiva o negativa **sobre la incidencia de la dinamita en la herida del talud** a que nos hemos referido?: CONTESTARON: Puede tener alguna relievancia y es la siguiente: **hipotéticamente puede coincidir una supuesta formación de falla en el talud consecuencia de drenajes, internos por el fuerte invierno que azotaba la zona como antes se especificó en el derrumbe en el cual fueron detonadas varias piedras por lo cual casualmente pudo recibir influencia por las detonaciones".** -(subrayas de la Sala).

A la luz de la literatura que se deja transcrita, fácil es concluír que el dictamen está montado sobre HIPOTESIS, con el agravante de que los auxiliares de la justicia no tuvieron la oportunidad para que se practicaran las pruebas de laboratorio de suelo, pues la diligencia, como en antes se destacó, fue demasiado informal. Agrégase a ésta realidad, que la parte actora pretendió que ellos dictaminaran con apoyo en medios probatorios que se afirma "SE ACOMPAÑARON" a la diligencia, con olvido de que ellos no podían ocuparse de la valoración de la prueba. En esta materia no puede olvidarse que por mandato del artículo 237 del C. de P. Civil, el dictamen debe ser claro, preciso, detallado, debiéndose explicar en él los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones, aspectos todos que brillan por su ausencia en el remedo de prueba pericial que se practicó.

Sobre la materia que se estudia parece conveniente recordar que el Dr. Hernando Devis Echandía, en su obra "Teoría General de la Prueba Judicial" Quinta Edición. Victor P. de Zavalía. Editor, Tomo 2, pág. 471, enseña:

"311. Inspecciones judiciales practicadas fuera del proceso o para futura memoria".

"a) CON CITACION DE LA FUTURA PARTE CONTRARIA. Generalmente los códigos de procedimiento autorizan a cualquier persona que tenga interés de preconstituir una prueba de inspección judicial, para que la solicite, con citacion de las personas que van a ser sus contrapartes en el futuro proceso y contra quienes pretende hacerla valer como prueba. Así lo autorizan expresamente los arts. 300 del C. de P.C. Colombiano, aplicable a procesos laborales, penales y de otra clase, y el art. 326, inc. 2o., del nuevo C. de P.C. y Co. argentino para la justicia nacional y similar para la Provincia de Buenos Aires.

La citación a esos interesados debe ser personal, como para las demandas; pero puede suplirse mediante la notificación a un **curador ad litem** o defensor de oficio, en el caso de que no se conozca el lugar donde puede encontrarse o se oculte, tal como se hace para las demandas.

"Como en estos casos la prueba ha sido controvertida, porque se toma con audiencia de la parte contra quien se aduce en el proceso ulterior o de quien legalmente la representa, tiene el valor probatorio de la practicada en proceso contra éste.

"La solicitud debe reunir los requisitos que explicamos para la que vaya a practicarse en el curso de un proceso. Si se solicita con la colaboración de peritos, se aplican las mismas normas sobre su designación, posesión, concurrencia, remplazo, dictamen, traslado, objeciones, tachas, recusaciones, etc., que vimos en el capítulo anterior".

"b) SIN CITACION DE LA FUTURA PARTE CONTRARIA. El anterior procedimiento es el aconsejable siempre que se pretenda preconstituír la prueba, pero puede ocurrir que, por la urgencia del caso, no sea posible la espera que implica la notificación a la futura parte contraria y sea indispensable recurrir a la práctica de la diligencia sin su previa citación, siempre que la ley procesal lo permita.

"En algunos países, como Colombia (C. de P.C., art. 300), hay plena libertad para solicitar estas inspecciones, sin citación de la futura contraparte. Pero como la prueba no queda controvertida por las personas contra quienes se opone en proceso posterior, no tiene el valor probatorio de la inspección judicial que se practique en ese proceso o en otros o extraprocesos con audiencia de esa contraparte (cfr., núm. 301, d; 302, j). El valor probatorio de la inspección es entonces apreciado libremente por el juez del proceso al que se presente como prueba, según la certeza que arroje el acta sobre los hechos percibidos por el juez que la practicó y de acuerdo con la naturaleza de tales hechos. El dictamen de los peritos que concurran como auxiliares del juez en esa diligencia, tiene un valor relativo según su contenido, sus fundamentos, los conocimientos técnicos de los peritos y sus antecedentes de honorabilidad y competencia (cfr., núm. 261). Pero mientras el acta pude constituir plena prueba de los hechos percibidos por el juez que practicó la diligencia, si no le deja al nuevo juez ninguna duda sobre su veracidad (C. de P.C. Colombiano, art. 187), el dictamen de esos peritos, en nuestra opinión, solamente puede servir de prueba incompleta y de base para que otros peritos designados durante el proceso rindan su concepto sobre los mismos puntos, porque le faltará el requisito esencial de su contradicción por la parte contraria, para que pueda discutirlo, objetarlo o pedir aclaraciones y adiciones, sin el cual ni siquiera tiene eficacia probatoria el rendido en el curso del proceso (cfr., núms. 259, 1, 261).

"No es posible ratificar ese dictamen de peritos en el curso del proceso posterior, porque sería necesario repetir la prueba y eso no podría ser con los mismos peritos, por haber emitido concepto. El camino procesal puede ser el de dar traslado del dictamen a la parte contra quien se opone la prueba para que pueda ejercitar su derecho de contradicción, pidiendo aclaraciones y adiciones o formulando objeciones (siempre que en el proceso rija el sistema de designación de los peritos por el juez y también en la diligencia en donde se rindió el dictamen, y que la ley procesal autorice este procedimiento; cfr., núm. 261), o en solicitar otro dictamen de nuevos peritos, designados legalmente dentro del proceso, sobre los mismos hechos, y pedirles que tengan en cuenta lo verificado en esa inspección previa al proceso, lo dicho por los primeros peritos entonces y las demás pruebas allegadas al proceso; pero en tal caso, el primer dictamen tiene apenas un valor de antecedente o fundamento del segundo. También puede llamarse a esos peritos que dictaminaron extraprocesalmente, para que declaren, como testigos, si examinaron los hechos, si concurrieron a la diligencia, si los estudiaron y si emitieron ese concepto; pero entonces se tendrá una prueba de testimonio técnico, con las limitaciones que al tratar de ella expusimos, es decir, que no valdrá en cuanto a los conceptos propios del dictamen, sino únicamente en los puntos que puedan calificarse de percepciones técnicas hechas durante el desempeño de sus funciones (cfr., núm. 206)".

"LESSONA califica estas inspecciones fuera de proceso, de simples "informaciones judiciales". Pero tienen el valor probatorio mencionado".

"Tampoco es posible ratificar la inspección extraproceso practicada sin citación de la parte adversaria en el futuro proceso, porque para ello sería necesario repetirla, y entonces la nueva inspección tiene el valor probatorio normal. Es decir, se trataría de una nueva prueba y no de la ratificación de la anterior (cfr., t. I, núms. 105-106).". (subrayas de la Sala).

PRUEBA TESTIMONIAL.

Dentro del período probatorio se recepcionaron las declaraciones de los señores TOMAS EMILIO MUÑOZ CUARTAS (C 1, fol. 85); JESUS SALVADOR ARROYAVE MUNERA (C 1, fol 90 vto) LUIS CARLOS GOMEZ SUAREZ (C 1, fol. 65) JESUS HENOC SALAZAR HOYOS (C 1, fol. 68) y LUIS ALFONSO GARCIA GIRALDO, éste último Inspector de Carreteras y quien labora en el Distrito No. 1 del Ministerio de Obras Públicas y quien conoció de los problemas que se presentaron en la vía entre el 24 de octubre y el 4 de noviembre de 1.984.

Los dos primeros deponentes son familiares del demandante, hermano y sobrino en su orden, quienes al ser interrogados sobre las causas del derrumbe, dijeron:

TOMAS EMILIA MUNERA CUARTAS:

"PREGUNTADO. Bajo juramento sírvase decir a qué se debió esa avalancha de tierra? CONTESTO: Como ahí había caido otro derrumbe de piedra antes del derrumbe que se llevó el estadero por ahí a unos ochenta metros calculo yo, ese derrumbe fue muy grande de rocas, el domingo comenzaron a dinamitar esas rocas porque no las movía ni un buldozer, eso disparaban esos tacos en serie, por la noche comenzó ya a correr el derrumbe por el frente del estadero, de manera que yo creo que haya tenido mucha consecuencia la tanta dinamita que reventaron ahí, porque ahí no se había llegado a venir ningún derrumbe...PREGUNTADO: Ud manifiesta que una posible causa del derrumbe es la explosión de una recámara de dinamita; dígale al Juzgado Ud qué entiende por recámara de dinamita y cómo sabe que la explosión era causada con dinamita? CONTESTO: Una recámara de dinamita es donde se encuentra una piedra grandísima que perfora cuatro o cinco o diez perforaciones que me tocó verlas por varias ocasiones, a eso le prenden fuego, prenden la mecha, los tacos de dinamita eso empezó el domingo y duró muchos días, eso ahí duró más de ocho días, ese derrumbe....eso da una vibración que lo movía a uno. en mi concepto tuvo mucha influencia la dinamita....." (subrayas de Sala).

JESUS SALVADOR ARROYAVE MUNERA

PREGUNTADO: Bajo juramento sírvase decir por efecto de qué según Ud ocurrió ese derrumbe de finales de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro? CONTESTO: Cuando nosotros llegamos a colocar en funcionamiento el local aproximadamente arriba del estadero por ahí a ciento cincuenta metros ocurrió un alud de piedra que obstruyó totalmente la carretera, a causa de esto el Ministerio de Obras procedió dada la gran amplitud y tamaño de las rocas a dinamitar esas rocas con varias recámaras de dinamita al cabo de esto al frente de la edificación se presentó un fuerte deslizamiento de tierra.....PREGUNTADO: Bajo juramento sírvase decir en ese derrumbe de rocas a ciento cincuenta metros más arriba del estadero fue consecuencia de qué? CONTESTO: Fueron causas naturales.....PREGUNTADO: Sírvase decir si a Ud le consta directa y personalmente que funcionarios de una entidad pública según su aseveración estuvieron trabajando con dinamita cerca de la propiedad de su tío el señor MUNERA? En el momento de dinamitar las rocas nosotros estábamos un poco alejados de dicho lugar, por lo tanto no puedo aseverar si en el momento de la explosión de la dinamita eran funcionarios del ministerio. (Subrayas de Sala).

LUIS CARLOS GOMEZ SUAREZ era el secretario de la Inspección de Policía de Playa Linda y JESUS HENOC SALAZAR HOYOS el Inspector Departamental de la misma. En su orden, ellos ilustran al sentenciador, en lo sustancial, así:

LUIS CARLOS GOMEZ SUAREZ: (Secretario de la Inspección Departamental de Policía).

"...Lo que ocurrió fue que al final del año en el mes de octubre hubo una época de invierno muy grave, estuvo interrumpida la vía por ahí ocho días en ese sector. A finales del mes de octubre, el 25 o 26, cayó un derrumbe de piedras por ahí como a 170 metros de la edificación de Don Gustavo, lógicamente la Nación se vió obligada a destapar la vía y para ello utilizó dinamita para reventar las piedras, destaparon ese derrumbe de piedra y como a los dos días cayó otro derrumbe más abajito del anterior, éste derrumbe si era más grande, pero no era roca sino pura tierra, ese sí cayó al frente de la edificación, taponó la vía, entonces el Ministerio con dos máquinas también saco ese derrumbe.

"Como el derrumbe era grande y ya se llevaba como cuatro días, la gente atascada por ese camino, la Nación para dar vía rápido depositó la tierra que sacaba de ahí en el parqueadero del señor Múnera y posteriormente cayó el derrumbe que se llevó el estadero....PREGUNTADO: Sírvase decir de que magnitud fue el segundo derrumbe que cayó frente a la edificación del demandante? RESPONDIO: La magnitud no se calcularla, no sé calcular esa situación pero sí fue muy grande, pasó por encima de la edificación, barrió eso hasta el fondo donde hay una quebrada, pasó la quebrada y hasta subió como cinco metros...." (Subrayas de Sala).

JESUS HENOC SALAZAR HOYOS (Inspector Deptal de Policía).

"....entonces más tarde cuando ya estaban para dar vía como a los diez o doce días se vino otro montón de tierra de la montaña,eso sube casi al filo, muy alto, eso empezó a venirse despacio, empezó a venir un poco o como que se había retrocedido la cordillera para abajo con monte y todo....se vino la montaña más o menos a las tres de la tarde e hizo el estruendo más grande, yo estaba como a las tres cuadras más o menos. Corrí a buscar que no hubiera una persona ahí y estaba todo parejito, alto eso no se veía nada, por allá apenas se asomaban unas tejas de eternit y el fogón de gas.....PREGUNTADO: Sírvase decir, si cuando ocurrió el primer derrumbe de rocas, qué actividad desplegó la Nación para dar paso en la vía? RESPONDIO: El primer derrumbe de rocas con unos cargadores y maquinaria se sacó el primer poquito de roca, la botaron para la parte de abajo, la tiraron como a una quebradita o una cañada. PREGUNTADO: Sabe Ud, si para botar las rocas de ese primer derrumbe se vieron en la obligación de utilizar dinamita? RESPONDIO: En el primer montoncito que era una cosa como un alarcito, que daba duro pasar una mula. no utilizaron dinamita, es decir, en esa misma noche o al día siguiente se le vino el otro y ahí si utilizaron, porque era que las piedras que habían eran demasiado grandes..la Nación, si claro utilizó dinamita..." (Subrayas de la Sala).

JOSE ADAN GALLEGO GALLEGO. Fué trabajador del demandante antes de que ocurriera la tragedia, en una finca que éste tenía llegando a San Luis. Precisa en su declaración que "...trabajó hasta el derrumbe que cayó...". Hace un relato de todos los derrumbes que se vinieron sobre la vía y anota:

> "....el primer derrumbe de piedra se vino así por naturaleza, por naturaleza se vino, sí hubo explosiones pero antes.....antes de caer el derrumbe de piedras no le habían puesto dinamita y le pusieron dinamita a ese derrumbe de piedras grandes que cayeron...."

LUIS ALFONSO GARCIA GIRALDO. Inspector de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas, a quien le correspondió ocuparse de dirigir los trabajos orientados a despejar la vía, atribuye la causa de los derrumbes a la circunstancia de que "....el terreno es bastante nuevo, los taludes son bastante altos y el terreno bastante malo, no resistía el peso, como el invierno fue bastante el terreno no resistía el peso del agua, aparecían fuentes de agua en la parte de encima de los taludes, que esa es una de las fallas grandes para los derrumbes. PREGUNTADO: Significa lo anterior, que los taludes de la obra en ese sector ofrecen diversas deficiencias de carácter técnico: RESPONDIO: *No ofrecen deficiencias técnicas, lo que pasa es que como el invierno era bastante y se presentaban arrollos por cualquier parte de los taludes y presentaban desprendimientos los taludes*.....PREGUNTADO: Sírvase decir, si con anterioridad a los dos derrumbes caídos frente al estadero del demandante, ocurrió otro y en que sitio y cómo se removió? RESPONDIO: Cayó unos a ciento cincuenta metros del estadero, en un cajón, fué removido con cargadores y buldozeres, las piedras que la máquina no podía con ellas, se le ponía una pistolita para guasquiarlas para que la máquina pudiera moverlas, la dinamita era tan poquita que nos quedábamos a cincuenta metros donde estaban las máquinas, únicamente se le ponían a las piedras para guasquiarlas.....PREGUNTADO: Sírvase decirnos, porqué en el expediente existen constancias de que con ocasión del primer derrumbe ocurrido al frente de la construcción del demandante se taponó toda la vía, sin ocupar el predio del demandante, dos máquinas del Ministerio de Obras estuvieron depositando la tierra dentro del parqueadero del demandante, formando una montaña de dos metros de alta? RESPONDIO: Me extraña que el señor diga que la montaña tenga dos metros de alto, o que le tiramos dos metros de tierra, porque si caía una piedra lo primero que hacia era que llamaba al capataz y le decía quíteme esa piedrita, y como el capataz no tenía en ese momento la máquina, entonces el señor me ponía la queja a mí, yo le contestaba tranquilo que la piedra y la tierra se la quito mientras sube la máquina limpiando.....PREGUNTADO: Sírvase decirnos si es ciertos o no, que con ocasión de ese primer derrumbe el demandante lo requirió a Ud., en el sentido de que le desocupara su propiedad y la respuesta textual fue la siguiente: "Señor en este tiempo no se respeta finca"? RESPONDIO: ME PARECE DE LOS MAS CURIOSO PORQUE EL SEÑOR ESTA FALTANDO A LA VERDAD, EL DERRUMBE CAYO Y NO ME VOLVIO A DAR LA CARA, DIGALE QUE SI TIENE CARACTER QUE HABLE PERSONALMENTE, QUE NO SE PONGA A ESCRIBIR PAPELES....." (Destacado y subrayas de la Sala).

B) A la luz del acervo probatorio que se deja transcrito, en lo sustancial, resulta imposible para el ad-quem formarse la convicción de que en el caso en comento se da una falta del servicio público, ora porque éste no funcionó, ora porque funcionó tarde o porque operó mal. La apoderada de la parte actora hace saludables esfuerzos, en su alegato ante el ad-quem, para demostrar "...la positiva influencia de los estallidos de dinamita de dinamita en la causación de los derrumbes sucedidos...", pero olvida, que la inspección judicial con intervención de peritos no puede apreciarse por las fallas jurídicas que se presentaron en su práctica, entre otras, la de no haber acreditado el pago de los honorarios de los auxiliares de la justicia, verdad procesal a la cual debe agregarse la circunstancia particular de que ellos fueron muy claros en decir que a nivel técnico era muy delicado "afirmar o negar el efecto de la dinamita", pues no conocían "las condiciones técnicas con las que se hicieron las respectivas detonaciones". Y si las personas que se suponen conocedoras de la materia llegan a tales conclusiones, podrá tener fuerza de convicción, lo dicho por los distintos declarantes, que atribuyen al uso de la misma, la ocurrencia del derrumbe? Acaso el señor Tomás Emilio Múnera Cuartas no se limita a manejar la problemática con la filosofía de la fé, el decir "yo creo que haya tenido mucha consecuencia la tanta dinamita que reventaron ahí....", mientras José Adán Gallego Gallego afirma que el primer derrumbe de piedra se VINO ASI POR NATURALEZA. Por qué éste sí por naturaleza y los demás nó?

Si se pretendía deducir responsabilidad directa contra la administración el actor ha debido demostrar, en el sub-lite, que el daño era imputable al ente público, por falla en el servicio, acreditando, como es apenas natural, una relación de causalidad entre el hecho y el daño. Para la Sala el caso que se estudia se deja ubicar en la fuerza mayor que como lo enseña el profesor Eduardo García de Enterría, se identifica "...con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible, aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista (cui humana infirmitas resistere non potest) (curso de Derecho Administrativo. Tomo II, Segunda Edición. Editorial Civitas, pag. 351).

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 Antioquia el día diecinueve (19) de Diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta,*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

Referencia: Expediente Nro. 5778.

Actor: GUSTAVO ANTONIO MUNERA CUARTAS

DEMANDADO: LA NACION-MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS.-

LEGITIMACION PORACTIVA/ SUBROGACION LEGAL/ POLIZAAUTOMATICA

En algunas ocasiones esta Corporación consideró improcedente atender demandas instauradas por compañías aseguradoras, que acompañaban como prueba de su derecho para demandar, documentos de amparo fechados con posterioridad a la ocurrencia del siniestro cuya indemnización se pretendía, No es que el amparo sea posterior al siniestro sino que existiendo éste a través de una póliza automática, la aseguradora periódicamente es enterada de los riesgos a los cuales ésta debe aplicarse. El fenómeno jurídico que determina los derechos entre la importadora, su aseguradora y terceros es la de la subrogación legal.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/ VIA GUBERNATIVA- Improcedencia

Contrariamente a lo que ocurre con la acción de plena jurisdicción, que para que proceda, debe acreditarse el agotamiento de la vía gubernativa, en las acciones de reparación directa, no se da el agotamiento de esta vía, y consecuencialmente no se requiere acreditar que operó el silencio administrativo. En eventos en los cuales mediante un acto administrativo, susceptible de ser recurrido y que de alguna forma vulnere derechos protegidos legalmente, debe acreditarse el agotamiento de la via gubernativa, para que sea procedente la acción correspondiente del derecho; en los demás eventos no.

FALLA DEL SERVICIO POR ALMACENAJE/ ZONA FRANCA

No existiendo dentro de la legislación que regula la materia, principio rector o norma alguna que obligue a la Zona Franca a responder por supuesta

sustitución de mercancías cuyo contenido no fue verificado, corresponderá al interesado, en el *sub lite* probar que efectivamente los productos declarados por él ingresaron a las bodegas de la Zona, prueba que bien hubiera podido establecer si al momento del arribo de las mismas, el importador solicita a la demandada que verificara el contenido de los tambores, evento en el cual la responsabilidad de la demandada ya no versaría meramente sobre el peso, sino sobre la calidad del producto. La Zona Franca prestó un mero servicio de bodegaje, para mercancías en tránsito de ser introducidas al territorio aduanero, y que por tanto estaban sometidas a un régimen especial, dentro del cual no se tienen previstos controles aduaneros ni impuestos arancelarios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla,*

Referencia: Expediente No. 4307 (29). Actor: Aseguradora Grancolombiana.

Procede la Sección a dictar sentencia en el proceso de reparación directa y cumplimiento, incoado por ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A., contra la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL MANUEL CARVAJAL SINISTERRA -PALMASECA, a raíz de los perjuicios sufridos por aquella, en las circunstancias que se estudiarán en la presente providencia.

I. LA DEMANDA

En demanda presentada el 14 de diciembre de 1.983, el apoderado de la sociedad demandante, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que se declare haber operado el silencio administrativo; haberse agotado la vía gubernativa, y la procedencia de esta acción de responsabilidad".

"SEGUNDA: Que se declare que la ZONA FRANCA INDUSTRIAL MANUEL CARVAJAL DE SINISTERRA -PALMASECA es culpable de la pérdida de tres (3) cargamentos cada uno de veinte tambores de 1.000 kilos netos de trihidrato de ampicilina, que recibió en sus bodegas en el mes de junio de 1.982 por cuenta de Distribuidora Farmaceútica Calox Colombiana S.A. y por ello tal Zona Franca sea declarada responsable de la pérdida referida en esta petición.

"TERCERA: Que se condene a la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL MANUEL CARVAJAL DE SINISTERRA -PALMASECA, a pa-

gar a Aseguradora Grancolombiana S.A. en calidad de derechohabiente de Distribuidora Farmaceútica Calox Colombiana S.A. el valor de los 60 tambores de trihidrato de ampicilina, puestos en Cali, es decir su valor FOB (factura) adicionado con los costos de transporte, seguros, comisiones bancarias, bodegajes y cualquier otro que se demuestre, en cuantía de veinte millones ciento veintiocho mil ochocientos treinta pesos moneda legal ($20' 128.830.oo) o cuanto probare en el curso del proceso.

"CUARTA: Que adicionalmente se condene a la Zona Franca Industrial y Comercial Manuel Carvajal de Sinisterra -Palmaseca a pagar a Aseguradora grancolombiana S.A. los intereses moratorios de la suma anterior desde la fecha de esta demanda, o desde la fecha que determine la sentencia, hasta que se realice el pago efectivo.

"QUINTA: Que adicionalmente se condene a la Zona Franca Industrial y Comercial Manuel Carvajal de Sinisterra -Palmaseca a pagar a Aseguradora Grancolombiana S.A. la depreciación monetaria de la suma que trata la petición tercera anterior".

"SEXTA: Que se condene a la Zona Franca Industrial y Comercial Manuel Carvajal de Sinisterra - Palmaseca a pagar las costas y gastos del proceso, incluyendo agencias en derecho". (f. 56).

Los hechos planteados por el libelista son, en síntesis, los siguientes:

1.- Procedentes de Madrid (España) llegaron el 5 de junio de 1.982 al aeropuerto Internacional de Palmaseca, vía Avianca, tres cargamentos de veinte tambores de 1.000 kilos netos de trihidrato de ampicilina cada uno, que habían sido comprados por la sociedad DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA CALOX COLOMBIANA S.A.;

2.- El mismo día la mercancía fue recibida en perfecto estado por la demandada, quien la depositó en su bodega No. 4, sin dejar observación alguna;

3.- El 25 de junio de 1.982 CALOX COLOMBIANA S.A., procedió a nacionalizar veinte (20) tambores amparados por la guía aérea No. 075 - 3361 9316, y durante dicho tránsito la Doctora Falia Sandoval, química de la Aduana, dictaminó en el acta de entrega que los veinte tambores contenían trihidrato de ampicilina;

4.- Según retiro de mercancías extranjeras No. 55770, la Zona Franca entregó a Calox Colombiana S.A., veinte (20) tambores de mercancías pertenecientes a la guía aérea descrita, pero de los veinte tambores entregados sólo tres de ellos correspondía a la guía aérea anotada. Los diez y siete (17) tambores restantes no se habían nacionalizado aún, por corresponder a guías aéreas diferentes;

5.- Los veinte tambores recibidos el 25 de junio de 1.982 fueron remitidos a Bogotá por intermedio de la Compañía Empresa Comercial Moderna Ltda., y entregados a su destinatario el 30 de junio del mismo año;

6.- En el momento del recibo de la mercancía en Bogotá, el representante de la compañía aseguradora, levantó el certificado de reconocimiento de la misma, dejando la siguiente anotación: "INVENTARIO: De los veinte tambores de 50 kgrs cada uno o sea 1.000 kilos, llegaron a las bodegas del asegurado 505 kgrs. de piedras de granito y arena. Los 495 faltantes no llegaron. Se presentó un cambio en el producto". (fl. 57);

7.- Los veinte tambores descritos fueron rechazados y devueltos por CALOX COLOMBIANA S.A., a la demanda, a fin de que se rectificara el aforo pues de una parte su contenido había sido cambiado, y de la otra, se habían recibido diez y siete (17) tambores aún no nacionalizados y correspondientes a las guías aéreas Nos. 075 3361 5 y 075 3361 929 4;

8.- La Aduana aceptó la devolución de los tambores mediante auto N° 10382;

9.- De lo aquí narrado se aprecia como la mercancía en cuestión fue cambiada por mercancía de ínfimo valor e inservible para los propósitos que la importó CALOX, mientras se hallaba depositada en las bodegas de la Zona Franca bajo su custodia directa. Si ello no hubiere sido así, los diez y site tambores que habían sido examinados químicamente por la doctora Sandoval y que por error permanecían en la Zona Franca, debían contener Ampicilina, lo que no fue así conforme lo comprobó la Aduana y aparece de las actas de manipulación Nos. 303 y 304 ya referidas. (fl. 58);

10.- DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA CALOX COLOMBIANA S.A., cedió a la demandante sus derechos y acciones contra la demanda, derivados de la no entrega de los sesenta (60) tambores de trihidrato de ampicilina, y por ello Aseguradora Grancolombiana S.A., presentó el 22 de agosto de 1.983, reclamo escrito ante la Gerencia de la Zona Franca, que aún no ha sido contestado".

II. LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

Obran en el expediente alegatos de conclusión presentados por ambas partes (fls. 148 - 151 y 176 - 179), sobre las cuales se dejó constancia secretarial y manifestación expresa de quienes los suscriben, acerca de la extemporaneidad de la presentación de los dos escritos mencionados. La excusa presentada por la parte actora, consistente en la intervención quirúrgica de que fue objeto, no configura el supuesto contemplado por el artículo 168 del C.P.C. sobre interrupción del proceso.

III. EL CONCEPTO FISCAL

Solicita la Colaboradora Fiscal, luego de sintetizar los hechos, se proceda a denegar las súplicas de la demanda. Para ello manifiesta, la Fiscalía Segunda, una vez

expresada su posición jurídica respecto al contrato de seguro, fundamentalmente lo siguiente:

"Por otra parte debe anotarse, que según lo afirmado en la demanda, la sociedad importadora recibió a entera satisfacción la cantidad de viente tambores de trihidrato de ampicilina, previo análisis practicado por la química de la entidad.

"La mercancía fue entregada al importador el día 25 de junio y ese mismo día fue enviada por tierra a Bogotá a donde llegó cinco (5) días después. En estricto rigor, la Zona Franca no tiene pues por qué responder por esas mercancías que ya habían salido de sus bodegas y fue entregada a los interesados sin ninguna observación. Lo que haya podido suceder a esa mercancía durante su larga travesía de Cali a Bogotá no es cuestión por la que deba responder la entidad demandada. Su responsabilidad llegaba hasta el momento de la entrega de la mercancía.

"En la demanda se afirma, que la sociedad importadora Calox devolvió a la Zona Franca la mercancía que ya desde el 25 de junio le había sido entregada. La devolución según la sociedad actora se debió a dos circunstancias, la una al hecho de que la mercancía entregada no correspondía a la guía aérea que amparaba la mercancía que fue nacionalizada, la otra al hecho de haber sido cambiada la mercancía.

"Para este despacho resulta un tanto extraño que después de haber sido entregada la mercancía y después de haber transcurrido tanto tiempo desde el momento de su entrega, la Zona Franca la haya vuelto a recibir. Sin embargo, lo anterior se entiende si se tiene en cuenta que la sociedad importadora al hacer la devolución, únicamente hizo alusión a la confusión que existió en relación con las guías aéreas, guardando silencio en relación con el cambio de la mercancía. Así se desprende del folio 88 vuelto.

"Por otro lado se observa que en el expediente no aparece el certificado de recibo de la mercancía a su llegada a la Zona Franca, en donde se ha debido hacer constar el estado de los empaques. Sin embargo, al folio 96 y siguientes aparece una fotocopia del denuncio penal por hurto formulado por el representante legal de la Empresa Distribuidora Farmacéutica Calox Colombiana S.A., en donde se dice que en la guía aérea allí especificada aparece una nota que dice: "(1) Roto".

"Al folio 15 aparece un documento informal, que al parecer fue el recibo de entrega de Avianca, empresa aérea que transportó la mercancía, a un funcionario de la Aduana. Allí aparece una anotación que dice: "Carga recibida con documentos y de la misma forma se le hizo entrega al almacenista de la Aduana en Palmaseca con observaciones al margen."

"Se puede deducir de lo anterior que la mercancía no llegó en perfecto estado, que desde su entrega en Barcelona el 1° de junio hasta su llegada a Colombia el 5 de junio, algo debió sucederle a los empaques y así debió ser anotado y observando por el empleado de la Aduana que la recibió en el aeropuerto.

"Esta circunstancia permite pensar que el cambio de sustancia que contenían los tambores ha podido ser por fuera de la Zona Franca". (fl. 161).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente al hacer consideraciones de fondo sobre el negocio materia de esta providencia, la Sala cree oportuno precisar brevemente dos conceptos: Uno que guarda relación con el derecho que asiste a la Compañía Aseguradora Grancolombiana S.A., para ser parte dentro de la presente litis, y otro relacionado con la solicitud que hace el apoderado judicial de la demandante, en el sentido de que "se declare haber operado el silencio administrativo; haberse agotado la vía gubernativa y la procedencia de esta acción de responsabilidad".

1.- Dice el apoderado de la parte actora, que su representada deriva su derecho para actuar como demandante en la presente litis, del contrato de cesión de derechos que ésta celebró con la firma importadora de las mercancías cuyo presunto cambio en las instalaciones de la demandada, constituye la materia de este proceso.

El argumento del apoderado de la demandante buscaba evitar que se interpretaran equivocadamente algunas características y elementos propios del contrato de seguros, particularmente aquellos que tienen que ver con las pólizas automáticas y con los certificados de seguros que las complementan.

Y, es que se entiende el proceder del actor, por cuanto en algunas ocasiones, esta Corporación consideró improcedente atender demandas instauradas por compañías aseguradoras, que acompañaban como prueba de su derecho para demandar, documentos de amparo fechados con posterioridad a la ocurrencia del siniestro cuya indemnización se pretendía. Documentos estos que no eran cosa distinta a los llamados certificados de seguros, que expiden las compañías de seguros, basadas en la información que les suministren los tomadores de acuerdo con las aplicaciones o utilizaciones que éstos hagan de la póliza automática que previamente les haya sido expedida.

De suerte que no es que el amparo sea posterior al siniestro sino que existiendo éste a través de una póliza del tipo mencionado, la aseguradora periódicamente es enterada de los riesgos a los cuales ésta debe aplicarse.

Conviene también aclarar, que el contrato mismo de Cesión de derechos allegados al expediente por el demandante es irrevelante como material provatorio, que

acredite su legitimación para actuar, por cuanto el fenómeno jurídico que determina los derechos entre la importadora, su aseguradora y terceros es la de la subrogación legal, que consagra el artículo 1096 del C. de Co. que a la letra dice: El asegurador que pague la indemnización se subroga por ministerio de la ley en los derechos del asegurado contra los responsables del siniestro, en forma que, efectuado el pago, los derechos y acciones del asegurado pasan automáticamente al patrimonio del asegurador y aquél ya no puede cederlos pues han salido de su patrimonio".

Allanados los escollos teóricos anteriores, respecto a los certificados de seguros y al derecho de actuar de las compañías de seguros, en virtud solamente de la subrogación por mandato legal, es oportuno citar la síntesis que el pasado 8 de Agosto, Exp. A-044 hizo esta Sala, recogiendo su posición generalizada sobre la materia. En ella se dice lo siguiente:

> "a.- El seguro automático al igual que cualquier otro contrato de seguro, se perfecciona al suscribir el asegurador la póliza que lo contiene, sin que requiera documento adicional alguno para alcanzar su plenitud legal.
>
> "b.- En la póliza automática aparecen definidos en abstracto el interés y el riesgo asegurables y consignadas las condiciones generales del seguro.
>
> "c.- El certificado de seguro cumple una función suplementaria y tiene carácter probatorio solo en cuanto a los aspectos no probados en la póliza.
>
> "d.- La responsabilidad del asegurador surge cuando las mercancías quedan a disposición del transportador y terminan con su entrega al destinatario.
>
> "e.- La expedición de los certificados de seguro es válida aunque ya se haya corrido el riesgo o se haya producido el siniestro".

Quedan pues con el concepto anterior, despejadas las dudas que sobre la materia expresan en el expediente, la demandada, la colaboradora fiscal, y en alguna forma el propio apoderado judicial de la parte actora.

2.- Finalmente, dentro de las precisiones que debe hacer esta Sala, antes de entrar a las consideraciones de fondo, se referirá a la primera súplica del demandante, cuando se solicita que se declare haber operado el silencio administrativo; haberse agotado la vía gubernativa, y la procedencia de esta acción de responsabilidad.

Contrariamente a lo que ocurre con la acción de plena jurisdicción, (hoy de Nulidad y Restablecimiento del Derecho) que para que proceda, debe acreditarse el agotamiento de la vía gubernativa, en las acciones de Reparación Directa, no se da el agotamiento de esta vía, y consecuencialmente no se requiere acreditar que operó el silencio administrativo. En este sentido se pronunció esta Sección, manifestando"

(Exp. 3671 de agosto 29/79 Sección Segunda).

> "En acciones de reclamación directa, sean contractuales o extracontractuales no se da el agotamiento de la vía gubernativa. No, este derrotero es solo para el ejercicio del control de legalidad a nivel gubernativo, una vez la administración haya dictado el acto que ponga fin a un negocio o actuación administrativa. Pero como se infiere ese control se dirige contra un acto unilateral de contenido particular y no contra hechos o actividades materiales, las cuales se controvierten directamente ante la jurisdicción, de allí que en estos casos no asista la reclamación previa por impedirle el reconocimiento directo de los perjuicios a la administración".

Otra cosa sucede para que un acto administrativo pueda demandarse por la vía contenciosa, pues en este caso, si es necesario el agotamiento de la vía gubernativa, según los disponía los artículos 13, 14 y 18 del Decreto 2733 de 1.959, 71 y 82 de la Ley 167 de 1.941, reguladores de esta materia para la época en que ocurrieron los hechos. En este sentido se pronunció la Sección Segunda de esta Corporación, el 29 de agosto de 1.979, expediente 3671, diciendo:

> "...No es admisible el recurso contencioso administrativo contra actos que siendo apelables en la vía gubernativa, no lo fueron en tiempo y forma".

Ha querido la Sala hacer las dos precisiones anteriores, por cuanto el evento sub-lite, según pasará a estudiarse detenidamente, supone dos situaciones distintas, que a su vez obligan a posiciones diferentes sobre esta materia.

En síntesis, en eventos en los cuales medie un acto administrativo, susceptible de ser recurrido y que de alguna forma vulnere derechos protegidos legalmente, debe acreditarse el agotamiento de la vía gubernativa, para que sea procedente la acción correspondiente del derecho. En los demás eventos no.

V. HECHOS AMERITADOS

Estudiando los documentos que forman el expediente, la Sala encuentra debidamente acreditados los siguientes hechos:

1.- La sociedad "DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA CALOX S.A., anteriormente denominada "LABORATORIOS LUA S.A.", existe legalmente y está debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de la ciudad de Medellín; (fl. 3-5).

2.- La sociedad antes mencionada compró tres (3) cargamentos de trihidrato de ampicilina, contentivos cada uno de veinte (20) tambores o 1.000 kilos de material, por un precio de ochenta y dos mil dólares de NorteAmérica, cada cargamento. ($ US 82.000.oo) (fls. 9-11);

3.- Los tambores que de acuerdo con los documentos anexos decían contener dicha mercancía, fueron transportados desde Barcelona (España) a Bogotá, por la compañía de aviación Iberia, según consta en tres cartas de porte aéreo, así:

a.- Carta N° 075 3361 931 6: mil kilogramos de mercancía correspondientes al L/c. N° CC 25 - 16097 (fl. 14);

b.- Carta N° 075 3361 9294 : mil kilogramos de la mercancía, correspondientes al L/C N°. CC 25 - 16096 (fl. 12);

c.- Carta N° 075 3361 930 5 : mil kilogramos de la mercancía, correspondientes al L/C No. 25 - 16094 (fl. 13);

4.- El 5 de junio de 1.982 los tres conjuntos de veinte tambores, que de acuerdo con los documentos que los acompañaban, contenían el material mencionado, fueron transportados vía Avianca S.A., de Bogotá a Cali. En dicho momento, a uno de los conjuntos de tambores, concretamente el correspondiente a la carta aérea N° 075 - 3361 9294, se le observó, por parte del transportador, que no venía en perfectas condiciones, y en consecuencia anotó frente a su descripción: "ROTO" (fl. 15);

5.- El 5 de junio de 1.982, se recibieron en las bodegas de tránsito de la demanda, ubicadas en el aeropuerto de Palmaseca, los tres (3) cargamentos en mención.

6.- El 7 de junio de 1.982, los cargamentos descritos fueron recibidos por un empleado de la demandada y ubicados en la bodega N° 4 de esta entidad, sin el lleno de los requisitos previstos para este efecto; (fls. 16-18 anyerso. fl. 19).

Se hace la anotación de recibo de mercancías en los siguientes formularios:

a.- El N° 53974 correspondiente a la mercancía amparada por la guía aérea No. 33619316, sin dejar sentada ninguna información;

b.- El N° 53975 correspondiente a la mercancía descrita en la guía aérea No. 075 3361 9305. Se anota que se reciben sin verificar peso;

c.- El N° 53976 correspondiente a la mercancía amparada por la guía aérea N° 075 3361 9294. Se anota que se reciben veinte (20) tambores, sin verificar peso.

7.- Diez y siete días después, el 24 de junio de 1.982, el importador tramita oficialmente el formulario de introducción de mercancías extranjeras, a la Zona Franca Industrial y Comercial Manuel Carvajal Sinisterra - Palmaseca, regularizando de esta manera el ingreso a esta entidad de las mercancías mencionadas (fls. 16-18);

8.- En esa misma fecha, o sea, el 24 de junio de 1.982, la Sub-Administración de Aduana Nacional, mediante auto N° 5915, y con fundamento en la solicitud contenida en el formulario mencionado en el hecho anterior, autoriza, bajo la vigilancia del resguardo el traslado de las mercancías del Aeropuerto Palmaseca a la Zona Franca, ordenando que los fletes por concepto de transporte se cancelen antes del ingreso a la Zona Franca. (fls. 16-18 anverso);

9.- Mediante Acta de Entrega N° 835, fechada el 25 de junio de 1.982 (fl. 19), la Aduana Interna de Cali, hace entrega al representante de CALOX, de la mercancía que ésta había importado bajo la guía aérea N° 075 3361 9316. Esta Acta, además de ser firmada por la Aduana y por el importador, en señal de aprobación y conformidad con la entrega que por virtud de ella se autoriza, es suscrita por la demanda, por la Auditoría especial de la Contraría General de la República, y por la Química Favia Sandoval, quien en su calidad de funcionaria de la Aduana certifica que la mercancía descrita por la guía aérea mencionada es trihidrato de ampicilina.

Llegada la mercancía a Bogotá, el 30 de junio de 1.982, el Departamento de Transporte de la compañía aseguradora del importador, levantó el certificado de reconocimiento de mercancías, dejando las siguientes constancias:

a.- La apariencia externa del cargamento muestra tambores abiertos;

b.- Se presenta una disminución respecto al peso de la mercancía, y un cambio en cuanto al producto "de los veinte tambores de 50 kgrs. cada uno osea 1.000 kilos llegaron a las bodegas del asegurado 505 kgrs. de piedras de granito y arena. Los 495 kilos faltantes no llegaron. Se presentó un cambio del producto". (fl. 22 anverso);

11.- El mismo 30 de junio de 1.982, a solicitud de la importadora, la entidad demandada sienta las actas de manipulación N°s. 303 y 304, dejando constancia de la no correspondencia entre el producto declarado y el contenido que se aparecía en los cuarenta tambores restantes de la mercancía, que aún no se había nacionalizado. Se deja pendiente el análisis merciológico requerido para la plena identificación de la mercancía (fl. 24-25).

12.- El 6 de julio la importadora solicita a la demandada cambio de las mercancías retiradas por error, con el fin de que los lotes queden conforme con las guías aéreas que los amparan. Nada expresa en relación con el contenido de las mismas (fl. 88 anverso).

13.- Basándose en la anterior solicitud, la Auditoría Interna de la Institución demandada, y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 64 del Acuerdo N° 3 de La Junta Directiva de la Zona Franca, expresa que encuentra procedente el cambio de la mercancía retirada equivocadamente, previa autorización y en presencia de la Aduana, y pide dejar clara constancia de las observaciones de recibo de las mercancías objeto del cambio (fl. 88).

14.- La sub-Administración de laAduana de Cali, solicita a los importadores su propio análisis sobre la naturaleza de la mercancía que ha estado en sus manos, así como la constancia de la intervención de la compañía aseguradora y copia de la denuncia penal, sí ha habido.

15.- Atendidas las anteriores solicitudes por parte del importador, la Aduana ordena un análisis merciológico del total de las mercancías importadas por CALOX, el cual arroja como resultado que el contenido de los sesenta (60) tambores es polvo y gránulos amarillos, cuya composición está formada por carbonatos de calcio con buen grado de pureza. La apariencia de los sesenta (60) tambores es uniforme y su calor y granulometría son similares (fl. 89). Este análisis coincide con el presentado por los peritos judiciales comisionados en desarrollo de la diligencia de inspección judicial realizada dentro del presente proceso.

16.- El 5 de agosto de 1.982, el representante de la importadora formula denuncia penal por hurto calificado, con carácter averiguatorio. Afirma que desde que se recibió la mercancía en el aeropuerto de Palmaseca, el 5 de junio de 1.982 se encontraba allí un representante del dueño constatando que en ella se encontraba los sesenta (60) tambores, con la observación de que uno se encontraba roto, nota que también incluía el sobordo de aduana (fl. 94). Los demás hechos que describen coinciden con los relacionados por el Actor en el caso sub-lite.

17.- En razón de los hechos presentados y acogiendo la solicitud de los interesados, la Aduana de Cali, por medio de Auto Nº. 10382, autoriza el reintegro de los veinte tambores entregados en virtud del acta 835 del 25 de junio de 1.982, para los efectos administrativos, aduaneros y judiciales del caso, ordenando que previamente se informe esta decisión a las directivas de la Zona Franca (fl. 99 anverso).

18.- Como consecuencia de los hechos descritos, la importadora devuelve a la Aduana las mercancías nacionalizadas, y celebra un contrato de cesión de derechos con la compañía Aseguradora Grancolombiana, en virtud del cual ésta presenta, el 22 de agosto de 1.983, a nombre propio y como derechohabiente de los derechos que tuviera la importadora, reclamación formal ante la Gerencia de la demandada, "por la responsabilidad contractual (sic) que le asiste en razón de la entrega equivocada de mercancía y por el cambio en el contenido de las mismas".

Los hechos arriba relacionados además de mostrar la complejidad de las circunstancias que conforman el evento sub-lite, plantean a la Sala serios interrogantes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ellos ocurrieron. Interrogantes para los cuales es poco probable obtener una respuesta que se compadezca plenamente con las verdades procesales que obran en el expediente, las cuales tendrán que ser el fundamento para las decisiones de fondo que se adopten por parte de esta Sala.

Por lo anterior y en aras de una comprensión mejor, la Sala dividirá su análisis en apartes diferentes, dado que, según se dejó dicho, varias fueron las situaciones presentadas en relación con las mercancías cuyo presunto cambio motivó el presente negocio.

Habida consideración de los anteriores hechos, resulta conveniente, ante de precisar el tratamiento jurídico aplicable al evento sub-lite, puntualizar qué son las Zonas Francas, cuáles son sus objetivos, y específicamente la responsabilidad que asumen estas entidades en relación con las mercancías llevadas a sus bodegas, en tanto se surta el trámite para su importación con destino a su consumo en el país.

La entidad demandada es un establecimiento público, regido por normas de derecho público, de creación legal y reglamentación particular, por lo cual la Sala fundamentará su análisis en las previsiones legales contenidas en el Decreto 353 de 1.975, que junto con los acuerdos emanados de su Junta Directiva, y en concordancia con los Decretos 1095 de 1.970, 1082 de 1.971, 616 de 1.972, 849 de 1.979 y la Ley 47 de 1.981, regulan el funcionamiento de la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL MANUEL CARVAJAL DE SINISTERRA -PALMASECA.

El Decreto 1095 de 1.975, con base en las facultades previstas por la Ley 105 de 1.958, creó la entidad demandada, con el objeto de que ella, al igual que las otras Zonas Francas que funcionan en el país, sirvieran como mecanismo aduanero especial, para la promoción de exportaciones y la agilización de importaciones. En razón de los servicios que presta orienta sus funciones bajo una modalidad similar a las de las entidades de carácter comercial y administrativo, sin que esta particular modalidad, meramente adjetiva, le haga perder su calidad típica de establecimiento público, ni sus actos pierdan el carácter de ser estrictamente administrativos y por tanto estén sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa.

Los Decretos y leyes citados, fijan las funciones de la entidad demandada, describen sus objetivos y aún cuando con algunos vacíos y deficiencias metodológicas, determinan el régimen y alcance de las obligaciones y consecuentes responsabilidades imputables a ella en materia de recepción de mercancías, que se encuentren en trámite de ser importadas, período durante el cual la legislación las coloca en una especie de "ficción" de extraterritorialidad, libres hasta su nacionalización de derechos arancelarios.

Así, respecto a la forma como la entidad demandada recibe las mercancías para su ulterior ingreso al territorio aduanero del país, el artículo 27 del Decreto 353 de 1.975, establece que por regla general, éstas se recibirán con el peso anotado en el respectivo documento que las ampara. A su vez, el artículo 12 del mismo decreto, facultada al importador para impartir instrucciones estrictas sobre la admisión de sus mercancías, o para el tratamiento, conservación, etc., de las mismas, toda vez que desee que éstas reciban un tratamiento especial diferente al generalmente previsto. Este mismo decreto establece que la entrega de mercancía se hará de conformidad con el sistema como fueron recibidos.

Basado en los principios mencionados sobre entrega y recibo de mercancías, el artículo 28 del Decreto citado, hace énfasis en la obligación que tiene la entidad demandada de revisar los empaques de las mercancías y de proceder al reencinche de las mismas, cuando los encuentre defectuosos. Los artículos 24 y 30 del mismo estatuto

legal, mencionan a su vez, la facultad de pesar y repesar las mercancías que reciba la entidad demandada, pero ninguna de las normas que regulan la materia, confieren a la Zona Franca posibilidad de establecer por su propia iniciativa, los contenidos de los productos o mercancías que recibe en sus bodegas. Hecho que es perfectamente consecuente con la naturaleza de la función que para este efecto presta la entidad demandada, a cuyo cargo no está la de ejercer un control aduanero sino meramente documental y sobre el peso, cuantía y medida de las mercancías que luego pasarán por los controles legales establecidos para la importación de productos al país.

Ahora bien, establecido cuál es el sistema de recepción y entrega de mercancías por parte de la entidad demandada, pasará la Sala a estudiar cuáles son las obligaciones de ésta, en relación con la recepción, la entrega, la custodia y la vigencia, de las mercancías llevadas a sus bodegas. Así:

1.- OBLIGACIONES RESPECTO AL RECIBO DE LAS MERCANCIAS

La Zona Franca recibirá las mercancías cuyo ingreso esté permitido, asegurándose:

a. Que en el documento de transporte estén destinadas a ella;

b. Que el permiso previo de introducción se haya obtenido antes del embarque de los productos por introducir, y que una copia del mismo se envíe a la Aduana respectiva;

c. Que la mercancía esté amparada por factura comercial;

d. Que se diligencie el permiso aduanero para el trámite de las mercancías, antes de que éstas ingresen a la Zona Franca.

2.- OBLIGACIONES DE LA ZONA FRANCA RESPECTO A LA ENTREGA DE MERCANCIAS

a. Asegurar que antes del retiro de las mercancías, se hayan cancelado el total de gastos y gravámenes relacionados con ellas;

b. Establecer que se haya dado cumplimiento a todas las normas aduaneras reguladoras de la importación de mercancías; y tener autorización de esta entidad para su retiro.

c. Tramitar y enviar copia a la Aduana, de la solicitud de retiro de mercancías ante la Zona Franca,

d. Entregar por su peso y volumen las mercancias que recibió.

3.- OBLIGACIONES A LA CUSTODIA DE LAS MERCANCIAS

a. En materia del amparo que debe cobijar las mercancías depositadas en Zona Franca, las normas antes citadas, limitaron sus previsiones a constituír a la entidad demandada en garante de la existencia del contrato de seguros y tomadora del mismo; advertencia que para efectos de establecer responsabilidades, se hace en los formularios de recepción de mercancías;

b. Permitir la extracción de muestras, con intervención de la Aduana;

c. Comunicar al interesado cualquier amenaza de demérito en los productos y tomar las medidas urgentes que la conservación de éstas requieran.

4.- OBLIGACIONES DE VIGILANCIA DE LAS MERCANCIAS

Pese a que el Decreto 353 de 1.975 en su artículo segundo encarga a la Dirección General de Aduanas la obligación de asegurar la vigilancia de la Zona Franca y de las mercancías, materias primas, materiales y productos que entren a su jurisdicción o salgan de ella, el Acuerdo No. 3 de 1.978, emanado de la Junta Directiva de la entidad demandada, atribuye a ésta, una función adicional en relación con sus instalaciones y las mercancías llevadas a ellas, cuando dispone que la Zona Franca "hará la vigilancia" sobre ellos.

Habiendo repasado las anteriores generalidades sobre las funciones y reglamentaciones atinentes a la entidad demandada, la Sala pasará a establecer la situación que presenta cada una de las circunstancias que acompañaron las mercancías importadas. Para ello dividirá su análisis en tres partes, así:

I - Respecto al primer evento, o sea, a los veinte tambores que recibió el importador, sin observación alguna, la Sala encuentra que su entrega estaba precedido por el Acta Nº. 835 del 25 de junio de 1.982, que de suyo es un acto administrativo, que en virtud de la intervención de varios agentes de la administración es complejo y que determinaba:

a. Autorizar al importador la entrega de veinte tambores amparados por la guía aérea N° 075 33619316.

b. Que el contenido de dichos tambores era trihidrato de ampicilina;

c. Que tanto la subdirección de Aduana, como la Zona Franca, la Contraloría Especial, y el propio importador, a quien se le notificó el acto administrativo en la misma acta, aprobaban la entrega de dichas mercancías.

Teniéndose a lo afirmado por el actor y probado en el sublite, con posterioridad a la entrega misma de los tambores aquél advierte que solamente

algunos de éstos correspondían a la guía aérea nacionalizada, y que los diez y seis restantes pertenecían a guías aéreas diferentes, aún cuando éstas amparaban a su vez mercancías idénticas y también de su propiedad.

El actor buscando enmendar la equivocación cometida tanto por él como por la entidad demandada en su operación material de entrega, acude al mecanismo administrativo especial que consagra el Acuerdo N°. 3 de 1.978 de la Junta Directiva de la Zona Franca, solicitando que le acepten la devolución de las mercancías recibidas y la entrega de las adecuadas, manifestando que no había congruencia en los números de guías nacionalizadas y efectivamente recibidas. No manifestó que su contenido fuera otro, razón por la cual la entidad demandada surtiendo los trámites previstos para este efecto aceptó la devolución.

Según se dijo, la entrega material de las mercancías mencionadas, ejecutaba un acto administrativo, amparado por la presunción de legalidad inherente a actos de esta naturaleza. El actor jamás lo impugnó, como ha podido hacerlo, por cuanto según afirma el contenido de ninguno de los tambores por él recibidos, ni siquiera el de los cuatro correctamente entregados, era trihidrato de ampicilina, lo cual haría pensar que dicho acto administrativo estaba viciado por falsedad ideológica que, de acuerdo con el tratadista Lesona, citado por el profesor Antonio Rocha, "hay falsedad ideológica, que jurídicamente no es falsedad documental, cuando el documento no es falso, en las condiciones propias suyas, pero son falsas las ideas que en el se quieren afirmar como verdaderas...." "El documento ideológicamente falso es documento verdadero, que contiene falsedades. Es verdadero no verídico". (De la Prueba en Derecho, Andres Rocha, Ed. 1949, Univ. Nal., pág. 191).

En este orden de ideas, el acto administrativo que constituye el acta de entrega N° 835 del 25 de junio de 1.982, es plenamente válido y conserva con plena vigencia la presunción de legalidad que lo ampara. Por tanto su contenido obliga al fallador a orientar sus decisiones basado en lo que él se establezca por constituir verdad procesal incontrovertible en esta oportunidad.

En consecuencia de lo anterior, no procede indemnización alguna a favor del actor y en contra de la demanda respecto a los primeros cuatro tambores recibidos por la importadora.

Ahora bien, la importadora así mismo aceptó la entrega de diez y seis tambores correspondientes a dos guías aéreas diferentes a la nacionalizada, pero que según se dijo amparaban mercancías de su propiedad y cuyo contenido, peso y valor eran idénticos.

Aquí, es evidente que la operación administrativa posterior al acta de entrega y que materialmente ejecutaba el contenido de ésta, incluyó un error que permite hablar tanto de culpa del importador, como de falla del servicio imputable a la entidad demandada. El bodeguero al entregar los tambores equivocó los números de las

guías y creyendo entregar los veinte correspondientes a la guía aérea nacionalizada, entregó el número correcto de tambores que ordenaba el acta, todos de apariencia exterior y peso idénticos, pertenecientes a un mismo dueño y cuyo contenido según declaraciones documentales de este era también el mismo, pero diez y seis de los cuales estaban amparados por guías diferentes.

Las anteriores declaraciones llevan a la Sala a admitir que si bien es cierto hubo falla en el servicio, ésta en razón de las constancias anotadas fue absolutamente inócua, y no generó de por sí daño al importador que dé pie a hablar de responsabilidad imputable a la demanda. Dentro del supuesto de hechos dados por el importador, quien había declarado que el contenido, peso y valor de todos los tambores ingresados a los predios de la entidad demandada era el mismo, era indiferente para el importador, desde el punto de vista de los resultados, recibir unos u otros, de tal suerte que su reclamo sustancial para que hubiera sido procedente ha debido formularlo con anterioridad al recibo de las mercancías, no varios días después cuando la custodia de éstas habían salido de la tutela de la entidad demandada y entrado a la suya. En este sentido, los artículos 66 y 64 del Decreto 353 de 1.975, establecen claramente que cualquier reclamación deberá hacerse antes del retiro de las mercancías afectadas, al tiempo que limitan la responsabilidad de la demanda hasta la entrega de las mercancías a sus consignatarios. Hasta donde está probado, la demanda entregó lo mismo que recibió. Pensar en una norma que permitiera un principio contrario al anunciado, equivaldría a dejar sin amparo alguno el servicio de bodegaje prestado por la entidad demandada. Se pregunta la Sala qué seguridad tendría la Zona Franca sobre la realidad de las mercancías retiradas de sus instalaciones, y devueltas por circunstancias diferentes al error en la entrega propiamente dicha?

De la misma manera, la Sala encuentra inusitado que el importador no se hubiera enterado de las irregularidades surgidas de la diligencia de entrega, sino después de que esta estaba plenamente surtida y por tanto precluídos los términos para protestarla por inconformidad respecto a los contenidos mismos de las mercancías retiradas.

Por lo anterior y para sintetizar, la Sala concluye que en relación con los diez y seis tambores recibidos por el importador, no se encuentra probado el nexo de causal entre la falla del servicio, y los presuntos daños sufridos por el importador, presupuesto sin el cual no es viable hablar de responsabilidad en cabeza de la demandada.

Pasará ahora la Sala, a analizar lo concerniente con las mercancías restantes, o sea con los cuarenta tambores no entregados al importador y que supuestamente ingresaron a las instalaciones de la entidad demandada, que contenían trihidrato de ampicilina.

II - Así, se verá en primer término lo referente a los veinticuatro tambores que el 7 de junio de 1.982 recibió la demandada, y que sobre los cuales no se adelantó ningún trámite de nacionalización, en razón de que al ser verificados

sus contenidos, se encontró que éste difería al declarado en los documentos que los acompañaban.

Las normas que se dictaron anteriormente determinan el sistema de recibo y entrega de mercancías por parte de la entidad demandada, así como las obligaciones que ésta adquiere en relación con la recepción, entrega, custodia y vigilancia de las mismas.

Conviene precisar como la actividad que envuelve la importación de productos al país se encuentra basada en un serie de presunciones "JURIS TANTUM" que se suceden una tras otra y que por regla general y en razón de la agilidad que supone el tráfico mercantil, favorecen al importador, pero que a su vez le imponen el deber de asumir los riesgos propios de presunciones susceptibles de ser desvirtuadas por él, pero que no lo fueron en el tiempo y el modo que la ley prevé para ello.

Lo anterior se ve claro traído al evento sublite.

En efecto, el importador declara haber adquirido de un laboratorio Suizo sesenta tambores de trihidrato de ampicilina. Acto seguido los envía al país, embarcándolos vía aérea desde Barcelona hasta Madrid, y de ésta a Bogotá, declarando siempre que su mercancía es trihidrato de ampicilina. Llega su carga a Bogotá y a través de otro transportador, a quien también se le expresa que es trihidrato de ampicilina, se despacha a Cali, para que allí se lleven a la Zona Franca y se surtan los trámites de nacionalización.

Durante esta sucesión de hechos, nadie constató que el contenido material de los tantas veces mencionados tambores coincidiera con el declarado. Sobre ellos recae la presunción de la buena fé que ampara las declaraciones del importador, las cuales o se confirman o se desvirtúan cuando intervengan las autoridades aduaneras encargadas de controlar el ingreso de mercancías al país. No obstante, compete al importador interrumpir esta cadena de presunciones cerciorándose de que su remitente haya cumplido con su obligación contractual, despachando efectivamente el producto adquirido por él, máxime cuando, previamente a su nacionalización, la entrega a entidades como la demandada, que según se vió reciben y entregan las mercancías con indicación del peso anotado en los ducumentos, pero que no está facultada, por no ser entidad aduanera, a verificar por iniciativa propia el contenido de las mercancías llevadas a sus instalaciones por los depositarios directos de las mismas.

Así las cosas, y no existiendo dentro de la legislación que regula la materia, principio rector o norma alguna que obligue a la Zona Franca a responder por supuesta sustitución de mercancías cuyo contenido no fue verificado, correspondería al interesado, en el evento sublite probar que efectivamente los productos declarados por el ingresaron a las bodegas de la demanda, prueba que bien hubiera podido establecer si al momento del arribo de las mimas, el importador solicita a la demandada (quien a manera de actividad complementaria presta este servicio) que verificara el contenido de los tambores mencionados,

evento en el cual la responsabilidad de la entidad demandada ya no versaría meramente sobre el peso, sino sobre la calidad del producto.

Las afirmaciones anteriores comulgan con la naturaleza y funciones de las Zonas Francas, quienes por regla general no verifican el contenido de las mercancías que recibe, quedando a cargo del usuario de ellas la carga de la prueba del mismo, no siendo suficiente para ello la declaración documental que las ampara. La Zona Franca prestó un mero servicio de bodegaje, para mercancías en tránsito de ser introducidas al territorio aduanero, y que por tanto estaban sometidas a un régimen especial, dentro del cual no se tienen previstos controles aduaneros ni impuestos arancelarios.

Se hace evidente que si el importador, en su condición de depositario de las mercancías, no se preocupó por interrumpir la cadena de presunciones que según se dijo ampara el proceso de importaciones, mal puede trasladar el riesgo derivado de ello a la demandada, exigiéndole responder por circunstancias diferentes al peso de la mercancía que recibe, sin antes probar que esta entidad hubiera sido negligente en el cumplimiento de las obligaciones de custodia y vigilancia que la ley le impone, hecho que no se amerita en el expediente.

Principios y responsabilidades similares a las enunciadas se predican respecto a los almacenes generales de depósito y a los transportadores cuando tienen acceso al conocimiento de las mercancías.

En consecuencia de lo anterior, la Sala concluye que en el evento sublite, si bien el actor acredita haber sufrido un daño consistente en la no concordancia entre el producto encontrado en los veinticuatro tambores y lo que declaraban contener los documentos que los amparaban, no logró probar que dicho daño se originara en falla del servicio imputable a la demandada, quien prestó el servicio en las condiciones normales que su función le impone. Y tal obligación en casos como el presente, es la de entregar lo recibido, siempre que las autoridades aduaneras lo autoricen, de acuerdo con la obligación que asumió, o sea por peso, independientemente de cuál sea el contenido de ellos.

Pasarán a ser las autoridades aduaneras quienes establezcan por qué ingresaron a la Zona Franca productos no autorizados por licencias previas y corresponderá al importador establecer con su remitente, la veracidad respecto al despacho del producto adquirido por él.

Por lo anterior y no habiéndose comprobado negligencia por parte de la demanda, la Sala considera que no procede la solicitud resarcitoria demandada por el actor en materia de los veinticuatro tambores sobre los cuales no se ha adelantado gestión de nacionalización alguna, pues es sabido que para que aquella se declare, deben demostrarse los siguientes elementos:

1. El hecho generador de la falla del servicio;

2. Daño que implique perturbación de un derecho o bien amparado por la ley; y

3. Una relación de causa - efecto entre el primero y el segundo.

Elementos que a juicio de la Sala, según se dejó dicho, no quedan probados dentro del evento *sub-lite*.

III. Entrará la Sala a estudiar la situación relacionada con los diez y seis tambores cuyo contenido fue certificado por la química de la aduana como trihidrato de ampicilina, y que luego de este análisis permanecieron bajo la custodia y vigilancia de la entidad demandada.

Sobre ellos la obligación de responder por parte de la demandada, necesariamente es diferente a la del supuesto anterior, por cuanto, si bien los recibió simplemente con anotación del peso, antes de su entrega el contenido de los mismos fue verificado por la autoridad aduanera competente, que en ejercicio de las funciones que le confiere la ley, cumplió con su deber de verificar las mercancías antes de su ingreso al territorio aduanero del país. Esta constancia quedó incluída en el acto administrativo que constituye una verdad procesal de obligatoria acogida para el fallador.

Por lo anterior, y en relación con los diez y seis tambores que de acuerdo con la certificación aduanera mencionada contenían trihidrato de ampicilina, la Sala infiere que la entidad demandada prestó deficientemente el servicio de vigilancia al cual esta obligado, al no advertir que el contenido de los mismos se sustituyó por otro, estando las mercancías bajo su custodia y vigilancia.

En consecuencia, la demandada deberá responder por la sustitución del producto de dieciseis tambores que contenían trihidrato de ampicilina, sobre los cuales sí se comprobó la existencia de una falla del servicio, de un daño y de una clara relación de causalidad, y en este sentido habrá de pronunciarse la Sala.

Ahora bien, la demandante estima en su libelo el valor del supuesto perjuicio ocasionado en la suma de $20.128.830 por la pérdida de los 60 barriles, cifra que no comparte la Sala y que habrá de reducir proporcionalmente, descontando además, las sumas correspondientes a bodegajes y gastos de nacionalización, pues en ellos de todas maneras habría incurrido. Así, y teniendo en cuenta los documentos que obran a folios 12, 18 y 19 del Expediente, vemos que el valor C.I.F. DE 20 barriles ascendía al equivalente a US $85.815.15, los cuales, liquidados a la tasa de cambio vigente de $62.62, arroja un total, por 20 barriles, de $5.373.744.69. Ello quiere decir que el valor CIF de 16 barriles era de $4.298.995.75, cifra que se reconocerá a la demandante, y que se actualizará con base en la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$, en donde Vp es el monto a indemnizar;

Vh el valor histórico o daño sufrido; el índice inicial el correspondiente a la fecha de recibo de las mercancías por la Zona Franca, (o sea, el 7 de junio de 1.982) y que corresponde al índice de precios al por mayor, que certifique el Banco de la República; e índice final el que corresponde al mismo índice de precios al por mayor, también certificado por el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Como lucro cesante deberá pagarse a la parte actora intereses a la tasa del 6% anual sobre la suma de $4.298.995,75 que como se dijo constituye el valor histórico de la mercancía perdida teniendo el cuidado de no cobrar intereses sobre intereses.

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 a la Zona Franca Industrial y Comercial Manuel Carvajal Sinesterra - Palmaseca, administrativamente responsable por el cambio en el contenido de diez y seis tambores de trihidrato de ampicilina, llevados a sus bodegas el 7 de junio de 1.982.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, la Zona Franca pagará al actor la suma de $4.298.995,75, reajustada con aplicación de la fórmula indicada en el capítulo de consideraciones de esta providencia. Con la cuenta de cobro correspondiente la Aseguradora Grancolombiana S.A. presentará los certificados expedidos por el Banco de la República acerca de los índices de precios al por mayor aplicables según la fórmula indicada. Sobre la cifra histórica de $4.298.995,75, la entidad demandada reconocerá y pagará intereses a la tasa del 6% anual desde el 7 de junio de 1.982 y hasta el mes de ejecutoriada del presente fallo. Esta condena se entiende hecha en concreto.

TERCERO: Deníeganse las demás súplicas del demandante.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa (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.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Improcedencia/ **LEGITIMA DEFENSA**

En el sub judice encuentra la Sala desvirtuada la falla presunta del servicio, puesto que en el uso del arma de dotación oficial existió ausencia de falla del servicio. El disparo con arma de dotación oficial fue el desenlace inevitable que resultó del grave e inminente peligro para la vida del agente del orden público, peligro que en tales circunstancias no podía ser conjurado por otros medios, y frente al cual no sería lógico aún a pesar del entrenamiento profesional que el oficial tenía, exigirle que hubiere tratado de capturar con vida y sin riesgo para la suya propia, a quien le estaba agrediendo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla,* .

Referencia: Expediente No. 5597 (368). Actor: María del Rosario Moreno de Baldrich. Consulta.

Procede la Sala a desatar el grado de consulta contra la decisión del Tribunal Administrativo del Chocó de fecha 5 de septiembre de 1.988, mediante la cual se declaró administrativamente responsable a la Nación - Policía Nacional por los perjuicios causados por la muerte del Sr. Jesús Baldrich Rentería a manos de un oficial de la Policía Nacional el día 11 de octubre de 1.982.

1. Mediante demanda instaurada con fecha octubre 11 de 1.984, a través de apoderado, se había solicitado al Tribunal se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.- Que la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) es responsable para con los demandantes de los perjuicios materiales y morales

causados con la muerte del señor Jesús Baldrich Rentería, la que tuvo ocurrencia en la población de Riosucio Chocó, el día 11 de octubre de 1.982, por acción del teniente de la Policía Nacional Rodrigo Toro".

"Segunda.- Como consecuencia de la declaración anterior, la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa - Policía Nacional) debe pagar a mis mandantes o a sus causahabientes con ocasión de la muerte de su esposo y padre, los daños y perjuicios materiales teniendo en cuenta el daño emergente y el lucro cesante, más los intereses compensatorios de lo que sumen, desde la fecha en que el daño se produjo hasta la fijación de la indemnización, en la cuantía que demuestre en el proceso, y subsidiariamente, en la cuantía que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica teniendo en cuenta la edad del occiso, las tallas (sic) de esperanza de vida y para calcular el daño futuro, las tablas de egidio Garufa.

"Estos daños y perjuicios se actualizarán de acuerdo con el incremento del índice de precios al consumidor".

"Tercero.- La Nación Colombiana debe pagar a los demandantes, o a sus causahabientes, los perjuicios morales de los cuales se liquidarán por el valor de mil (1.000) gramos de oro, como compensación del daño moral, y se le reconocerá intereses al (6%) por ciento anual aumentado con el incremento promedio que en el mismo período haya tenido el precio al consumidor sobre las sumas que resulten a su favor desde la fecha el (sic) fallo hasta cuando se verifique el pago".

"Cuarta.- La Nación Colombiana dará cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el art. 176 del C.C.A.". (fol. 2 y 3 C. 1).

2. Como fundamento de las pretensiones anteriores, en la demanda se arguyeron los siguientes hechos:

"Primero.- Jesús Baldrich Rentería quien residía en la población de Riosucio en el Departamento del Chocó, llegó en la noche del día 11 del mes de octubre de 1.982, luego de haber trabajado durante todo el día en sus labores como administrador de una finca de propiedad de su hermano, a divertirse en un bailadero que hay en esa población de Riosucio, denominado las "Malvinas" a divertirse en compañía de unos amigos entre los cuales se encontraba Angel Cárdenas Ballesteros, estando en dicho lugar o establecimiento Baldrich Rentería, llegó más tarde, el teniente al servico de la Policía Nacional, Rodrigo Toro, comandante para esa época, del puesto de Policía de Riosucio Chocó".

"Segundo.- Una vez llegó al establecimiento o bailader (sic) las "Malvinas" el Teniente Rodrigo Toro, se dedicó a jugar billar y a tomar aguardiente como iba perdiendo la partida o chico de Billar, le decía al compañero que se encontraba

con él departiendo en ese momento, que tranquilo que éste y señalado el Revolver que tenía en el cinto, cobraba repetía insistentemente, tranquilo que este o sea el revolver cobra".

"Tercero.- El señor Jesús Baldrich Rentería, como era conocido del teniente Rodrigo Toro, de la mesa donde estaba divirtiéndose, le mandaba aguardiente a la mesa donde estaba el teniente Rodrigo Toro, también, Jesús Baldrich Rentería, compró varios platos de sancocho que vendían en el bailadero las "Malvinas" y le envió uno al teniente Rodrigo Toro".

"Cuarto.- En las horas de la madrugada ya pasados de copas de aguardiente el teniente Rodrigo Toro, se retiró del establecimiento o bailadero las Malvinas y pasó por el Matadero Municipal de Riosucio donde a esas horas de la madrugada se encontraba sacrificando (sic) unos cerdos, los señores Tiberio Hurtado y Raquel Imba Rentería al verlos en esas labores el teniente Rodrigo Toro, se dirigió a ellos con palabras vulgares y tratándolos de negros H.P. que estaban acostumbrados a dornos (sic) de comer carne mala aqui en este pueblo a todo mundo y cuando los carniceros o matarifes quisieron responderle y reaccionaron ante las injustas ofensas, el teniente Rodrigo Toro, los obligó a enterrar los cuchillos carniceros dentro del cuerpo de los cerdos sacrificados".

"Quinto.- Al salir del matadero, el Teniente Rodrigo Toro, salió con destino al puesto de Policía de Riosucio y estando en dicho lugar, obligó a varios agentes de policía que se encontraban en esas horas durmiendo, a que salieran a patrullar la pobalción a sabiendas que en Riosucio Chocó, se acostumbraba a desarrollar esas labores únicamente hasta las doce de la noche, hora en que se apagaba la planta eléctrica de ese Municipio; pero algunos agentes se negaron a levantarse argumentándole al teniente Toro, que no tenían nada que hacer a esas horas que quien quisiera hacerlo se levantaron otros agentes cumplieron la orden de su superior el teniente Rodrigo Toro se levantaron y salieron en su compañía a patrullar entre esos agentes iba Benito Mena Moya. (sic)".

"Sexto.- Estando los agentes de la policía y el teniente Rodrigo Toro, en las labores de patrullaje en Riosucio, este los obligó a que se metieran por un callejón, pero sin conocer el propósito de su superior, estando en dicho callejón, vinieron venir a Jesús Baldrich Rentería en compañía de Angel Córdoba Ballesteros, al llegar los traunseuntes (sic) Jesús Baldrich Rentería y Angel Córdoba Ballesteros a una distancia cercana al callejón donde los aguardaban el teniente Rodrigo Toro, y los agentes de policía que lo acompañaban, fue cuando el teniente Rodrigo Toro, llamó por su nombre a Jesús Baldrich Rentería y cuando este le respondió a la orden, el teniente Rodrigo Toro, le quitó la carabina al agente Benito Mena Moya con ella le disparó a Jesús Baldrich Rentería, y le desbarató de un solo disparo los intestinos causándole la muerte".

"Séptimo.- Una vez que el teniente Rodrigo Toro, le disparó mortalmente a Jesús Baldrich Rentería trató de obligar al señor Angel Córdoba Ballestero (sic) a que se agachara y le sacara el revolver que cargaba el herido de muerte y este se negó a hacerlo".

"Octavo.- El teniente de la Policía Nacional Rodrigo Toro, luego de herir mortalmente a Jesús Baldrich Rentería, empezó a gritar !Hay maté a mi amigo! y lo recogió con otros agentes, lo llevó a una canoa por el agua hasta el Hospital Riosucio".

"Sin embargo el propósito del teniente de la Policía Nacional Rodrigo Toro, no era llevar al herido al hospital, sino tirarlo al agua pero como el pueblo se enteró de lo que estaba sucediendo, fue que optó por llevarlo en una canoa, al hospital de Riosucio donde posteriormente fue trasladado al Hospital de Apartadó, donde falleció".

"Noveno.- Una de las balas que el teniente de la policía Rodrigo Toro le disparó a Jesús Baldrich Rentería, que no hizo blanco en el cuerpo de él penetró a una casa vecina al lugar de los hechos donde se encontraba una mujer recién parida de un niño durmiendo y casi mata (sic) pues rompió el toldillo de la señora Celia, quien era la persona recién dada a luz".

"Décimo.- Jesús Baldrich Rentería, que desempeñaba en oficios varios como mecánico administrador de Billares en el momento de su muerte violenta a manos del teniente de la policía Rodrigo Toro, estaba trabajando como administrador de una finca de su hermano Arquimedes Baldrich Rentería, en Riosucio Chocó y devengaba un sueldo mensual de quince mil ($15.000) pesos m/cte., con los cuales cumplía sus deberes, de protección y mantenimiento de su esposa e hijos".

"Once.- El señor Jesús Baldrich Rentería, muerto violentamente, tenía en el momento de su desaparición 35 años de edad, era casado con mi poderdante, es hijo natural de Luis Santiago Baldrich y Juana Rentería". (fols. 3 y 4 C. 1).

3. Luego de surtido el procedimiento correspondiente, practicadas las pruebas solicitadas, y aportado al proceso el expediente correspondiente al proceso penal militar adelantado contra el oficial Toro, el Tribunal del Chocó, con el salvamento de voto de un magistrado, decidió lo siguiente:

"ARTICULO PRIMERO.- DECLARASE a la Nación Colombiana, administrativamente responsable de los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la muerte causada a JESUS BALDRICH RENTERIA, según hechos ocurridos en el Municipio de Riosucio-Chocó-, de manos de un oficial de la Policía Nacional, el día 11 de noviembre de 1.982.-

"ARTICULO SEGUNDO.- COMO CONSECUENCIA de la declaración anterior, CONDENASE a la Nación Colombiana - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL-, a pagar a los demandantes el valor que se liquide por el procedimiento del artículo 308 del C. de P. Civil. La cantidad que se reconozca devengará intereses comerciales durante los siguientes seis (6) meses a la ejecutoria del auto que la concrete y moratoria después de éste termino".

"ARTICULO TERCERO.- La Nación Colombiana -MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-, debe pagar a los demandantes los perjuicios morales, para cada uno, el valor que a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, tenga mil (1.000) gramos oro puro, conforme el precio que certifique el Banco de la República. Esta cantidad devengará intereses comerciales durante seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este proveído y moratorios después de este término".

"ARTICULO CUARTO.- La Nación Colombiana -MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL-, dará cumplimiento a la presente sentencia, en los términos establecidos por el artículo 176 del C.C.A.". (folio 114 C. 1)".

4. Admitida la consulta, presentó alegato la apoderada de la Policía Nacional, y rindió su informe el Fiscal Octavo del Consejo de Estado, quien solicita se confirme la sentencia consultada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego de un detenido análisis de los elementos probatorios que obran en el expediente, así como de aquellos correspondientes a la proceso penal que fueron arrimados al mismo, la Sala considera necesario revocar la decisión del a-quo, pues estima que no se ha probado la falla del servicio y que, además los distintos ingredientes fácticos desvirtuan la aplicabilidad de la falla presunta en el evento subjudice. Fundamenta la Sala su criterio con base en los siguientes hechos, los cuales considera probados en el expediente.

a. Es indudable que en la madrugada del 11 de octubre de 1.982, el teniente de la Policía Nacional Rodrigo Toro ordenó un patrullaje en la Población de Riosucio, Chocó, con el objeto de identificar a las personas que acostumbran realizar disparos al aire;

b. Dicha misión del servicio se realizó con traje civil, y con armas de dotación oficial, y en la misma participaron, además del oficial mencionado, los agentes Benito Mena Moya y Melquisedec Marín Ariza. Durante parte del trayecto los acompañó el ciudadano Gustavo Adolfo Restrepo.

c. Si bien existe testimonios en el expediente en el sentido de que el Sr. Teniente Toro había estado ingiriendo licor la noche anterior al insuceso, anota la Sala que los mismos son contradictorios, y que obra en el expediente certificación expedida por el Servicio Seccional de Salud del Chocó (folio 36) según la cual a las 4:45 horas del día 10 de octubre de 1.982 (o sea en la madrugada del día 11, apenas 1 hora y 45 minutos después del accidente), dicho oficial no presentaba ningún signo de embriaguez y gozaba de perfecta lucidez mental.

d. Al interceptar la patrulla de policía a los ciudadanos Jesús Baldrich Rentería y Angel Córdoba Ballesteros, el teniente Toro les informó que se trataba de una requisa. Acto seguido, el hoy occiso Baldrich Rentería disparó su arma, provocando como respuesta que dicho oficial accionara su carabina de dotación oficial, causando la muerte al Sr. Baldrich. Sobre este particular, la Sala reconoce que las versiones son contradictorias y un poco confusas, puesto que, mientras el Teniente Toro y los agentes Mena Moya y Marín Ariza afirman que efectivamente se ordenó a los dos transeúntes hacer el alto para someterlos a una requisa el civil Córdoba (acompañante del occiso) manifiesta no haber escuchado nada, mientras que Restrepo (civil acompañante de la policía) dece haber oído un cruce de palabras antes de los disparos. Todo ello lleva a la Sala a concluir que efectivamente si se produjo una advertencia previa, pues no ve razón para no dar credibilidad a los testimonios de los agentes involucrados, o, al menos, para dársela a la declaración de Córdoba B. y no a la de los agentes.

Con base en las consideraciones anteriores, para la Sala no se demostró en el caso sub-judice uno de los elementos axiológicos de la responsabilidad estatal, cual es la falla del servicio, pues estima que tanto la misión del servicio policial, como la forma en la cual se adelantaron las acciones, se ajustan a las mínimas responsabilidades policiales en operativos de este tipo. Y si bien reconoce que existen elementos en el expediente que llevan a pensar que el señor Teniente Toro no era, precisamente, un oficial modelo, y que indudablemente hubiera habido una mayor garantía ciudadana si la misión policiva se hubiera realizado con los uniformes oficiales, tanto una como otra consideración no son lo suficientemente graves o irregulares como para considerar que efectivamente se presentó una falla del servicio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la muerte del señor Baldrich fue causada por arma de dotacion oficial, sería viable pensar que en el caso presente habría lugar a la aplicación de la tesis de la falla presunta, sostenida por esta Sala en decisiones anteriores, inclusive en algunas en las cuales los hechos fueron bastante similares a los ocurridos en el evento sub-judice. Así, en decisión de 6 de septiembre de 1.990, Expediente No. 5059 (224), la Sala afirmó con respecto a la falla presunta y la legítima defensa:

"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 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 aun 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".

Sin embargo, en el caso suelb-judice encuentra la Sala desvirtuada la falla presunta del servicio, puesto que en uso del arma de dotación oficial existió ausencia de falla del servicio. Dada la velocidad con la cual ocurrieron los hechos y teniendo en cuenta la cercanía física entre el hoy occiso y el oficial de la policía, es posible concluir que, ante los disparos de que fue objeto el teniente Toro, su reacción era inevitable y no sería razonable pretender que en tales circunstancias, es decir, ante un sujeto armado, que estaba a pocos metros delante de él, y que ya había disparado al menos dos oportunidades, se le exigiese, como si se hizo en el caso al cual corresponde la jurisprudencia transcrita, un

comportamiento diferente. En este evento, el disparo con arma de dotación oficial fue el desenlace inevitable que resultó del grave e inminente peligro para la vida del agente del orden público, peligro que en tales circunstancias no podía ser conjurado por otros medios, y frente al cual no sería lógico, aun a pesar de entrenamiento - profesional que el oficial tenía, exigirle que hubiese tratado de capturar con vida, y sin riesgo para la suya propia, a quien le estaba agrediendo.

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 la sentencia de 5 de septiembre de 1.988 del Tribunal Administrativo del Chocó, mediante la cual se declaró administrativamente responsable a la Nación Colombiana por los perjuicios causados como consecuencia de la muerte causada al Sr. Jesús Baldrich Rentería, según hechos ocurridos en el Municipio de Riosucio - Chocó, el día 11 de Octubre de 1.982.

En su lugar se decide:

Denieganse las Suplicas de la Demanda.

Copiese, Notifiquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Junta en sesión de fecha 4 de octubre de 1.990.

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

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA (Salvamento de Voto)

Considero que en el proceso quedó probada la falla del servicio. No aparece una buena razón para aceptar que la autoridad, que patrullaba en grupo, hubiese atentado contra la vida del señor Baldrich. ¿Acaso no lo podían someter sin acudir a la vía extrema? ¿Qué medios agotó la autoridad para controlar la situación, sin acudir de entrada al expediente de acabar con la vida de esta persona?

Bogotá, octubre diecisiete (17) de mil novecientos noventa (1.990)

Referencia: Expediente No. 5597. Actor: María del Rosario Moreno de Baldrich. DEMANDANDO: LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Con toda consideración por la decisión mayoritaria, tomada por la Sala, me separo de ella pues considero que en el proceso quedó debidamente probada la falla del servicio. La declaración rendida por el Agente de la policía, señor BENITO MENA arroja la suficiente luz para llegar a ésta verdad jurídica. Este afirma que el TENIENTE disparó la carabina, por una o dos ocasiones, y que vió al "... señor CHUCHO, caído en el suelo, con el revólver en la mano ..". Pero es más: El mismo deponente acepta que la víctima sí disparó, pero que lo hizo al suelo. "PREGUNTADO: LOS DISPAROS HECHOS POR EL SEÑOR CHUCHO BALDRICH,A QUIEN IBAN DIRIGIDOS? CONTESTO: Según la ubicación que quedaron (sic) los huecos, iban dirigidos a la tierra, pero nos cayeron arena en parte del cuerpo "Así las cosas, no aparece una buena razón para aceptar que la autoridad, que patrullaba en grupo, hubiese atentado contra la vida del Señor JESUS BALDRICH RENTERIA. Acaso no lo podían someter sin acudir a esa vía extrema? Qué medios agotó la autoridad para controlar la situación, sin acudir de entrada al expediente de acabar con la vida de ésta persona? Pero es más: en la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de más interés que la de la propia ley, se impone preguntar: ¿Por qué el teniente ordenó a los agentes que lo acompañaban que se escondieran en un callejón, con el argumento de que deseaba saber quiénes eran los peregrinos que venían, para requisarlos? ¿Por qué el autor de la conducta antijurídica

ordenó a los mismos que el patrullaje debía hacerse sin usar el uniforme? ¿Por qué tenían que prestar el servicio " ... en pantaloneta y tenis o sea de civil ..." como lo recuerda el mismo deponente? Esta realidad explica que el mismo agente declarante diga: "... a mi me pareció raro en efectuar (sic) un patrullaje de civil ya que no era la costumbre ..".

El sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior Militar confirmó en favor del Teniente RODRIGO TORO RAMIREZ, no convence en el universo de su literatura, a quien suscribe el presente salvamento de voto. Acaso no es el Fiscal de esa alta Corporación el que siembra el camino de interrogantes sin respuesta, todos ellos en contra de la administración? En uno de los párrafos de su concepto de fondo se lee:

"Pese a las pruebas practicadas, a través de ellas no se pudo desvirtuar la confesión del acusado y antes por el contrario la mayoría corroboran su dicho en el sentido de que efectivamente BALDRICH RENTERIA portaba un arma de fuego en la noche de los hechos, con la cual previamente había efectuando un disparo hacia el piso y encontrándose en estado de embriaguez, lo cual indica que en realidad pudo haber esgrimido ese mismo revólver cuando el teniente TORO RAMIREZ le intimó la requisa que dió lugar luego a los disparos que entre ellos se cruzaron.

Es verdad que ninguno de los testigos presenciales de lo acontecido afirma que la persona que resultó muerta hubiese disparado su arma de fuego contra el procesado, a excepción de los dos agentes que lo acompañaban en ese procedimiento y que lo eran BENITO MENA (fl 15 vto) y MELQUISEDEC MARIN ARIZA, pero atestaciones que podrían ser tachadas de parcialidad, por su clara relación de subordinación con el acusado" (C 2, fol 278).

Frente a la realidad anterior, resulta que dentro del proceso contencioso administrativo el agente señor BENITO MENA MOYA sostiene que los disparos hechos por el señor CHUCHO BALDRICH iban dirigidos al suelo, y no a la humanidad del teniente. Por ello quien suscribe considera que la providencia penal no tiene la fuerza de convicción suficiente como para atar al juez administrativo en el sentido de que éste deba concluir, también, en el sentido de que el sindicado tuvo una conducta inocente, y, que por lo mismo, no se registró la falla del servicio.

La vida humana es el don mas valioso que Dios dió al hombre y, por lo mismo, debe ser protegida en todos los momentos de su existencia. A esa bella tarea contribuye la magistratura sancionando a los que atentan contra ella con olvido de que ella vale mas que todo el universo inanimado.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

REVISION DE CONTRATOS/ ACTO ADMINISTRATIVO/ CONTROL JURISDICCIONAL

Es un acto administrativo el que declara el contrato ajustado a la ley, no sólo porque culmina una actuación administrativa (la de su perfeccionamiento) en aquellos contratos que por la ley requieren esa revisión, sino porque la Sala de Consulta de esta corporación y el Tribunal, en su caso, al proferir su dictamen, no actúan en ejercicio de su competencia jurisdiccional propia, sino que cumplen una actividad netamente administrativa, asignada por la ley. El hecho de que este acto no sea susceptible de control jurisdiccional, no le cambia su naturaleza. Así mismo es un acto administrativo el que lo declara no ajustado a la ley de autorizaciones, porque en este evento se le pone fin a la actuación administrativa haciendo imposible la continuación de la operación contractual. Y su control jurisdiccional posterior no está prohibido en parte alguna. Hizo bien el Tribunal al discurrir no sólo sobre los aspectos enlistados en el artículo 256 del C.C.A., sino sobre todos los que tienen que ver con el proceso de contratación (Reiteración jurisprudencial: Sent. mayo 22/87. Exp. 4043. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Hotel Tonchalá. Anales T. LXII, p. 06).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. octubre cuatro (4) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5984. Actor: Sociedad Germán Otálora y Cía. Ltda.

DEMANDADO: LA NACION MINISTERIO DE JUSTICIA.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el conflicto de intereses surgido entre la sociedad demandante y el centro de imputación jurídica demandado, previas las consideraciones que más adelante se harán.

La demanda con que se inició el proceso se presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1.986), habiéndose tramitado ante éste hasta llegado el momento de proferir el fallo de fondo, tiempo histórico en que esa corporación profirió el auto calendado el día catorce (14) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), en el cual, y en lo pertinente, se destaca:

> "... la Sala advierte que carece de competencia por las siguientes razones: 1a. La demanda se presentó en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y mediante ella se persigue la declaración de nulidad de los actos administrativos proferidos por esta Sala del Tribunal para declarar no ajustado a derecho el contrato número 153 de 1.984 celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la Sociedad demandante; 2a. Aunque los actos impugnados son del orden nacional y, por tanto, en principio, se podría aducir que la competencia para conocer el proceso, de conformidad con el numeral 9 del artículo 132 del C.C.A., es de este Tribunal en primera instancia, lo evidente es que esa norma de competencia no tiene aplicación en este caso, pues los actos acusados fueron expedidos por esta misma Corporación, y dentro de un criterio lógico y racional no resulta viable el juzgamiento de los actos administrativos por la misma autoridad que los dictó; 3a. El criterio anterior se encuentra reflejado en el inciso final del artículo 128 del C.C.A, cuando le asigna a un juez especial - La Corte Suprema de Justicia - el conocimiento de los procesos relativos a los actos administrativos que expida el Consejo de Estado; 4a. aunque el legislador en el C.C.A, no hizo una asignación especial de competencia para el conocimiento de los procesos relacionados con actos administrativos expedidos por los Tribunales Administrativos, resulta lógica la aplicación del criterio según el cual el juzgamiento debe hacerse por una autoridad distinta, lo cual lleva a la conclusión de que la competencia es del Consejo de Estado, en aplicación de la cláusula general de competencia prevista en el numeral 16 del artículo 128 del C.C.A.". (flio 173 - 174 Cdno #1).

Frente a la realidad anterior, el consejero conductor del proceso avocó el conocimiento del mismo, el día veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), realidad procesal que explica bien, la causa, motivo o razón por la cual esta Sección entra a proferir la decisión de fondo.

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

"Demanda

"Primera: Que son nulos los actos administrativos proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 8 de julio de 1.985 y el 31 de octubre del mismo año, el primero de los cuales declaró no ajustado a derecho el contrato número 153 de 1.984 celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y Germán Otálora y Cia. Limitada, para la construcción de un bloque del Centro Administrativo de Cundinamarca, y el segundo confirmó la providencia anterior al desatar el recurso de reposición interpuesto por mi mandante.

"Segunda. Que como consecuencia de la nulidad de dichos actos, se condene a la Nación a pagar a Germán Otálora y Cia. Limitada los perjuicios que dichos actos le ocasionaron, así: a. Los gastos de la elaboración y preparación de la propuesta: b. La utilidad legítima que dejó de percibir mi mandante Germán Otálora y Cia. Limitada por motivo del despojo del contrato que se le había adjudicado, y c. Los correspondientes intereses de las sumas que resulten por tales conceptos, a la tasa comercial, desde que se hicieron exigibles, hasta que se efectúe el pago. Pido que las condenas se hagan teniendo en cuenta el valor actual del peso colombiano o sea la desvalorización del mismo, desde el momento en que han debido pagarse las mencionadas sumas hasta que se efectúe su cancelación.

"Hechos

"Primero: Previa licitación pública número OP-02-84, el Departamento de Cundinamarca adjudicó a la firma Germán Otálora y Cía. Limitada el contrato para la ejecución de las obras del bloque D. del Centro Administrativo de Cundinamarca.

"Segundo: En desarrollo de tal adjudicación, se celebró entre el Departamento de Cundinamarca y la firma de ingeniería Germán Otálora y Cía. Limitada el contrato número 153 de 6 de septiembre de 1.984, por valor de $60'497.736.68.

"Tercero: En cumplimiento del artículo 263 del C.C.A., el Gobernador de Cundinamarca remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el contrato número 152 de 1.984, para su revisión por dicho organismo.

"Cuarto: El Tribunal de Cundinamarca, excediendo la facultad de revisión de los contratos que le confiere el artículo 256 de C.C.A., en providencia del 8 de julio de 1.985, con ponencia del señor magistrado doctor Mauricio Torres Cuervo, declaró que la adjudicación del contrato no se había ajustado a la ley y, en consecuencia, también declaró no ajustado a derecho el contrato número 153 ya mencionado.

"Quinto: Contra dicha providencia interpuso recurso de reposición la firma Germán Otálora y Cía. Limitada, a lo que no accedió el Tribunal, según providencia del 31 de octubre de 1.985.". (fl. 2 y 3 Cdno #1).

II. CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

En el momento procesal oportuno alegó de conclusión, como se desprende del escrito que obra a folios 140 y siguientes del Cuaderno Nro 1, en el cual, y en lo pertinente, discurre dentro del siguiente universo:

"Tal como se lee en las páginas 14 y siguientes de la providencia de 8 de julio de 1.985, la decisión de declarar no ajustado a la ley el contrato en mención, fue fundamentada en discrepancias de los señores Magistrados con la Administración o valoración ponderación de los factores determinantes de los criterios de adjudicación Departamental en cuanto a la apreciación. Puede decirse, sin hipérbole, que el Tribunal asumió las funciones que el decreto 222 de 1.983 y la mayor parte de los estatutos de contratación de los niveles departamentales y municipales asignan a las Juntas de Licitaciones o Comités Técnicos para la asesoría a la administración en la evaluación de dichos factores, y finalmente procedió a fijar sus propios criterios, sustituyendo así al funcionario u organismo a quien las disposiciones pertinentes confieren la función de adjudicar el contrato.

"El apoderado de la firma contratista, doctor Alfonso Beltrán García, al interponer el recurso de reposición contra la providencia del Tribunal, analizó de manera exhaustiva los elementos que comprenden el ámbito de la revisión de los contratos por el Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos. El escrito correspondiente fué acompañado a la demanda y de su lectura se concluye que el Tribunal, en la instancia de revisión, se salió del marco legal para adentrarse en el estudio de la legalidad de un acto separable, como lo es por esencia y por definición legal el acto de la adjudicación, función esta que el Código Contencioso Administrativo en su artículo 87 asigna privativamente a la jurisdicción contencioso administrativa.

"En ocasión similar, ese Tribunal, en providencia del 9 de octubre de 1.986, revisión de contrato No. 02429, proferida por la Doctora Martha Helena Pilonietta Pinzón como ponente y por los doctores Manuel Urueta Ayola y Alvaro Tafur Galvis, hizo esta rotunda precisión:

"Es menester aclarar que en instancia de revisión administrativa de los contratos no es posible valorar o ponderar los factores que conforman los criterios de adjudicación porque estos son la justificación y el sustento legal de

un acto administrativo de naturaleza separable del contrato, que tiene vida propia la cual no puede ser desconocida sino por vía jurisdiccional, que existe sin importar que el respectivo contrato nazca o no a la vida jurídica pero que a su vez determina la existencia o validez del contrato. Adjudicada la licitación, surge una convención entre las partes y por consiguiente la segunda etapa del proceso contractual precedido de aquella, que no puede ser confundida con el contrato en sí mismo considerado, el cual tiene a su vez sus propios presupuestos de validez, requisitos previos, concomitantes y posteriores al encuentro de voluntades."

"En varias ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre los actos separables, sobre su total independencia del contrato y, por ende, su control exclusivo por otras acciones diferentes a las contractuales. En auto dictado el 6 de abril de 1.987, dentro del proceso Nro. 5050, publicado en el No. 186, página 549 de "Jurisprudencia y Doctrina", se dijo lo siguiente:

"En providencia de la Sala Unitaria, proferida por el H. Consejero doctor Jorge Valencia Arango, el día 20 de agosto de 1.986, que fué suplicada y confirmada con algunas precisiones por la Sala de Decisión, el de octubre del mismo año, actor Occidental de Colombia, se dijo: ' lo cierto es que por el origen francés de la institución de "los actos separables", de donde se trajo, como por las escasas previsiones que sobre ellos hace el C.C.A., que no cabe duda que por tales solo pueden tenerse aquellos actos administrativos que pueden existir jurídicamente sin necesidad del contrato aunque la existencia o validez de éste no pueda afirmarse sin la de aquellos. Es decir, actos separables no pueden ser sino los precontractuales, la apertura de una licitación y la adjudicación de la misma, actos trascendentales en el proceso de contratación administrativa pero que, por su propia naturaleza existen antes del contrato y aunque este nunca llegue a existir y que, por lo mismo, pueden ser "controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código", como dice el artículo 87, in fine, y que no son otras que las de simple nulidad y restablecimiento del derecho, o de plena jurisdicción, sin importar que el respectivo contrato nazca o no a la vida jurídica.".

"La jurisprudencia transcrita significa de manera muy clara que el acto de adjudicación no puede recibir en ningún momento el mismo tratamiento que el contrato y que por ello cuando la ley dice que determinados contratos deben ser sometidos a la revisión del Consejo de Estado o de los Tribunales Administrativos, se está refiriendo al contrato mismo, no al acto separable de la adjudicación que tiene vida propia y la cual no puede ser desconocida sino por vía jurisdiccional.

"La equivocación en que incurrió el Tribunal al haber actuado sin autorización legal, causó un perjuicio evidente a mi poderdante, ya que no solo perdió la suma invertida en la preparación y presentación de la propuesta, sino que se le

imposibilitó para percibir la utilidad legítima que le correspondía en el contrato celebrado, así como la rentabilidad que la suma no recibida por tal concepto ha debido producirle desde la fecha en que en condiciones normales habría debido percibir. Por ello, en uso del derecho que consagra nuestro ordenamiento legal, particularmente el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la sociedad que represento está acudiendo a ese Tribunal en demanda de que se le repare el daño sufrido.

"En el fundamentado dictamen rendido en este proceso por los ingenieros civiles Victor H. Kuhn Naranjo y Jaime Ramiro Lesmes, el 14 de enero de 1.988 que no fué objeto de observación por ninguna de las partes, se expone y explica de manera muy precisa y documentada, el origen de los perjuicios, así como su cuantía. También figuran en el expediente los certificados del Departamento Administrativo Nacional de estadística DANE sobre índices de precios al consumidor y al por mayor, para efectos del artículo 178 del C.C.A., y de la Superintendencia Bancaria sobre intereses.".

III. VISTA FISCAL

El Fiscal Séptimo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Dr ALFONSO PLATA CASTILLA, en su concepto de fondo que tiene especial interés, OBSERVA:

"El fundamento de la demanda, para solicitar las declaraciones y condenas que se mencionaron, es la incompetencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para pronunciarse sobre la adjudicación del contrato, cuando actuando como entidad administrativa - no jurisdiccional - entra a revisar los contratos que celebre el Departamento.

"Pues bien, conforme al artículo 263 del Código Contencioso Administrativo corresponde a los Tribunales Administrativos revisar los contratos que celebre el Departamento de Cundinamarca en este caso, cuando la cuantía exceda del 5% del presupuesto de la entidad, y en todo caso cuando exceda de 50 millones de pesos; el artículo siguiente dispone, que en los Tribunales se seguirán las mismas reglas aplicables a la revisión de los contratos de la Nación por el Consejo de Estado, contenidas en los artículos 253 a 262 del Decreto 01 de 1.984.

"De acuerdo a los Hechos de la demanda, el Gobernador de Cundinamarca remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el contrato número 153 de 1.984, para la revisión correspondiente; el valor del contrato era de $60'497.736,68 por lo que se encontraba incluido dentro de los contratos que necesitan la revisión del Tribunal, para que se pudiera ejecutar (artículo 255 Decreto 01 de 1.984).

"El Tribunal, el 8 de julio de 1.985 declaró no ajustado a derecho el contrato 153 celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la sociedad actora. Allí expone el Tribunal, dentro de las Consideraciones, lo siguiente:

"1o. *Régimen Legal para la contratación:* Que el Código Fiscal, Ordenanza 24 de 1.977. sólo vino a ser promulgada el 7 de Diciembre de 1.984; que la Ordenanza 3 de 1.970, antiguo Código Fiscal no le era aplicable; agrega, que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto de septiembre 15 de 1.983 definió que frente al cambio de legislación durante el desarrollo de una contratación ya iniciada, ésta debía culminar con el estatuto anterior.

"2o. *Régimen Legal aplicable:* Se expresa que el Departamento no tiene estatuto legal para la contratación administrativa; que de las normas de derecho local está la Ordenanza 8 de 1.982 que autoriza para construir el Centro Administrativo de Cundinamarca; por otro lado, el Decreto 222 de 1.983 aplicable sólo en las materias y aspectos previstos en él; además, se dice, que se tendrá en cuenta el principio general de derecho de contratación administrativa según el cual el *Pliego de Condiciones* es constitutivo de la manifestación de la voluntad de contratar y es inmodificable en sus aspectos sustantivos o principales, lo mismo que el principio de igualdad de los proponentes en la licitación y adjudicación.

"3o. *La Adjudicación:* Se dice que la administración obra de acuerdo a un criterio reglado, esto es, de acuerdo con los conceptos o criterios establecidos por la ley y los pliegos de condiciones, sin mayor margen de discrecionalidad; que por tratarse de una facultad reglada es posible que el Tribunal haga un examen de su legalidad para verificar si la administración departamental obró de conformidad con lo señalado en los Pliegos.

"Después de analizar algunos aspectos de la propuesta en particular, de la sociedad actora, expresa el Tribunal que la administración adjudicó la licitación violando algunos criterios preestablecidos en los pliegos de condiciones, pues frente a condiciones iguales (en el acta de adjudicación se había dicho que seis seleccionados se encontraban en igualdad de condiciones - aunque no se sabe cómo se llegó a tal conclusión - folio 20) debió seleccionarse a quienes ofrecieran el menor precio y el menor plazo, que del cuadro - folio 21 - el que ofrecía menor precio y menor plazo era "Constructora A & C", y le seguían Germán Otálora y Cía" y "Pinsky y Asociados"; que no se previó o admitió oferta parcial de la obra, que se pidieron ofertas por la totalidad pero discriminado el valor unitario global para cada uno de los tres módulos; que al aceptar que todas las firmas cumplían y estaban en igualdad de condiciones generales se admitió que cada una estaba en capacidad de adelantar individualmente y con éxito la totalidad del Centro Administrativo. Que el riesgo como criterio de selección no estaba contemplado dentro del pliego de condiciones y no podía adoptarse tal criterio antepo-

niéndole a los preestablecidos de precio y plazo; que el pliego de condiciones expresamente autorizó la adjudicación parcial de la obra, que era legalmente viable adjudicar total o parcialmente la obra entregándola a distintos oferentes, pero mirando siempre los mismos criterios: en igualdad de condiciones los mejores o más bajos precios y el menor plazo; que la firma A & C propuso menores precios para cada uno de los tres módulos además de un plazo de seis meses; que no se ajustó al pliego la administración cuando asignó los Bloques I-J a la firma Pinsky, y el Bloque D a la actora; que el criterio de disminuir o repartir el riesgo de la no construcción entre el 1o, 2o y 3o oferente, pudo tener operancia si hubiera existido igualdad de precios y plazos, o porque las ofertas por módulos cada una representaba la mejor para los módulos cuya construcción se les adjudicó finalmente. Que se rompió el principio de igualdad de los proponentes y el de la inmodificalidad de los Pliegos al otorgar derechos a quienes no lo ameritan con base en fundamentos distintos a los preestablecidos. Con base en todo lo anterior el Tribunal declaró no ajustados a derecho el contrato con la firma Pinsky y el celebrado con la parte demandante, y declaró ajustado a derecho el de la firma "A & C".

"Tanto la sociedad actora como el Gobernador del Departamento interpusieron el recurso de reposición (art. 261 del C.C.A.), que resolvió el Tribunal el 31 de octubre de 1.985, no accediendo a reponer la providencia del 8 de julio de 1.985.

"Pues bien, el estudio de la Fiscalía se limitará a la competencia o incompetencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para revisar la adjudicación y con base en sus posibles defectos legales declarar no ajustado a derecho el contrato; se excluye por lo tanto cualquier análisis sobre alguna falla legal *diferente* que pudiera tener el contrato, por la que, igualmente, pudiera haber sido declarado no ajustado a derecho.

"El artículo 264 del Código Contencioso Administrativo dispone que en los Tribunales Administrativos se seguirán las mismas reglas aplicables a la revisión de los contratos de la Nación por el Consejo de Estado; remitiéndose entonces a esas normas, se tienen dos artículos en particular:

"Art. 256. Ambito de la revisión.

> En ejercicio de la facultad de revisión de los contratos, el Consejo de Estado (Tribunales) examinará la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebre; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal".

"Art. 258. Declaración sobre adecuación del contrato a la ley.

"Si del examen que se haga no resultare ninguna observación, el Consejo declarará ajustado a la ley el contrato; pero si encontrare algún defecto, se abstendrá de hacerlo y formulará las observaciones correspondientes.

"La decisión que en uno u otro caso adopte la corporación deberá ser motivada".

Conforme lo expresó el Tribunal, en la providencia de 31 de octubre de 1.985, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra la de 8 de julio del mismo año, en el artículo 256 del Código Contencioso Administrativo transcrito no aparece la prohibición para los Tribunales Administrativos de ocuparse de aspectos diferentes a los ahí señalados (se dice que para los Tribunales, porque de acuerdo a los Antecedentes del Código Contencioso Administrativo sólo se incluía, en principio, esta limitación para los Tribunales Administrativos, y no para el Consejo de Estado, pues las reglas para la revisión de contratos para cada una de estas dos Corporaciones eran diferentes, pero al final se resolvió remitir la actuación del Tribunal a las reglas dadas para la del Consejo de Estado y suprimir los artículos que se referían a los Tribunales Administrativos); obsérvase que en los proyectos de la Comisión Asesora, hubo dos versiones respecto del artículo "Contenido de la Revisión", que decían:

"1o. "Contenido de la Revisión. En ejercicio de la facultad de revisión de los contratos los *Tribunales Administrativos* analizarán *exclusivamente,* la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebra; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal. *Es prohibido ocuparse de temas no señalados en esta norma".*

"El otro decía:

"En ejercicio de la facultad de revisión de los contratos, los *Tribunales Administrativos* analizarán la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebra, la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal.

"Así mismo podrán hacer conocer sus apreciaciones sobre *conveniencia o inconveniencia de las estipulaciones de los contratantes* pero ello no los autoriza para improbar un contrato por razones de inconveniencia.".

"En las Actas de la Comisión (No. 28 y 32) también, al estudiarse este punto de la prohibición de ocuparse de temas no señalados en la norma, haciendo referencia a cuestiones de conveniencia e inconveniencia, no se llegó a ningún acuerdo. Así las cosas, como no aparece en el texto del Código Contencioso Administrativo ninguna prohibición de ocuparse de otros aspectos diferentes a los que aparecen en el artículo 256, considera la Fiscalía que sí puede el Tribunal estudiar todos los aspectos del *proceso de contratación*, y no limitar el estudio al contrato escrito, con miras a determinar si se ajusta o no a derecho, esto es, analizando la legalidad del contrato final y de sus antecedentes (sin entrar en consideraciones de conveniencia o inconveniencia, pero sí remitiéndose, únicamente, al aspecto legal); se dice esto, porque la legalidad o ilegalidad de un contrato tiene íntima relación con todos los aspectos que lo preceden, pues ese contrato que llega a la revisión por parte del Tribunal, como requisito de perfeccionamiento y de validez para poder entrar a ejecutarse, es el resultado final de todas las demás etapas anteriores, que obviamente deben ser legales, ajustadas a derecho, para que el contrato *también lo sea.*

"En el caso particular de la adjudicación, que es la etapa del proceso de contratación en donde se produce el encuentro de voluntades, cuando la administración acepta una de las propuestas - que debe aceptarse teniendo en cuenta el pliego de condiciones en donde la administración sentó los criterios del futuro contrato-, no encuentra la Fiscalía posible separarla, para el estudio de legalidad, del contrato; ni éstos - contrato y adjudicación -, del pliego de condiciones, pues cada uno de ellos tiene su causa en los otros: así, el contrato debe estar precedido de una adjudicación que a su vez debe estar en todo conforme con el pliego de condiciones; si no fuera así, el contrato final que pasa a revisión por parte del Tribunal, como requisito de su validez, podría declararse conforme a derecho? Considera la Fiscalía que no. Por ello, estando en todo de acuerdo con las razones dadas por el Tribunal para no reponer la providencia del 8 de julio de 1.985, no se podría declarar ajustado a derecho un contrato que por cualquier aspecto - diferente a los señalados en el artículo 256 - pudiera considerarse ilegal, pues, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 258 del C.C.A. "DECLARACION SOBRE LAADECUACION DEL CONTRATO A LA LEY", sólo procede - la declaración de encontrarse ajustado a derecho - cuando del exámen - de adecuación a la ley - no resulta ninguna observación; así las cosas, si encuentra un defecto en aspectos diferentes a los señalados en el artículo 256, mal podría el Tribunal declararlo ajustado a derecho, cuando realmente no es así.

"Ahora, por otro lado, aún suponiendo que el estudio de legalidad que corresponde a los Tribunales como organismo revisor de determinados contratos no pudiera extenderse a nada diferente a lo señalado en el artículo 256 del C.C.A., considera la Fiscalía, como lo da a entender la providencia de 31 de octubre de 1.985, que habiéndose incluido entre tales aspectos "Las prescripciones de orden fiscal", no se le puede dar a dichos términos una interpretación *restringida* sino que deberá incluirse en ello *todo* lo referente a las materias tratadas por

los Códigos Fiscales, dentro de las cuales tendría cabida la adjudicación. (No debe olvidarse que, como lo anota la providencia de 8 de julio de 1.985, del Tribunal, en el Pliego de Condiciones se establecieron los mismos criterios para la adjudicación que (también incluidos en el Código Fiscal de Cundinamarca, que no había empezado a regir) trae el Decreto Ley 222 de 1.983 - en éste para la Nación- pero del hecho de que, en el caso concreto, puedan invocarse, sólo por estar incluidos el Pliego, dichos criterios, no le quita a su regulación el carácter de prescripción de orden fiscal, obligatoria en la contratación objeto de revisión).

"Por lo tanto, considerando la adjudicación como tema incluido, o no, dentro del artículo 256 del Código Contencioso Administrativo para el estudio de legalidad de los contratos por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en criterio del Despacho no puede pensarse que haya existido incompetencia, del Tribunal, para la declaración de no encontrarse ajustado a derecho el contrato de la administración departamental y la firma actora. Tampoco, cree la Fiscalía, puede tener alguna incidencia el hecho de que para cuestión de *acciones* ante lo contencioso administrativo, se considere, como se considera, la adjudicación como un acto separable, controlable por acciones diferentes a las de los contratos en sí; además, si sólo se puede revisar el contrato, nótese que, conforme a la Cláusula SEGUNDA, forman parte integrante de él: "..... c) El pliego de Condiciones y las addendas producidas ... g) Actas Nos. 14 y 15 de las sesiones de la Junta de Hacienda de los días 1o. y 16 de agosto en las cuales se adjudicó la Licitación", lo que corrobora la competencia del Tribunal para declarar no ajustado a derecho el contrato con base en la ilegalidad de la adjudicación, al no haberse realizado de acuerdo a los criterios expuestos en el pliego de condiciones (que, en términos amplios, podrían cobijarse bajo la denominación de "prescripciones de orden fiscal"; al respecto es muy ilustrativo el artículo 5o. de la Ley 19 de 1.982).

"En conclusión, conforme al concepto fiscal, no deben prosperar las peticiones de la demanda.". (fls. 148 - 156 Cdno #1).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La Sala se ocupa de definir el presente conflicto de intereses porque en puridad de verdad se encuentra frente a la impugnación de un acto administrativo, como lo es el que profiere el Tribunal Contencioso Administrativo cuando revisa los contratos sometidos a su consideración y declara que no se encuentran ajustados a derecho.

En ésta materia la Corporación reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1.987), Expediente Nro 4043. Actor. HOTEL TONCHALA, Consejero Ponente, Dr Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"Disponía la ley 167 de 1.941, vigente a la sazón, en su artículo 253:

> "El dictámen del Consejo de Estado que declare autorizado al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdiccional. Por consiguiente, no podrá alegarse falta de autorización, si el Consejo ha dictaminado que existe, en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, o para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones."

"Esta norma, aunque referida al Consejo de Estado, también era aplicable al dictámen de los tribunales, por expreso mandato del artículo 259 de la misma ley.

"Se anota, al margen, que el nuevo código administrativo mantiene, casi en idénticos términos, la misma previsión (artículo 262 del C.C.A.).

"Para la sala, tanto el dictámen de esta Corporación, (que le compete a su sala de consulta, artículo 98 numeral 1 ibídem) como el que emite el tribunal al cumplir idéntico cometido, conforman un acto administrativo, cualquiera sea su conclusión final.

"Y es un acto administrativo el que declara el contrato ajustado a la ley, no sólo porque culmina una actuación administrativa (la de su perfeccionamiento) en aquellos contratos que por la ley requieren esa revisión, sino porque la sala de consulta de esta Corporación y el tribunal, en su caso, al proferir su dictámen no actúan en ejercicio de su competencia jurisdiccional propia, sino que cumplen una actividad netamente administrativa, asignada por la ley. El hecho de que este acto no sea susceptible de control jurisdiccional, no le cambia su naturaleza.

"Asimismo es un acto administrativo el que lo declara no ajustado a la ley de autorizaciones, porque en este evento se le pone fin a la actuación administrativa haciendo imposible la continuación de la operación contractual. Y su control jurisdiccional posterior no está prohibido en parte alguna.

"Se hace la distinción porque tanto el artículo 253 de la ley 167 de 1.941 como el 262 del C.C.A. hablan sólo del acto que declara ajustado al contrato a la ley, pero nada dicen del que le niega su conformidad."

"La interpretación racional de los textos permite afirmar que los organismos mencionados pueden proferir, según el caso, decisión afirmativa o negativa, cuando el contrato esté ajustado a derecho o no, en lo atinente a las autorizaciones. Esto se entiende a contrario sensu, puesto que los dispositivos mencionados al señalar expresamente que el dictámen favorable no tendrá control jurisdiccional, está dando a entender que el denegatorio sí será susceptible de dicho control".

"Estima la Sala que al prohibir ese control no está la ley jurisdiccionalizando esa decisión o dándole el efecto de cosa juzgada en estricto sentido, sino que simplemente está excluyendo esa decisión del control jurisprudencial".

"Y así como la ley puede decir qué actos administrativos no son pasibles de recursos, así también puede excluir algunos, por razones especiales, del control jurisdiccional. Recuérdese como antecedente el artículo 73 de la ley 167 de 1.941 o el actual artículo 82 del decreto 01 de 1.984".

"Aunque esta exclusión no es lo ideal (el acto administrativo por el solo hecho de serlo deberá ser susceptible de control jurisdiccional) la excepción no está prohibida y menos como en el caso analizado en el que está bien justificada".

"El legislador parte del supuesto de que si el mismo Consejo o tribunal (que actuando en esfera jurisdiccional serán los jueces del contrato) estima que el contrato se ajusta al régimen de autorizaciones, no tiene sentido el permitir el cuestionamiento posterior de idéntico extremo ante tales organismos".

"Además, dado que la decisión afirmativa abre la puerta a la etapa de ejecución del contrato, la apertura de un control jurisdiccional podría entorpecer el desenvolvimiento del mismo".

"En cambio, la impugnación del acto que niega la revisión no tiene esos obstáculos, precisamente porque impedirá la continuación de la operación contractual. Y su debate posterior no interferirá el accionar administrativo".

"Existe además una razón formal para calificar el dictámen que se ha venido analizando como acto administrativo y no como sentencia y es la de que cuando el organismo revisor declara que el contrato no se ajusta a la ley, lo así decidido será susceptible del recurso de reposición. La procedencia de éste deja ver que el legislador no pensó darle el alcance de sentencia, porque este acto jurisdiccional no es reponible en el ordenamiento jurídico colombiano".

B) Se ataca el acto impugnado porque se considera que él viola el artículo 256 del C.C.A. que fija el ámbito de la revisión dentro del siguiente marco: "En ejercicio de la facultad de revisión de los contratos, el Consejo de Estado examinará la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebre; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y la prescripciones de orden fiscal". En el manejo de esta verdad jurídica el demandante censura la decisión del Tribunal Administrativo porque ella "...no está fundamentada en falta de autorización legal del Gobernador para celebrarlo, ni en ausencia de competencia del mismo para representar al Departamento de

Cundinamarca o para celebrar esta clase de contratos, ni en la incapacidad de la otra parte que en él intervino, ni en la aplicación de un régimen legal o de normas que no tuvieran cabida en éstos casos, ni en que se hubiera transgredido las prescripciones legales en perjuicio del fisco de Cundinamarca o del fisco nacional. El Tribunal, sin atribución alguna - agrega-entró a analizar los aspectos subjetivos de la adjudicación, algo que por esencia es privativo de la administración. Competía al Tribunal pronunciarse sobre el contrato y, en ningún caso, sobre la decisión de la administración al adjudicar el contrato. Al pronunciarse sobre dicho acto administrativo, el Tribunal violó de manera manifiesta las normas que atribuyen dicha función a la Rama Jurisdiccional del Poder Público...".

C) El cargo así formulado no está llamado a prosperar porque al detenerse el sentenciador en el examen del acto administrativo atacado, encuentra que en él se hacen juiciosas valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, que encuadran perfectamente dentro de la filosofía que el legislador fijó en el artículo 256 del C.C. Administrativo. En lo sustancial del mismo, por ejemplo, se lee:

> "A pesar de que la administración partió del supuesto que era aplicable el Código Fiscal, el Secretario de Obras Públicas se limitó a presentar los cuadros comparativos sin emitir concepto".
>
> "De igual forma la comisión encargada por la Junta de Hacienda elaboró los estudios pertinentes sin emitir un concepto sobre el mejor proponente y los demás que le seguían en su orden de acuerdo con los criterios para adjudicar y se limitó a seleccionar seis de ellos como beneficiarios de la adjudicación".
>
> "Del acta de adjudicación se entiende que los *seis seleccionados se encontraban en igualdad de condiciones globales* para la ejecución de la obra, es decir en los aspectos técnicos, financiero, operativo, organización, experiencia, equipo, cumplimiento, etc., además de que satisfacían los requisitos jurídicos y formales exigidos en el pliego".
>
> "Nótese desde ahora que los proponentes no fueron calificados previamente ni dentro de los expedientes obran los criterios para calificar a las firmas oferentes en sus aspectos técnicos, operativos, financieros, etc.. Por ello no es posible saber ni consta en parte alguna cómo se llegó a la conclusión de que los seis preseleccionados estaban en igualdad de condiciones generales..."
>
> "Aceptando el concepto de que los proponentes se encontraren en igualdad de condiciones, el Tribunal quiere destacar:
>
> "a) Que la firma Germán Otálora y Cía., adjudicataria del Bloque D, se le calificó en igualdad de condiciones generales frente a las demás para ejecutar una obra de gran magnitud con un presupuesto próximo a los trescientos mi-

llones de pesos, cuando ésta empresa cuenta con un capital de $39'761, un endeudamiento de 0.77 y liquidez de 2.96, mientras que la firma Pinsky tiene capital de 305'097., endeudamiento por 0.89 y liquidez del 1.44 (adjudicataria de los bloques I y J. Y la firma Constructora A.&C. Ltda, cuenta con un capital de $96'038., endeudamiento de 0.50 y liquidez del 4.77 (ver cuadros 1 y 2).

"De acuerdo con lo anterior, con simple lógica, no es posible entender como una empresa con capital de treinta y nueve millones está en buenas condiciones para celebrar una obra de trescientos millones que le rebasa en diez veces el monto de su capital, cuando un atraso en los pagos o en el giro del anticipo fácilmente permite presumir graves inconvenientes económicos y financieros, peligrando la paralización de una obra de esta magnitud. Más si se tiene en cuenta que no es comparable su capital, su endeudamiento y su liquidez con el de otras dos firmas mencionadas".

"b) En la misma acta de adjudicación se glosó a la firma Germán Otálora y Cía. el indebido diligenciamiento del análisis de precios unitarios en algunos items, por no haber discriminado el valor de los jornales diarios y de prestaciones sociales. Por ésta razón al fin de cuentas no se le adjudicó en segundo orden los Bloques I-J, sino la menor parte de la obra constituida por el Bloque D.

"Cabe anotar que *si este defecto era fundamental debió excluirse a dicha firma de la adjudicación, pero si se acepta lo contrario no habría por qué "penalizarla"*, por decir así, *asignándole el tercer lugar en el orden de las propuestas.*

"c) Sin entrar a discutir las anteriores anotaciones y sus consecuencias jurídicas, el Tribunal estima que *la administración adjudicó ésta licitación violando algunos criterios preestablecidos en los pliegos de condiciones de la licitación, puesto que frente a condiciones iguales debió seleccionarse a quienes ofrecieran el menor precio y el menor plazo. Tal como se había indicado con meridiana claridad, del cuadro elaborado se destaca que la oferta de menor precio y menor plazo frente a las demás correspondió a la firma "Constructora A & C" y le prosiguieron en su orden por estos factores las firmas "Germán Otálora y Cía" y "Pinsky y Asociados".*

"En ningún caso se previó oferta parcial de la obra, por el contrario se pidió propuestas por la totalidad, pero discriminando también el valor unitario global para cada uno de los tres módulos.

"En el análisis de las ofertas, *al aceptar que todas las firmas cumplían y estaban en igualdad de condiciones generales, se admitió que cada uno de los proponentes estaba en capacidad para adelantar individualmente y con éxito la construcción del Centro Administrativo Departamental en su totalidad.*

"Que por la magnitud de la obra exista un mayor riesgo de que no fuera culminada con éxito adjudicándola a un solo proponente, que dividirla en tres, no parece tener mayor discusión; pero resulta que *el riesgo como criterio de la selección que expuso el señor Gobernador para la adjudicación no estaba contemplado dentro del pliego de condiciones y no podía la Junta de Hacienda adoptar éste criterio de adjudicación anteponiéndose a los preestablecidos criterios de precio y plazo.*

"Para corroborar lo dicho se tiene, *que el pliego de condiciones expresamente autorizó la adjudicación parcial de la obra* y solicitó que en las propuestas se formularan el valor unitario, el valor global y a la vez discriminar éstos rubros para los Bloques D; Bloques E,F,G; y Bloques I-J separadamente. Con el propósito de que si se estima conveniente la administración podría adjudicar parcialmente o por módulos la construcción de total de las obras.

"En efecto ese debe ser el propósito de lo aludido, pero ello no supone, como afirma el Contralor, que la adjudicación parcial consiste en designar un adjudicatario para construir un módulo y declarar desierto lo restante.

"La verdad es que tal como se estableció en los Pliegos de Condiciones *era legalmente viable adjudicar total o parcialmente la obra entregándola a distintos oferentes, pero mirando siempre los mismo criterios: en igualdad de condiciones, los mejores o más bajos precios y el menor plazo. Pero ésta no fué la conducta de la administración.* En el segundo de los cuadros observamos como la firma A & C propuso los menores precios para construír cada uno de éstos tres módulos; si a ello se agrega que el plazo era de seis meses, *no se ajustó al pliego la administración cuando asignó los Bloques I-J a la firma Pinsky y el Bloque D a la firma Germán Otálora y Cía, a manera de "penalización" por el defecto formal anotado.*

"El criterio que se adoptó de disminuír o repartir el riesgo de la no construcción de la obra entre el primero, tercero y segundo oferentes, en su orden, pudo tener operancia de establecerse que subsistía la igualdad de precios y plazos, o bien, porque analizadas las ofertas por módulos cada una de éstas representaba la mejor oferta para los módulos cuya construcción finalmente se les adjudicó.

"El introducir el criterio de disminuír el riesgo de paralización de las obras perfectamente puede caber dentro del concepto de "conveniencia para la administración" pero no se puede aplicar anteponiéndose a los criterios señalados por la ley y contenidos dentro del Pliego de Condiciones; cuando todos los proponentes esperan que se les califique dentro de éstos parámetros y nó con otros que se le anteponen o le prevalecen puesto que la entidad licitante rompe el principio de igualdad que los proponentes y el de la inmodificabilidad de los Pliegos, al otorgar derechos a quienes no lo ameritan con base en fundamentos distintos de los preestablecidos.

"En conclusión de todo lo expuesto, el Tribunal deberá declarar que la adjudicación no se ajustó a la ley en cuanto a las firmas Pinsky y Germán Otálora y Cía., lo cual no se puede predicar de la Constructora A & C, porque si fue la mejor proponente calificada para ejecutar la totalidad de la obra, con mayor razón podrá ejecutar los tres bloques que le fueron adjudicados. Entendiendo sí, por ministerio de la ley, artículo 18 D.L. 222/83, que las cláusulas exhorbitantes (sic) de Interpretación y Modificación Unilaterales se estiman incorporadas en el texto del contrato.". (fls. 20-24 Cdno #1).

D) A la realidad anterior debe agregarse la circunstancia particular del caso de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al desatar el recurso de reposición que se interpuso contra el acto calendado el día ocho (8) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1.985), abundó en razones de alcance jurídico para sostener la decisión impugnada.

En lo sustancial de este proveído, se discurre dentro del siguiente universo:

"De igual manera debe tenerse en cuenta que con los oficios donde se solicitaba la revisión, el señor Gobernador comenzaba por explicar los trámites, objeciones legales e inconvenientes en la etapa precontractual que llevaron al señor Contralor a abstenerse de aprobar las garantías y de revisar los contratos. La falta de vigencia de las normas fiscales departamentales, que sirvieron de fundamento a la administración y a la Oficina Fiscalizadora en la contratación, permitió al Tribunal la revisión de los contratos de acuerdo con las pautas que quedaron expuestas en la providencia recurrida, sin atender a la actuación del señor Contralor. En estas condiciones, resultaba sí difícil haber cerrado los ojos ante las objeciones de orden legal que venían explicadas en la nota remisoria y los antecedentes administrativos.

"Entrando en materia se tiene que en efecto el artículo 256 del C.C.A. al establecer pautas en el ámbito de la revisión señala expresamente los aspectos que comenta el memorialista. Con tal criterio se tendría que el Tribunal o el Consejo de Estado solo pueden examinar la autorización legal y la competencia de los funcionarios que celebren los contratos, la capacidad del contratista, la legalidad de las cláusulas pactadas en el contrato y finalmente verificar el pago de gravámenes y la aprobación y registro de la reserva presupuestal como argumenta el recurrente.

"En los antecedentes para la reforma del Actual Código Contencioso Administrativo se lee en el Comisión Asesora, Acta No. 32, se había propuesto el ámbito de la revisión en estos apartes exclusivamente y que por ello se agregaba al mismo artículo la siguientes expresión: "Es prohibido preocuparse de temas no señalados en esta norma".

"Al discutir la eliminación de este texto se explica que el Consejo de Estado solía hacer comentarios sobre conveniencia u otros aspectos de contratación, pretendiendo eliminar esta posibilidad. Los comisionados presentes no llegaron a ningún acuerdo y se propuso que el Gobierno tomara cualquier decisión en esta materia. De otra parte en las discusiones no aparece claro qué se debe entender por prescripciones de orden fiscal. Y si el memorialista las considera solamente como el pago de impuestos y las reservas presupuestales; a ello puede agregarse, por ejemplo, los distintos actos de fiscalización que ejercen las contralorías como la aprobación de garantías, la refrendación de los contratos, etc. Podría también interpretarse que el concepto de prescripciones de orden fiscal no tienen ese carácter restrictivo sino que además alude a toda las previsiones que contienen un código fiscal como el de Cundinamarca.

"De todas maneras del texto vigente del artículo 256 del C.C.A. no es posible saber con certeza las razones del gobierno para eliminar la aludida prohibición, ya que no existen actas o antecedentes a consultar.

"En verdad se suprimió la prohibición y dos artículos después - se incluyó el número 258 - con el siguiente texto - a iniciativa del gobierno obviamente -: "DECLARACION SOBRE LA ADECUACION DEL CONTRATO A LA LEY.- Si del examen que se haga no resultare ninguna observación, el Consejo declarará *ajustado a la ley* el contrato; pero si encontrare algún *defecto*, se abstendrá de hacerlo y formulará las observaciones correspondientes .....".

"Lo anterior quiere decir:

"1o. Que para revisar un contrato es necesario confrontar su procedimiento y su contenido con la ley que regule la materia, en todos sus aspectos y no solo en los puntos que señala el artículo 256. Pues si no se revisaran los demás aspectos legales no habría lugar a este tipo de declaración.

"2o. Nótese que con toda claridad el organismo revisor *debe* abstenerse de ésta declaración "si encontrare algún defecto", según la orden imperativa que contiene el texto al decir: "se abstendrá de hacerlo". Por tanto, si en las discusiones de la Comisión Asesora no hubo acuerdo sobre el alcance o ámbito de la revisión de contratos, el artículo 258 introducido por el gobierno resulta más que suficiente para efecto de la competencia del Tribunal, en todos los aspectos de la contratación, hasta el grado de que si encuentra un defecto de orden legal o de otra naturaleza es su obligación observarlo para su corrección.

"No nos cabe duda de que la providencia se dictó de conformidad con las facultades que otorga el C.C.A. Máxime si se sabe que el proceso licitatorio y de adjudicación de contratos se adelanta ajustado estrictamente a los preceptos legales que rigen el procedimiento y el aspecto sustantivo.

"En concepto reciente de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, se dijo algo que ha venido reiterándose por la Jurisprudencia, refiriéndose a la contratación administrativa: "Discrecionalidad y Licitación son conceptos que se excluyen; si así no fuera se desvertebraría todo el sistema y no podrían cumplirse los objetivos que justifican su existencia". En síntesis, que la contratación previa licitación y adjudicación no es el ejercicio de competencia discrecional sino reglada y tanto la administración, la parte fiscal y el Tribunal deben ceñirse a los ordenamientos legales.

"El mismo concepto llega a la conclusión de que una simple irregularidad como es la de que las publicaciones de avisos licitatorios sin el intervalo de cinco días señalado por el D.L.222 de 1.983 constituye causal de nulidad absoluta del contrato por violación de normas de orden público. Y agrega que suscribir o aprobar un contrato con tal vicio puede ser constitutivo de responsabilidad personal de los funcionarios que los instrumenten (Septiembre 24 de 1.985, radicación 2258).

"Si cualquier autoridad que interviene en la aprobación o revisión de un contrato, observa un vicio o ilegalidad no subsanable, no podrán en esta circunstancia aprobar un contrato espúreo. Así se lo impone la ley, sin que signifique que se esté declarando la nulidad del acto de adjudicación o del contrato ni que se ejerce la facultad revocatoria como estima el recurrente. Si no fuera así qué objeto tendría la intervención de distintas autoridades y órganos del estado para la contratación? ¿Cuál sería el objeto de la revisión por parte del Consejo de Estado y de los Tribunales? ¿Para qué se establece en lo nacional la aprobación del Consejo de Ministros en ciertos casos? La aprobación de los contratos por las Juntas Directivas de los Organismos Descentralizados a todos los niveles?

"El propósito no es de llenar de requisitos y formalidades a la contratación. Cada actuación tiene una finalidad y es obvio que lo que se puede aprobar también se puede improbar, lo que se puede declarar ajustado a la ley también se puede declarar en contrario, sin temor a pensar que en ejercicio de una función jurídico-administrativa se usurpe funciones a la jurisdicción que por esencia es el órgano competente para declarar la nulidad de los actos y contratos.". (fls. 27 - 30 Cdno #1)

E) La Sala celebra que el Tribunal de Cundinamarca, en las juiciosas consideraciones que hace a los largo de los actos administrativos impugnados, haya tenido la cabal comprensión jurídica de la problemática sometida a su consideración y hubiese logrado frenar una contratación administrativa plagada de vicios de distinta naturaleza. El profesor Agustín Gordillo, en su obra "PROBLEMAS DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN AMERICA LATINA", Editorial Civitas, págs. 107 y siguientes, destaca cómo nuestras sociedades " .... padecen por igual de un excesivo énfasis puesto exclusivamente en el cumplimiento del orden jurídico, con el alcance de olvidar de algún modo todo lo que no sea consagración normativa,

legal o reglamentaria, de un principio. En realidad, cumplida que sea la ley, existe la intuitiva convicción generalizada de que lo principal ha sido logrado y que de algún modo puede descansar el control ..." Aboga luego, el ilustre jurista, porque se abra paso también el control de EFICACIA, MERITO O GESTION, y citando a Soto Kloss recuerda el pensamiento de éste, el cual se encuentra dentro del siguiente universo:

> "Si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando sus poderes en decisiones *inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones, si bien inoportunas, son legales"* "La oportunidad, pues, no es un agregado a la legalidad ... oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que INTEGRAN LA POTESTAD JURIDICA MISMA QUE EL LEGISLADOR HACONFERIDOALADMINISTRADOR".

Al concretar su punto de vista sobre la materia, el tratadista primeramente citado, discurre dentro de la misma perspectiva que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuando enseña:

> "El énfasis puesto habitualmente en los controles de legitimidad retroalimenta el sistema reglamentario que usualmente rige la actividad empresaria pública. Se produce un círculo vicioso en que los propios directivos de empresas públicas crean reglamentaciones para regir su propia conducta, y también esas reglamentaciones les son dadas exógenamente: por temor a que se transgreda el orden jurídico, o a que se diga que se ha transgredido el orden jurídico, se emiten nuevas y más detalladas normas previendo todo posible detalle de la conducta futura.
>
> "Al insistirse en el control de legalidad como control predominante, se introduce entonces una tendencia hacia la creciente reglamentación para hacer más predecible y "más fácilmente controlable" la conducta. Pero ocurre que lo que se refuerza de este modo es el control puramente formal, porque formales son en tal situación las normas que se dictan: se llega inevitablemente a una exageración del análisis de juridicidad reglamentaria del acto, en desmedro de la apreciación de su mérito. Se afirma así la vigencia y la convicción de que si un funcionario dicta un acto válido o legal, nada puede objetársele; que si su decisión es importuna o inconveniente ello es materia librada a la discrepancia política, en todo caso, pero exenta del control y del reproche administrativo. Desde luego esto es un error, porque, por lo general, no suele ser demasiado difícil dar cumplimiento a los recaudos formales, si el funcionario simultáneamente se despreocupa de que sus actos sean además eficaces de acuerdo a las circunstancias.
>
> "Así se va distorsionando todo el sistema, no sólo a partir del control, sino también a partir de la emisión de normas que el control provoca para autosatisfacerse y autorrealizarse. Las normas innecesarias y detalladas que se van dictando constriñen cada vez más la creatividad e imaginación de los funcionarios, refuerzan la idea de que el actuar conforme a las normas es garantía

suficiente de corrección y acierto, como si no fuera también posible actuar incorrecta e ineficazmente aun habiendo dado cumplimiento formal a las disposiciones vigentes: y la profecía autocumplida a veces se realiza, de que la irregularidad y el abuso, cuando no el delito, pasa por medio del mejor cumplimiento y control reglamentario.

"Con todo ello se produce, por fin, una "incapacidad disciplinada", pues se obliga al directivo "a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de la autofijación de objetivos y la autocrítica, y se le induce a una rutinización progresiva". "Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento y todo lo demás es secundario"; el sistema administrativo ejerce así "múltiples presiones sobre sus miembros, induciéndolos a un comportamiento absolutamente ajustado a la norma".

"Si esta hipótesis fuera cierta, si el énfasis en el control de legabilidad produce como resultado el nacimiento de cada vez más normas reglamentarias detalladas, si con ello se combate la creatividad y el ejercicio responsable de la función empresaria pública y se dificulta el control de oportunidad o mérito, entonces bien vale la pena reevaluar si corresponde en definitiva a la administración mantener estos controles, o si no es mejor dejar la cuestión librada a los sistemas de recurso o remedios administrativos y jurisdiccionales, ampliándolos, en todo caso, con mecanismos de participación y de control por órganos públicos independientes como los que se mencionan más adelante.".

F) Para la Sala, la filosofía jurídica que se deja expuesta, es de recibo en lo derecho administrativo colombiano, con apoyo en el preceptuado en el artículo 258 del Decreto 01 de 1.984, donde se define que si el Consejo "ENCONTRARE ALGUN DEFECTO", se abstendrá de declarar ajustado al contrato a la ley. Por lo tanto, hizo bien el Tribunal al discurrir no sólo sobre los aspectos enlistados en el artículo 256 del C.C.A., sino sobre todos los que tienen que ver con el proceso de contratación, desde el momento en que ésta se inicia y hasta que el informativo llega a su despacho para la revisión de ley. Lo que a la comunidad interesa, y también a la administración, es que las cosas se hagan bien hechas en todas sus etapas y no sólo en algunas de ellas. Concluir en sentido contrario sería ir contra la lógica de lo razonable.

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: DENIEGANSE las súplicas de la demanda, por las razones que se dejan expuestas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte actora. Tásense por la Secretaría.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO- Inundación

Si bien es cierto que ante el peligroso incremento en el nivel de lluvias, los funcionarios públicos encargados del mantenimiento de las vías hubiesen podido intensificar sus programas al respecto, dentro del marco de lo posible, con miras a conjurar los riesgos que podrían resultar de tal incremento en la pluviosidad, también lo es que el demandante hubiese podido llamar la atención a tales funcionarios sobre los inminentes peligros de inundación en sus respectivos predios, con el objeto de que estos funcionarios procedieran a la limpieza solicitada. En épocas de emergencia, alguna responsabilidad de colaboración incumbe a los particulares cuando detecten situaciones potencialmente riesgosas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla,*

Referencia: Expediente No. 3402 (230). Actor: Jesús María Cuesto Herrera.

Procede la Sala a decidir sobre la acción instaurada por el actor, a través de apoderado, para que, en desarrollo de lo previsto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, esta Corporación haga las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.- La Nación Colombiana es responsable de fallar objetivamente en la prestación del servicio, por obra de sus agentes, consistente en la no conservación y provisión de éste, que ocasionó inundaciones invernales, ocurridas en el año de 1.979 y el deterioro consecutivo de las propiedades del demandante, ubicadas en el kilómetro 29 de la carretera MOSQUERA-LA MESA, vereda "Laguneta" del municipio de Tena (Cundinamarca)

"SEGUNDA.- Como consecuencia de la anterior declaración, la Nación Colombiana debe pagar a mi mandante, señor JESUS MARIA CUESTO HERRERA, el monto o valor total de los perjuicios ocasionados en detrimento de sus intereses, tanto morales como materiales, con ocasión de la no prestación del servicio y falta de previsión del mismo.

"TERCERA.- Que se actualice el valor o monto de los perjuicios de acuerdo con el poder adquisitivo de la moneda, en relación del tipo de cambio de Dollar o con las Unidades UPAC, desde la fecha de los hechos.

"CUARTA.- Se ordene dar cumplimiento al fallo condenatorio dentro del término establecido por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo." (fols. 21 y 22 C. 1).

Como sustento a las pretensiones mencionadas, el actor se basa en los siguientes hechos:

"JESUS MARIA CUESTO HERRERA, tenía un establecimiento comercial denominado "La Fuente de Chucho", ubicado en la vereda "Laguneta" del municipio de Tena (Cundinamarca), sobre el kilómetro 29 de la carretera que conduce a esta ciudad capital.

"Como consecuencia del crudo invierno de 1.979, que se recuerda azotó la mayor parte del territorio nacional, se desbordó la quebrada aledaña al predio citado y lo destruyó, debido principalmente al deficiente mantenimiento de la carretera y a la incapacidad de los desagües del puente para recibir las aguas de la quebrada, en un cincuenta por ciento (50%) por lo menos, de sus instalaciones, ya que como se podrá verificar en el momento procesal oportuno, dicho inmueble quedó reducido a un solo piso, pues el primero desapareció al inundarse totalmente con piedras, arenas y aguas de la misma quebrada, hecho que tuvo ocurrencia el 22 de octubre de 1.979.

"A raíz de tal suceso, mi mandante fue perjudicado pues a más de la destrucción de las instalaciones de su propiedad, en la porción indicada del 50%, su establecimiento "La Fuente de Chucho", estuvo fuera de servicio como consecuencia del desastre, por espacio de dos meses aproximadamente.

"Debe indicarse por lo demás, que el demandante, de los hechos supracitados damnificado, es persona de escasos recursos económicos, de excelente comportamiento y siempre ha sido morador de la región.". (fol. 22 C. 1).

De la acción instaurada fueron notificados, además del Ministerio Público, el Ministerio de Obras Públicas, el Fondo Vial Nacional, el Fondo Nacional de

Caminos Vecinales, el Instituto Nacional del Transporte y la Gobernación de Cundinamarca. Surtido el procedimiento correspondiente, y practicadas las pruebas solicitadas por las partes, se dio traslado al Agente del Ministerio Público, el cual, a través de la Fiscal 2a. emitió concepto de fondo, en el cual afirma:

"Al analizar el material probatorio citado se encuentra que las declaraciones de los testigos se pueden clasificar en dos: unas corresponden a los testigos presenciales de los hechos y quienes son campesinos que viven en la región que dan cuenta de los daños que fueron ocasionados al inmueble de propiedad del demandante. Las otras declaraciones corresponden a los testigos técnicos o sea las declaraciones de ingenieros que tienen o tuvieron bajo su responsabilidad y cuidado el mantenimiento de la carretera y de los desagües.

"Estos testimonios son claros y no ofrecen contradicción, por lo tanto permiten establecer que la distancia entre la casa averiada y la quebrada es de más o menos 10 metros; que periódicamente se hacían inspecciones a las alcantarillas sin que se hubiera detectado su taponamiento. El día en que ocurrió la inundación, se afirma, acudieron inmediatamente a solucionar el problema encontrando que las alcantarillas estaban taponadas con árboles, piedras de gran tamaño y materiales que provenían de una distancia de más de 500 metros, que habían sido arrastrados por la fuerza de la gran cantidad de agua que contenía la quebrada debido al torrencial aguacero de esos días y que según la certificación expedida por el Himat, hizo que en el mes de octubre de 1.979 subiera el porcentaje de precipitación en un 41% en esa zona.

"Afirman los técnicos además que el diámetro de los tubos que están colocados en los desagües son más o menos de 1.90 mts. y que nunca fueron avisados de peligro de inundaciones o taponamiento de los tubos, hasta tanto no se produjo el torrencial aguacero.

"Todo lo anterior está indicando que la inundación y deterioro de la casa del demandante no se produjo por negligencia o descuido en el mantenimiento de los tubos del agua y que a juicio del actor fue la causa del desbordamiento de la quebrada; este desbordamiento se produjo como consecuencia de las lluvias intensas y contínuas que azotaron la región durante todo el mes de octubre y que fueron la causa también del taponamiento de los tubos con todo el material que fue arrastrado, como árboles y malezas. Significa esto que en el caso analizado, se presentó un típico ejemplo de casa fortuito o fuerza mayor, toda vez que es imposible prever la cantidad de lluvias que puedan caer en una región en un tiempo determinado. Lo anterior exonera de toda responsabilidad a la Administración.

"Por otra parte como se demostró, la casa de propiedad del actor está construida a una distancia mínima de la rivera de la quebrada lo cual indica

una total imprevisión de parte de quienes la construyeron, con el agravante de ser los suelos arcillosos e inestables como se infiere del certificado del Jefe de la Sección de Geología del Ministerio de Obras, anteriormente relacionada y visible al folio 71 C. 1.

"Por lo expuesto se concluye que en el caso analizado no se demostraron los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad del Estado, quedando demostrado que los daños por los cuales se reclama tuvieron otra causa. En consecuencia deben negarse las súplicas de la demanda.". (fols. 148 y 149 C. 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala se encuentran debidamente probados los siguientes hechos:

1.- Que en el mes de octubre del año de 1.979 se presentaron en distintas partes del territorio nacional lluvias anormalmente fuertes que ocasionaron inundaciones y otros efectos nocivos en diversos lugares del país. En la zona objeto de la controversia sub-judice lo anterior también ocurrió, tal como se desprende de la certificación expedida por el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras HIMAT, que obra a folios 74 y 75 del expediente.

2. Que la zona del Municipio de Tena se caracteriza geológicamente por la presencia de materiales que "en épocas de invierno han mostrado una notoria inestabilidad, que se manifiesta por deslizamientos, los cuales han destrozado la carretera Mosquera-La Mesa en varios sitios, algunos de ellos de magnitud excepcional. (fol. 71).

3. Que corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, a través del Distrito No. 8, la conservación y mantenimiento de la carretera Mosquera-La Mesa, mantenimiento que incluye *la limpieza de las cunetas, alcantarillas* y obras de arte, así como el parcheo, conformación de la banca, la Rocería y el Bacheo de la mencionada vía. (fol. 73).

4. Que le demandante era, y es poseedor, de un inmueble ubicado en la vereda Laguneta, Municipio de Tena, Departamento de Cundinamarca, situado al costado de la carretera Mosquera-La Mesa, a la altura del kilómetro 29. Por la parte posterior de dicho inmueble pasa una quebrada sin nombre, que cruza la carretera mencionada por dos tubos situados bajo ella.

5. Que el día 22 de octubre de 1.979, luego de un torrencial aguacero, los tubos por los cuales corría la quebrada bajo la carretera quedaron obstruidos por lodos, piedras, troncos y, en general desechos de arrastre. Por tal razón, la quebrada se represó, y el material de arrastre que ella traía destruyó parcialmente la edificación propiedad del demandante.

6. Que en el sitio específico de los acontecimientos a que se refiere el sublite, es decir, en la zona aledaña al cruce entre la carretera Mosquera-La Mesa y la quebrada no se habían presentado en el pasado incidentes similares al acaecido en razón de los aguaceros de octubre de 1.979, razón por la cual la Sala presume que la construcción original de las alcantarillas había sido adecuada.

Ahora bien, frente a los hechos anteriores considera la Sala que para poder determinar si existe o no una eventual responsabilidad patrimonial de la administración, es necesario absolver dos interrogantes previamente. En primer lugar, debe determinarse si existió o no falla del servicio, consistente dicha falla en el incumplimiento, por parte de las autoridades componentes, del deber de mantener adecuadamente los tubos por los cuales corría la quebrada que el 22 de octubre de 1.979 se represó. En segundo lugar, deberá determinarse si tal falla, en el evento de que ella se hubiese dado, fue la causante del daño o si, por el contrario, el mismo tuvo su origen en un hecho imprevisto, imprevisible o irresistible, frente al cual cualquier precaución, o el mejor de los mantenimientos, no hubiera evitado lo que finalmente ocurrió.

Y el debate anterior cobra fundamental importancia puesto que el demandante ha centrado su ataque argumentando que fue la falta de mantenimiento de los tubos entre los cuales corría la quebrada, bajo la carretera, lo que ocasionó el daño que él solicita se le repare. Supone, el demandante, con su presentación, que si tales tubos hubiesen sido adecuadamente mantenidos, y si se les conservara en total estado de limpieza, libres de cualquier obstrucción, el daño alegado no se habría presentado, pues aun a pesar del torrencial aguacero del 22 de octubre de 1.979 el agua habría fluido sin problema bajo la carretera. Frente a la anterior posición, los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas sostienen no solamente que el mantenimiento y limpieza dado a los tubos fue adecuado, sino subyace en su declaraciones la consideración de que la magnitud de las lluvias que se presentaron en el mes de octubre de 1.979 fue de tal manera anormal, que ni siquiera con el mas apropiado, o el mejor de los mantenimientos, se habría evitado la obstrucción de los tubos y el desbordamiento de la quebrada.

Sin embargo, observa la Sala que no existen en el expediente pruebas que permitan al fallador, en su mas íntima convicción, deducir que en el evento sub-lite existió falla del servicio, ni que dicha falla, si se hubiese demostrado su existencia, fuese la causante del daño alegado por el demandante. En efecto, además del interrogatorio que se le practicó a este último, en el cual afirma que los tubos en cuestión fueron limpiados por el Ministerio de Obras Públicas apenas dos veces en los últimos 15 años (fol. 103 y ss), obra en el expediente la declaración del testigo Carlos Julio Otálora, quien da fe sobre lo que él llama "el abandono" de la vía en cuestión (fl. 92). Y si bien de las declaraciones extrajuicio que fueron aportadas por el demandante parecería desprenderse una corroboración a los afirmado por él, la Sala no podrá tenerlas en cuenta por cuanto las mismas no fueron debidamente ratificadas a lo largo del proceso.

Ahora bien, obran también en el expediente los testimonios de los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas, particularmente de los Ingenieros Gustavo Cifuentes

(fol. 97) y Luis E. Mahecha, quienes sostienen que regularmente se inspeccionaban y limpiaban las alcantarillas, y que en ningún momento recibieron informaciones ni de parte del demandante, ni de otras personas, en cuanto a la destrucción de los tubos de desagüe, que hubieran justificado un mantenimiento adicional al que contemplaba el programa normal.

Por otra parte, observa la Sala que, según las pruebas arrimadas, todo el mes de octubre de 1.979 se caracterizó por un invierno extremadamente fuerte, y que el aguacero de octubre 22 no fue el primero, ni el último que cayó sobre la zona. Si el mantenimiento de los tubos de desagüe no fuese adecuado, es viable suponer que se hubiese podido producir un desbordamiento antes de tal fecha, pues sería difícil creer que fue únicamente la lluvia que cayó en octubre 22 la que determinó la alteración radical de las estadísticas de pluviosidad de la zona. Y si bien es cierto que ante el peligroso incremento en el nivel de lluvias, los funcionarios públicos encargados del mantenimiento de las vías hubiesen podido intensificar sus programas al respecto, dentro del marco de lo posible, con miras a conjurar los riesgos que podrían resultar de tal incremento en la pluviosidad, también lo es que el demandante, o para el efecto otras personas con circunstancias similares, hubiesen podido llamar la atención a tales funcionarios sobre los inminentes peligros de inundación en sus respectivos predios, con el objeto de que estos funcionarios procedieran a la limpieza solicitada. No se trata, aclara la Sala, de insinuar que el servicio de mantenimiento hubiese de prestarse únicamente a solicitud de los interesados en caso de riesgo extremo, ni mucho menos de sostener en el evento sub-lite que si ello hubiese ocurrido se habría evitado el daño, sino de sentar el principio de que, en épocas de emergencia, como bien pudo serlo el mes de octubre de 1.979 en la zona del Municipio de Tena, alguna responsabilidad de colaboración incumbe a los particulares cuando detecten situaciones potencialmente riesgosas. Particularmente, si las autoridades, por las limitaciones propias de tales circunstancias, no tienen todas las facilidades necesarias para actuar simultáneamente en todos los eventos en que pudiesen ser requeridas.

Así las cosas, encuentra la Sala demasiados interrogantes no absueltos en el caso presente, que le impedirán declarar a la Nación administrativamente responsable por los hechos acaecidos. ¿Estaban bien mantenidos o no, los tubos por los cuales corría la quebrada que finalmente se represó? ¿Aún a pesar de haberlo estado, se hubiese podido evitar tal represamiento? ¿Fue el aguacero del Octubre 22 de tal magnitud, mas allá de lo resistible, el que causó el daño? ¿O lo fueron las fuertes y sucesivas lluvias que cayeron durante todo el mes?

Tales interrogantes, vistos a la luz de lo comprobado en el expediente, llevan a la Sala a concluir que, en el evento sub-lite, ni se demostró la falla del servicio por parte de los demandados, ni se comprobó la necesaria relación de causalidad que debería existir entre la supuesta falla, de haber existido, y el daño que sufrió el demandante. Por el contrario, considera la sala que las fuertes lluvias que cayeron en octubre de 1.979 sobre el Municipio de Tena, superiores en más del 40% a los promedios históricos de pluviosidad de los últimos siete años, pudieron haber

sido la causa de la obstrucción de la quebrada y del daño sufrido por el demandante, configurándose así una situación imprevisible e irresistible, eximente de la eventual responsabilidad patrimonial de la Nación.

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

FALLA :

DENIEGANSE las suplicas de la demanda.

Copiese, notifiquese y en firme archívese el expediente.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 4 de octubre de 1.990.

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

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Cuando se pide el llamamiento en garantia el que lo formula tiene que tener un título coetáneo, como se entiende cuando en una acción de responsabilidad la entidad demandada puede llamar en garantía a la compañía que aseguró los riesgos propios de esa responsabilidad; o cuando el deudor solidario paga la totalidad de la obligación en el evento del artículo 1579 del C. C. Así mismo, se insiste en que el título que justifica el llamamiento no puede ser la sentencia que defina la relación entre el que lo hace y un sujeto pasivo, porque no sólo carecería de la nota de preexistencia, sino porque desvirtuaría la figura para convertirla en un pretexto para acumular pretensiones en principio no acumulables o que ya estarían prescritas o caducadas.

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

Bogotá D.E. octubre ocho (8) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6107. Apelación Auto. Actor: : Indumetal S.A.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el fondo Aeronáutico Nacional (Fan) contra el auto de 13 de octubre de 1.989, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió el llamamiento en garantía hecho dentro de este proceso a los Bancos Ganadero y Colpatria y a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria.

Para una mejor inteligencia del asunto, se narra, en síntesis, su historia:

a) Indumetal S.A. celebró un contrato con el Fondo Aeronáutico para el suministro, montaje y puesta en servicio de un sistema de puentes de embarque para el aeropuerto José María Córdova (Medellín-Rionegro) por un valor de $144'653.281.60

b) Indumetal demandó al Fan en acción contractual de cumplimiento por la suma de $43'395.984.48 más perjuicios e intereses.

c) La entidad demandada en la contestación de la demanda afirma haber pagado la obligación con cheque del Banco Ganadero #655596 y llamó en garantía a éste, al Banco Colpatria y a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria.

d) El Tribunal de Antioquia asumió el conocimiento del proceso y mediante el auto que aquí se revisa inadmitió el llamamiento por considerarlo improcedente.

e) Para tomar la decisión el *a-quo* se basó en lo resuelto por esta Sala en auto de julio 21 de 1.987, en el cual se decidió el recurso de apelación contra el auto que aceptó otro llamamiento en garantía que el mismo Fondo Aeronáutico le hiciera a los Bancos Cafetero y Colpatria y a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria relacionado con la controversia contractual que aquí se tramita.

De ese auto, por el cual se inadmitió dicho llamamiento y que le sirvió de soporte al tribunal, se destaca:

> "El proceso muestra una relación o controversia de tipo contractual entre el contratista Indumetal S.A. y el Fondo Aeronáutico Nacional, por incumplimiento de éste".
>
> Y con el llamamiento en garantía que aceptó el tribunal se plantea una relación diferente entre ese Fondo (el librador) y los organismos bancarios (librados) que pagaron los cheques girados por aquél a persona distinta de la que figuraba como beneficiario de éstos.
>
> "Se ha dicho que el llamamiento en garantía se da en los casos en que la persona que lo hace tenga por ley o por contrato una acción reversiva contra el tercero llamado, en el caso de que resultare aquélla condenada por la sentencia".
>
> "De allí que, en principio, cuando se pide ese llamamiento el que lo formula tiene que tener un título coetáneo. Así se entiende que en una acción de responsabilidad, la entidad demandada pueda llamar en garantía a la compañía que aseguró, con anterioridad, los riesgos propios de esa responsabilidad; o también que cuando se demanda a un dependiente en acción similar en el

campo privado podrá llamar a su patrón o empresario, porque según la ley (art. 2347 del C.C.) éste es el que debe responder. Igual cosa sucede con el pupilo frente a su tutor o curador. Asimismo se dá frente al deudor solidario que paga la totalidad de la obligación indivisible (artículo 1587 del C.C.)".

"Pero el título que justifica el llamamiento, como es obvio, no puede ser la sentencia que defina la relación entre el que lo hace y su sujeto pasivo, porque no sólo carecía de la nota de preexistencia, sino que esto desvirtuaría la figura procesal para convertirla en un pretexto disfrazado para acumular, con apariencia de legalidad, pretensiones no acumulables y muchas veces prescritas o caducadas.".

"La figura del llamamiento esta íntimamente vinculada con las normas que regulan la acumulación de pretensiones y más concretamente la de sujetos (artículo 82 del C. de P.C.). Por eso cuando se habla del llamamiento en garantía, se entiende que con él ingresa al proceso un tercero en calidad de parte principal, bien por activa o por pasiva, y todo por existir un título previo que así lo permita".

"La viabilidad de un llamamiento en garantía muestra, en principio, que los terceros llamados bien pudieron ser considerados como partes desde un principio; es decir, como demandantes o demandados iniciales".

"En desarrollo de esta idea se entiende por qué el llamamiento en garantía no se pude desligar de la regla que regula la acumulación de pretensiones o de sujetos. Y en ésta se observa que para ser posible esa acumulación, los asuntos deben ser del conocimiento de un mismo juez".

"En el caso *subjudice*, se pone de presente que existe una demanda que contempla una pretensión de responsabilidad contractual contra el FAN; y que éste, mediante llamamiento a las entidades bancarias, pretende que el mismo juez administrativo declare que éstas son responsables por el indebido pago de unos cheques, y que deben pagar los perjuicios en el evento de que el Fondo sea condenado a solucionarlos".

"La primera demanda es del conocimiento de la jurisdicción administrativa, tal como lo dan a entender los artículos 131 y 132 numerales 8 del C.C.A. La segunda, conforma una acción cambiaria de carácter privado o comercial, sólo del conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Sólo ésta podrá condenar a los bancos que se quieren vincular con el llamamiento aquí discutido a pagar perjuicios al Fan, si los llegare a considerar como responsables de los pagos hechos irregularmente a persona distinta de la que debía recibir el pago".

"En otros términos, so pretexto de llamamiento en garantía no pueden descontarse las normas sobre competencia ("que el juez sea competente para conocer

de todas", dice el artículo 82 del C. de P.C.) y menos las de jurisdicción, salvo algunos casos de excepción que tienen que ver con la conexidad por indivisibilidad en la causa, lo que no se dá en el caso concreto".

"Por estas razones aunque el llamamiento tenga su justificación en la economía procesal, este motivo es valedero en tanto y en cuanto se respeten las reglas de la acumulación de pretensiones y de sujetos. Si ellas se vulneran, no puede pensarse en la viabilidad del llamamiento propuesto".

El proveído inadmisorio que se deja transcrito en lo pertinente fue objeto de reposición. La Sala al decidir este recurso (auto de diciembre 16 de 1.987) mantuvo su decisión denegatoria frente al Banco Colpatria y a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria, y anotó, luego de aceptar que el auto que decidió la petición de allanamiento era apelable según el artículo 56 del C. de P.C.; que la apelación se concedía siempre en lo desfavorable para el apelante; y que el llamamiento hecho a tres entidades financieras no conformaba un litisconsorcio necesario, lo siguiente:

"3) Aunque en apariencia también, el llamamiento hecho en virtud de la relación cambiaria existente entre el Fondo y el Banco Cafetero, implica una acumulación indebida por no ser las distintas pretensiones del conocimiento del juez, en la realidad no sucede tal cosa porque precisamente, en virtud de ese llamamiento se produce una especie de fuero de atracción. De allí que el juez del contrato, frente al cual se discute el cumplimiento de la obligación que tenía el Fan con Indumetal en razón del contrato #3881-IX-26-82, podrá conocer asimismo de una relación conexa de garantía, como la planteada en el llamamiento, por el indebido pago del cheque presuntamente girado a favor de esta sociedad, en cumplimiento de ese mismo contrato".

"Este fuero de atracción hace posible que sea el juez administrativo el que conozca, además de la acción contractual, la cambiaria existente entre el Fan y el Banco Cafetero. La Sala refuerza esta posición, con lo que al respecto sostiene el procesalista Chiovenda en su obra "Principios del Derecho Procesal Civil". (Tomo II, Instituto Editorial Reus, pág. 693) al desarrollar el tema del llamamiento en garantía. Así, dice el procesalista italiano:

""*El llamamiento en garantía produce una separación de competencia, ante todo, en perjuicio del llamado, que es constreñido a sufrir el fuero del pleito pendiente, perdiendo aquél a que tendría derecho si fuese citado separadamente.* (párrafo 31, num. III)"".

"Se aclara sí, para terminar este numeral, que esta apreciación se hace de primer intento, para su estudio definitivo en la sentencia, porque la relación de garantía, pese al aludido fuero, seguirá sometida al régimen de derecho privado que la gobierna (el código de comercio) en cuanto a sus alcances y oportunidad".

Para la Sala la decisión del recurso propuesto deberá ajustarse en su esencia a los planteamientos expuestos en el auto de diciembre 16 de 1.987. Por eso mismo las razones para no admitir el llamamiento hecho al Banco Cafetero y a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria continúan en pié, dado que la situación es exactamente la misma. Así las citadas entidades bancarias no podrán ser llamadas a este proceso por no existir relación alguna legal o contractual entre el Fondo Aeronáutico Nacional y éstas. En otras palabras, porque dicho Fondo no tiene por ley o por contrato una acción reversiva contra los llamados, en el caso que resultare condenada en el proceso contractual que por incumplimiento le instauró Indumetal S.A.

Se reitera la idea que cuando se pide ese llamamiento el que lo formula tiene que tener un título coetáneo, como se entiende cuando en una acción de responsabilidad la entidad demandada puede llamar en garantía a la compañía que aseguró los riesgos propios de esa responsabilidad; o cuando el deudor solidario paga la totalidad de la obligación en el evento del artículo 1579 del C.C.

Asimismo se insiste en que el título que justifica el llamamiento no puede ser la sentencia que defina la relación entre el que lo hace y un sujeto pasivo, porque no solo carecería de la nota de preexistencia, sino porque desvirtuaría la figura para convertirla en un pretexto para acumular pretensiones en principio no acumulables o que ya estarían prescritas o caducadas.

Pero estima la Sala que el auto del *a-quo* deberá revocarse en lo que toca con el Banco Ganadero, por razones similares a las que justificaron el llamamiento al Banco Cafetero; o sea por existir entre aquél y el Fan un contrato de cuenta corriente.

Aunque ese aspecto aparentemente no podría resolverse por el juez de la controversia contractual de incumplimiento planteada por Indumetal, no puede olvidarse que en virtud del convenio de cuenta corriente aludido se dió una relación conexa de garantía como la propuesta con el llamamiento, por el pago del cheque Nro. 655 596 por $43'352.588.48, cheque girado en un cruce especial a fin de ser "consignado únicamente en la cuenta corriente del primer beneficiario"; circunstancia ésta que se afirma no se cumplió porque tal como lo dice la entidad demandada "el mencionado instrumento fue endosado por Indumetal S.A. a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria..., quien a su vez lo endosó al Banco Colpatria de la torre Colpatria para su cobro".

Esta admisión del llamamiento al Banco Ganadero hace pensar, de primer intento en la posibilidad para el juez del contrato de conocer también de la acción cambiaria existente entre el Fan y el Banco Ganadero.

Se habla de primer intento, porque el problema de la acumulación de la acción cambiaria que configura una especie de relación de garantía, deberá estudiarse

en la sentencia, porque pese al fuero de atracción que se acepta, seguirá sometida al régimen de derecho privado que la gobierna (código de comercio) en cuanto a sus alcances y oportunidad.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE :

Confírmase el auto de 13 de octubre de 1.989 en cuanto inadmitió el llamamiento en garantía hecho al Banco Colpatria y a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria.

Revócase en cuanto al Banco Ganadero, sucursal Bogotá (Carrera 5a. #15-60, de esta ciudad) frente al cual se acepta dicho llamamiento.

Notifíquese personalmente a su gerente señor José Alejandro Pizarro Barreto o quien haga sus veces y se le señala el término de cinco días a partir de dicha notificación para que intervenga en el proceso.

Suspéndese el proceso hasta el vencimiento del término indicado atrás, sin que pueda exceder de noventa días.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 4 de octubre 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.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/ CADUCIDAD- Término

Si el objetivo que se persigue con este tipo de acción es la reparación del daño o perjuicio, y éste en su integridad en el *sub lite* se traduce en la muerte de señor Rojas Gallo. El artículo 136 del C.C.A. debe entenderse en el sentido de que la caducidad se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa que ocasiona el daño y si bien la pretendida falla del servicio pudo comenzar el día 11, 12 o 13 de abril, el daño íntegro para las víctimas sólo pudo darse el día 21 de abril de 1.988, cuando ocurrió la muerte, que fue el hecho que les produjo el daño o perjuicios reclamados.

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

Bogotá, once (11) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: : Expediente No. 6268. Actor: Ana Elvia Hernandez y o.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la actora contra el auto de mayo 23 de 1.990 proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante el cual resolvió declarar la caducidad de la acción impetrada.

ANTECEDENTES:

La señora.ANA ELVIA HERNANDEZ HERNANDEZ en su propio nombre y en representación de sus hijas menores ADRIANA XIMENA, WANDA PATRICIA

Y KATHERINE VANESSA ROJAS HERNANDEZ, por apoderado judicial demandó a la Caja Nacional de Previsión en acción de reparación directa y cumplimiento con el objeto de obtener la declaratoria de responsabilidad y la condena por los perjuicios morales y materiales que les fueron causados con la muerte de su esposo y padre JHON GERMAN ROJAS GALLO ocurrida el 21 de abril de 1.988 en la Clínica Santa Rosa de esta Entidad.

Los hechos que dieron origen a las pretensiones por parte de los demandantes se resumen, así:

El 11 de abril de 1.988 a las 6 a.m. el señor JHON GERMAN ROJAS GALLO sufrió un dolor de cabeza que lo dejó inconsciente, , por lo cual fue internado en la Clínica La Grama de Villavicencio por cuenta de la Caja Nacional de Previsión Social, en coma profundo y paro respiratorio. Allí fue tratado en primer término y como se le dictaminó Ruptura de Aneurisma Cerebral, era necesario y urgente la práctica de un exámen, un TAC CRANEO, el cual no fue posible practicarlo en dicho centro por encontrarse dañado el único equipo existente, el paciente fue trasladado a la Caja Nacional de Previsión de Bogotá, en donde el señor JHON GERMAN ROJAS no fue tratado con la atención adecuada, y en consecuencia murió el 21 de abril de 1.988.

EL AUTO APELADO:

El Tribunal competente, mediante auto del 23 de mayo de 1.990 al estudiar la demanda para su admisión, resolvió declarar la caducidad de la acción impetrada, por cuanto consideró que de conformidad con lo prescrito por el art. 136 del C.C.A., la caducidad en las acciones de reparación directa y cumplimiento empieza a contarse desde el acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa que da origen a la reparación del daño y no desde cuando produce efectos.

Como la actora hace recaer la falla del servicio en hechos ocurridos a partir de los días 11, 12 y 13 de abril, para el Tribunal hay claridad en que el plazo señalado en la norma para ejecutar la acción, caducó el 13 de abril de 1.990, y la demanda se presentó el 20 de abril de 1.990 (F. 42), hay caducidad de la acción.

EL RECURSO DE APELACION :

La apoderada de los demandantes interpuso dentro del término legal el correspondiente recurso de apelación con fundamento en que el daño real, cierto, determinado producido a la parte actora se ocasionó con el hecho de la muerte de JHON GERMAN ROJAS GALLO.

Expresa además el recurrente:

"El hecho ocurrido el día 21 de abril de 1.988 al fallecer el paciente; la falta del servicio de la administración por la prestación deficiente del servicio médico permitió que se presentara ese daño tangible, cierto, real y es desde ese momento el hecho, en que empieza a correr el plazo de los dos años. Concretamente, a partir del día 21 de abril de 1.988, presentándose la caducidad a partir del día 22 de abril de 1.990". (Fl. 50).

Y finalizó su escrito:

"La caducidad se comienza a contar a partir de la cesación de las varias actuaciones de la misma administración que produjo la muerte del paciente.

Desde la fecha de este hecho comienza a contarse el fenómeno de la caducidad, es decir, desde abril 22 de 1.990. Al presentarse la demanda en abril 20 de 1.990, se hizo dentro del término legal". (fl. 51).

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Vistos lo antecedentes, el aspecto por definir radica en resolver si el término de caducidad en este tipo de acciones empieza a contarse desde cuando comienza a operar la causa que produce el daño o desde cuando éste termina de causar el mal.

El art. 136, inciso, 4o. establece:

"La reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa".

Para poder dilucidar el punto, partiendo de la norma transcrita, se debe hacer referencia a la acción incoada que está consagrada en el art. 86 *ibídem.* así:

"La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, un operación administrativa..."

De manera que el objetivo que persigue con este tipo de acción es la reparación del daño o perjuicio, y éste en su integridad en el *sub-lite* se traduce en la muerte del señor ROJAS GALLO. Si se tomara la interpretación del Tribunal podría darse el caso de no poder reclamar por la muerte sino por la lesión, ocasionada con la misma falla del servicio pero en forma parcial. Es así, que el art. 136 transcrito debe entenderse en el sentido de que la caducidad se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa que ocasiona el

daño y si bien la pretendida falla del servicio pudo comenzar el día 11, 12 o 13 de abril, el daño íntegro para las víctimas sólo pudo darse el día 21 de abril de 1.988, cuando ocurrió la muerte de su esposo y padre, que fue el hecho que les produjo el daño o perjuicios reclamados, de donde, habiéndose presentado la demanda el 20 de abril de 1.990, los actores se encontraban dentro del término para incoar dicha acción.

Por lo expuesto la Sala RESUELVE:

Revócase el auto del 23 de mayo de 1.990, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, y en su lugar se dispone:

1.- Admítese la demanda presentada por ANA ELVIA HERNANDEZ HERNANDEZ en su propio nombre y en representación de sus hijas menores ADRIANA XIMENA, WANDA PATRICIA Y KATHERINE VANESSA ROJAS HERNANDEZ.

2.- Notifíquese al Director General de la Caja Nacional de Previsión o a su delegado de conformidad con lo dispuesto por el art. 150 C.C.A.

3.- Notifíquese personalmente al Ministerio Público.

4.- Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos del art. 207 numeral 5o. del C.C.A.

5.- Ofíciese a la entidad demandada para que envíe los antecedentes administrativos relacionados en los hechos de la demanda.

6.- El Tribunal Administrativo del Meta dará cumplimiento a lo aquí dispuesto.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 11 de octubre de 1.990.

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

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS

La hermana del actor sí demostró su condición de "madre de crianza" que la unía con su hermano fallecido. Por tal razón se reconoce el equivalente a mil gramos oro al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria del fallo.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ ACCION DE REPARACION DIRECTA/ JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA

No es determinante, en el presente caso, la relación que unía a la víctima con la entidad, porque las lesiones y posterior muerte de aquella, se produjeron por una actividad de la administración que rebasó los riesgos normales o propios del servicio. Se está, pues, en presencia de una bien instaurada acción de reparación directa y cumplimiento (hoy reparación directa), de competencia de esta jurisdicción.

FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA

Constituye falla del servicio la falta de precaución de la persona encargada de accionar un seccionador durante el desarrollo de labores de mantenimiento del transformador. Como consecuencia el señor Echeverri sufrió lesiones que le causaron posteriormente la muerte, pues era uno de los trabajadores dedicados a las mencionadas labores. Un operador, en forma equivocada, energizó un sector donde se encontraban otros trabajadores en labores de mantenimiento de un transformador. Fue una maniobra humana, realizada dentro del marco de la imprudencia y la negligencia, la que causó la explosión.

N. de R.: Sobre un caso similar puede consultarse sent. sept. 29/89, exp. 5463, Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.Actor: Olga Deyanira Ardila de Rincón.

PERJUICIOS MATERIALES-Prueba

No hay dentro del informativo ni una sola prueba que permita concluir que los demandantes dependían económicamente del occiso. Para el reconocimiento de perjuicios materiales se exige la prueba de la dependencia económica de los demandantes de la víctima.

PERJUICIOS MORALES A MENORES

La moderna psiquiatría ha estudiado los efectos de la pérdida del padre o de la madre y en general de los familiares allegados a los niños, comprendiendo dentro de esta acepción desde los reciénnacidos hasta los adolescentes, es decir a quienes en el Código Civil se denomina infantes, impúberes y adultos y ha llegado a la conclusión de que a todos ellos los afecta y que en los infantes y en los impúberes por tener menos mecanismos defensivos tales efectos son mayores y pueden conducir más tarde a específicos estados depresivos que lleguen a requerir tratamiento especializado. REITER. JURISP: Sent. Nov. 16/89, exp. 5606, actor: Campo Elías Grijalba y otros, Ponente Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Destinatarios/ LEGITIMACION POR ACTIVA

No habiéndose liquidado las comunidades universales de la herencia y la sociedad conyugal, los comuneros no pueden pedir para sí directamente sino para dichas comunidades líquidas. Reclamar para sí directamente derechos patrimoniales que se alega haber estado radicados en el causante solo es posible cuando en la partición le fueron asignados al actor, habiendo así desaparecido la comunidad. Por ello, los derechos que han debido corresponder al causante se pagarán a la sociedad conyugal y a la herencia.

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

Bogotá, D.E. Octubre once (11) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5963, 722 y 865.

Actor: JOSE ECHEVERRY AGUIRRE Y OTROS.

Conoce la Sala de los procesos acumulados del rubro, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el mandatario judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el 20 de septiembre de 1.989, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda. El asunto recibió el trámite de segunda instancia, y la Sala no observa causal alguna que invalide la actuación.

I. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para una mejor comprensión de las circunstancias jurídicas y fácticas se transcribe a continuación, lo pertinente del fallo de primer grado, que obra a folios 7 a 28 del cuaderno principal.

En el epígrafe titulado "PRETENSIONES", se lee:

"2.1. Que se declare a las Empresas Públicas de Pereira administrativamente responsable por las lesiones y posterior muerte de José Echeverry, lesiones sufridas en accidente ocurrido el 29 de mayo de 1.986".

"2.2. Que en consecuencia se condene a las Empresas Públicas de Pereira a pagar a José Echeverry (hoy sus sucesores) los perjuicios materiales ocasionados a éste entre la fecha del accidente y su muerte acaecida del 3 de diciembre de 1.987; y a pagar a los otros demandantes, esposa e hijos, los perjuicios materiales reclamados "de no ser posible sus restablecimientos en concreto, podrán ser estimados o tasados por el fallador hasta en la suma de cuatro mil gramos de oro, según el artículo 107 del C.P...".

"2.3. Que en consecuencia se condene las Empresas Públicas a pagar por concepto de perjuicios morales el valor de mil gramos oro a José Echeverry (hoy sus sucesores en proporción del 50% para la cónyuge y 50% para los hijos), y el valor de mil gramos oro a cada uno de los otros demandantes".

"3. El petitum de la demanda presentada por Nibia Echeverri y María Lida Echeverri, contiene las pretensiones que se declare administrativamente responsable a la entidad demandada de la muerte de José Echeverry, y que en consecuencia se le condene a pagar a cada una de las actoras el valor de 1.000 gramos oro por concepto de perjuicios morales". (folio 8 a 9 Cdno principal).

Los hechos que conforman la *causa petendi,* los resume el *a-quo*, así:

"HECHOS

"1. La demanda de Aceneth Ramírez y otros se funda en hechos que pueden resumirse así:

José Echeverry como empleado de las Empresas Publicas de Pereira el 29 de mayo de 1.986 en la Planta hidroeléctrica de Dosquebradas en ejecución de labores de su empleo, se encontraba dedicado con otros dos trabajadores a labores de limpieza de uno de los transformadores. Para tal operación y como era necesario se había desenergizado ese sector de las instalaciones, cuando por una maniobra equivocada de otro operario de la planta se energizó el sector y Echeverri fue alcanzado por corriente eléctrica de alto voltaje que le causó gravísimas lesiones. El accidente se originó por hecho que constituye una falla del servicio. El accidente ocurrido el 29 de mayo de 1.986 ocasionó a Echeverry una incapacidad total, y posteriormente le produjo la muerte el 3 de diciembre de 1.987".

"Los actores esposa e hijos del accidentado sufrieron perjuicios por cuanto "José Echeverry Aguirre, como casado que era, vivía con su mujer y con sus hijos, bajo el mismo techo y a su subsistencia, educación y cuidados, proveía con el fruto de su trabajo. las lesiones y consecuencias sufridas han generado, pues, a su esposa y sus hijos, perjuicios, tanto materiales como morales"".

"Los perjuicios morales reclamados por los actores se presumen por el hecho, respecto a José Echeverri de la trascendencia de las lesiones y el modo como afectan en general las condiciones de su existencia, y respecto de los otros actores por su parentesco, que ocasiona igual alteración....".

"2. La demanda de Nibia y María Lida Echeverry expone en síntesis, los hechos así:

"Se hace un relato, similar de la otra demanda, del accidente y sus circunstancias calificando su causa como falla del servicio. Luego se agrega: "8. José Echeverry Aguirre nació el día 10 de septiembre de 1.952, de matrimonio de José Dolores y María Ines. Su padre murió el día 11 de julio de 1.952. Su madre después de darlo a luz en la fecha anotada, quedó con serias afecciones que le imposibilitaron, por ser físicas, cumplir eficiente y normalmente con su papel de madre en la crianza del hijo, por lo cual las hermanas mayores del infante, NIBIA y MARIA LIDA, asumieron, en la práctica, el rol de "madres de crianza" del menor José. La madre falleció el día 9 de marzo de 1.977. 9. Por ese rol de "madres de crianza" asumido por las actoras en este proceso, NIBIA Y MARIA LIDA ECHEVERRI AGUIRRE, la muerte de José echeverri Aguirre las afectó como si fueran madres de sangre, causándoles

honda pena y aflicción. Es esa la razón por la cual reclaman los perjuicios morales derivados de esa muerte, en el equivalente para cada una de un mil gramos oro, que es lo que la jurisprudencia ha presumido para los padres del fallecido, aunque no convivan con él a la hora de la muerte, "Este dolor de afección o "pretium doloris" se deduce del hecho del parentesco y no desaparece por la circunstancia de que la madre y el hijo, como sucedió aquí, no convivieran, bajo un mismo techo...".

El fallo en comento, declaró la responsabilidad administrativa del centro de imputación jurídica demandado, y lo condenó parcialmente al pago de los perjuicios deprecados por los demandantes, con base en las siguientes consideraciones:

"1. Las Empresas Públicas de Pereira son un establecimiento público municipal, creado por el Acuerdo 02 de julio 18/78, del que obra copia en el expediente. Por tanto la regla general es que sus servidores son empleados públicos excepto aquellos que desempeñan actividades que los Estatutos que la Entidad expresamente precisen que pueden ser desempañadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo (art. 292 C.R.M). Se solicito a las Empresas como actuación previa al pronunciamiento sobre admisión de la demanda el envío de copia del Estatuto de clasificación del personal a su servicio, y como respuesta se obtuvo copia de una Resolución de Junta Directiva de 1.981 en la que se hace una clasificación como empleados públicos. De manera que con los datos obrantes en el proceso ha de considerarse que las Empresas Públicas no ha precisado en sus Estatutos qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas por contrato de trabajo, como lo prevé el artículo 292 C.R.M., por lo cual ha de considerarse que José Echeverri era empleado público. No se opone a la anterior conclusión el hecho que con Echeverri se suscribiera un contrato de trabajo (fls. 46 y 68), acto que no tiene la eficacia de mutar la naturaleza de la relación jurídica entre el establecimiento público y su servidor. No se da pues el fundamento de la excepción de falta de jurisdicción propuesta.

"2. Esta probado fehacientemente que José Echeverri Sufrió lesiones en el accidente que refiere la demanda, y que su muerte acaecida posteriormente fue igualmente consecuencia del accidente. Así lo comprueban los dictámenes médicos correspondientes. El fallecimiento se acreditó con la certificación (fl. 51) del Registrador Municipal del Estado Civil de Dosquebradas de que al fl. 271 Tomo 4, está inscrito el deceso de José Echeverri ocurrido el 3 de diciembre de 1.987.". (folio 13 a 14 Cdno No. 1).

Más adelante, luego de transcribir parcialmente algunos testimonios recibidos en el plenario, continúa así:

"En el informe patronal del accidente al Instituto de Seguros Sociales (fl. 122), se lee:

"...Como ocurrió el accidente:.....al cerrarse seccionador se presentó un paso de corriente y tensión hacia el sitio de trabajo saltando un arco hacia los trabajadores. En su concepto cual o cuáles fueron las causas del accidente: Una falla humana en la operación del equipo. Qué medidas preventivas había tomado la Empresa para evitar esta clase de accidentes? Las provistas y recomendadas en estos trabajos; el trabajo era rutinario y ya habían adelantado similares en el día....".

"El origen del accidente fue una actuación grave y notoriamente equivocada del operador que realizó la operación de dar paso a la energía a los elementos que eran objeto de mantenimiento por parte de otros empleados, sin haber avisado a éstos previamente. Tratándose de energía de alto voltaje se impone un manejo técnico y prudente, que no se dió en este evento. El servicio de generación y transmisión de energía eléctrica funcionó deficientemente lo que constituye una falla de tal servicio. Además las lesiones e incapacidad total o gran invalidez padecidas por José Echeverri, y luego su muerte son daños unidos por vínculo de causalidad a tal falla. En efecto informa el Departamento de Medicina Laboral del I.S.S. "..En atención a su solicitud relacionada con el auto dictado por ese Tribunal, me permito informarle que el Sr. JOSE ECHEVERRI AGUIRRE carné 904581176, sufrió lesiones en Accidente de Trabajo ocurrido el 29 de mayo de 1.986, las cuales dejaron secuelas que lo incapacitaban totalmente para trabajar, por lo cual fue Pensionado por este Instituto, por gran invalidez. Además le informo que el pensionado falleció el día 3 de diciembre de 1.987, a consecuencia de las lesiones sufridas en el citado accidente....". A su vez Medicina Legal conceptúo: "Evaluando la historia clínica adjunta y la necropsia correspondiente, se concluye que la muerte se produjo por trombo embolismo venosos masivo secundario a una coagulación intravascular diseminada como respuesta a una sepsis general posterior a sección medular a nivel del T9 por aplastamiento ocurrido como consecuencia natural directa de las lesiones ocurridas el 29 de mayo de 1.986 y consideradas de naturaleza simplemente mortal". (fl. 136). Estos daños se produjeron por cuanto la prestación del servicio no se hizo en la forma ordinaria o normal, que si bien genera de por si sola alto riesgo no hubiera causado el accidente. Este sobrevino porque a más del alto riesgo que es normal o inherente al manejo de la generación de energía eléctrica hubo una protuberante falla en ese servicio, que sitúa el asunto fuera del normal riesgo profesional. Esta falla en el servicio resulta más evidente cuando se tiene en cuenta la existencia de mecanismos de control y previsión que excluían lo fortuito en el paso de la energía, que necesariamente debía producirse como resultado de una actuación deliberada dirigida a ese objetivo, como lo revela la declaración del auxiliar de ingeniería superior del operario que dió paso a la energía. En la declaración respectiva se lee: "Preguntado: La orden por Ud. dada a Maximiliano Bueno de desenergizar el transformador No. 1 por el lado 13.2 y 33 Kv. implicaba que al hacerlo se energizara el área o las instalaciones donde se encontraban trabajando José Echeverri y sus compañeros? CONTESTO. No. No implicaba que se energizara la parte donde se encontraban ellos trabajando porque son palancas de mando

totalmente aparte las que manejan cada uno de los aparatos y se operan independientemente cada una. La torre donde están los mandos es aproximadamente de un metro cuadrado, en cada uno de los lados hay un mando que está colocado en la mitad o en el centro de cada lado.....PREGUNTADO: Cuando se están realizando las labores de mantenimiento sobre el área donde sucedieron los hechos Ud. como supervisor al impartir instrucciones u órdenes al operador de planta qué precauciones adopta tanto Ud. como el operador de Planta? CONTESTO: Las precauciones que se tienen sobre esas operaciones vienen dadas por un candado que existe en cada uno de los mandos; cada candado con su respectivo número que el operador debe llevar únicamente la llave del candado que él necesite. Se hace la operación de cerrar o abrir y en cualquiera de las dos operaciones de debe volver a colocar el candado. Pero no se qué ocurrió en el momento que existió la falla...." (Declaración de Guillermo Holguín fl. 117 vto)".

"3. El empleado público y el núcleo familiar que integran su cónyuge y los hijos son beneficiarios de un régimen legal de seguridad social que tiende a garantizarles una protección económica en determinadas circunstancias como el quedar cesante, vejez, invalidez, muerte del empleado. De estas prestaciones las relativas a accidentes pueden considerarse como de carácter compensatorio, con indemnizaciones predeterminadas por la ley".

"Se ha planteado en la jurisprudencia si el empleado público, o en general los beneficiarios del régimen de prestaciones sociales, pueden reclamar en caso de daño sufrido por el empleado, en su salud o su vida, una indemnización con aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual, o si el riesgo profesional está cubierto en todos los casos por las prestaciones sociales. En sentencia de diciembre 13/83 (exp. 10.807) el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, prohija la tesis de que en algunos casos puede reclamarse la indemnización con sujeción a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. Se anota que hubo varios salvamentos de voto en tal ocasión, lo que desvirtúa a la manifestación de la demanda de que la oposición a esa tesis ha sido solicitaria, de un solo Consejero".

"En la sentencia mencionada se lee: "...La doctrina, en el caso de accidentes sufridos por agentes del Estado ha sostenido como norma general que la víctima no puede pretender más reparación que los derechos a pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral. la aplicación de esta regla, llamada 'Forfait de la pensión' naturalmente hace referencia a los daños sufridos por un funcionario en ejercicio de sus funciones y en forma común.....No obstante cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que han sido causadas por falla del servicio, el funcionario, o el militar en su caso, que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total.....Este principio es

fundamental: todo ciudadano es igual a los demás frente a la ley. El principio constitucional que ordena al Estado proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes sobre el cual se fundamentan las acciones indemnizatorias según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, deben cubrir por igual a quien desempeña una función de servicio público como a quien es un simple ciudadano y no devenga sus ingresos del erario público. No sería justo que la calidad de servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión. Cabe pues aplicar la doctrina prevalente del Consejo de Estado sobre fallas del servicio pues el hecho que se discute en buena parte representa uno de aquellos casos en que el militar es víctima de hechos que exceden los normales riesgos profesionales...." (Anales 1984 primer semestre, págs. 927 y 928).

"El empleado José Echeverri resultó lesionado y luego muerto como consecuencia de la maniobra realizada en forma notoriamente irregular por un operario encargado del manejo del equipo, lo que estaba por fuera de riesgo normal que comporta el trabajo en una planta de generación eléctrica. Se dan pues los elementos de falla en el servicio, por fuera del riesgo profesional, daño y nexo causal que dan lugar a responsabilidad extracontractual y por consiguiente al derecho de obtener los perjudicados una indemnización plena".

"5. Aceneth Ramírez de Echeverri y los menores Andrea, Vanessa, Vladimir y Tatiana Echeverri Ramírez demandan desde un comienzo el pago de perjuicios sufridos por ellos, ejercitando una acción personal. Posteriormente y como sucesores procesales de José Echeverri modificaron el petitum de la demanda de éste para reclamar para ellos el valor de las indemnizaciones del actor inicial "50% para la cónyuge y 50% para los hijos (por partes iguales)".

"Las calidades de esposa e hijos se acreditaron con sendas certificaciones de los encargados del registro civil de que en el Tomo 3, folio 154, Alcaldía Dosquebradas, aparece inscrito el matrimonio celebrado el primero de marzo de 1.975 en Dosquebradas,que en el indicativo 1687842 Notaría Cuarta Pereira se anotó el nacimiento de Paula Andrea Echeverri R. ocurrido el 20 de enero de 1.976; que en libro 7 Serial 5674445 Alcaldía de Dosquebradas se registró el nacimiento de Yadi Banessa Echeverri R. ocurrido el 27 de enero de 1.982; que en el serial 4318712 Alcaldía de Dosquebradas se inscribió el nacimiento de Vladimir Andrés Echeverri R. ocurrido el 17 de enero de 1.980; que en el folio 9103114 Notaria Primera Pereira está inscrito el nacimiento de Yudy Tatiana Echeverri R. acaecido el 22 de enero de 1.985. En tales certificaciones aparecen como padres los esposos a que se refiere el primer registro".

"Respecto del reclamo de los perjuicios morales sufridos por los actores a raíz de la lesión y muerte de su esposo y padre se considera que ellos han de presumirse por tratarse de la esposa de la víctima, y de hijos de familia

ya que son menores de edad. Respecto de los dos últimos hijos habidos en el matrimonio ha de tenerse como factor de tasación de la indemnización su corta edad que les impedía apreciar la magnitud de la tragedia, pero más tarde sufrirían los pesares de la orfandad. Siguiendo los criterios jurisprudenciales se fijarán las indemnizaciones así: Para la esposa el equivalente al precio de 1.000 gramos oro, para Paula Andrea y Vladimir Andrés Echeverri a cada una el equivalente a 500 gramos oro, y para los otros dos hijos a cada uno el equivalente a 200 gramos oro".

"6. José Echeverri fue uno de los demandantes iniciales habiendo solicitado el pago de perjuicios materiales y morales. Acaecida su muerte impetraron la esposa y los cuatro hijos también demandantes, se les tuviera como sucesores procesales de aquel, lo que era procedente según el artículo 60 C.P.C. por existir las pruebas de la calidad de cónyuge y de la vocación herencial como hijos respectivamente. Luego modificaron la petición de su antecesor en el sentido de precisar que los perjuicios materiales reclamados por José Echeverri habían de entenderse los ocasionados entre el 29 de mayo de 1.986 y el 3 de diciembre de 1.987 día de su muerte. Igualmente la modificaron solicitando que la indemnización se decreta a favor de los sucesores procesales en un 50% para la cónyuge y el resto en cuotas iguales entre los hijos. En este último aspecto la pretensión es incompatible con la naturaleza de la acción que corresponde a los herederos como tales, ya que no se trata de una acción personal sino hereditaria, y no habiéndose liquidado las comunidades universales de la herencia y la sociedad conyugal, los comuneros no pueden pedir para sí directamente sino para dichas comunidades ilíquidas. Reclamar para sí directamente derecho patrimoniales que se alega haber estado radicados en el causante solo es posible cuando en la partición le fueron asignados al actor, habiendo desaparecido así la comunidad".

"José Echeverry fue afectado en su salud e integridad física en forma asaz grave por la descarga eléctrica, quedando con una incapacidad laboral total que ameritó se le concediera por el ISS pensión por gran invalidez. La situación de postración física en que quedó en los meses que sobrevivió. la revela la historia clínica aportada al proceso. Esa situación hubo de producirle un impacto síquico, para cuya indemnización se fijará el equivalente de 1.000 gramos oro. Como el derecho a esa indemnización estaba en el patrimonio del accidentado, a ella tienen derecho sus sucesores. Igual sucede con los perjuicios materiales de que se trata a continuación".

"Respecto de perjuicios materiales sufridos por José Echeverri, se tiene que del 29 de mayo de 1.986 al 3 de diciembre de 1.987 dejó de percibir su remuneración como empleado. Obra en autos (fl. 121) certificación que su último salario mensual fue $38.338.oo Para determinar el valor de la indemnización en el lapso señalado, se incrementará con la variación porcentual entre las dos fechas inicial y final, del Indice Nacional de Precios al Consumidor. A la suma obtenida se le deducirá el valor de las pensiones de invalidez reconocidas por

el ISS y correspondientes a ese mismo período. Como no obra prueba de la variación de los índices de Precios entre esas dos fechas, ni se conoce el valor de lo reconocido por el ISS la condena será ingenere".

"8. La esposa e hijos de José Echeverri, en ejercicio de acción personal, reclaman el pago de perjuicios materiales por la muerte de éste. En la demanda se afirma que el accidentado convivía con los actores y que con su salario atendía a la subsistencia de éstos. Sobre esta manifestación no aparece probada en el proceso, pues que ni siquiera se solicitó el decreto de alguna prueba sobre el particular. Es evidente que el mero hecho de ser el esposo y padre no produce la certeza en el juzgador de que atendiera a sus obligaciones económicas con el núcleo familiar, sería apenas un indicio puesto que la mayoría, con tendencia a disminuir en la época actual de crisis familiar, de los padres y esposos cumplen tales deberes. No habiéndose satisfecho la carga probatoria que impone el artículo 177 C.P.C., no pueden prosperar estas pretensiones de resarcimiento pues no se comprobó la existencia del daño".

"9. Nibia y Lida Echeverri Aguirre presentaron demanda con la pretensión que se les indemnice los perjuicios morales que alegan haber padecido con la muerte de su hermano José Echeverri. El parentesco invocado lo comprobaron con copia de las partidas eclesiásticas del matrimonio católico de los padres comunes celebrado el 23 de enero de 1.939 (sic) (1.933) (Catedral de Pereira Tomo 11, folios 129 ptda. 415), de los bautismos de las actores, (Catedral de Pereira, Tomo 32, folios 69 a 463, pdtas 345 y 2314) según las cuales nacieron en mayo 5/35 y mayo 7/37. Estas pruebas adicionadas con la del nacimiento y filiación de José Echeverri nacido el 10 de septiembre de 1.952 (Notaría Tercera, Tomo 6. Fl. 401 = Pereira), acreditan tal parentesco".

"Alegan las actoras que respecto a ellas se da la especial circunstancia de ser las "madres de crianza" del fallecido por lo cual merecerían el régimen indemnizatorio de la madre. Afirman que el padre murió el 11 de julio de 1.952 como lo acredita el certificado de la Notaría Primera Pereira (fl. 547 Tomo 20) y que luego al nacer José Echeverri quedó enferma la madre, que falleciera en marzo 9/77. Agregan que por ello hubieron de desempeñar el rol de madres del hermano menor, y que como tales han padecido un perjuicio moral que se presume como respecto a la madre real".

Dos testimonios se recibieron sobre esta cuestión y de ellos se deduce que las actoras, especialmente Nibia Echeverri trabajaron para ayudar a la subsistencia de su madre y sus hermanos.De otro lado informan que la madre continuó conviviendo con sus hijos; que tanto José Echeverri como su hermana Lida al casarse fueron a vivir a otros lugares. De suerte que por lo menos desde 1.975, año del matrimonio de José Echeverri no compartían la vivienda estos hermanos. La presencia de la madre en la infancia de José Echeverri impide que el rol de ésta fuera desplazado en la vida del

niño por el de sus hermanas. No puede predicarse con certeza que esa situación diera y menos que perdurara hasta el final de la vida del accidentado. No hay pues prueba de especiales relaciones afectivas, fuera de las fraternas entre hermanos que ya pertenecen a diversos núcleos familiares, por ello no hay lugar a presumir perjuicios morales indemnizables en razón del parentesco, ni de la alegada calidad de "madres de crianza".

"10. Para evitar un enriquecimiento sin causa atrás al estudiar la indemnización por perjuicios materiales sufridos por el accidentado, y que ahora es parte de los hechos de la sociedad conyugal y la herencia, se anotó qué deducciones ha de hacerse a la indemnización decretada. Ahora debe anotarse que a las indemnizaciones por perjuicios morales correspondientes a las acciones personales de Aceneth Ramírez y sus hijos, deben deducirse los capitales que a la fecha de ejecutoria de esta sentencia representan las cuotas pensionales que a cada actor sustituyó el ISS.".

"11. El mandamiento (sic) en garantía a la Compañía "Seguros Universal S.A." se fundó en el contrato de seguro vigente por la época del accidente entre dicha Sociedad y las Empresas Públicas de Pereira, siendo uno de los riesgos amparados el de responsabilidad extracontractual. Conforme a los artículos 56 y 57 C.P.C. debe resolverse sobre la relación sustancial entre tales entidades. Deberá pues la Aseguradora pagar a las Empresas las sumas que ésta tenga que pagar a los actores, con la deducción prevista en el contrato de seguro".

"Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Risaralda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA :

"1. Se declara a las Empresas Públicas de Pereira administrativamente responsables del accidente ocurrido el 29 de mayo de 1.986 del que resultara lesionado y luego muerto José Echeverri Aguirre".

"2. Como consecuencia de esa declaración se condena a las Empresas Públicas de Pereira a pagar, por perjuicios morales subjetivos el equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos oro a Cecilia Aceneth Ramírez de Echeverri con cédula #25.168.907, a Paula Andrea Echeverri Ramírez y Bladimir Andrés Echeverri Ramírez a cada uno el equivalente a 500 gramos oro, a Yady Vanessa Echeverri Ramírez y Yudy Tatiana Echeverri Ramírez el equivalente a 200 gramos oro a cada uno. Estos valores se tasarán al valor del oro que certifique para la fecha de ejecutoria de esta sentencia el Banco de la República. A tales valores se harán las deducciones de los valores de los capitales correspondientes a las cuotas mensuales que a esa fecha tengan las cuotas pensionales sustituídas por el Instituto de Seguros Sociales a los actores".

"3. Como consecuencia de esa declaración condénase a las Empresas Públicas de Pereira, a pagar a las comunidades universales ilíquidas de la sociedad conyugal de José Echeverri con Cecilia Aceneth Ramírez y de la sucesión de José Echeverri A., por concepto de perjuicios morales subjetivos sufridos por José Echeverri el equivalente en moneda nacional a 1.000 gramos oro, tasados al valor que para la fecha de la ejecutoria de esta sentencia certifique el Banco de la República. Esta condena está sujeta a la deducción de que se trata adelante"

"4. Como consecuencia de esa declaración se condena in genere a las Empresas públicas de Pereira a pagar a las comunidades universales ilíquidas de la sociedad conyugal de José Echeverri A.con Cecilia Aceneth Ramírez y de la sucesión de José Echeverri A., por concepto de perjuicios materiales sufridos por José Echeverri el valor de la remuneración salarial dejada de percibir entre el 29 de mayo de 1.986 y el 3 de diciembre de 1.987 teniendo como base un salario mensual de $38.338.oo. Esta suma se incrementará con la variación porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor entre esas dos fechas".

"Las condenas de este numeral y anterior están sujetas en conjunto a la deducción de las sumas reconocidas entre el 29 de mayo de 1.986 y el 3 de diciembre de 1.987 por el Instituto de Seguros Sociales por concepto de la pensión de invalidez reconocida a José Echeverri Aguirre".

"5. Las sumas a que se refieren las condenas anteriores devengarán intereses comerciales a partir de la fecha de ejecutoria de esta sentencia durante seis (6) meses y de ahí en adelante devengarán intereses de mora".

"6. Condénase a la Compañía de Seguros "Universal S.A." a pagar a las Empresas Públicas de Pereira las sumas que éstas paguen como consecuencia de esta sentencia de acuerdo a lo estipulado en el contrato de Seguro, por razón de la cual dicha Compañía fue llamada en garantía".

"7. Se deniegan las otras súplicas de la demanda".

"8. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 176 C.C.A. y para su efectividad se enviará copia al respectivo Sr. Agente del Ministerio Público". (fl. 15 a 28 cuaderno principal Expediente 722-865).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 29 y siguientes del cuaderno No. 1, se observa el memorial mediante el cual el apelante solicita la revocación de la sentencia en lo que le es desfavorable. Los motivos de su inconformidad, los expresa así:

"Radica la inconformidad en la tasación de algunos perjuicios morales y en lo decidido sobre los perjuicios materiales, además las otras resoluciones que se dictaron, sobre deducciones a las condenas, las cuales fuera de no ser las técnicamente adecuadas, no quedaron claras en su formulación".

"Los perjuicios morales reconocidos a la viuda son los presumidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia".

"Los reconocidos para los hijos menores chocan, por el contrario, con la tradición jurisprudencial".

"Son innumerables los casos en los cuales el Honorable Consejo de Estado ha reconocido para los hijos la máxima indemnización por perjuicios morales, haciendo abstracción de consideraciones sobre edad o capacidad de apreciación de la tragedia".

"El dolor de hijo es igual, a cualquier edad".

"La pérdida de un progenitor es un trauma quizá más relievante para el menor de edad que para el adulto preparado después del tránsito vital, para la muerte de sus queridos, y para la propia. Riñe con las leyes de la sicología (si las hay exactas) decir que un menor experimenta dolor menos trascendente frente a la muerte de sus padres".

"Además, y esto es de resaltar, en el caso de autos las especiales circunstancias del accidente sufrido por JOSE ECHEVERRY AGUIRRE, sus consecuencias dolorosas, que lo postraron en un lecho de muerte, durante cerca de un año, a la vista de su mujer y de sus pequeños hijos, de toda su familia, constituyen, sin duda, desde cualquier punto de vista despojado de la frialdad marmólea de un fallador rígido, el hecho de un acrecentamiento del dolor y un impacto, grave y fuerte, en la siguis (sic) de los niños espectadores del sufrimiento de su padre. Baste leer los informes médicos sobre las lesiones sufridas por JOSE ECHEVERRY para comprender la magnitud del drama".

"Por ello, consideramos que deben reconocerse las indemnizaciones impetradas en la demanda, para esos hijos menores, que al igual que su madre, sufrieron y sufren indecible dolor".

"La condena por los perjuicios materiales sufridos por JOSE ECHEVERRY AGUIRRE entre la fecha del accidente y su muerte, está bien formulada, pues así se pidió. Queda claro que la deducción a su monto es lo recibido entre esas fechas por el actor fallecido, hasta su muerte".

"Cosa distinta sucede respecto de la negación de los perjuicios materiales a la esposa e hijos. Argumenta el Tribunal que no se probó en el proceso que

el accidentado convivía con los actores y que con su salario atendía a la subsistencia de éstos".

"Se equivocó la sentencia, en este aspecto, pues de una parte los testigos recibidos sí hablan de esa convivencia de ECHEVERRY con su mujer y con sus hijos; y de la otra, porque es claro e irrefutable y esto no lo observó la sentencia inexplicablemente- que al sustituir el ISS la pensión de invalidez, como consta en el proceso, folio 107 y 108, y al pagar todas las otras prestaciones por muerte reconoció, sin duda, la dependencia material de los sustitutos frente al beneficiario de la pensión. De otra manera, no hubiera accedido a la sustitución".

"La viuda y los hijos eran personas a cargo del trabajador. Así lo reconoce la Res. 00798 del ISS (Marzo 23/88-folio 107-108). Esa decisión calcada en el acto administrativo del ISS no puede ser desconocida por la sentencia, en la forma simplista en que lo hace, con rigorismo probatorio y procesal".

"Por lo tánto, esos perjuicios materiales, para la viuda y los hijos, a partir de la fecha de la muerte de JOSE ECHEVERRY deben ser reconocidas en la segunda instancia y como se pidió en la demanda".

"Cabe acá referirnos entonces a la deducción contemplada en el numeral 2 de la parte resolutiva de la sentencia. Y en el 3".

Nuestro criterio es que en las condenas por perjuicios morales no caben dichas deducciones. Tales perjuicios solo pueden ser afectadas por pagos previos por el mismo concepto.

"La pensión de invalidez -por gran invalidez- es un resarcimiento por el daño material, por la disminución de la capacidad laboral, de ganar dinero para subsistir (factores materiales - folio 106 C.P.)".

"Resulta entonces incongruente aplicar a una indemnización por el daño moral deducciones por pago de daños MATERIALES. Peca aquí, por falta de técnica, la sentencia y en tal sentido también tendrá que ser modificada, en tales numerales".

"La deducción solo podría hacerse en las condenas por perjuicios materiales, de un lado entre la fecha del accidente y la de la muerte, y del otro, entre la muerte y la fecha de su pago efectivo".

"Sobre la negación de las indemnizaciones a las hermanas, "madres de crianza", NIBIA Y LIDA, quedó establecido en el proceso que si ostentaron esa calidad respecto a su hermano y que el dolor sufrido por la muerte de éste relievante, los testigos son claros al respecto".

"Por ello, resulta poco fundamentada la decisión de la sentencia respecto de las pretensiones de esas actoras, pues las bases para un reconocimiento de perjuicios morales a las mismas, si están dadas".

"Solicito se acceda a lo pedido, en este punto". (folio 29 a 32 Cdno No. 1).

III. CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADO DE LA PARTE DEMANDADA

Durante el traslado que se ordenó en esta instancia, mediante auto de noviembre 29 de 1.989 (fl. 40 Cdno. No. 1), para los efectos allí indicados. el mandatario judicial del centro de imputación jurídica demandado, guardó silencio. Ello explica que el sentenciador decida el asunto, sin el auxilio de sus valoraciones jurídicas y fácticas.

IV. VISTA FISCAL

El señor Fiscal Octavo de la Corporación, en su concepto de fondo, que obra a folios 41 y siguientes del cuaderno principal, solicita la modificación de la sentencia apelada, en la siguiente forma:

"En primer término, el Tribunal Administrativo de Risaralda al reconocer los perjuicios morales a los hijos de la víctima en quinientos gramos oro para los dos mayores y doscientos para los dos menores, consideró que debido a su corta edad no podian apreciar la magnitud de la pérdida del padre y por lo tanto los valora en esa forma".

"Pero observa esta Agencia del Ministerio Público, que si bien es cierto que el dolor por la pérdida de un ser querido no se experimenta de igual forma en una persona de corta edad a una de mayor edad, también es cierto que más tarde la ausencia de ese ser querido puede causar traumas que afectan a esa persona...".

El anterior planteamiento lo apoya la jurisprudencia del Consejo de Estado, que transcribe parcialmente.

Más adelante, y en cuanto hace relación con los perjuicios materiales dice:

"....el Tribunal determinó que como no aparece probado enel proceso que Echeverry conviviera con los actores y que atendiera sus necesidades con su salario, no se podían reconocer".

"Pues bien, a folio 4 del cuaderno de pruebas se allegó el registro de matrimonio católico contraído entre José Echeverry Aguirre y Cecilia Ramírez; y a folios 5 a 8 los registros de nacimiento de Bladimir, Yudi y Paula Echeverry Ramírez, lo cual demuestra que existía un matrimonio católico y dentro de él hubo cuatro hijos; también obra dentro del proceso la Resolución 00798 de 23 de Marzo de 1.988 del Instituto de los Seguros Sociales, por medio de la cual se hace la sustitución pensional de José Echeverry en su esposa e hijo; por consiguiente hay pruebas que acreditan que dependían económicamente de la víctima, y no existe prueba alguna que demuestre lo contrario, por tanto, debe prosperar la solicitud de reconocimiento y pago de los perjuicios materiales".

"Ahora, en lo relacionado con el descuento del monto de los perjuicios morales de las cuotas pagadas por concepto de sustitución pensional, observa esta Fiscalía que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha sostenido: "...el descuento de las prestaciones sociales y las indemnizaciones de tipo laboral; olvidando que éstas tienen como causa una relación jurídica distinta al motivo que respalda la indemnización de perjuicios extracontractuales que obedece a una normatividad diferente. Por lo tanto, teniendo en cuenta la causalidades propias de unas y otras, las dos indemnizaciones son incompatibles y por lo tanto el reconocimiento que se hará en esta oportunidad deberá ser pleno. No puede olvidarse que en relación con los derechos laborales que tenía el occiso se produce el fenómeno de la sucesión mortis caussa; mientras que en la acción de reparación intentada, la legitimación surge de hecho de ser damnificada la persona que demanda". (Sentencia de Octubre 30 de 1.989, expediente 5275, actor: Edelberto Portilla Zambrano. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo). Por lo tanto, se solicita se modifique la providencia en el punto que ordenó tal descuento.

"Y por último, el Tribunal Administrativo de Risaralda en providencia objeto de apelación, al referirse a los perjuicios morales solicitados por las hermanas del occiso, en calidad de madres de crianza, manifiesto: "...No hay pues pruebas de especiales relaciones afectivas, fuera de las fraternas entre hermanos que ya pertenecen a diversos núcleos familiares, por ello no hay lugar a presumir perjuicios morales indemnizables en razón del parentesco, ni de la alegada calidad de "madres de crianza".

"La jurisprudencia ha establecido que los perjuicios morales son: "los que inciden en el patrimonio moral de los damnificados y consisten en la aflicción y dolor que éstos experimentan por la ausencia de un ser querido. Se reconocen con la mera demostración del vínculo de parentesco que une a los reclamantes con la víctima, por entenderse que esas personas se hallan unidas por un lazo afectivo especial,, por un sentimiento que debe ser respetado. Cualquier hecho de otras personas que vulnere esa afección legítima, hace nacer en el autor la obligación de resarcir el daño moral producido". (Diccionario Jurídico. Tomo VII 1.985, página 366).

"También señala: "Para los hermanos deberán acreditarse las condiciones de convivencia, familiaridad y mutua ayuda o colaboración para poder evaluar esos perjuicios morales". Y el evaluar los perjuicios morales dice: "....los que no podrán exceder de 250 gramos para cada uno" al referirse a los hermanos (Jurisprudencia y Doctrina. Legis 1.989, página 271).

"Los declarantes Dolly Giraldo Hernández y Libia Giraldo de Campo manifiestan que efectivamente meses antes de nacer José Echeverry mataron al padre, y les tocó emigrar de una finca a la ciudad de Pereira, la madre y todos sus hijos, y cuando nació José su madre no lo pudo criar por una enfermedad que la incapacitó, por la cual sus dos hermanas mayores Lida y Libia además de criarlo se hicieron cargo de la obligación y estuvieron viviendo en el mismo techo hasta cuando se fueron casando y salían a organizar su hogar independiente".

"Pues bien, si bien es cierto que en el momento de fallecer la víctima no vivía con sus hermanas Lida y Libia, también es cierto, que ellas experimentaron dolor y aflicción por la pérdida de su hermano y que ellas inclusive habían criado; y por ello es procedente que se les reconozca los perjuicios morales en su calidad de hermanas legítimas de José Echeverry en la suma de 500 gramos oro a cada una. En verdad, debido a que ellas lo atendieron en su niñez, el efecto fue mayor". (fls. 43 a 47 Cdno No. 1).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Proceso No. 722.

A) Se inició mediante demanda presentada en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento (hoy de reparación directa), que consagraba el artículo 86 del decreto ley 01 de 1.984. Mediante ella, la persona que se consideraba lesionada en un derecho subjetivo, amparado por una norma jurídica, podía deprecar el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, cuando la causa o motivo fuera una actuación material de la administración (hecho, omisión, operación, etc.), o un acto administrativo de difícil prueba.

B) A los procesos acuden, en calidad de demandantes, las siguientes personas: **Proceso No. 722:** José ECHEVERRI AGUIRRE (víctima) y Cecilia Aceneth RAMIREZ DE ECHEVERRI, su esposa. Actúan en nombre propio, y como representantes legales de sus menores hijos Paula Andrea; Bladimir Andrés; Yady Vanessa y Yudy Tatiana ECHEVERRI RAMIREZ. Reclaman perjuicios materiales y morales. Como el señor José ECHEVERRI AGUIRRE (demandante), falleció durante el curso del proceso, el día 3 de diciembre de 1.987, su cónyuge y sus menores hijos, asistidos de mandatario judicial, solicitaron su reconocimiento como sucesores procesales de aquel, con apoyo en el articulo 60 del Código de Procedimiento Civil (Memorial visible a folio 53 del cuaderno No. 1). A folios

77 y 78 del mismo cuaderno, los nombrados corrigen y adicionan la demanda en el sentido de que los perjuicios materiales correspondientes a José ECHEVERRI AGUIRRE, se liquiden en la parte que corresponda, sólo hasta la fecha de su muerte, y los morales a que tendría derecho el padre y esposo fallecido, se distribuyan por partes iguales, un 50% para la cónyuge, y el otro para los hijos menores. Mediante proveído calendado el 27 de enero de 1.988, se atendió favorablemente la solicitud de sucesión procesal (folios 81 y 82 del cuaderno No. 1).

Proceso No. 865: Demandan Nibia y María Lida ECHEVERRI, hermanas de la víctima, quienes predican ser sus madres de crianza. Sólo reclaman perjuicios morales.

El apoderado de la parte actora (expediente No. 722), pidió acumulación de procesos con el No. 865. Esta solicitud se atendió, previo el trámite incidental, mediante proveído de la Sala de Decisión, calendado el 5 de julio de 1.988 (folios 4 a 6 del cuaderno principal).

Por pasiva, se integró bien el contradictorio con la vinculación procesal del centro de imputación jurídica demandado, mediante la notificación personal de los autos admisorios de las demandas, así como de su adición, al señor GERENTE DE LAS EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, como puede verse a folios 49 vto. y 82 vto. expediente 722; y 15 vto. cuaderno No. 1 expediente No. 865.

C) Las demandas, con todos los requisitos de ley, se presentaron ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, que es el juez competente para conocer del asunto, por cuanto los hechos ocurrieron en el municipio de Dosquebradas, jurisdicción de ese departamento. El accidente ocurrió el 29 de mayo de 1.986 y la demanda correspondiente al expediente No. 722, se presentó el 28 de octubre de 1.987; la que inició el expediente No. 865, tiene fecha de presentación el 28 de abril de 1.988, es decir, dentro del término de dos años que señalaba el inciso 4o. del artículo 136 del código contencioso administrativo vigente.

D) LAS EXCEPCIONES

Como el procurador judicial de la parte demandada, al contestar la demanda propuso excepciones, la Sala se ocupará, en primer término, de definir este extremo, pues la decisión que adopte pude ser determinante o nó, para la definición de las pretensiones de los demandantes (folios 71 y siguientes del acuerdo No. 1 expediente No. 722).

I. Falta de jurisdicción e indebida acción instaurada

Para el apoderado de la parte demandada, la competencia para conocer el presente asunto, radica en la jurisdicción ordinaria, por cuanto la víctima estaba vinculada con la entidad, como trabajador oficial, mediante un contrato de trabajo

a término indefinido. Considera que la responsabilidad que haya de deducírsele, es de orden contractual, porque todo patrono tiene la obligación de seguridad frente al trabajador. La vinculación laboral de ECHEVERRI AGUIRRE con las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, se demostró con la copia auténtica del contrato de trabajo, a término indefinido celebrado entre ellos, el 21 de mayo de 1.984 (folios 68 a 70 del cuaderno No. 1 expediente 722), así como con la resolución que hizo el correspondiente nombramiento (fl. 70 del mismo cuaderno).

Para la Sala, José ECHEVERRI AGUIRRE, era un trabajador oficial en el momento en que ocurrió la tragedia. Esta afirmación se enmarca dentro del artículo 292 del Código de Régimen Municipal (decreto ley 1333 de 1.986) que precisa la calidad de empleados públicos de los servidores municipales, salvo aquellos dedicados a la construcción y mantenimiento de obras públicas, que tienen el carácter de trabajadores oficiales. Establece que en tratándose de establecimientos públicos, los estatutos precisarán qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas con un contrato de trabajo. A folio 42 del cuaderno No. 1 expediente 722, obra la Resolución No. 0085 de 20 de octubre de 1.981, mediante la cual, las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, clasifica el personal al servicio del establecimiento, como empleados públicos. Allí no se precisa qué personas tienen la calidad de trabajadores oficiales. Sin embargo de lo anterior, para el sentenciador no es determinante, en el presente caso, la relación que unía a la víctima con la entidad, porque las lesiones y posterior muerte de aquella, se produjeron por una actividad de la administración que rebasó los riesgos normales o propios del servicio, como se analizará más adelante. Se está, pues, en presencia de una bien instaurada acción de reparación directa y cumplimiento (hoy de reparación directa), de competencia de esta jurisdicción. Por estas razones, la excepción no prospera.

2. Inexistencia del derecho

Como los hechos en que se apoya esta excepción son básicamente los mismos, es decir, que el daño sufrido por la víctima fue consecuencia de un accidente de trabajo, que dió lugar al pago de las indemnizaciones correspondiéntes, la Sala la declarará también no probada, porque como ya se dijo, el daño causado a José ECHEVERRIAGUIRRE se produjo en desarrollo de una actividad que desbordó los riesgos normales del servicio.

E) LA FALLA DEL SERVICIO

Le hace consistir la demanda en la falta de precaución de la persona encargada de accionar un seccionador durante el desarrollo de labores de mantenimiento del transformador número 1 de la Planta de Dosquebradas. Como consecuencia, el señor José ECHEVERRI AGUIRRE sufrió lesiones que le causaron posteriormente la muerte, pues era uno de los trabajadores dedicados a las mencionadas labores.

Las particulares circunstancias en que se desarrollaron los hechos, se demostraron plenamente dentro del plenario así:

Prueba Documental

A folio 67 del Cuaderno No. 1, expediente No. 722, obra la fotocopia auténtica del "INFORME PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO" que rinde el Jefe del Departamento de Energía de las Empresas Públicas de Pereira, en el cual se consignan los datos sobre la ocurrencia del accidente sufrido por el obrero José ECHEVERRI AGUIRRE, el 29 de mayo de 1.986, en el patio de transformadores Planta Dosquebradas. En relación con la actividad u oficio que desempeñaba el trabajador en el momento del accidente, dice: "Limpieza de aisladores con el interruptor de 33 Kv del transformador No. 1". La relación detallada de cómo ocurrió el accidente, es la siguiente:

> "Al cerrarse seccionador se presentó un paso corriente y tensión hacia el sitio de trabajo saltando un arco hacia los trabajadores".

Más adelante, y bajo el rubro "En su concepto cuál o cuáles fueron las causas del accidente", se lee: **"Una falla humana en la operación del equipo"**. (Subraya la Sala).

Prueba testimonial

Se recibieron en el proceso los testimonios de los señores Guillermo BOCANEGRA ARENAS y José Reynel QUINTERO, quienes se encontraban en labores del interruptor junto con el señor José ECHEVERRI. También declararon Guillermo HOLGUIN Y Luis Eduardo RODRIGUEZ, que supervisaban el trabajo, según dice la demanda. Así mismo se interrogó al señor José Rodrigo SANCHEZ BOHORQUEZ, ingeniero electricista que labora, como todos los anteriores, en las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA. En este orden, procede la Sala al análisis de las declaraciones.

GUILLERMO BOCANEGRA ARENAS

De 40 años, con educación hasta segundo de bachillerato. Se desempeña como ayudante de mantenimiento eléctrico de las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA. Se encontraba trabajando con Reynel QUINTERO Y José ECHEVERRI, en el mantenimiento de los interruptores y transformadores de intensidad en la Subestación de Planta de Dosquebradas. Conoce los hechos por percepción directa. Cuenta que encontrándose en desempeño de sus labores, escuchó una explosión; que soltó el transformador y se quedó quieto; que cuando pasó la explosión vió pasar a su compañero "prendido". Informa que cuando ellos están trabajando, se desenergiza el sector, pero que cuando sucedió el accidente "....**energizaron el seccionador de los transformadores de intensidad en la cual yo me encontraba laborando, no**

ví quién fue el ejecutor del seccinador porque estaba dando la espalda....." (fl. 113 y siguientes del cuaderno No. 1 expediente 722) (Subraya la Sala).

JOSE REYNEL QUINTERO VELEZ

Tiene 27 años, y realizó estudios hasta cuarto de bachillerato. Presta sus servicios en el Departamento de Generación Eléctrica de las Empresas Públicas de Pereira, Realizaba labores de mantenimiento de los interruptores de transformador No. 1, a cargo de Luis Eduardo RODRIGUEZ. Como a la una de la tarde, del día del accidente, se les ordenó subir a la plataforma. Cuando iba en compañía de sus compañeros a hacerle mantenimiento al interruptor salió el operador Maximiliano BUENO "....**e hizo la maniobra en los seccionadores que fue donde hubo el corto que ocasionó el accidente**". Más adelante precisa que el sector no lo podían energizar estando ellos allá. (fl. 119 y siguientes cuaderno No. 1 expediente 722) (Subraya la Sala).

JOSE GUILLERMO HOLGUIN OSPINA

De 47 años, con estudios hasta quinto de bachillerato. Se desempeña como Auxiliar de Ingeniería en el Departamento de Planta y Subestaciones de las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA. Explica cómo ordenó al señor Maximiliano BUENO desenergizar el transformador número 1. Cuando bajó a la Sala de Máquinas, oyó una explosión y cuando se devolvió hacia la subestación, vió a los heridos a quienes procedió a trasladar al Seguro Social. Explica, en forma más o menos técnica, cuáles son las precauciones que se toman para ese tipo de operaciones, y concluye así: "**Pero no sé qué ocurrió en el momento en que existió la falla**". (folio 117 Cdno. 1 Expediente 722) (Subraya la Sala).

LUIS EDUARDO RODRIGUEZ

Tiene 38 años, es un técnico electricista, Auxiliar de Mantenimiento de Planta y Subestaciones de las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA. Desempeña labores de mantenimiento del interruptor del transformador número uno, en compañía de José ECHEVERRI, Guillermo BOCANEGRA y Reynel QUINTERO, trabajadores que estaban a su cargo. Explica que recibió orden del supervisor de "baspasiar el transformador No. 1". Su respuesta fue que "....no tenía orden de hacer esto y, teniendo en cuenta de que era una hora pico, no se podía hacer, aparte de que dentro de la orden de trabajo no estaba incluido eso y que el único que podía dar la orden era él como jefe...." Entonces llamó al operador Maximiliano BUENO DIAZ, quién recibió la orden del jefe. De ahí en adelante no supo más, porque continuó con su labor. Cuando ya había pasado el operador hacia los mandos sintió la explosión, con los trágicos resultados conocidos.

JOSE RODRIGO SANCHEZ BOHORQUEZ

Es un ingeniero electricista de 35 años, que labora en las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, como ingeniero auxiliar. No presenció el accidente, pero posteriormente acudió a la Planta y recibió explicación sobre lo ocurrido. En relación con el resultado de la investigación adelantada, contestó: "En primera instancia se revisó cuidadosamente el lugar del accidente tratando de determinar la causa del mismo, **se pudo constar por las huellas de la chispa que había en el seleccionador de barraje que éste había sido operado (cerrado) y luego abierto. Se trató de determinar quién y por qué había sido operado interrogando a los presentes, pero no se pudo obtener una respuesta aclaratoria**" (fl. 116 vto. Cdno No. 1) (Subraya la Sala).

Todas las personas que declararon en el plenario, están vinculadas laboralmente con el ente demandado. Sus testimonios son armónicos y concordantes, y a pesar de que se refieren a hechos técnicos, que encierran alguna dificultad para el sentenciador, dejan en éste la convicción de que el accidente tuvo como causa, motivo o razón una falla humana. Un operador, en forma equivocada, energizó un sector donde se encontraban otros trabajadores en labores de mantenimiento del transformador número 1. Fue una maniobra humana, realizada dentro del marco de la imprudencia y negligencia, la que causó la explosión. El propio ingeniero electricista de la empresa, que acudió al lugar luego de ocurrida aquella, no pudo explicar satisfactoriamente la operación. Al respecto dice: "**Se trató de determinar quién y por qué había sido operado** (el seccionador de barraje), **pero no se pudo obtener una respuesta aclaratoria**". En este mismo sentido el "INFORME PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO" (folio 67 Cdno No. 1, expediente No. 722), en la parte correspondiente a las causas del accidente, dice: "**Una falla humana en la operación del equipo**".

Dentro del marco fáctico que se deja descrito, la Sala considera que el *a-quo* acertó cuando afirmó que "....el servicio de generación y transmisión de energía eléctrica funcionó deficientemente, lo que constituye una falla de tal servicio". Si éste, acota la Sala, se hubiera prestado en forma ordinaria, no se habría registrado el accidente. Pero ocurre que en el *sub-lite*, como se estableció con las pruebas analizada, las lesiones y posterior deceso de José ECHEVERRI AGUIRRE, se produjeron sólo por falla del servicio, pues se excedieron los riesgos normales y propios de la actividad de la administración.

En un caso similar al presente, la Sección Tercera de la Corporación, declaró probada la Falla del Servicio por el camino de la prueba indiciaria, y condenó a la administración (DAAC), al pago de los perjuicios sufridos por un servidor suyo, que falleció como consecuencia de una descarga eléctrica, cuando se encontraba realizando reparaciones propias de su cargo. Así, en sentencia del 29 de septiembre de 1.989, expediente No. 5463; actor: Olga Deyanira ARDILA DE RINCON; consejero ponente doctor Carlos BETANCUR JARAMILLO, dijo:

"...el señor Rincón murió a causa **de una sorpresiva descarga eléctrica, cuando se dedicaba a labores propias de su oficio y cuando alguien conectó de nuevo la energía que había cortado el operario mencionado para reparar las bombillas aledañas a la pista del aeropuerto el Dorado.**

"No hay duda de que en el presente caso la inferencia fue indiciaria, porque no se dió la prueba directa del hecho, Pero en parte alguna el derecho probatorio le da menos valor al indicio que a la prueba directa. De aceptar la posición de la fiscalía y la del Daac, habría de concluir que la parte actora no sólo tenía que probar el hecho causa del perjuicio sino la no ocurrencia de culpa por parte de la entidad demandada".

"Si todos los indicios estaban orientados, sin excepción, a mostrar **como causa de la muerte la sorpresiva descarga eléctrica en momentos en que se cumplían labores de reparación, le incumbía al Daac la carga de demostrar que otra había sido la causa.** Y no lo hizo. De otra parte, afirmar que no hubo descarga eléctrica porque si esto se hubiera presentado la muerte habría sido instantánea, no es indicio necesario, porque la muerte por electrocución, cuando se trata de altos voltajes, no es siempre de ocurrencia inmediata..."

F) EL DAÑO

Se demostró que el señor José ECHEVERRIAGUIRRE resultó lesionado en el accidente, y que posteriormente falleció como consecuencia de las heridas sufridas. Este hecho se acreditó con las siguientes pruebas:

Prueba documental

I. A folio 123 del Cuaderno No. 1, expediente No. 722, obra el documento público consistente en el oficio No. 014033 del 18 de abril de 1.988, suscrito por el Jefe de Medicina Laboral del I.S.S., que dice:

"...que el señor JOSE ECHEVERRI AGUIRRE, carné... sufrió lesiones en Accidente de Trabajo ocurrido el 29 de mayo de 1.986, las cuales dejaron secuelas que lo incapacitaban totalmente para trabajar, por lo cual fue Pensionado por este Instituto, por gran invalidez".

"Además le informo que el Pensionado falleció el día 3 de diciembre de 1.987, a consecuencia de las lesiones sufridas en el citado Accidente".

2. A folio 136 del cuaderno No. 1 expediente 722, obra el documento público consistente en el Oficio No. 1877, suscrito por el Médico Forense del Instituto Seccional de Medicina Legal e Investigaciones Forenses, calendado el 1o. de junio de 1.988, que a letra, reza:

"Evaluando la historia clínica adjunta y la necropsia correspondiente, se concluye que la muerte se produjo por tromboemolismo masivo secundario a una coagulación... por aplastamiento ocurrido como consecuencia natural y directa de las lesiones ocurridas el 29 de mayo de 1.986, y consideradas de naturaleza simplemente mortal".

3. A folio 67 del cuaderno No. I expediente 722, obra el documento público consistente en el "Informe Patronal de Accidentes de Trabajo" del I.S.S., en el cual consta la ocurrencia del accidente que sufrió José ECHEVERRI AGUIRRE, el 29 de mayo de 1.986.

4. A folio 51 del cuaderno No. I expediente 722, reposa el certificado del registro civil de defunción expedido por el Registrador del Estado Civil de Dosquebradas (R), correspondiente a José ECHEVERRI AGUIRRE. Allí consta que éste falleció el II de diciembre de 1.987.

5. A folio 102 del mismo cuaderno, está la "Diligencia de Levantamiento de un Cadáver" practicada por la Inspectora Municipal de Policía Santa Isabel - Dosquebradas- de fecha diciembre 3 de 1.987.

6. A folio 103 del citado cuaderno, se observa la fotocopia auténtica del Protocolo de Necropsia 87-A-607 de diciembre 3 de 1.987, practicada por el Médico Forense.

C) LA RELACION DE CAUSALIDAD

De todas las pruebas reseñadas, surge con evidencia el nexo causal entre el hecho constitutivo de la falla (explosión) y el daño causado a José ECHEVERRI AGUIRRE. No se ocupó el ente demandado de demostrar la existencia de alguna de las causales de exoneración de responsabilidad estatal, orientadas a establecer que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la víctima; o por el hecho de un tercero o por fuerza mayor.

H) LOS PERJUICIOS

Establecidos así los elementos axiológicos de la responsabilidad por Falla del Servicio, procede la Sala al estudio de los perjuicios reclamados por los demandantes, a quienes clasifica en tres grupos, así:

I. **Pretensiones de la Cónyuge Cecilia Aceneth RAMIREZ DE ECHEVERRI y de sus menores hijos Paula Andrea; Bladimir Andrés; Yady Vanessa y Yudy Tatiana ECHEVERRI RAMIREZ.**

Perjuicios materiales

Reclama esta clase de perjuicios, en la modalidad de DAÑO EMERGENTE y LUCRO CESANTE. Sin embargo, no existe en el proceso una sola prueba orientada a demostrar los gastos que el accidente de José ECHEVERRIAGUIRRE causó a éste y a su familia.

En relación con el LUCRO CESANTE, afirma la demanda que la víctima convivía con su mujer y con sus hijos bajo el mismo techo, y que el fruto de su trabajo como obrero al servicio de las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, lo dedicaba a su subsistencia, educación y cuidados.

El hecho anterior no se demostró dentro del plenario y por ello se denegará. Sobre el particular, la Sala encuentra de recibo la argumentación del *a-quo* orientada a denegar el pago de los perjuicios materiales deprecados por los demandantes, cuando destaca: "En la demanda se afirma que el accidentado convivía con los actores y que con su salario atendía a la subsistencia de éstos. Sobre esta manifestación no aparece probada en el proceso, pues que ni siquiera se solicitó el decreto de alguna prueba sobre el particular. Es evidente que el mero hecho de ser el esposo y padre no produce la certeza en el juzgador de que atendiera a sus obligaciones económicas con el núcleo familiar, sería apenas un indicio puesto que la mayoría, con tendencia a disminuir en la época actual de crisis familiar,de los padres y esposos cumplen tales deberes. No habiéndose satisfecho la carga probatoria que impone el artículo 177 C.P.C., no pueden prosperar estas pretensiones de resarcimiento pues no se comprobó la existencia de daño....." (fl. 23 cuaderno principal).

En puridad de verdad, no hay dentro del informativo ni una sola prueba que permita concluir que los demandantes dependían económicamente del occiso. En este particular la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó la Sala en sentencia de 20 de septiembre de 1.990, expediente 5759; actor: Olga Ruth TABARES V. DE GARCIA; consejero ponente: doctor Gustavo DE GREIFF RESTREPO, donde se exige para el reconocimiento de perjuicios materiales, la prueba de la dependencia económica de los demandantes con la víctima. Allí se lee:

> "....En lo que se refiere a los perjuicios Materiales, se observa que en el expediente no obra prueba alguna sobre la actividad económica que desarrollara el occiso, como tampoco los ingresos consecuenciales ni la dependencia económica de las actoras. Y no puede aceptarse que las solas manifestaciones hechas en el libelo demandatario constituya prueba alguna, pues éstas deben probarse por el actor. A este respecto, ha expresado esta Corporación:
>
> "Es un principio de derecho probatorio que para lograr que el Juez dirima una controversia aplicando las normas de derecho que precisamente han de restablecer el equilibrio violado, es necesario demostrar en forma plena los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho, o nazca la obligación invocada. Así,

si el interesado en dar la prueba de los hechos básicos de la pretensión no lo hace o la da imperfectamente o descuida, el resultado le será forzosamente adverso".

"Toda resolución en materia contenciosa administrativa debe fundarse en los hechos de la demanda y en las excepciones y descargos de la administración, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen evidenciados de manera satisfactoria, según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios compatibles con la clase de controversia debatida".

"Ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de privilegio especial de que se tengan por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de éstas deberá acreditar sus propias aseveraciones". (Anales 2o. Semestre de 1.984. pág. 439)".

Perjuicios morales

Los demandantes reclaman el equivalente a un mil - gramos - de oro para cada uno, por este concepto. Estos perjuicios se manifiestan en el campo afectivo, con el dolor que produce la desaparición de un ser querido y el consecuente desequilibrio emocional y estado de ansiedad cuya satisfacción busca procurarse con el pago de una suma de dinero. En tratándose de padres e hijos, se reconocen, con la mera demostración del vínculo de parentesco que los unía con la víctima.

PRUEBAS

1. A folio 4 del cuaderno No. I, expediente No. 722, obra la certificación expedida por el ALCALDE MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS (R), correspondiente al acta del registro civil de matrimonio celebrado por José ECHEVERRI AGUIRRE y Cecilia Aceneth RAMIREZ el 1o de marzo de 1.975.

2. A folio 5 del cuaderno No. I expediente 722, obra certificación expedida por el NOTARIO CUARTO DEL CIRCULO DE PEREIRA, correspondiente al acta del registro civil de nacimiento de Paula Andrea ECHEVERRI RAMIREZ. Allí consta que la nombrada nació el 20 de enero de 1.976, y que es hija de José ECHEVERRI y Cecilia Aceneth RAMIREZ BOLIVAR;

3. A folio 7 del mismo cuaderno, se observa la certificación expedida por el ALCALDE MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS (R) correspondiente al acta del registro civil de nacimiento de Bladimir Andrés ECHEVERRI RAMIREZ. Allí se lee que éste nació el 17 de enero de 1.980, y que es hijo de José ECHEVERRI AGUIRRE y de Cecilia Aceneth RAMIREZ;

4. A folio 6 del cuaderno No. I del expediente No. 722, se observa la certificación expedida por el ALCALDE MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS (R), correspondiente al acta del registro civil de nacimiento de Yady Vanessa ECHEVERRI

RAMIREZ. Allí se lee que ésta nació el 27 de enero de 1.982, y que es hija de José ECHEVERRI AGUIRRE y de Cecilia Aceneth RAMIREZ;

5. A folio 8 del cuaderno citado, obra la certificación expedida por el señor NOTARIO PRIMERO DEL CIRCULO DE PEREIRA, correspondiente al acta del registro civil de nacimiento de Yudy Tatiana ECHEVERRI RAMIREZ. Allí se lee que ésta es hija de José ECHEVERRI y de Cecilia Aceneth RAMIREZ.

Acreditado plenamente el parentesco que unían a las demandantes con la víctima, en la forma que se deja vista, para la Sala la circunstancia de que los niños sean todos menores de edad no es obstáculo para reconocerles a cada una de ellos el equivalente a un mil gramos de oro, pues en esta materia la Sala fijó recientemente las pautas jurisprudenciales, que se recogen en sentencia de 16 de noviembre de 1.989; expediente 5606; actor: Campo Elías GRIJALBA Y OTROS. Consejero Ponente: doctor Gustavo DE GREIFF RESTREPO. Allí se lee:

> "...En efecto, la moderna psiquiatría ha estudiado los efectos de la pérdida del padre o de la madre y en general de los familiares allegados a los niños, comprendiendo dentro de esta acepción desde los recién nacidos hasta los adolescentes,es decir a quienes en el Código Civil se denomina como infantes, impúberes y adultos (Art. 34) y ha llegado a la conclusión de que a todos ellos los afecta y que **en los infantes y en los impúberes por tener menos mecanismos defensivos tales efectos (tristeza, sensación de desamparo, inquietud y hasta melancolía) son mayores y pueden conducir más tarde a específicos estados depresivos que lleguen a requerir tratamiento especializado**...(subraya la Sala).

En el mismo sentido puede leerse el fallo calendado el 19 de octubre de 1.989. Expedientes acumulados 1746, 1747 y 5642; actor: Yolanda CEBALLOS DE MONTOYA Y OTROS; Consejero Ponente: Doctor Julio Cesar URIBE ACOSTA.

2. **Pretensiones de Cecilia Aceneth RAMIREZ DE ECHEVERRI; Paula Andrea; Yady Banessa; Bladimir Andrés y Yudy Tatiana ECHEVERRI RAMIREZ, como sucesores procesales del causante José ECHEVERRI AGUIRRE.**

En memorial que obra al fl. 53 del Cdno. No. 1, expediente No. 722, los nombrados solicitan su admisión en el proceso como sucesores procesales del señor José ECHEVERRI AGUIRRE, por cuanto este falleció en el curso del mismo. Se apoyan en el Art. 60 del C.P.C.

Los peticionarios reclamaban los perjuicios materiales y morales que habrían correspondido al causante en una proporción del 50% para la cónyuge supérstite y el resto para los hijos, en su condición de herederos, por partes iguales (ver poder visi-

ble a fl. 52 del Cdno No. 1 Expediente No. 722). En este aspecto la Sala prohija la afirmación que hace *a-quo*, en el sentido de que "...no habiéndose liquidado las comunidades universales de la herencia y la sociedad conyugal, los comuneros no pueden pedir para sí directamente sino para dichas comunidades líquidas. Reclamar para sí directamente derechos patrimoniales que se alega haber estado radicados en el causante sólo es posible cuando en la partición le fueron asignados al actor, habiendo desaparecido así la comunidad....." (folio 22 Cdno principal). Por ello, los derechos que han debido corresponder al causante se pagarán a la sociedad conyugal y a la herencia.

Dentro de este marco jurídico se procede a la liquidación de los perjuicios materiales que se habrían ordenado a favor del demandante José ECHEVERRI AGUIRRE.

Perjuicios materiales.

En este aspecto, la Sala hace suya la liquidación que hizo el juzgador de primer grado, porque con ella se conformó el apelante (Ver párrafo primero memorial de sustentación del recurso, fl. 31 cuaderno principal). Por tanto, los perjuicios materiales (lucro cesante) sufridos por José ECHEVERRI AGUIRRE, entre el 29 de mayo de 1.986 y el 3 de diciembre de 1.987, se le pagarán a la sociedad conyugal que conformó con Cecilia Aceneth RAMIREZ y a la herencia, sobre la base económica de $38.338.oo. para determinar el valor de la indemnización en el lapso señalado -como dice la sentencia apelada- se incrementará con la variación porcentual entre las dos fechas inicial y final, de acuerdo con los I.P.C. que certifique el DANE. A la suma obtenida, se le deducirá el valor de las pensiones de invalidez reconocidas por el I.S.S. y correspondientes a ese mismo período, pues el actor se conformó con este aspecto del fallo. Para la liquidación se dará aplicación a la siguiente fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

$$Ra = R \frac{\text{INDICE 3 DE DICIEMBRE DE 1.987}}{\text{INDICE 29 DE MAYO DE 1.986}}$$

La liquidación se hace EN CONCRETO, y para estos efectos, a la cuenta de cobro se acompañarán los I.P.C. correspondientes a los períodos señalados, así como la certificación de lo recibido por el occiso del I.S.S., por concepto de pensión de invalidez, durante el período comprendido entre el momento del accidente y el de la muerte.

Perjuicios morales

La gravedad de las lesiones causadas a José ECHEVERRI AGUIRRE lo sometieron a un doloroso estado de postración física, que se prolongo en el tiempo durante un año y nueve meses aproximadamente. Basta leer el Acta de levantamiento del cadáver, que obra al fl. 102 del Cdno. No. 1, expediente No. 722, para apreciar la realidad de la situación. La víctima estuvo sometida a intensos padecimientos de orden físico y emocional, que lo redujeron al cruel estado en que falleció. Estas circunstancias particulares ameritan, a juicio de la Sala, el máximo de la indemnización por perjuicios morales subjetivos. En consecuencia, se ordenará pagarle el equivalente a Un Mil (1.000) GRAMOS ORO, de acuerdo con el precio que el Banco de la República certifique a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Su pago se ordenará a las universalidades ilíquida de la sociedad conyugal que conformó con la señora Cecilia Aceneth RAMIREZ, y a la de la herencia.

3. Pretensiones de las señoras Nibia y María Lida ECHEVERRI AGUIRRE (Expediente No. 865).

Las anteriores demandantes, quienes acreditan plenamente su condición de hermanas legítimas del occiso, invocan el rol de haber sido sus "madres de crianza". Según la demanda, las actoras atendieron la de su hermano menor, pues cuando éste nació, la madre común quedó con serias afecciones físicas que le imposibilitaban para cumplir eficiente y normalmente el papel de tal. Esta falleció cuando el hijo tenía 25 años. Las hermanas mayores sufrieron perjuicios morales subjetivos por este hecho, derivadas del especial afecto que sentían por él.

PRUEBAS

Prueba documental

1. A fl. 4 del Cdno. No. 1, expediente No. 865, se observa el Acta de la Parroquia de la Catedral de Pereira, donde consta el matrimonio católico celebrado por José Dolores ECHEVERRI y María Inés AGUIRRE, el día 23 de enero de 1.933. Esta prueba es plena demostración del hecho del matrimonio, porque éste ocurrió antes de la vigencia de la ley 92 de 1.938 (artículo 105 del decreto ley 1260 de 1.970);

2. Al folio 2 del mismo cuaderno obra la copia auténtica del acta eclesiástica del nacimiento de Nibia ECHEVERRI AGUIRRE. Allí consta que éste nació el **5 de**

mayo de 1.935 Y QUE ES HIJA LEGITIMA de José Dolores ECHEVERRI y María Inés AGUIRRE;

3. Al folio 3 del cuaderno No. 1 expediente 865, se observa la copia auténtica del acta eclesiástica del matrimonio de María Lida ECHEVERRIAGUIRRE. Allí se lee que ésta nació el **7 de mayo de 1.937**, y que es hija legítima de José Dolores ECHEVERRI y María InésAGUIRRE.

Prueba testimonial

Se recibieron los testimonios de las señoras Libia y Dolly GIRALDO, conocedoras de la situación familiar de los ECHEVERRI AGUIRRE, porque el padre, que también se llamaba José ECHEVERRI, trabajó en la finca del padre de las declarantes, por allá en el año de 1.952, cuando mataron a José ECHEVERRI -padre-. Su esposa María Inés AGUIRRE, quedó embarazada, dando a luz a José ECHEVERRI, a los dos meses de muerto aquel. Como la madre quedo enferma hasta el punto de que "...no se podía parar", y a los cinco años "....le dió un cáncer que fue la causa de su muerte que fue por hay (sic) en el año de 1.974 ó 1.975...", la hermana mayor Nibia, siguió viendo por la obligación (fl. 31 vuelto Cdno No. 1. Expediente No. 865).

Estas declaraciones, que obran a folios 31 a 34 del Cdno. No. 1, expediente 865 son de dos señoras de 52 (Dolly) y 53 años (Libia) que como ya se dijo, son las hijas de quien fuera patrono de José ECHEVERRI (padre), razón por la cual afirman conocer los hechos que narran. Los testimonios se recibieron con todas las formalidades de la ley, y a la audiencia concurrieron los apoderados de ambas partes. Los testigos hacen una narración concreta de los hechos preguntados y son armónicas en las exposiciones. Estas deponencias dejan en el sentenciador, la convicción de los siguientes hechos:

1. Que José ECHEVERRI -hijo- nació dos meses después de la muerte de su padre. Esta afirmación encuentra, además pleno respaldo provatorio en la prueba documental auténtica que obra a folio 5 del cuaderno No. 1 expediente 865;

2. Que la madre, María Inés AGUIRRE, padeció grave enfermedad que la inhabilitó físicamente para atender al hijo recién nacido, la que a la postre le causó la muerte;

3. Que la familia ECHEVERRI AGUIRRE, muerto el padre, tuvo que trasladarse a Pereira, y que Nibia, que nunca se casó, estuvo siempre al frente de la obligación familiar, con los ingresos que percibía por su trabajo en Valher, hasta que José ECHEVERRI contrajo matrimonio. Al respecto dice Dolly GIRALDO HERNANDEZ:

> "...Vivieron (se refiere a Nibia ECHEVERRI y a su hermano José), bajo el mismo techo hasta que se casó José, de pronto él se quedaba sin trabajo y allá era su casa, en la época en que se casó José Echeverri no recuerdo. Me di

cuenta de que ella cuando se salieron de la finca de mi padre, se vinieron a vivir acá a Pereira y Nibia se puso a trabajar el la Fábrica Valher para ver por la obligación, pues que se quedaron sin casa y sin nada....." (fl. 31 vto. y 32 Cdno No. 1, expediente No. 865) (Subraya la Sala).

Y Libia GIRALDO DE CAMPO, dice sobre el mismo punto:

"...fue que Nibia como la mamá de él... .

"Sí. Ella (se refiere a Nibia), ha permanecido siempre al frente de la obligación. **No le convino casarse y ella siguió con toda la obligación, trabajando, se entregó de lleno a la obligación....**" (fl. 33 vto y 34 fte. Cdno. No. 1. Exp. 865) (Subraya la Sala).

Dentro del marco probatorio anterior, la Sala llega a la conclusión de que Nibia ECHEVERRIAGUIRRE, sí demostró la condición de "madre de crianza" que la unía con su hermano fallecido. Ella atendió al infante desde que nació, ante la imposibilidad que tenía la madre común, como consecuencia de su enfermedad. Esta falleció cuando ya José ECHEVERRI se había casado, pero se acreditó que hasta entonces, la víctima vivió en el hogar familiar cuyo peso económico estaba a cargo de la hermana mayor soltera. No es incompatible, para los efectos que busca la demandante, que la madre común también hubiera sentido afecto por su hijo, como es apenas natural. Pero precisamente la circunstancia particular de su incapacidad física, le impedía atenderlo en forma plena, por lo cual Nibia, la hermana mayor soltera, desempeñaba este rol, lo que explica que se intensificó el normal afecto que por él sentía como hermana.

No ocurre lo mismo en relación con María Lida ECHEVERRI AGUIRRE. De las pruebas que son objeto de análisis, se desprende que ésta si se casó y que lo hizo en el año de 1.955 más o menos, y que se fue a vivir con su esposo a otra casa. (Ver declaración de Dolly GIRALDO fl. 31 vto. cuaderno No. 1, expediente No. 865). La Sala aprecia la prueba testimonial en relación con este hecho, porque no se trata de demostrar el estado civil de Lida ECHEVERRI. En consecuencia, si ésta contrajo matrimonio en 1.955, para entonces su hermano José, sólo tenía 3 años. Y se fue a vivir a su propio hogar, mal podía reemplazar, junto con su hermana Nibia, a la madre enferma en la labores de crianza del hermano menor.

De acuerdo con las circunstancias fácticas que se dejan escritas, la Sala reconocerá a la hermana Nibia ECHEVERRI AGUIRRE, quien además del vínculo de parentesco que la unía con el occiso, demostró la relación de madre de crianza suya, el equivalente a UN MIL GRAMOS (1000) de oro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo. Como Lida ECHEVERRIAGUIRRE no logró demostrar este extremo ni tampoco el afecto que le procesó al occiso como hermana, sus pretensiones serán despachadas desfavorablemente.

En providencia calendada el 23 de febrero de 1.990, esta misma Sala, con ponencia del doctor Gustavo DE GREIFF, reconoció a una abuela que demostró su condición de "madre de crianza" de un menor, una indemnización igual a la que la madre hubiera recibido dadas las particulares circunstancias del caso. En ella se precisó:

> "Doctrina y Jurisprudencia han presumido que ese perjuicio lo sufren los padres y los hijos, y los hermanos menores, así como los mayores cuando conviven bajo el mismo techo, pero se trata de una simple presunción de hombre que viene indicada por la naturaleza de los hechos pero esta especie de daño puede presentarse cuando las pruebas aportadas al proceso demuestren que se han afectado esos bienes no patrimoniales, en cuyo caso no se tratará ya de aplicar una presunción derivada de un parentesco -que tendrá que probarse con documento público de una realidad tangible que admite otra clase de prueba".
>
> "Los testimonios de .....que por las razones anotadas merecen credibilidad, demuestran en forma suficiente las relaciones afectivas y de mutuo apoyo y solidaridad que reinaban entre la víctima y quien sufrió dolor por los hechos luctuosos de que fue autor el agente de la administración".
>
> "Y como la realidad es que entre la víctima y la actora existían **lazos de afecto equivalentes en realidad a los de la madre e hijo, como que lo recibió en su hogar desde pequeño, cuando perdió a su madre, a quien materialmente reemplazó, la Sala estima, en su arbitrio, que se justifica que se le reconozca una indemnización igual a la que ésta hubiere recibido por razón de la presunción de que arriba se hizo mención. En este sentido se proveerá en la parte resolutiva**....." (Expediente 5701; actor: Josefina RUEDA V. ROBLES (Subraya la Sala).

I) Ni Gilma, ni Alicia ECHEVERRI AGUIRRE, a quienes se incluye en la *causa pretendi* de la demanda, hicieron petición alguna dentro del proceso, lo que hace inútil la observación que sobre este punto formula el apoderado de la entidad demandada, en memorial visible a folio 38 del cuaderno No. 1, expediente No. 865.

J) EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

En relación con este aspecto, la Sala no entra a hacer consideración de ninguna clase sobre la decisión tomada por el *a-quo*, pues este punto no fue objeto de apelación, ni por el ente demandado, ni por el llamado en garantía.

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

FALLA :

PRIMERO: Se CONFIRMAN los numerales 1o., 5o., 6o., 7o., y 8o., de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el dia 20 de septiembre de 1.989;

SEGUNDO: Se REVOCAN lo numerales 2o., 3o., y 4o., de la ameritada sentencia, los cuales quedarán así:

"2o. Como consecuencia de la declaración del numeral primero de la sentencia apelada, condénase a las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, a pagar por perjuicios morales subjetivos, a Cecilia Aceneth RAMIREZ DE ECHEVERRI; a Paula Andrea; a Bladimir Andrés; a Yady Vanessa y a Yudy Tatiana ECHEVERRI RAMÍREZ, a cada uno de ellos, el equivalente a UN MIL GRAMOS (1000) DE ORO. Estos valores se tasarán con el precio del oro que certifique el Banco de la República, para la fecha ejecutoria de este proveído. Esta condena se hace EN CONCRETO, y no está sujeta a deducción alguna;

"3o. Como consecuencia de la declaración del numeral primero de la sentencia apelada, condénase a las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, a pagar, por concepto de perjuicios morales subjetivos, a las comunidades ilíquidas de la sociedad conyugal de José ECHEVERRI AGUIRRE y Cecilia Aceneth RAMIREZ DE ECHEVERRI y de la sucesión de José ECHEVERRI el equivalente en moneda nacional a UN MIL GRAMOS (1000) DE ORO, tasados al valor que para la fecha de ejecutoria de este fallo, certifique el Banco de la República. Esta condena se hace EN CONCRETO, y no está sujeta a deducción alguna;

"4o. Como consecuencia de la declaración del numeral primero del fallo apelado, condénase a las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, a pagar, por concepto de perjuicios materiales, a las comunidades ilíquidas de la sociedad conyugal conformada por José ECHEVERRI AGUIRRE y Cecilia Aceneth RAMIREZ DE ECHEVERRI, y de la herencia, el valor de la remuneración salarial dejada de percibir por el occiso, entre el 29 de mayo de 1.986 y el 3 de diciembre de 1.987, teniendo como base la suma de $38.338.oo, que percibía como obrero al servicio del centro de imputación jurídica demandado. Esta condena se hace EN CONCRETO, y está sujeta a la deducción de las sumas pagadas al occiso durante el lapso señalado, por el I.S.S., por concepto de la pensión de invalidez. Para los efectos del pago, a la correspondiente cuenta de cobro se acompañarán los I.P.C. certificados por el DANE para las fechas señaladas, así como la certificación que expida el I.S.S. de las sumas pagadas al occiso por concepto de pensión de invalidez, durante el mismo período.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración del numeral primero de la sentencia apelada, condénase a las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA a pagar, por concepto de perjuicios morales subjetivos, el valorde UN MIL GRAMOS (1000) DE ORO, a la señora Nibia ECHEVERRI AGUIRRE, en su

condición de "madre de crianza" del occiso. Se pagará el valor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este proveído. Esta condena se hace EN CONCRETO.

CUARTO: En firme este proveído, vuelva el expediente al tribunal de origen. La Secretaría hará las anotaciones que sean del caso.

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

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

Expediente No. 5963. Actor JOSE ECHEVERRIAGUIRRE.

FALLA DE SERVICIO POR OMISION/ FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA- Incendio

Cuando se trata de la falla del servicio originada en la omisión de la administración en la prestación de un servicio o en el cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o los reglamentos, es necesario que aparezca demostrado no sólo que se pidió concretamente protección, sino que tal protección no se prestó. En el *sub lite* aparece que habiéndose prendido fuego al vehículo en lugar alejado del sitio en donde estudiantes de la Universidad Nacional y elementos subversivos estaban causando daños, el conductor llamó a la policía y a los bomberos, cuya presencia oportuna de éstos últimos nada pudo impedir. La determinación de la falla depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido por hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible".

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

Bogotá, D.E., once (11) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: : Expediente N° 5737. Actor: ORLANDO NIETO FORERO.

Conoce la Sala de este proceso por apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia proferida el 1° de diciembre de 1.988, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se deniegan las súplicas de la demanda y se condena a la misma parte en costas.

I. ANTECEDENTES:

1° Mediante demanda presentada el 4 de octubre de 1.985 el señor ORLANDO NIETO FORERO pretende que se declare que la Nación-Colombiana-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, es administrativamente responsable de los perjuicios que se le causaron "por descuido, omisión, negligencia, deficiencia o demora en la labor de vigilancia que corresponde a la POLICIA NACIONAL, constitutivos de una falta o falla del servicio, la cual dió lugar a que se llevará (sic) a cabo por estudiantes y elementos subversivos que los acompañaban la quema o incendio del vehículo de [su] propiedad identificado con las siguientes características: Buseta de servicio de transporte público destinada a la prestación del servicio público de pasajeros en la ciudad de Bogotá, MarcaAvia, Modelo 1.970, Placas SB 5304, Número interno 007, Número de Motor 203 E 12695, afiliado a la empresa Cooperativa Integral de Transportadores de Niza Ltda. (COOTRANSNIZA LTDA.)", y que, como consecuencia se condene a la misma entidad demandada a pagar al demandante "los perjuicios de orden material (lucro cesante y daño emergente) que le fueron causados ...por la quema de la buseta de su propiedad ..los cuales se estiman por lo menos como mínimo (sic), en la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/ CTE. ($2.300.000.oo), o la que resulte probada dentro del proceso o se regule conforme al procedimiento previsto por el artículo 308 del C.P.C.", pide también que la condena sea actualizada y que se le reconozcan intereses corrientes "sobre las correspondientes sumas desde la fecha en que se ocurrieron los hechos hasta cuando se dicte la sentencia que ponga fin al proceso".

2° Los hechos, *causa pretendi* de las citadas pretensiones, pueden sintetizarse así:

a) El demandante era propietario del automotor quemado o destruido.

b) El día 7 de agosto de 1.983 el citado vehículo, conducido por el señor Gabriel Martínez prestaba su servicio normal de transporte en la ruta MINUTO-ALQUERIA cuando a las 8:45 p.m. en inmediaciones de la Universidad Nacional, en la calle 53 con carrera 37 fue abordado por dos sujetos que portando botellas de gasolina dieron orden a los pasajeros de descender y procedieron a incendiarla.

c) La buseta tenía en ese momento un valor comercial de $970.000.oo, "dado que se hallaba en perfecto estado de funcionamiento y presentación".

d) Tan pronto ocurrió el hecho el señor Martínez llamó a la Policía y al Cuerpo de Bomberos "los cuales se hicieron presentes mucho tiempo después cuando era poco lo que podían hacer para impedir que las llamas consumieran a la buseta".

e) La Policía Nacional había tenido conocimiento de desordenes que por esa época ocurrían en la ciudad de Bogotá por parte de los estudiantes de la Universidad Nacional y de elementos subversivos por el aumento en las tarifas de transporte, por

el alto costo de la vida, por conmemoración de fechas tales como muerte de estudiantes, etc., por todo lo cual se habían dedicado a causar daños a los vehículos de servicio público colectivo urbano, a pesar de lo cual "se omitió completamente la vigilancia en el sector de la universidad nacional, zona esta que ha sido tradicional para llevar a cabo dichos actos".

f) "A lo anterior hay que agregar, que en la fecha en que tuvo ocurrencia la quema de la buseta ..., se estaba celebrando el día del guerrillero heroico (octubre 7-83) y las autoridades militares y de policía, suficientemente enterados de este hecho necesariamente han debido prever que se presentarían desórdenes evidentes con ataques para las personas, bienes y vehículos en la Universidad Nacional ...como ha sido tradicional".

g) Si hubiera existido una adecuada vigilancia de la Policía Nacional en el lugar de los acontecimientos o si al menos no se hubieran demorado tanto para llegar allí, "se hubiese evitado en su mayor parte los daños sufridos por la buseta y los perjuicios consiguientes para su propietario".

h) De acuerdo con los cálculos que presenta la demanda, en el período comprendido entre el 7 de octubre de 1.983 al 31 de enero de 1.985, teniendo en cuenta "el alza del transporte".

3° En derecho, el actor, sustenta sus pretensiones en los artículos 16, 20, 21, 30 y 51 de la C.N.; 86, 137, 139, 178 y 217 del C.C.A.; 1, 2, 5, 29, 30, 32, 34, 35 y 124 del Decreto 1355 de 1.970; 2341, 2347 y 2356 del C.C.; en el Decreto 1393 de 1.970 y la ley 15 de 1.959.

4° La demanda fue contestada mediante apoderado judicial por el señor Director de la Policía Nacional quien se opuso a su prosperidad.

5° Trabada la *litis* y luego de ordenarse y practicarse la mayoría de las pruebas pedidas por las partes, concluyó la primera instancia con sentencia denegatoria de las pretensiones.

Para el *a-quo*, de los elementos probatorios allegados al proceso resultó que:

a) El día 7 de octubre de 1.983, "hacia las dos de la tarde, se iniciaron disturbios estudiantiles en la Universidad Nacional, que se manifestaron por pedreas, incendios y destrucciones en la calle 45 con carrera 30 y a la altura del puente peatonal de la Ciudad Universitaria en la calle 26".

b) "Fuerzas de la Policía se hicieron presentes en la calle 26 con el fin de restablecer el orden, más al iniciarse la destrucción de las mallas aledañas a la calle 45, se desplazaron hacia ese lugar, circunstancias que aprovecharon los revoltosos

para destruir y luego proceder a quemar dos vehículos oficiales y una buseta que transitaba por la calle 26".

c) "Hacia las nueve de la noche de ese día ya había sido restablecida la calma en el sector de la Universidad Nacional".

d) "Alrededor de las ocho noche del día en cuestión, la buseta de placas SB-5304, conducida por el señor Gabriel Martínez inició el recorrido de la ruta (El Minuto - Alquería la Fragua) y al pasar por el barrio El Salitre abordó el vehículo un individuo de barba, quien posteriormente, al arribár la buseta a la calle 53 con carrera 37, costado norte de la Universidad Nacional simuló querer descender, momento que aprovecharon tres o cuatro personas que se hallaban en la calle para hacer bajar a todos los pasajeros y proceder acto seguido a prenderle fuego al automotor".

e) "Llamada por el conductor, se hizo presente la Policía quince o veinte minutos más tarde, cuando ya la buseta había sido pasto de las llamas, con su consiguiente destrucción" (fl 93, C. 1).

En presencia de lo anterior, para el *a-quo* "no hubo por parte de las fuerzas de la Policía negligencia alguna frente a los desórdenes protagonizados presuntamente por estudiantes tan pronto se iniciaron los desmanes, hacia las dos de la tarde, siendo ellos mismos víctimas de los actos vandálicos ...".

Continua el Tribunal afirmando que "si a pesar de la oportuna intervención de las Fuerzas del orden, se sucedieron daños a las personas y a las cosas (Lesiones con armas de fuego y contundentes, destrucción de mallas y vehículos, etc.) ello no quiere decir otra cosa sino que la magnitud de los acontecimientos desbordó las posibilidades preventivas y represivas de la Policía".

Enseguida dice el Tribunal que "la forma como se desarrollaron los hechos materia de la demanda incoada hacía sobremanera difícil si no imposible, impedirlos mediante una eficaz acción preventiva" pues, por una parte, "la policía debía cubrir una zona azás extensa" y por otro lado "los hechos acontecieron en una zona distinta al lugar de los disturbios", "como lo era el cruce de la calle 53 con la carrera 37 y en momentos en que ya había sido restablecido el orden en la zona de conflicto".

Concluye, entonces el *a-quo* que "pretender que, en las condiciones antedichas, le quepa a la Nación responsabilidad administrativa alguna por el incendio de la buseta, sería tanto como exigir que por todo atentado contra la vida, honra y bienes de las personas, cometido dentro del territorio patrio, debiera dicho ente jurídico indemnizar a los titulares del Derecho conculcado" y cita en apoyo de su dicho un aparte de lo expresado por esta Corporación en fallo del 17 de noviembre de 1.987, en donde se lee: "...sería un absurdo que se pretendiera exigir del Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza. Constituiría esto una nueva versión del Estado-Gendarme, tan peregrina como imposible; equivaldría a solicitar del Estado la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece".

Finalmente, considera el fallador de instancia que la Policía se hizo presente en tiempo relativamente corto (15 o 20 minutos) y que agregando a esto el tiempo que pudo tomarle al conductor llamar por teléfono "se ha de imputar deficiencia alguna a las Fuerzas del Orden".

6° Inconforme con lo decidido, el actor interpuso recurso de apelación pues considera que:

a) "Es un hecho incuestionable que los empresarios dedicados a la prestación del servicio público de transporte tiene la obligación de prestar dicho servicio, en forma permanente, continua y regular, pues así lo demanda la comunidad destinataria del mismo. No pueden en consecuencia sustraerse a dicha obligación, cualesquiera que sean las circunstancias adversas que se los impida".

"Tanto es así, que cuando los empresarios del transporte, previendo las consecuencias de los desórdenes estudiantiles y de elementos extremistas han tratado de no prestar el servicio en forma regular, han sido sancionados por las autoridades de tránsito ...".

b) "A la obligación que tienen los empresarios de prestar el servicio público de transporte debe corresponder la obligación del Estado, a través de los organismos de seguridad, de proteger los bienes de los empresarios incorporados en la prestación del servicio..".

c) "Esta demostrado en el expediente, como lo advierte el Tribunal en su sentencia, que en la fecha en que ocurrieron los hechos hubo intervención de la fuerza armada (Policía Nacional) para restablecer el orden quebrantado, a raíz de los disturbios presentados en la Universidad Nacional ... No Obstante, exonera a la Nación de responsabilidad al considerar que no hubo negligencia de la policía en la prestación del servicio de vigilancia...".

d) "La quema del vehículo [del actor] era un hecho previsible, pues ha sido una constante la quema de vehículos y en especial de servicio público en las inmediaciones de la Universidad Nacional, cada vez que se aumentan las tarifas de servicio público de transporte o se conmemoran fechas que los extremistas y militantes de izquierda consideran que tienen especial significación para sus ideales y propósitos revolucionarios. Por consiguiente, no puede admitir el Tribunal como excusa para la omisión del servicio de protección y vigilancia que le compete a la Policía Nacional, la circunstancia de ser muy extensa la zona sometida a la misma ni la carencia de personal ...".

e) "El mismo Estado ha reconocido la necesidad de proteger los bienes de los empresarios incorporados al servicio público de transporte" y por ello expidió recientemente un Decreto creando un seguro obligatorio en su favor para casos como el *sub-judice* y, en consecuencia "de la misma manera debe responder por los hechos ocurridos en el pasado cuando los dejó sin protección".

f) Por último, expresa que "no resulta equitativo el que tenga que soportar, en forma individual, los perjuicios que se ocasionaron con motivo de la prestación de un servicio del cual se benefició toda la comunidad" (fls. 103 a 106).

7° La apoderada judicial del ente demandado alegó durante la segunda instancia para pedir la confirmación de la sentencia apelada pues considera, con el *a-quo*, que "las autoridades no desatendieron las situaciones que se estaban presentando en materia de orden público y ubicaron la vigilancia que consideraron necesaria de cuerdo a sus **capacidades** ...", anota que "es casi imposible que, con los pocos medios humanos y materiales que (sic) cuenta el Departamento de Policía Metropolitano de Bogotá se pueda controlar una ciudad habitada por treinta millones (30.000.000) de personas" y al efecto trae a cuenta lo dicho por la Sala dentro del expediente N° 5125, actor Emestina Almairo de Duarte y otro, cuando examinó la falla del servicio que se alegaba por la muerte de los hermanos Duarte Neira y expresó que la falla del servicio debe valorarse y estructurarse indagando lo que razonablemente se puede esperar de él, teniendo en cuenta las disponibilidades de personal y los medios con que cuenta para defender a los ciudadanos contra el delito.

En cuanto al seguro mencionado por el apelante dice que posiblemente se refiere al contemplado en el Decreto 2205 del 25 de octubre de 1.988, por el cual se autorizó a la Previsora S.A. para amparar a los vehículos de servicio público de transporte colectivo de pasajeros "por el término de setenta y dos (72) horas comprendidas entre las 00:00 horas del día, 26, hasta las 24:00 horas del día 28 de octubre de 1.988", cuando se había amenazado con un paro nacional y la medida que fue excepcional. "En consecuencia no es de recibo en el *sub-judice* el planteamiento de la recurrente pues, si el Estado hubiese tomado el mencionado seguro en forma permanente y no temporal, estaría aceptando y amparando la realización continua de hechos subversivos, así como la celebración de todos los días que se le ocurran a los estudiantes de la Universidad Nacional o a quienes se hacen pasar por aquellos ...".

"El Estado no puede responder por todas las quemas de buses, cuando se ha comprobado su intervención efectiva para la prevención de ello, y menos por motivos de equidad ...". (fls. 110 a 116).

8° La Fiscalía 7a. de la Corporación, en su concepto de rigor, pide que se confirme la sentencia apelada, y expresa que el actor incurrió en contradicción pues en la demanda habla de que la Policía Nacional había tenido conocimiento de los desórdenes que tenían lugar por la época y omitió vigilar el sector de la Universidad Nacional, pero luego, al referirse a la falla del servicio, que por lo anterior surgiría a causa de la omisión en prestarlo, afirma que lo que hubo fue retardo en su prestación por la excesiva demora en llegar al sitio de los acontecimientos.

Anota luego la misma actora, en la sustentación del recurso, "cambia de parecer y afirma que no comparte el criterio del Tribunal [para quien si hubo intervención de la Policía Nacional a efecto de conjurar los disturbios], pues ya no considera omisión ni retardo en la prestación del servicio [y] esta vez opta por la ineficiencia en la prestación del mismo ...".

Considera que el recurrente interpretó mal la sentencia pues en ella no se sostiene "que las fuerzas del orden -Policía Nacional- se hicieron presentes en el lugar de los hechos sino que la providencia impugnada dice exactamente lo contrario", es decir que los hechos acontecieron en una zona distinta al lugar de los disturbios.

Por último, observa la parte actora, al sustentar el recurso ya no pretende, como lo hace en la demanda, imputar responsabilidad a la Nación apoyándose en la falla del servicio público sino que la enfoca por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas "que no tiene cabida en el presente caso" (fls. 118 a 124).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1° El actor en la demanda calificó el régimen jurídico bajo el cual quizo amparar sus pretensiones como el de la responsabilidad extracontractual de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional "por descuido, omisión, negligencia, deficiencia o demora en la labor de vigilancia que corresponde a la POLICIA NACIONAL ..." y que dió lugar a que terceros destruyeran un vehículo de su propiedad.

Aún cuando esta Sala en ocasiones anteriores, pero de manera especial en su fallo de 20 de febrero de 1.989 (Expediente N° 4655 (97), Actor: Alfonso Sierra Velásquez) ha explicado que en procesos de reparación directa la circunstancia de que el actor o no califique el régimen jurídico bajo el cual desee colocarse o elija algunos de los varios regímenes de responsabilidad existentes, cuando la realidad demuestre que ha debido ser otro, no implica ineptitud de aquella ni, conduce a un fallo inhibitorio. Por ello, si de lo alegado y probado dentro del respectivo proceso resulta que la responsabilidad pretendida debe declararse pero no por falla o falta en la prestación del servicio sino por causa diferente aquella calificación hecha en la demanda u omitida en la misma no es obstáculo, por este aspecto, para una sentencia de mérito porque "la escogencia de una de los varios regímenes de responsabilidad y, con ello, la exigencia de las condiciones que su aplicación supone para que la responsabilidad del Estado pueda ser declarada ante determinados perjuicios, es tarea que corresponde realizar libremente al juez, a menos que dichas condiciones estén contempladas expresamente en la ley" (sent. cit.), con lo cual no se hizo otra cosa que aplicar el principio *"iúra novit curia"*.

Lo anterior se precisa en razón de las glosas hechas en el concepto fiscal en torno a la manera como el actor ha alegado que ocurrieron los hechos que en su opinión configuran la responsabilidad del ente demandado.

Pero lo que si es cierto es que en el *sub-judice* no puede hablarse de responsabilidad de la administración por la circunstancia de haber tenido su vehículo destinado a la prestación de un servicio público y haber resultado destruido por una acción vandálica de terceros, pues tiene razón la Fiscalía cuando afirma que aquí no tiene cabida la teoría, admitida jurisprudencialmente, conocida como la del daño especial.

La pretensión indemnizatoria por daño especial cabe cuando el Estado actuando en un todo dentro de la legalidad causa al administrado un daño anormal, considerable, superior al que deben sufrir los ciudadanos en razón de la vida en sociedad, rompiéndose por él la igualdad frente a las cargas públicas; siendo obvio, entonces, que el caso *sub-judice* no puede encuadrarse dentro de dicha teoría porque aquí el autor lo que predica es una actuación tardía (en la demanda) u omisiva (en la sustentación del recurso) de la autoridad policiva.

2° Cuando se trata de la falla del servicio originada en la omisión por la administración en la prestación de un servicio o en el cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o los reglamentos, es necesario que aparezca demostrado no sólo que se pidió concretamente la protección, o la vigilancia de la autoridad ante determinado hecho ilícito que puede causar o está causando un dañó o que las circunstancias que rodeaban el hecho o las personas en él involucradas imponían una especial protección o vigilancia y que tal protección no se prestó.

Y cuando se trata de que la falla del servicio se originó en una actuación tardía de la administración, es indispensable que surja de lo probado en el respectivo proceso que la actuación revistió esa característica de inoportuna, por demorada.

Ninguna de tales circunstancias aparece acreditada en este proceso, en donde, por el contrario se observa que habiéndose prendido fuego al vehículo de propiedad del actor por dos sujetos que lo abordaron (Hecho 3° de la demanda) en lugar algo alejado del sitio en donde algunos estudiantes de la Universidad Nacional y elementos subversivos estaban causando daños (al decir del demandante -Hecho 8° de su libelo), el conductor procedió a llamar a la policía y al cuerpo de bomberos, habiéndose hecho presente una unidad de los segundos que nada logró hacer para impedir el efecto destructor de las llamas.

A folio 9 del expediente aparece el informe rendido por el "Comandante General del Cuerpo Oficial Bomberos" y por el "Jefe del Departamento de Prevención" en donde aparece que se les avisó a las 20:59 del incendio y que llegaron al lugar a las 21:05.

El actor por su lado (Hecho 3° de la demanda) afirma que cuando los dos sujetos abordaron la buseta, obligaron al conductor a que les entregara las llaves de la misma, ordenaron a los pasajeros que se bajaran y procedieron a incendiarla, eran aproximadamente las 8:45 p.m., es decir, las 20:45.

En otras palabras resulta que los bomberos se presentaron, como consecuencia del pedido que se les hizo, quince (15) minutos después del momento en que comenzaron a producirse los hechos citados, tiempo apenas prudencial para haber respondido a dicho pedido, si se tiene en cuenta que algún tiempo tuvo que tomarse quien dió el aviso telefónico a la autoridad.

El mismo actor, en su memorial sustentatorio del recurso reconoce que el lugar donde ocurrieron los hechos no era el mismo donde "los estudiantes y elementos subversivos" estaban provocando los desórdenes que en la misma noche ocurrían pues, tanto de la demanda como del memorial sustentatorio del recurso de apelación y de las declaraciones recibidas (ver por ejemplo la del sr. Gabriel Martínez Arias, conductor del vehículo, a fls. 1 a 3, C. 2), resulta que ellos ocurrían en la calle 26 y en la carrera 30 con calle 45, frente a las instalaciones de la Universidad Nacional.

El demandante, por otra parte, considera que la quema del vehículo de su propiedad era un hecho previsible pues así ha ocurrido cuando "se aumentan las tarifas del servicio público de transporte o se conmemoran fechas que los extremistas y militantes de la izquierda consideran que tienen especial significación para sus ideales y propósitos revolucionarios" (fl. 105), pero que ello fuera así no significa que hubiera existido ni omisión en atender el llamado de auxilio hecho por el conductor de la buseta ni tardanza en hacerlo, como ya se vió.

Tampoco es posible pensar que la citada previsibilidad pudiera abarcar el lugar donde aconteció el hecho dañino, en el *sub-lite*. Al contrario, de las pruebas recogidas surge que las fuerzas de policía estuvieron presentes precisamente en los lugares donde ocurrían los desórdenes, combatiéndolos.

Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamente la responsabilidad del Estado, pero también lo es que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que"nadie es obligado a lo imposible".

Así lo ha reconocido en varias oportunidades esta Sala y al efecto puede citarse la sentencia del 7 de diciembre de 1.977 en donde dijo: "Hay responsabilidad en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio". (Exp. N° 1564, Actor: Flota La Macarena, Anales, Segundo Semestre 1.977, pág. 605).

Si bien es cierto que en esta materia el juez de la administración debe tener en cuenta que "la pobreza [del Estado] no lo excusa de sus obligaciones", ello no quiere decir que en cada caso concreto no deba tener en cuenta por ejemplo, las disponibilidades con que pueda disponer el ente demandado para cumplir con las funciones que le correspondan, como sería en eventos como de *sub-lite*, la consideración de la

imposibilidad de tener fuerza policial disponible en forma más o menos permanente en cada una de las cuadras en que están divididas las avenidas, calles y carreras de una ciudad como Bogotá y con mayor razón cuando una parte importante de aquella tiene que ser destacada en un lugar donde se estén desarrollando desórdenes o tumultos. Con esto, naturalmente no se quiere significar que la apreciación del juez sobre las anotadas circunstancias de tiempo, modo y lugar deba ser benigna (por el contrario, debe ser rigurosa), pero sin olvidar la máxima expuesta acerca de la no obligatoriedad a lo imposible y teniendo siempre presente que dicha máxima jamás debería utilizarse para justificar una indefensión de la administración a deber de protección a la vida de los ciudadanos, valor fundamental de un Estado de Derecho.

Tampoco podría excusarse la responsabilidad de la administración cuando ha sido advertida del peligro y no toma las medidas precautelativas necesarias para impedir su materialización o para conjurar los daños una vez presentado, pero también aquí el análisis del juez se orientará de acuerdo con circunstancias relativas a la oportunidad del aviso recibido y la posibilidad de prevenir y evitar lo temido. En esta línea de pensamiento, existen varios casos en donde la Sala ha encontrado que el servicio ha fallado habiéndose avisado a la fuerza pública de los posibles peligros; así en fallo del 17 de febrero de 1.983 dijo: "Queda claro, pues, que si los agentes de la autoridad hubieran atendido el llamado de los empresarios del transporte se hubiera ejercido el control necesario para evitar los desmanes. Las Universidad, desde luego, era uno de los puntos críticos y sobre ella se pudo haber ejercido una especial vigilancia, que no se llevó a cabo, desoyendo los requerimientos de los transportadores. Y aunque este clamor no se hubiere exteriorizado, una elemental previsión en situaciones como las que genera un alza de transporte habrían (sic) llevado a la autoridad policiva al ejercicio oportuno y eficaz en los predios de la Universidad" (Exp. Nº 2771, Actor: Pompilio Rengifo, Anales, Primer Semestre 1.983, pág. 590 y ss.).

Obsérvese que en el caso del proceso al que se refiere la cita no sólo hubo requerimiento de protección a la autoridad sino que los hechos ocurrieron en el lugar mismo en donde se produjo la destrucción de un vehículo, circunstancia que no se presentó en el *sub-judice.*

De otro lado, tampoco parece admisible pensar que porque el Gobierno nacional, ante la amenaza de un paro en todo el territorio del país hubiera autorizado a una compañía de seguros estatal para otorgar un seguro a los vehículos de servicio público de transporte de pasajeros por el riesgo de ser destruidos o dañados durante los días en que aquel se desarrollaría, esto demuestre una falla de su parte al no hacerlo para la misma época en que ocurrió el incendio de la buseta de propiedad del actor, porque las circunstancias que llevaron a tomar aquella provisión no eran las mismas y porque nada hace pensar que autorizado dicho seguro el propietario indefectiblemente hubiera contratado el amparo.

Todo lo expuesto, parangonado con las pruebas que obran en el proceso conduce a la Sala a la misma conlusión a que llegó el Tribunal *a-quo* y por ello, en acuerdo con el concepto fiscal, habrá de confirmar la providencia recurrida

No habiéndose presentado una falla del servicio en el presente caso, sobra examinar la existencia o no de los otros elementos configurativos de la responsabilidad estatal, a saber el daño y su relación de causalidad con aquella.

En mérito de las consideraciones que preceden, 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 1° de diciembre de 1.988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 11 de octubre de 1.990.

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

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. sept. 20/90, exp. 5759, actor: Olga Ruth Tabares Vda. de García, ponente Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO.

CONTRATO A PRECIOS UNITARIOS/ CONTRATO ADICIONAL-Improcedencia/PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Los funcionarios que tuvieron a su cargo la vigilancia en la ejecución del contrato al admitir que éste se incrementara en su objeto para que el diseño quedara completo con miras a cubrir futuras necesidades de la Empresa en la regional de Bucaramanga, significa que el contratista obtuvo autorización de los mismos para la totalidad del área definitiva; por tanto dicha autorización comprometió la responsabilidad de la administración, porque aunque no aparece en el expediente decisión alguna de gerente de la Entidad, quien tenía la facultad de celebrar el contrato y por tanto sólo en él radicaría la competencia para adicionarlo, en virtud del principio legal consagrado en el artículo 1603 del C.C. de que los contratos se deben ejecutar de buena fe, debe interpretarse que el contratista recibió instrucciones de los mencionados funcionarios.

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

Bogotá, D.E., once (11) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No 5753. Actor: ANTONIO CHEDRAUI CHAPARRO.

Procede La Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 13 de enero de 1.989 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se denegaron las peticiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- El señor ANTONIO CHEDRAUI CHAPARRO a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho solicita se declare que es nula el acta del 12 de abril de 1.984, mediante la cual la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- efectuó la liquidación final del contrato No. 9136 suscrito entre ésta y el arquitecto CHEDRAUI CHAPARRO el 30 de noviembre de 1.982 y cuyo objeto era la elaboración del Proyecto Arquitectónico y de los Estudios Técnicos para la nueva sede de Telecom Bucaramanga. Solicita también que en consecuencia se declare que la entidad contratante está obligada a pagar al actor, mediante nueva acta la suma de $24.128.094,73 más la corrección monetaria e intereses legales sobre el saldo pendiente desde la fecha de recibo del objeto del contrato y hasta cuando se verifique el pago, descontando el anticipo equivalente a $1.113.213,80 y $12.126.574,95, suma recibida por el contratista por concepto del acta de liquidación impugnada.

En subsidio solicita que se declare que TELECOM debe elaborar una nueva liquidación del contrato 9136 del 30 de noviembre de 1.982, teniendo en cuenta las áreas definitivas y las tarifas de la Sociedad Colombiana de Arquitectura e Ingenieros, según lo dispuesto en el contrato.

2.- El actor expone como fundamento de sus peticiones los HECHOS que se sintetizan, así:

Para contratar la elaboración de los proyectos arquitectónicos y estudios de ingeniería para la sede de TELECOM de Bucaramanga se abrió un concurso privado de méritos mediante Resolución No. 001000-4038, dictada por el Presidente de la Empresa, el 9 de julio de 1.982; en su tercer considerando se manifiesta que el valor estimado del concurso, y por ende, el valor del contrato por celebrarse es de $20.000.000.oo.

El 25 de agosto de 1.982 por Resolución No. 001000-5116 el presidente de TELECOM adjudicó el contrato al demandante y se fijó como valor aproximado la suma de $11.132.138,19, pero se advirtió que el valor final se liquidaría conforme a las áreas definitivas que resultaren del proyecto y conforme a las tarifas de la Sociedad Colombiana de Arquitectos e Ingenieros.

El 30 de Noviembre de 1.982, el presidente de TELECOM y el demandante suscribieron el contrato 9136, del cual el demandante transcribe el texto de las cláusulas primera, segunda y cuarta de donde se fija el objeto, valor y forma de pago del contrato, para recalcar que el valor definitivo se liquidaría conforme a las áreas definitivas del proyecto y el pago se completaría al recibo definitivo a satisfacción de TELECOM. Transcribe, igualmente, del capítulo tercero del pliego de condiciones titulado "Valor de los Trabajos", los numerales 1 y 2 del punto 3.06; y sobre la forma de pago y financiación, los numerales 3,07, a.4 y 3.08.

TELECOM designó como su delegada o interventora a la Arquitecta Leticia Duarte Díaz, conforme a la cláusula 7a. del contrato, quien conforme a los literales a) y d) debía resolver las consultas formuladas por el contratista y hacer las observaciones pertinentes, y, en general, hacer cumplir lo pactado en el contrato y los requisitos exigidos por TELECOM.

En múltiples reuniones entre el contratista y la interventora, a algunas de las cuales asistió también el Jefe de la Sección de Ingeniería de Obras Civiles de TELECOM, arquitecto Pedro Jarava del Castillo, se le impartieron a dicho contratista sucesivas instrucciones sobre la necesidad de proyectar zonas de esparcimiento, de bienestar social, de servicios asistenciales de capacitación, cafetería, circulación etc., etc., y la interventoría impartió instrucciones, concretamente, para aumentar el área de ciertas zonas; consecuencias de tales cambios fue que el área definitiva de la construcción resultó de 16.635 mts^2.

En cumplimiento del contrato y siguiendo las instrucciones de la interventora, se procedió a realizar el proyecto arquitectónico. Los planos y estudios se entregaron oportunamente y el 23 de septiembre se suscribe el acta de recibo final por la interventora y el contratista, con el visto bueno del Jefe de la Sección de Ingeniería y Obras, Pedro Jarava C., y Jefe de la División de Ingeniería, en la cual consta que el área reajustada es de 16.635 mts^2. En esta misma acta se hace la liquidación de honorarios conforme a los parámetros estipulados, liquidación que asciende a $24.128.094,73 total del cual se descuenta el anticipo por $1.113.213,80 y se autoriza la elaboración de una cuenta de cobro por $23.014.880,93.

El acta anterior no fue aprobada por el Presidente de TELECOM y el 24 de abril, por solicitud del interesado se elaboró una nueva acta en la cual se toma en cuenta tan sólo el área de 8.500 mts^2, el valor estimado del metro cuadrado de $20.000.oo conforme al item 3.06 del pliego de condiciones No. 2. En el acta se deja constancia de que, aunque el contrato establece un área de 8.500 mts^2, el contratista ejecutó un área de 16.635 mts^2, y se hace la descripción del proyecto y de la recepción a satisfacción por parte de TELECOM de dicho trabajo, pero, contra toda justicia, sólo se paga con base en el área prevista inicialmente.

Finalmente, en el hecho 16 dice la demanda:

> "El Acta impugnada contiene una manifestación de voluntad que en ella "se autoriza al Contratista para presentar una cuenta de cobro por la suma de DOCE MILLONES CIENTO VEINTISEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS, valor correspondiente a la liquidación final de (sic) Contrato No. 9136" (Fl. 7).

3.- TELECOM -entidad demandada, no contestó la demanda. Solicitó en el alegato de conclusión la declaratoria de la excepción de inepta demanda en razón de

que la pretensión no corresponde a la acción impetrada, ya que el objeto pactado en el contrato 9136, no es el fundamento de la reclamación del actor y lo que se solicita es una indemnización más alla de lo pactado.

4.- Surtido el trámite legal de primera instancia, procedió el Tribunal a proferir sentencia denegatoria de las súplicas de demanda, por cuanto consideró que hubo deficiencias de orden probatorio. Analiza entre otras, que el acta de liquidación carece de validez por no llenar los requisitos de los arts. 153 y 154 del C. de P.C.

De otra parte, dice el *a-quo*, la actora consintió en el cierre del debate probatorio sin insistir en la diligencia de reconocimiento de la mencionada Acta. Para el debido esclarecimiento del cumplimiento del contrato ha debido practicarse una prueba pericial, la cual no se solicitó. El testimonio de la interventora no hace ningún aporte para dilucidar el punto materia de debate. (Fl. 223 a 233).

5.- El demandante inconforme con lo decidido interpuso, dentro del término, el respectivo recurso de apelación, el cual sustentó en que las pruebas aportadas tienen plena validez y son suficientes para demostrar los hechos de la demanda por lo cual pide se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones del libelo demandatario. (Fls. 235 a 242).

6.- Corrido el traslado para alegar de conclusión, a folios 245 a 251, aparece el presentado por el apoderado de la demandada en el cual ratifica lo expuesto por el *a-quo* en su decisión de fondo; además, manifiesta que el Acta demandada se ajusta a derecho, pues se circunscribe a lo autorizado en el contrato 9136 y por tanto no hay razón para decretar su nulidad. Insiste en que la acción está mal incoada, pues la procedente debería ser la extracontractual de reparación directa y solicita la confirmación de la sentencia.

7.- La Fiscal 7a. de la Corporación conceptúa que el Consejo de Estado debe inhibirse para conocer del fondo del proceso por falta del presupuesto de demanda en forma y por "falta del acto cuya ilegalidad se alega".

Considera que el acto de liquidación no es un acto administrativo por cuanto no reúne los elementos que lo configuran como son el pronunciamiento unilateral de la administración que vincula al particular y produce efectos jurídicos.

La demanda solicita la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que no es tal, lo que carece de uno de los requisitos para que se considere demanda en forma. (Fls. 253 a 259).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

El contrato celebrado entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM- y el demandante obra a folios 16 a 19 del expediente, y en él señala en su cláusula primera como objeto: "El contratista se obliga para con TELECOM a

elaborar el proyecto arquitectónico y los Estudios de Ingeniería para la nueva sede de TELECOM en la ciudad de Bucaramanga (Santander), en terrenos de propiedad de TELECOM, ubicado en la carrera 22 entre calles 39 y 41, el cual tiene un área aproximada de 5.600 Mts², trabajos que deben desarrollarse de conformidad con lo establecido en los anexos de este contrato".

El mismo en la cláusula segunda establece el valor, así:

"El valor del presente contrato es la suma de ONCE MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA Y OCHO PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS ($11'132.138,79) (aproximado) MDA. CTE. El valor definitivo se liquidará de acuerdo con las áreas definitivas del proyecto y las tarifas de la Sociedad Colombiana de Arquitectura y de Ingenieros (Pliego de Condiciones)".

Dentro del pliego de condiciones del concurso privado de méritos, se expresa entre otros en el numeral 3.06..." 2. la liquidación se hará con base en los siguientes datos:

- Area construída aproximada 8.500 m²

- Valor estimado del m² $20.000.oo".

En el anexo No. 5 del mismo pliego, que obra a folios 24 a 32 del cuaderno No. 3, se especifica el programa de necesidades y distribución de áreas con un total aproximado de 8.500 m².

De otra parte, se observa que a folios 82 a 99 obra fotocopia autenticada del Acta de Recibo Final del Proyecto antes mencionado y que contiene la liquidación del contrato que fue legalizado y en cuyo texto aparece observación del contratista dejando a salvo su derecho a reclamar posteriormente. En ella se observa que el total del área sobre la cual se ejecutó el contrato es de 1.635 m². (Fl. 83).

Ahora bien, la liquidación se elaboró teniendo en cuenta solamente 8.500 m² de área, lo que arrojó un valor total de $13.239.788.75, suma de la cual aparece descontado $1.113.213.80, por concepto de anticipo, y respecto del valor restante, esto es $12.126.574,95 que es el saldo pendiente por honorarios a favor del contratista se le autoriza a presentar la cuenta de cobro respectiva (Fls. 95 y 96).

Si se observa las pretensiones del actor, como quedaron descritas en la primera parte de esta providencia, resulta que solicita la nulidad del acta de liquidación y en consecuencia el pago de la diferencia de los valores correspondientes entre 8.500 m² y 16.635 m², mediante la elaboración de nueva acta. De esta forma, surge que lo que debe dilucidarse aquí es si la administración está legalmente obligada al pago de la diferencia antes mencionada.

Según lo expuesto, es de observarse en primer lugar que el contrato se pactó a precios unitarios, por lo cual el incremento relacionado con mayor cantidad de obra, según jurisprudencia de esta Corporación no requiere celebración de contrato adicional. Además, el área fijada para el convenio mencionado siempre fue aproximada y el valor quedó sujeto a las áreas definitivas, lo que significa que el metraje de construcción para efectos de diseño podía ser modificado por el consultor contratista sin requerimiento especial, previo, pues de todas formas la ejecución del mismo contaba con la interventoría permanente de la Entidad Contratante, que para el caso de autos la ejerció la Interventora Leticia Duarte Díaz, quien en testimonio obrante a folios 193 y ss., aceptó haber tenido conocimiento de las modificaciones, elevando el área a 16.675 M², las cuales por demás calificó de "mínimas y necesarias en las partes técnicas".

A l respecto manifestó:

"PREGUNTADO: Sírvase informar si, como consecuencia de esos análisis, se coordinó con el diseñador CHEDRAUI CHAPARRO un proyecto que contara con las áreas necesarias no sólo inmediatas sino hacia el futuro, teniendo en cuenta el crecimiento administrativo que pudiera tener la Empresa en varios años. Y si, por razón de tales consideraciones y análisis, se le fueron impartiendo instrucciones al contratista para que ampliara algunas áreas del anteproyecto e incluyera zonas nuevas relacionadas con los parqueaderos, zonas de esparcimiento, bienestar social, capacitación, cafetería, zonas fijas (ascensores), zonas de circulación, plazoletas, etc., todo lo cual elevó el área definitiva del proyecto ex(sic) a 16.675 metros cuadrados? - RESPONDIO: Ahí hay un error base en que el proyecto no se elevó a 16.675 metros cuadrados porque el anteproyecto arquitectónico presentado por la Empresa base del concurso privado de méritos y que fue el que dió origen al contrato de la referencia contenía todas las áreas mencionadas en la pregunta y no sufrió mayores modificaciones en su desarrollo sino las que fueron necesarias implantar por su mismo desarrollo en las partes técnicas ya sea aires acondicionados, instalaciones eléctricas, instalaciones hidráulicas, las reformas que se le hicieron al anteproyecto en cuanto a la parte arquitectónica fueron mínimas por lo tanto éste proyecto no se subió de área. Para la realización de ésta obra la Empresa abrió un concurso privado de méritos en el cual para su realización estipulaba un área de requisitos mínimos en el pliego de condiciones pero en ese mismo concurso de méritos se entregó un antiproyecto arquitectónico que formó parte básica e integrante de éste concurso y que fue el que dió origen al contrato de la referencia y cuya área era superior a el de los requerimientos mínimos porque en él la Empresa ya había considerado los incrementos de áreas por espacios abiertos y circulaciones por necesidades futuras y por servicios comunes".(Fls. 194 y195).

Así también, el Jefe de la Sección de Ingeniería de Obras Civiles de TELECOM, en el oficio fechado el 7 de febrero de 1.984 mediante el cual informa al Jefe de División de Ingeniería de la misma Empresa sobre los antecedentes y el desarrollo del contrato, expresa:

En permanentes reuniones con el Contratista se analizaron las diferentes actividades que desarrolla la Empresa en su Gerencia en Bucaramanga, tanto internamente como de servicio al público para la cual fué creada. Debido a la gran extensión del lote adquirido a Fenalco - 5.600 M2 - localizados entre las calles 39 y 40 con carreras 21 y 22, se cordinó con el Diseñador un proyecto que contara con las áreas necesarias no solo inmediatas sino a un futuro, teniendo en cuenta el crecimiento administrativo que pueda tener la Empresa en varios años (Quiero aclarar que un proyecto arquitectónico debe diseñarse en un todo como deba quedar definitivamente, constrúyase por áreas o por etapas previas a recomendaciones o estructurales según lo determine la Empresa), siendo los edificios construidos para que presten servicio por muchos años y siguiendo lo normal para estos casos se determinó en reunir en un solo sector todas las dependencias con que cuenta la Empresa en la Regional de Bucaramanga, proyectándole además zonas de esparcimiento, bienestar social, servicios asistenciales, capacitación, cafetería, etc. Sin incluir bodegas ya que en la zona no está permitida esta clase de actividad y equipos, que se conservarán donde se encuentran instalados actualmente; para un futuro próximo cuando se requiera cambiar los equipos, estos podrán ubicarse previa construcción del bloque técnico en el área propiedad privada ocupada por dos (2) casas en mal estado de construcción siempre y cuando se adelanten los trámites de compra o expropiación de los predios.

Resultado de lo anterior, el proyecto que requiere la Gerencia en Bucaramanga dió un área definitiva de 16.635 M2, que estimo si la Presidencia de la Empresa lo cree conveniente, analizarlo conjuntamente para aclarar donde están los metros cuadrados de diseño y cuales son las actividades a desarrollar en el nuevo edificio a construirse en Bucaramanga, ya que por comentarios escritos nos tomaría tiempo describir lo que se encuentre consignado en planos". (Fls. 102 y 103).

De manera que los funcionarios que tuvieron a su cargo la vigilancia en la ejecución del contrato al admitir que éste se incrementara en su objeto para que el diseño quedara completo con miras a cubrir futuras necesidades de la Empresa en la regional de Bucaramanga, significa que el contratista obtuvo autorización de los mismos para la totalidad del área definitiva, esto es de 16.635 M2; por tanto dicha autorización comprometió la responsabilidad de la administración, porque aunque no aparece en el expediente decisión alguna del Gerente de la Entidad, quien tenía la facultad de celebrar el contrato y por tanto sólo en él radicaría la competencia para adicionarlo, en virtud del principio legal consagrado en el art. 1603 del C.C. de que los contratos se deben ejecutar de buena fé, debe interpretarse que el contratista recibió instrucciones de los mencionados funcionarios. Al respecto la Sala reitera aquí lo expuesto en sentencia del 28 de junio de 1.990.

"..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 si podían comprometer la responsa-

ne, con los elementos analizados, como son que el Area de 8.500 M² proyectados inicialmente era aproximada y el valor de $11.132.138,79 consecuencialmente era estimado, habiendo quedado establecido que el valor definitivo se liquidaría de acuerdo con las áreas definitivas y no se señaló un límite para la aproximación y se trata de un contrato de consultoría en que se pactaron honorarios por metro cuadrado de construcción, resulta procedente la reclamación elevada por el contratista mediante el presente proceso, y en consecuencia la administración deberá liquidar el contrato de conformidad con lo pactado en el mismo, razón por la cual deberá anularse el acta de liquidación del 12 de abril de 1.984 y ordenarse una nueva, según el trabajo, objeto del contrato, recibido a satisfacción por la demandada.

En la nueva Acta de liquidación deberá tenerse en cuenta los pagos hechos al contratista con cargo al contrato 9136 referido, y a la suma que resultare a favor del contratista deberá actualizarse con base en los índices de precios al por mayor que certifique el Banco de la República y con ejecución a la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{ind.f}{ind.i}$$

De donde **Vp** valor presente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia; **Vh** valor histórico o sea la suma resultante una vez hechos los descuentos de las cantidades recibidas por el contratista por razón del contrato de que se trata, **ind. final** el correspondiente al mes de septiembre del presente año, **ind. inicial** el correspondiente a la fecha de recibo de la obra esto es abril 12 de 1.984.

El valor histórico devengará intereses a la tasa del 6% anual desde abril de 1.984 hasta la fecha de ejecutoria de este fallo.

Finalmente, la Sala no comparte lo expuesto por la Fiscalía de esta Corporación en cuanto que dice que el acta de liquidación no es acto administrativo por carecer del elemento "unilateralidad", ya que el hecho de que el Acta de Liquidación en ocasiones, sea un acuerdo de voluntades, no le quita la naturaleza de ser acto administrativo; por el contrario, en ella hay manifestación de la administración que produce efectos jurídicos. Tal vez olvidó la Fiscalía que los actos administrativos pueden ser unilaterales, bilaterales o plurilaterales, y es así como el contrato mismo es también acto administrativo con la adición de ser "bilateral", y lo mismo se puede predicar de las actas de obras parciales.

En mérito de lo expuesto, en desacuerdo 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 :

Revócase la sentencia del 13 de enero de 1.989 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, y en su lugar se dispone:

PRIMERO.- Declárase nula el Acta del 12 de abril de 1.984, mediante la cual la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- procedió a hacer la liquidación final del contrato No. 9136 celebrado entre dicha Empresa y el Arquitecto ANTONIO CHEDRAUI CHAPARRO.

SEGUNDO.- Ordénase a la Empresa de Telecomunicaciones -TELECOM- a pagar al señor ANTONIO CHEDRAUI CHAPARRO la suma que resulte de la liquidación, debidamente actualizada, todo ello de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- El valor resultante de la liquidación deberá pagarse por la demandada dentro de los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A., con intereses comerciales dentro de los seis primeros meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha octubre 11 de 1.990.

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

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONDENA IN GENERE/COSA JUZGADA

La condena in genere está prevista para los casos en que la cuantía de las pretensiones no haya sido debidamente establecida en el desarrollo del proceso. Es por ello que en el incidente liquidatorio solo deberá mejorarse la prueba que establece la cuantía, sin que el juzgador pueda entrar a modificar lo decidido por el fallo en torno a las pretensiones. Lo contrario sería modificar la decisión, con desmedro de los derechos de las partes o la misma cosa juzgada.

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

Bogotá D.E. Octubre diez y seis (16) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No.3066. Indemnizaciones. Actor: PEDRO ARTURO SANABRIA NIÑO.

Se procede a resolver el recurso de reposición contra el auto de fecha marzo 27 de 1.990, mediante el cual se liquidó la sentencia proferida en el proceso de la referencia, que ordenó lo siguiente:

"Declárase no probada la objeción de error grave propuesta contra el dictámen de abril 1° de 1.987".

"Liquídase la sentencia de 4 de junio de 1.985, así:

"La Nación Colombiana (Ministerio de Justicia) deberá pagar el Doctor Pedro

Arturo Sanabria Niño, por concepto de perjuicios materiales la suma de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON VEINTE CENTAVOS ($14'673.468.20), suma ésta ya actualizada en la forma indicada en la motivación".

"Una vez ejecutoriado este proveído la condena devengará intereses comerciales durante los primeros seis meses y moratorios luego".

"Infórmase al juzgado 19 Civil del Circuito lo aquí resuelto para efectos del embargo decretado (a folios 166 cuaderno # 1)."

Estima el actor, quien asumió su propia representación según constancia de folio 304 C. 1A, que en la providencia mediante la cual se cuantificó el valor de la indemnización decretada en la sentencia no se hizo justicia porque la fecha que se debe tener en cuenta para la actualización es la de la liquidación, ya que sólo es en ese momento "cuando hay un fallo completo". (folio 303 C. 1A).

El Doctor Gustavo Samper, en memorial recibido en la secretaría el 6 de abril de 1.990 (folio 309 C. 1A), amplía con argumentos similares la impugnación del Doctor Sanabria Niño y además solicita que se revoque lo relacionado con informar al juzgado 19 civil del circuito de Bogotá, lo resuelto en la providencia recurrida para los efectos del embargo decretado por dicho despacho, ya que según certificación aportada con su escrito, la mencionada medida cautelar fué levantada por el juzgado competente desde el 4 de agosto del año 1.988 (folio 318 C. 1A).

SE CONSIDERA:

En primer lugar, en la fundamentación que se dió en la sentencia para indexar la condena, se dijo claramente que la actuación debía hacerse "con sujeción a los índices de precios al consumidor que certifique el Dane desde la fecha en que debió pagarse la obligación total y la de este fallo". La expresión "y la de este fallo" ha de entenderse en su sentido lógico y natural; es decir, la fecha límite para efectos del ajuste de la condena, es la de la sentencia, o sea la que aparece en el encabezamiento de ella: junio 4 de 1.985 (folio 228 C.1). Esta circunstancia, como bien lo indica la providencia recurrida, no podía ser ignorada en la concreción, so pena de incurrir en un irrespeto a la cosa juzgada. Si en la sentencia se hubiera dicho cosa diferente, por ejemplo, que la revalorización se haría hasta la fecha de la providencia liquidatoria, la situación hubiera sido completamente diferente, ya que inexorablemente y en virtud del mismo principio de la cosa juzgada, la Sala habría tenido que ajustar la condena a la fecha de su liquidación.

De otro lado, atendiendo al espíritu de los artículos 170, 171, 172 y 173 del C.C.A. en concordancia con los artículos 302 y siguientes del C. de P.C. aplicables por remisión del artículo 267 del estatuto procedimental administrativo, la

competencia del juez para decidir sobre las pretensiones de la demanda se agota en el momento mismo en que profiere su sentencia. La anterior afirmación se corrobora con la lectura del artículo 331 del C. de P.C. en donde se establece que sólo en los casos de aclaración y complementación la firmeza de la providencia se produce con la ejecutoriada del auto que la resuelve,de donde se deduce que únicamente en dichas circunstancias las providencias aclaratorias o complementarias de una sentencia se integran en un todo con ella; y, por lo tanto, la fecha de estas últimas ha de tenerse como la del fallo. La condena *in genere* está prevista para los casos en que la cuantía de las pretensiones no haya sido debidamente establecida en el desarrollo del proceso. Es por ello que en el incidente liquidatorio solo deberá mejorarse la prueba que establece la cuantía, sin que el juzgador pueda entrar a modificar lo decidido en el fallo en torno a las pretensiones.

Lo contrario seria modificar la decisión, conducta que además de estar prohibida para el juez le quitaría toda seriedad a sus providencias, con desmedro de los derechos de las partes o de la misma cosa juzgada.

Con respecto al memorial del doctor Gustavo Samper, la Sala advierte que de acuerdo al artículo 69 del C. de P.C. redacción vigente al momento de iniciarse el presente incidente, su mandato había sido tácitamente revocado al asumir directamente el actor su presentación, según expresa manifestación de folio 304. Sin embargo, se observa que efectivamente el embargo decretado por el juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá había sido levantado, lo que hace ineficaz lo ordenado en el último parágrafo del auto recurrido y por lo tanto habrá de revocarse.

En mérito de lo expuesto se RESUELVE:

Confirmase en todas su partes la providencia recurrida con excepción del último parágrafo el cual se revoca.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 11 de Octubre de 1.990.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACTO CONTRACTUAL/ LIQUIDACION DEL CONTRATO/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ DEMANDA-Ineptitud

Un acto de liquidación unilateral de un contrato como el impugnado, no podía calificarse durante la vigencia del artículo 87 del Decreto 01 de 1.984 como separable del contrato, ni puede estimarse hoy con iguales alcances y contenido frente al artículo 17 del Decreto 2304 de 1.989 (art. 87 C.C.A.). Se habla de su no separabilidad porque, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación, es un acto contractual *strictu sensu*, ya que no puede concebirse sin la existencia del contrato mismo del cual toma vida y porque precisamente en él se hace un corte de cuentas entre las partes contratantes. Su índole de no separable imponía en ese entonces y lo impone hoy, que la controversia derivada del mismo fuera y sea contractual. Si se pretendía el restablecimiento de su derecho conculcado por la liquidación del contrato, debió demandarse el acto compuesto (el inicial y el impugnado) y no sólo éste y menos cuando la nulidad de éste la vincula a la nulidad del acto inicial no impugnado.

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

Bogotá D.E. Octubre diez y seis (16) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: : *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5949. Contratos. Actor: : COMPAÑIA DE INGENIEROS PAVIMENTADORES LTDA. "CODEIPA LTDA."

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de agosto 10 de 1.989, dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se dispuso:

"1.- Declárase la NULIDAD de la Resolución No. 010571 de 4 de diciembre de 1.984, expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, en forma parcial, y exclusivamente en lo atinente al literal e del numeral 9° de la parte considerativa del consabido acto".

"2°.- DENIEGASE la pretensión de nulidad de la Resolución en comento en lo que concierne a los demás aspectos propuestos en la demanda".

En la demanda, presentada el 6 de marzo de 1.985, se narraron los siguientes hechos:

"PRIMERO: El 27 de Abril de 1.981, el FONDO VIAL NACIONAL Y CODEIPA LTDA. celebraron el contrato No. 078 de 1.981 para la pavimentación del sector K 34+ 000 al K 63 + 500 (ruta 45-11) de la carretera HONDA-DORADA-PUERTO BOYACA".

"SEGUNDO: El 22 de Febrero de 1.982 las partes contratantes terminaron de mutuo acuerdo el contrato 078 de 1.981 con fundamento en el liberal b) del artículo 191 del Decreto 150 de 1.976".

"TERCERO: A pesar de las protestas de CODEIPA LTDA. el Ministerio de Obras Públicas, en forma unilateral, hizo un acto de liquidación del contrato 078/81 en la cual dijo que en la fecha de la misma (Set. 2 de 1.982) "se reunieron.....y el representante legal de la firma contratista, José Ramón Garavito Peña", afirmación contraria a la verdad".

"CUARTO: El mismo 2 de Septiembre de 1.982, el Interventor del contrato Jaime Bautista Cabezas, le puso una nota al proyecto de acta No. 53 en la cual dice refiriéndose a CODEIPA LTDA: "Debido a que no se presentaron a firmar dicha acta, se produce a liquidar de oficio el contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 192 del decreto ley 150 de 1.976; y por lo tanto firma el interventor: JAIME BAUTISTA CABEZAS". Y a continuación efectivamente firma sin hacer la liquidación que anuncia en su nota".

"QUINTO: CODEIPA LTDA. conoció el acta de liquidación No. 53 de 2 de Septiembre de 1.982 por remisión que se le hiciera por oficio GL 13267 de 28 de Octubre de 1.982 e inmediatamente interpuso contra ella y contra la nota remisoria recurso de reposición".

"SEXTO: El Ministerio de Obras Públicas no enmendó el procedimiento, tal como se le había pedido en la reposición, sino que, transcurridos más de dos (2) años, con el pretexto de desatar el recurso de reposición, dictó una resolución que simplemente modificó la liquidación irregular (Resolución No. 010571 de 4 de Diciembre de 1.984, "Por la cual se modifica una liquidación.....)", proceso en el cual tampoco hizo partícipe a CODEIPA LTDA".

"SEPTIMO: El contrato 078/81 contiene la siguiente estipulación: "Si el pago se efectuare después de treinta (30) días de la presentación de la cuenta, el índice de ajuste de costos aplicable será el correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago a favor del CONTRATISTA. El Fondo Vial Nacional se negó a dar cumplimiento a esta estipulación durante la vida del contrato y en el proceso de liquidación que culminó con la Resolución No. 010571 de 1.984".

"OCTAVO: La Resolución 010571 niega al Contratista el pago de actividades y suministro de materiales pétreos sin justificación alguna".

"NOVENO: Ni el contrato, ni el acuerdo de su terminación, ni norma legal alguna imponen la obligación de devolver el anticipo en los casos de terminación del contrato por mutuo acuerdo. La Resolución No. 010571 de 1.984 exige la devolución del anticipo sin motivación alguna".

En dicho libelo, en su *causa petendi* alega la parte actora: a) Que tanto la liquidación inicial del contrato como la modificación hecha en la resolución 010571 de 4 de diciembre de 1.984 impugnada, se hicieron con desconocimiento del procedimiento establecido en el artículo 192 del decreto 150 de 1.976, modificado luego por los artículos 288 y 289 del decreto 222 de 1.983.

b) Que el Ministerio de Obras mediante oficio requirió a la contratista (oficio 13267 de 28 de octubre de 1.982) para que pagara lo incluído en acta liquidación que no le había notificado.

c) Que ante tal hecho formuló reposición, dándose por notificada y que la administración, en lugar de reponer dictó una nueva liquidación, modificando la primera; con lo que violó también el artículo 288 del decreto 222 porque en esta última liquidación tampoco le dió participación.

d) Que la resolución impugnada violó el parágrafo 3° de la cláusula décima primera y con esta infracción desconoció el mandato del artículo 1602 del C.C.

e) Que la resolución impugnada dejó en firme el acta de liquidación #53 y dejó vigente también su falsa motivación, con lo que violó asimismo el artículo 84 del C.C.A. "el cual dispone la anulación de los actos administrativos falsamente motivados".

El tribunal para tomar su decisión estimó que la demanda de restablecimiento estaba bien instaurada, que sí existe unidad entre lo dispuesto en la liquidación y la resolución acusada; y que "ciertamente, sobre el efecto de las obligaciones, el Art. 1.602 del C.C. establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales. Por manera entonces que no existe motivo válido y justo y para

evadir como lo ha hecho la administración tanto en el acta No. 053 como en la Resolución No. 10571, el pago de los reajustes moratorios alegados por el contratista, máxime que los motivos aducidos por la administración se constituyen por el peregrino argumento de una supuesta excepción de ilegalidad de la aludida cláusula, invocando la expectativa sobre decisión jurisdiccional sobre idéntico punto en un caso diferente".

Descontenta la parte actora, interpuso apelación. Tramitada la instancia es oportuno entrar a decidir.

Para el Ministerio Público, Fiscalía 2a. de la Corporación, el fallo deberá ser inhibitorio, revocándose así la decisión del Tribunal. De su vista de 14 de mayo de 1.990 (a folios 220 y siguientes) - se destaca:

"Desde el punto de vista formal, se observa que la demanda solamente acusó la Resolución No. 010571 de 1.984 y siendo este un acto administrativo que resolvía un recurso de reposición contra el Acta de liquidación No. 053 de 1.982 es lógico pensar, como lo afirma la parte opositora, que también el Acta 53 de 1.982 ha debido ser demandada".

"Sin ocuparse de la legalidad del Acta de liquidación inicial, cualquier decisión que verse sobre la Resolución que modificó esa liquidación, resulta inocua, pues lo resuelto en dicha Acta queda vigente. Lo anterior implica una ineptitud de la demanda".

"Ahora bien, respecto a la clase de acción que se ejerció en la demanda, es claro que el Actor escogió la del artículo 85, o acción de restablecimiento del derecho".

Sobre este aspecto también hay reparos; precisamente debido a la clase de acción que se ejercitó, al fallador de primera instancia se le presentaron dificultades para decidir sobre algunos cargos, encontrando que no podía resolver sobre unos aspectos planteados, precisamente por las limitaciones de la acción escogida por el demandante. Sobre las limitaciones del fallo y sobre los puntos que no pudo decidir la sentencia, se fundamentó el recurso de apelación.

"Pues bien, el problema que se anota en la sentencia y que destacan las partes, obedece precisamente a la forma en que fué formulada la demanda. El propio actor dijo estar demandando en acción ordinaria de restablecimiento del derecho (art. 85) cuando lo indicado era ejercer la acción especial contractual del art. 87 del Decreto 01/84 vigente para la época en que se presentó la demanda".

"La Sala en varias oportunidades sostuvo que los actos posteriores al contrato dictados en desarrollo del mismo no eran actos separables, considerando igualmente que cualquier reclamación o demanda que sobre esos actos administra-

tivos surgiera, debía forzosamente hacerse en ejercicio de la acción contractual consagrada en el art. 87 del Decreto 01/84".

Por su lado, la parte actora concreta su inconformidad con el fallo al no reconocimiento del pago de los materiales procesados, utilizados en la obra y puestos por la contratista; haber mantenido la liquidación en lo que respecta a la devolución del anticipo; haber desechado los argumentos de ilegabilidad propuestos contra el acto de liquidación. Concluye su alegación con la siguiente afirmación".

"No se procedió así y por ello no cabe duda de la nulidad del acta #53 de 2 de septiembre de 1.982".

Para resolver se considera:

1) Aunque la parte actora dice demandar con base en el artículo 85 del C.C.A. de la lectura de la demanda se deduce la índole contractual de la controversia y la tiene porque un acto de liquidación unilateral de un contrato como el impugnado, no podía calificarse durante la vigencia del artículo 87 del decreto 01 de 1.984 como separable del contrato, ni puede estimarse hoy con iguales alcance y contenido frente al artículo 17 del decreto 2304 de 1.989 (artículo 87 del c.c.a.).

Se habla de su no separabilidad porque, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación, es un acto contractual *strictu sensu*, ya que no puede concebirse sin la existencia del contrato mismo del cual toma vida y porque precisamente en él se hace un corte de cuentas entre las partes contratantes para definir quién debe a quién y cuanto.

Su índole de no separable imponía en ese entonces y lo impone hoy, que la controversia derivada del mismo fuera y sea contractual, de las reguladas en el artículo 87 del C.C.A.

No niega la Sala que la controversia que gira en torno a un acto contractual propiamente dicho sea, formalmente, similar a la de restablecimiento contemplada en el artículo 85, sobre todo por que en ambos eventos debe pedirse la nulidad del acto para poder aspirar al restablecimiento pretendido; pero la diferencia radica precisamente en el alcance del último extremo según la acción intentada. Mientras en la de restablecimiento (artículo 85) el efecto reparador de la nulidad no puede comprender sino las consecuencias directas e inmediatas producidas por el acto ilegal sin posibilidad de acumulación con otras pretensiones propias del contrato, en la contractual contra el acto dictado por la entidad contratante, además de esa nulidad, se puede pedir no solo el resarcimiento del daño que produjo dicho acto, sino que se pueden formular otras pretensiones de carácter contractual que toquen con el cumplimiento o la responsabilidad derivada del contrato mismo.

Por este aspecto se estima bien formulada la demanda, ya que su carácter contractual está por fuera de duda. Además, en este tipo de controversia, como ha dicho la jurisprudencia, opera el principio *iura novit curia*, lo que le da al juez un amplio poder interpretativo. Pero, ya dentro del campo contractual, la demanda es inepta. Se equivocó la parte actora cuando sólo demandó la resolución #010571 de 4 de diciembre de 1.984, por medio de la cual al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto de liquidación contenido en el acta #53 de 1.982, se modificó dicho acto.

Se habría dado demanda en forma si solo se hubiera discutido el extremo modificado, porque se aceptaba el acto inicial en lo demás. Pero no sucedió así. De la *causa petendi* se infiere que la actora estima que el acto impugnado es nulo porque lo es el inicial y porque en la expedición de ambos se desconocieron las normas que regulan la liquidación de los contratos.

Es apenas obvio que si el acto inicial era nulo, el modificatorio corría igual suerte; pero no tiene lógica que con ese presupuesto se presenta que desaparezca solo el último, para sacarle provecho al primero. Por ese motivo debieron demandarse en su conjunto, no solo porque la voluntad liquidatoria no estaba comprendida únicamente en el último acto, y porque un acto de modificación posterior no puede entenderse sin la existencia y validez del primero.

No puede afirmarse que a la demandante le bastaba demandar solo el acto final, ya que su interés solo estaba en su nulidad, porque la demanda asume otra actitud, en especial cuando sostiene que la liquidación inicial violó el mandato contenido en el artículo 192 del decreto 150 de 1.976, por cuanto la administración para poder liquidar unilateralmente tenía que agotar primero la etapa de acuerdo con el contratista lo que no buscó ni quiso.

Por eso resulta a todas luces incomprensible que en la demanda no se hubiera pedido la nulidad del acto de liquidación contenido en el acta #53 de 1.982, el que solo se modificó, parcialmente, en la resolución impugnada. Y menos se entiende cuando en ese libelo se afirma que esa liquidación inicial fué nula. Idea que se repite al final del alegato de segunda instancia, cuando anota la demandante:

"Lo que correspondía al Fondo Vial Nacional era reunir las personas que conforme a las disposiciones vigentes correspondía efectuar la liquidación, proceder a hacerla, y notificarla al contratista. **No se procedió así y por ello no cabe duda acerca de la nulidad del acta No. 53 de 2 de septiembre de 1.982**".

"**Este ilegal procedimiento condujo a que posteriormente se hiciera una nueva liquidación del contrato**, la contenida en la resolución #10571 de 4 de diciembre de 1.984, la cual, por **carecer de recursos por la vía gubernativa impidió la defensa que** por dicha vía tenía y tiene mi poderdante, lo cual entraña una grave violación del elemental derecho de defensa" (Subrayas fuera de texto).

Lo transcrito pone de presente la equivocación de la demandante, la que si pretendía el restablecimiento de su derecho conculcado por la liquidación del contrato, debió demandar el acto compuesto (el inicial y el impugnado) y no solo éste y menos cuando la nulidad de éste la vincula (ver aparte subrayado) a la nulidad del acto inicial no impugnado.

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 :

Revócase en todas sus partes la sentencia apelada, dictada el 10 de agosto de 1.989 por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

En su lugar:

Declárase, por las razones dadas, la ineptitud sustantiva de la demanda o la falta de demanda en forma.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 11 de Octubre de 1.990.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

DEMANDA-Ineptitud/**ACCION DE REPARACION DIRECTA**-Impro-cedencia/ **VIA DE HECHO**-Inexistencia/ **NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE**

La demanda es inepta, pues la acción que ha debido instaurarse en su momento, era la llamada de plena jurisdicción, hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, pues la Resolución número 004/82, tiene el alcance de un verdadero acto administrativo, cuya impugnación ha debido hacerse dentro del término de cuatro meses. El presente conflicto de interés no se deja manejar con la filosofía de la vía de hecho, alegando que la misma no fue notificada, en debida forma, al representante legal de la sociedad actora, pues éste se dio por notificado de ella por conducta concluyente.

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

Bogotá, D.E. Octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5649. Actor: SOCIEDAD CLINICA DE URGENCIAS JUAN PABLO II LIMITADA.

Demandado: DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA.

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 del centro de imputación jurídica demandado y por la Fiscal Tercera

ante el *a-quo* contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día ocho (8) de Septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), que declaró al Distrito Especial de Bogotá responsable administrativamente por la ejecución de la Resolución número 004 del 3 de junio de mil novecientos ochenta y tres (1.983), originaria de la Inspección Legal y Regional de San Ignacio de la Secretaría de Salud Pública de Bogotá, por medio de la cual se ordenó el desalojo y desocupación de la Clínica de Urgencias Juan Pablo II Limitada.

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:

"El señor Alberto Bahamón Soto, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción indemnizatoria que consagraba el artículo 68 del C.C.A. -hoy el artículo 86 del C.C.A.- presentó demanda en este Tribunal para que se hicieran las siguientes o semejantes declaraciones:

"PRIMERA.- El Distrito Especial de Bogotá es administrativamente responsable de los perjuicios causados a la sociedad "CLINICA DE URGENCIAS JUAN PABLO II LTDA", con domicilio en Bogotá, con motivo de la operación administrativa consistente en la arbitraria e ilegal ejecución de la resolución número 004 de junio 3 de 1.982, originaria de la inspección Legal I, Regional de San Ignacio, dependiente de la Secretaría de Salud Pública de Bogotá -Servicio Seccional de Salud del Distrito Especial de Bogotá, operación administrativa mediante la cual se produjo el desalojo y desocupación y por consiguiente la clausura y funcionamiento del establecimiento de salud denominado "Clínica de urgencias Juan Pablo II Limitada", ubicada en la calle 54 A No. 15-43 de esta ciudad.

"SEGUNDA.- Consecuencialmente, CONDENARSE al Distrito Especial de Bogotá, o a la entidad que haga sus veces, a reconocer y pagar a la sociedad "CLINICA DE URGENCIAS JUAN PABLO II LTDA.", dentro de los Treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que le ponga fín al proceso (Artículo 121 C.C.A.) la indemnización debida por los daños y perjuicios, tanto materiales como morales, ocasionados por razón de la operación administrativa cuya responsabilidad administrativa se impetra".

"Tal indemnización comprenderá el lucro cesante daño emergente y demás partidas inherentes, a partir de la fecha de operación o hecho originario de la acción cuya cuantía se estima en cifra aproximada a los VEINTE MILLONES DE PESOS M/CE. ($20.000.000.oo)".

"Si la condena no pudiera hacerse en concreto se regulará por el trámite determinado en el artículo 308 del C. de P.C., pero en uno u otro caso se tendrá en cuenta la desvalorización del peso colombiano y la fijación de los

perjuicios morales sobre la base del precio del gramo de oro para la fecha de la sentencia".

"Igualmente, se dispondrá que sobre las sumas debidas se reconozca interés a la rata del 24% anual, a partir del día siguiente al vencimiento del término señalado para la ejecución del fallo por el artículo 121 del C.C.A.".

"La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

"1).- La Sociedad "CLINICA DE URGENCIAS JUAN PABLO II LIMITADA" fué constituída mediante la escritura pública número 4173 del 24 de septiembre de 1.979, de la Notaría Décima del Círculo de Bogotá; fué inscrita en el registro mercantil bajo el número 127. 835 de la Cámara de Comercio de Bogotá, y es su representante legal el Doctor ALBERTO BAHAMON SOTO".

"2).- La "Clínica de Urgencias Juan Pablo II Limitada" venía funcionando, previos los requisitos exigidos por la Secretaría de Salud Pública de Bogotá D.E., desde el mes de abril de 1.979, en sus instalaciones situadas en la calle 54A No. 15-43, Barrio Chapinero, de esta ciudad".

"3).- Los servicios médico-asistenciales que prestaba la Clínica de Urgencias Juan Pablo II durante el tiempo en estuvo funcionando fueron los de Hospitalización, Cirugía General, maternidad, pequeña cirugía, consulta externa, servicio domiciliario, medicina interna, laboratorio clínico, rayos X, Ginecología, Pediatría y Ultrasonografía, todos los cuales como es obvio, cesaron con motivo de su obligada y arbitraria clausura, son los consiguientes - perjuicios tanto para la Clínica como para las personas que de ellos se servían".

"4).- Las instalaciones de la Clínica de Urgencias Juan Pablo II, funcionaban en un edificio de tres plantas con servicio de comedor, cocina, lavandería, botiquín para urgencias, vivienda para el personal médico, para-médico y auxiliar, y prestaba sus servicios durante las 24 horas del día".

"5).- Sus instalaciones, además contaban con equipo médico quirúrgico y hospitalario, dos salas de cirugía, una de maternidad, pabellón de pediatría, mesas de cirugía, lámparas cielíticas, incubadoras, equipo de anestesia, equipo de ultrasonografía o ecografía, y rayos X, etc".

"6).- En virtud de la orden impartida por la Inspectora Regional Legal I de San Ignacio, de la Secretaría de Salud Pública del Distrito Especial de Bogotá, todo el equipo anteriormente mencionado, tuvo que ser sacado de las instalaciones de la clínica y alojado en lugares inadecuados con ello no solamente la pérdida de las sumas en él invertidas, sino su improductividad y consiguiente deterioro".

"7).- La Sociedad "Clínica de Urgencias Juan Pablo II Limitada", contaba para la prestación de sus servicios con suficiente personal de médicos, enfermeras, laboratoristas clínicos - Bacteriologos, técnicos de rayos X, ratas o especialistas en salud, así como también con personal administrativo, personal que como consecuencia del cierre de la clínica motivado por la decisión de la funcionaria de la Secretaría de Salud Pública del Distrito Especial de Bogotá, cesó en sus funciones, acarreándole a la sociedad la erogación de fuertes sumas de dinero por concepto de indemnizaciones, salarios, prestaciones sociales etc., todo lo cual se demostrará en su oportunidad".

"8).- La orden de la Inspectora mencionada, igualmente, determinó que la clínica dejara de percibir ingresos por concepto de los servicios que prestaba y el hecho de su clausura en la forma como se produjo, hizo que se perdiera toda la confianza y credibilidad de las personas que a ella acudían, causándose con ello no solo perjuicios de orden material sino moral a sus propietarios".

"9).- A todo lo largo del procedimiento arbitrario adelantado por la Inspectora Legal I Regional San Ignacio y que culminó con la orden de desalojo y desocupación de las instalaciones de la Clínica de Urgencias Juan Pablo II Ltda., no se oyó en momento alguno a su representante legal, como legalmente correspondía, pues ni se le formularon cargos sobre su supuesto mal funcionamiento, ni por consiguiente tampoco se le permitió rendir descargos, ni solicitar la práctica de pruebas etc".

"10).- Como si lo anterior fuese poco, la precipitud con que actuó la funcionaria mencionada, guiada por motivos distintos a los de velar por la salubridad pública, como se demostrará en el proceso, tampoco le permitió siquiera el final de su arbitrario proceder, procurar la defensa de la sociedad afectada, ya que la famosa resolución No. 004 del 3 de Junio de 1.982, por la cual se arrogó las atribuciones de ordenar el "desalojo" y "desocupación" de las instalaciones de la clínica, no le fue notificada personalmente, como correspondía, al legítimo representante legal de ésta, el Doctor ALBERTO BAHAMON SOTO, sino a persona ajena a la sociedad y quien por consiguiente ningún interés directo tenía o tiene en ella".

"11).- Ante la gravedad de la situación, el representante legal y único de la sociedad "Clínica de Urgencias Juan Pablo II Limitada", Dr. : ALBERTO BAHAMON SOTO, se dirigió por escrito a la inspectora en cuestión, con la esperanza de poder solucionar en alguna forma el torcido proceder de la funcionaria, pero su intención resultó fallida ante su terca y arbitraria posición de no dar cabida a su legítimo representante legal, sino a la persona que ella escogió para que a su amaño lo fuese, a fin de facilitar el camino y llevar a feliz término, como lo consiguió, su tortuosa labor de "administrar Justicia".

"La demanda también contiene un capítulo de disposiciones violadas y concepto de la violación, en los siguientes términos:

"Prescribe el articulo 16 de la Carta Fundamental que las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares". Esta norma ha sido interpretada por la Jurisprudencia en el sentido de que debe tomarse como consagratoria de la igualdad de todas las personas ante la ley, y la consecuencial obligación que para las autoridades surge de brindar la debida protección de la vida, honra y bienes de los gobernados, ya que como lo ha dicho el H. Consejo de Estado, "el deber de la Administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica de los particulares, **pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos o hechos de las propias autoridades**", (Subrayo).

"Ha dicho también el Consejo de Estado (Anales Tomo XCI, página 715) que:

"En los términos del artículo 16 de la Constitución Política, le incumbe al Estado proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los Particulares". De acuerdo con este precepto constitucional los órganos del Estado obligados a prestar una serie de servicios y a desarrollar una gran variedad de actividades para cumplir los fines indicados. Esos servicios y esas actividades, por imperativo de la Constitución y de las leyes deben desarrolarse en forma consecuente al cumplimiento de tales fines y, en caso de que ello no ocurra, el Estado debe responder por los daños que se deriven de mal funcionamiento o de la actividad deficiente o tardía de la ausencia de la misma, es decir, por la falta o falla del servicio".

"La anterior disposición armoniza con lo estatuído por los artículos 17 y 30 de la misma carta fundamental, que garantizan el derecho al trabajo como obligación social del Estado, y el de la propiedad privada y demás derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Ese derecho a la propiedad privada, sea con título de dominio o la mera posición o tenencia, conlleva la facultad subjetiva para adquirir, poseer o retener la propiedad de las cosas y usarlas en provecho personal siempre que no sea contra al ely (sic) o contra los intereses de terceros".

"En el caso *sub-judice*, esa protección a la honra y bienes, al derecho al trabajo como obligación social del Estado y la garantía del uso de la propiedad privada, fueron flagrantemente vulnerados con la actuación cumplida por la Inspectora dependiente de la Secretaria de Salud Pública del Distrito, quien abiertamente lo desconoció, a más de que con su proceder se extralimitó en el ejercicio de sus funciones (artículo 20 C. N)".

"Lo que comporta responsabilidad en su obrar, y violó el derecho del debido proceso (art. 26 *ibídem*)".

"Se quebrantó , en efecto, indirectamente, lo estatuído por los artículos 20 y 26 de la Constitución, y directamente lo dispuesto por los artículos 210, 241 y 577 de la ley 9a. de 1.979 y 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1.959, por cuanto es al Ministerio de Salud Pública al que compete regular y vigilar el funcionamiento de los establecimientos de salud e imponer las sanciones del caso, o a las autoridades de policía o a las jurisdiccionales, ordenar el "desalojo" o la "desocupación" de los inmuebles en los eventos previstos por la ley, medidas correctivas éstas que son propias y típicas cuando se dá una ocupación de hecho, cuando el inmueble amenaza ruinas, o cuando el trámite jurisdiccional culmina con la orden de lanzamiento del arrendatario, pero jamás como consecuencia del trámite a que da lugar el cierre o clausura de un establecimiento médico-asistencia, odontológico o de cualquier otra índole que no reúna los requisitos sanitarios de ley".

"Es protuberante, por lo demás, la violación de los citados artículos 26 de la Carta Fundamental y 10,11 y 12 del Decreto 2733 de 1.959, por los motivos atrás expresados de que al representante legal de la sociedad actora no se le brindó en momento alguno la oportunidad de ejercer el derecho a defenderse de los supuestos cargos imputados".

"Por todo lo anterior, cabe y así lo espero, declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, en este caso uno de sus entes, el Distrito Especial de Bogotá, por razón de la actuación llevada a cabo por uno de sus agentes, la Inspectora Legal I Regional San Ignacio de la Secretaría de Salud Pública y la consigna condena al pago de los perjuicios que ese hecho originó y sigue causando a la actora"...

"CONSIDERACIONES:

"I.- La apoderada del Distrito Especial de Bogotá propuso excepciones en el alegato de conclusión. Como la demanda que dió lugar a este proceso fué presentada en vigencia de la ley 167 de 1.941 y, además, la fijación en lista se hizo antes de la expedición del nuevo estatuto, la Sala teniendo en cuenta la previsión del artículo 110 del anterior código que permitía la alegación o proposición de excepciones hasta la citación para sentencia, procede al estudio correspondiente.

"La primera excepción propuesta es la falta de agotamiento de la vía gubernativa. La sustenta con el argumento de que en la Resolución número 004 del 3 de junio de 1.982 proferida por la Inspectora Legal I Regional San Ignacio de la Secretaría de Salud de Bogotá, mediante la cual se ordenó el desalojo y desocupación de la Clínica Juan Pablo II, se hizo saber a los interesados que contra ese acto administrativo procedían los recursos de ley, es decir los de reposición y apelación consagrados en el artículo 13 del Decreto 2733 de 1.959; y, por tanto, de conformidad con el artículo 82 del anterior Código Contencioso Administrativo, para ocurrir en

demanda ante lo Contencioso administrativo, se requería -como ahora el agotamiento de la vía gubernativa. Como en este proceso no se ejercitó la acción de restablecimiento del derecho -de plena jurisdicción según la ley 167 de 1.941- sino la indemnizatoria que consagraba el artículo 68 del anterior Código, y, por consiguiente, no se impugna ningún acto administrativo, no se puede plantear la falta de agotamiento de la vía gubernativa, como lo hace la apoderada de la parte demandada. No prospera la excepción.

"La segunda excepción es la ineptitud sustantiva de la demanda. Se propuso bajo la consideración de que no procedía el ejercicio de la acción indemnizatoria consagrada el artículo 68 del anterior Código Contencioso Administrativo sino la del artículo 67, en razón a que la contención se originó en un acto administrativo -la Resolución número 004 de 1.982 de la Inspectora I Regional San Ignacio de la Secretaría de Salud Pública de Bogotá- y no en un hecho u operación administrativa. Tampoco prospera la excepción debido a que el actor no desconoce la existencia de la mencionada Resolución sino que, por el contrario, considera que se produjo su arbitraria e ilegal ejecución, apoyado en el hecho de que no fué notificada al representante legal de la sociedad demandante, lo cual ciertamente -como lo tiene admitida la jurisprudencia del Consejo de Estado- da lugar al ejercicio de una acción indemnizatoria o de reparación directa y cumplimiento por esa operación administrativa y no a la de restablecimiento del derecho, pues la falta de notificación de un acto administrativo no incide en su validez sino en su eficacia. Así lo expuso la Sección Primera de esa Corporación en providencia del 27 de abril de 1.983 con ponencia del Consejero Doctor Samuel Buitrago Hurtado al confirmar precisamente la providencia de esta Sección proferida en el expediente No. 82-D-1248, de fecha 5 de noviembre de 1.982 y mediante la cual se rechazó *in limine* la demanda presentada por la misma sociedad demandante en este proceso con base en los mismos hechos de éste, pero en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la ley 167 de 1.941. En efecto, en esa oportunidad el Consejo de Estado expresó:

"Esta Sala en providencia del 20 de octubre de 1.982 y con ponencia de quien redacta la presente providencia, en un caso similar al presente dijo lo siguiente:

"Es indudable que la notificación prevista en el artículo 12 del Decreto ley 2733 de 1.959 es una diligencia esencial para que las providencias administrativas produzcan efecto respecto a los intereses en una determinada actuación y ello porque sólo a partir del cabal cumplimiento de tal diligencia o formalidad, es cuando comienzan a contarse los términos para la ejecutoria del acto y para la interposición de los recursos gubernativos, así como para el cómputo del término de caducidad de la correspondiente Acción Contencioso Administrativa. Y no es jurídico, ni técnico ni lógico por lo mismo, que esos términos empezaran a computarse en contra del interesado antes de enterarse del contenido de la respectiva providencia. Lo contrario entrañaría el

desconocimiento de la garantía constitucional consagrada en el artículo 26 de la Carta, de defensa de las determinaciones oficiales, produciendo entonces efecto el acto contra el interesado antes de éste haberlo conocido mediante una correcta notificación".

"Por manera que si una demanda contenciosa se fundamenta esencialmente en que el acto administrativo que se impugna no ha sido notificado regularmente a quien resulte afectado por él, mal puede pretenderse que en el momento en que haya de resolverse acerca de la admisión de la misma, debe estudiarse también el aspecto de la caducidad, o del agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto ello en cierta forma implicaría una prematura decisión del problema, puesto que si se opta por alguno de esos extremos, implícitamente se está reconociendo que la notificación del acto administrativo enjuiciado fué válido y, por ende, de plano y sin ninguna fórmula de juicio, resultaría desechándose la afirmación del acto en el sentido de que la notificación fue irregular, defectuosa o ineficaz".

"Lo expresado quiere significar que en eventos como el que se examina, al decidir sobre la admisión de la demanda no es permitido al Juzgador el análisis previo de la naturaleza de la acción propuesta, ni entrar a definir si está o no caducada, como tampoco si se agotó o no la vía gubernativa, ya que si la base de la controversia es el estudio de la validez o invalidez de la notificación del acto que se acusa, es obvio que cualquier pronunciamiento en los sentidos indicados, entrañaría un anticipada decisión de la misma, antes que la calificación de la procedencia o improcedencia de la demanda que se hace en el auto admisorio de ella".

"En resumen, si el fundamento de la acción propuesta es discutir la validez de la notificación, punto de partida para establecer la caducidad de la misma, resulta lógico que éste tema, así como el del agotamiento de la vía gubernativa, sólo podrá dilucidarse en la sentencia que ponga fin a la controversia".

"Ahora bien, como lo ha expresado en diversas oportunidades esta Corporación, "si se incurre en violación de la ley cuando quiera que se trate de notificar o de comunicar o de poner en conocimiento la voluntad de la Administración, el vicio no incide sobre la legalidad del acto cuya notificación o cumunicación se ha hecho de esa manera irregular, sino sobre su eficacia; **en este caso cuando la ejecución se realiza no obstante la irregularidad cometida y con ello se ocasiona un perjuicio, la acción contenciosa y pertinente ha de fundarse en la correspondiente operación administrativa de ejecución y**, en tal caso, no se demanda nulidad de acto alguno, sino que ha de pretenderse directamente las indemnizaciones o prestaciones a que haya lugar (Art. 68 C.C.A.) (Rayas de la Sala) Anales 447-448, pág. 281)".

"En el caso presente, según las voces de la demanda, es indudable que el acto acusado, "Mediante comisión a la fuerza de Policía ésta procedió a dar cumpli-

miento al absurdo mandato contemplado en el acto administrativo que se impugna", lo que quiere significar, que tuvo plena ejecución".

"Por consiguiente, de acuerdo con las ideas que aquí se han expresado, como la ejecución del acto se realizó y con ello es posible que se haya ocasionado un perjuicio a la actora, la acción contencioso administrativa ha debido fundarse en el artículo 68 de la Ley 167 de 1.941, pues ella no puede tener por objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a los hechos ejecutados relativos a la desocupación o desalojo del establecimiento Clínica de Urgencias Juan Pablo II Limitada, con domicilio en Bogotá".

"La tercera excepción propuesta es la de incompetencia de jurisdicción. Considera que se configura esa excepción en razón a que la citada Resolución número 004 de 1.982 está excluída del control de la jurisdicción contencioso administrativa por mandato expreso del artículo 73 de la Ley 167 de 1.941 -hoy por el artículo 82 inciso 3o., del decreto 01 de 1.984-, por cuanto fué dictada como resultado de una acción policiva de naturaleza civil. No prospera la excepción por la sencilla razón de que -como ya se anotó- en este proceso no se pretende la nulidad de acto administrativo alguno, pues se ejerció la acción indemnizatoria".

"La cuarta excepción es la de inepta demanda por ilegitimación en la causa por vía pasiva. Esta excepción la sustenta con el argumento de que en la demanda se pide condenar al Distrito Especial de Bogotá cuando en verdad se ha debido pedir la declaración de responsabilidad al Servicio de Salud de Bogotá, como quiera que el acto administrativo por el cual se ordenó el desalojo y desocupación de la clínica fué dictado por un funcionario dependiente de esa entidad descentralizada, creada de acuerdo con lo dispuesto en la ley 12 de 1.963 y que viene operando como un Fondo con personería jurídica y patrimonio propio. Para considerar no probada la excepción propuesta basta señalar que esta Sala en anteriores oportunidades ha precisado que el servicio Seccional de Salud de Bogotá no es una persona jurídica y, que, por tanto, no puede ser demandada, pues en los casos, en que se cuestionen actos o hechos emanados de esa dependencia necesariamente se debe demandar al Distrito Especial de Bogotá. En este sentido se pronunció la Sala en la sentencia del 21 de enero y 24 de marzo de 1.988 -Expedientes- números 83-D-1398 y 83--1497- que siguieron en lo fundamental las consideraciones del Consejo de Estado contenidas en las providencias del 4 de marzo de 1.983 - Expediente número 6172 de la Sección Segunda, Consejero Ponente, Dr. Alvaro Orejuela Gómez- y de 11 de noviembre de 1.986 -Expediente número 114 de la Sección Primera -Consejero Ponente Dr. Samuel Buitrago Hurtado".

"II.- El demandante obró en ejercicio de la acción indemnizatoria que consagraba el artículo 68 de la ley 167 de 1.941 -hoy de reparación directa y cumplimiento conforme el artículo 86 del nuevo C.C.A.- Como *causa peténdi* se

adujo la operación administrativa consistente en la ejecución -que considera arbitraria e ilegal- de la Resolución número 004 del 3 de junio de 1.983 de la Inspección Legal I, Regional de San Ignacio de la Secretaría de Salud Pública de Bogotá -Servicio Seccional de Salud del Distrito Especial de Bogotá-, mediante la cual se produjo el desalojo y desocupación y, por consiguiente, la clausura de la Clínica de Urgencias Juan Pablo II Limitada. Y el fundamento para considerar que la ejecución fue arbitraria e ilegal radica fundamentalmente en la afirmación de que el acto no fué notificado personalmente al representante legal de la clínica, como ha debido hacerse".

"Ocurre que el servicio de salud de Bogotá adelantó una actuación administrativa que culminó con la expedición de la Resolución número 004 del 3 de junio de 1.982 de la Inspectora Legal I, Regional San Ignacio de la Secretaría de Salud Pública de Bogotá, mediante la cual se ordenó el desalojo y desocupación en el establecimiento Clínica de Urgencias Juan Pablo II, ubicada en la calle 54 A No. 15-43 de esta ciudad. Esa decisión se adoptó después de sendas visitas practicadas a las Instalaciones de la Clínica Juan Pablo II por la Comisión Técnica de la Unidad de Vigilancia y Control y por la Inspección Legal I Regional San Ignacio de la Secretaría de Salud de Bogotá, de las cuales la administración sacó la conclusión de que ese establecimiento no reunía los requisitos legales ni higiénicos sanitarios para su funcionamiento. Así mismo se estableció que antes de la adopción de la Resolución que ordenó el cierre del establecimiento se escuchó en descargos al Doctor Francisco Leuro, en su condición de Director, a quien igualmente se le notificó personalmente la providencia definitiva".

"En certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá consta que la Sociedad denominada "Clínica de Urgencias Juan Pablo II Limitada" fué matriculada en el Registro Mercantil Legal número 127.835 y que sus representantes legales por la - época del cierre del establecimiento eran Alberto Bahamón Soto y Cecilia Tobar Uribe, en su condición de Gerente y Subgerente, respectivamente. Según los mismos certificados el objeto principal de la sociedad "....será el prestar servicios médicos y hospitalarios al público en general, mediante el concurso de profesionales en carreras médicas y paramédicas, de laboratorios, rayos X, inyectología, y en fin de todo lo que sea necesario para el funcionamiento de clínicas médicas y odontológicas, conforme a los requisitos establecidos en la ley y especialmente por el Ministerio de Salud de la República de Colombia....." (Folios 13 y 14 y 28 y 29).

"A solicitud del Tribunal la Inspección legal I Regional San Ignacio de la Secretaría de Salud remitió fotocopia de la actuación administrativa adelantada; del examen de la misma se desprende que en realidad la providencia que puso fin a dicha actuación no fue notificada a los representantes legales de la Clínica Juan Pablo II, pues, como ya se anotó, la notificación personal se la hizo al Director del establecimiento que no ostentaba aquella calidad. Además se encuentra esta-

blecido que a la actuación administrativa únicamente se vinculó al mencionado Director, pues, conforme a lo decidido por la citada Inspección en providencia del 26 de mayo de 1.982, el representante legal Alberto Bahamón Soto, no fué escuchado en su solicitud del 21 de mayo de 1.982 presentada con la finalidad de que se le diera un plazo de treinta días contados a partir del 4 de junio de ese año para terminar la remodelación de la clínica, ni se le hizo el reconocimiento de esa condición de representante. (folios 98 a 100).

"De modo que si bien es cierto no resulta necesario el análisis sobre las consecuencias jurídicas que para la validez de la Resolución que ordenó el cierre y desalojo de la Clínica Juan Pablo II pudo tener la no vinculación del representante legal de ese establecimiento a la actuación administrativa, -como lo hace la apoderada del Distrito Especial y la Señora Fiscal-, puesto que dicho acto no fué materia de impugnación en este proceso, si es del caso proceder a examinar la incidencia que la falta de notificación de la mencionada providencia final tuvo para la Sociedad demandante, por cuanto, precisamente, la causa petendi de la demanda consiste en señalar la ejecución de ese acto sin que previamente se hubiese hecho la notificación al representante legal de la misma".

"Es evidente que la administración si ha debido notificar al representante legal de la Clínica Juan Pablo II la Resolución número 004 del 3 de junio de 1.982 de la Inspección Legal I Regional San Ignacio de la Secretaría de Salud Pública de Bogotá, por cuanto mediante ella se ordenó el desalojo y desocupación de ese establecimiento y, lógicamente, esa medida afectaba a la sociedad demandante en uno de los bienes que poseía para desarrollar el objeto social".

"La actuación administrativa se adelantó y culminó en vigencia del decreto 2733 de 1.959. Por tanto, para efectos del caso en estudio, resultaba aplicable el parágrafo 1o. del artículo 11 de ese decreto, que disponía: "Las providencias que afecten a terceros, que no hayan intervenido en la actuación, se notificarán personalmente a éstos. Si ello no fuere posible, se publicará su parte resolutiva; por una vez, en el Diario Oficial".

"Es cierto que el Director de la Clínica fué vinculado a la actuación administrativa. Y según el artículo Décimo Segundo de la Resolución número 00447 de 1.966 y Décimo Sexto de la Resolución número 2636 de 1.981, ambas del Ministerio de Salud, el Director del Hospital o Clínica privada "...es la primera autoridad de la institución y el responsable ante el Ministerio de Salud, por intermedio del Servicio Seccional de Salud respectivo, así como ante las autoridades judiciales, según sea el caso, de la calidad de la atención médica prestada y el cumplimiento de los reglamentos y demás normas pertinentes". Pero ello no significa que las decisiones que adopte el Ministerio de Salud, directamente o por intermedio de los Servicios Seccionales de Salud, con respecto al cierre de los hospitales o clínicas solo se notifiquen a los Direc-

tores de los mismos, pues en ese caso las determinaciones también se deben notificar a los propietarios en el evento de que éstos no sean a su vez Directores- debido a que, sin lugar a dudas, resultan directamente afectados en la explotación del respectivo establecimiento. Los Directores de las clínicas y hospitales están encargados del manejo administrativo, médico y científico del respectivo establecimiento más su ingerencia no puede llegar a reemplazar a los poseedores a propietarios del mismo en los actos que solo correspondan a éstos. La previsión del legislador en el sentido de que se notifiquen las providencias que ponen fin a una actuación administrativa a los terceros interesados que no intervienen en la misma tiene por finalidad garantizar el derecho de defensa de los afectados en su persona o en sus bienes mediante la utilización de los recursos previstos en la ley para impugnar las decisiones administrativas.

"Como en el caso de estudio no se hizo la notificación personal al representante legal de la Sociedad demandante, ni tampoco se efectúo la notificación subsidiaria mediante publicación de la parte resolutiva de la providencia en el Diario Oficial, la conclusión para la Sala es la de que la providencia -aunque gozaba de la presunción de legalidad no podía surtir efectos, es decir no podía entrar a regir. Y como en verdad la administración procedió a ejecutar la providencia, pues, de un lado, la Inspectora Legal I de la Inspección Legal Regional de San Ignacio dictó el auto número 033 del 15 de junio de 1.982, señalando el día 22 de ese mismo mes a las 2 y media p.m. como fecha y hora para llevar a cabo la diligencia de desalojo, el cual tampoco fué notificado pues simplemente contiene la orden de cúmplase, y,de otro, en la mencionada fecha compareció dicha funcionaria a las instalaciones de la clínica, acompañada de dos Agentes de la Policía Nacional, y procedió a la clausura mediante la colocación de sellos en la puerta de entrada, resulta aplicable la tesis del Consejo de Estado transcrita anteriormente y según la cual en el evento de que se omita la notificación de una providencia final que ha debido notificarse y se proceda a su ejecución causando un perjuicio a un particular surge la responsabilidad de la administración".

"En este orden de ideas se tiene que la administración omitió la notificación al representante legal de la Clínica de Urgencias Juan Pablo II de la providencia que puso fin a la actuación y mediante la cual se ordenó el cierre del establecimiento de la Sociedad demandante. Luego procedió sin el cumplimiento de esa notificación a ejecutar la providencia. Esa omisión de la notificación y la ejecución del acto en realidad constituyen una falla del servicio por cuanto, como ya se anotó, el parágrafo 1o. del artículo 11 del decreto 2733 de 1.959 y ahora el artículo 46 del nuevo C.C.A. establecen esa obligación a cargo de las autoridades que expiden actos administrativos. Por tanto se reúne el primer requisito de la responsabilidad".

"El segundo elemento también se estructura, pues el hecho de haber ejecutado el acto que ordenó el cierre de la Clínica demandante antes de tiem-

po produjo un daño, pues, ciertamente y en principio, la clausura del establecimiento representó la disminución de las utilidades que provenían de la explotación económica de esa entidad hospitalaria".

"Ahora, también se configura la relación de causalidad, pues si se hubiese notificado a la demandante se le habría dado la oportunidad de que interpusiera los recursos de ley orientados a controvertir la Resolución mediante la cual se ordenó el cierre del establecimiento. Además si en definitiva no se hubiera ejecutado la providencia y clausurado la clínica no se habría producido el daño".

"Cuando la administración omite la notificación de una providencia que de acuerdo con la ley ha debido hacerse y luego procede a ejecutarla, causando de esa manera un daño al particular que ha debido enterarse de la correspondiente decisión emerge la responsabilidad de la administración con base en la tesis de la falla del servicio".

"Reunidos los tres elementos surge la responsabilidad del Distrito Especial por la operación administrativa indicada por el demandante".

"En consecuencia procede el estudio a la determinación de los perjuicios".

"En la demanda se solicitó la indemnización por perjuicios materiales y morales. Por perjuicios materiales se pidió la indemnización por lucro cesante y por daño emergente. De la interpretación de la demanda se desprende que el lucro cesante se pide en cuanto se considera que con motivo del cierre de la clínica se dejaron de percibir ingresos por concepto de los servicios que prestaba".

"Para establecer el lucro cesante se ordenó un dictamen pericial". "Los peritos rindieron su dictamen, con una aclaración solicitada por la apoderada de la demandada y ordenada por el Tribunal. Según el experticio las utilidades que se pudieron establecer, previa la revisión de los libros de contabilidad y las declaraciones de renta de la Sociedad correspondientes a los años de 1.979, 1.980 y 1.981, son las siguientes: Por el año de 1.979 no hubo ingresos en razón a que la empresa utilizó el período correspondiente entre septiembre y diciembre para hacer sus instalaciones, prospectaciones y organización; en el año de 1.980 las utilidades ascendieron a la suma de $429.989; en el año de 1.981 la suma de $2.696.340; en el año 1.982 la suma de $1.590.000. A partir del lo. de marzo de 1.981 y hasta el mes de junio de 1.982 las utilidades se contabilizaron teniendo en cuenta lo percibido de los señores Francisco y Alvaro Leuro Romero por concepto del arrendamiento de la Clínica, a razón de $300.000 mensuales. Después del cierre de la clínica y por los años 1.982 -segundo semestre-, 1.983, 1.984 y 1.985 se hizo un estimativo con base en una proyección del diez por ciento (10%) anual y teniendo en cuenta los ingresos mensuales en

promedio. Del estudio del dictamen pericial y las demás pruebas que obran en el expediente la Sala obtiene las siguientes conclusiones: 1a. Que en el momento de la clausura la sociedad demandante no obtenía utilidades de la explotación directa de la clínica, pues los ingresos provenían del valor del arrendamiento estipulado en el contrato celebrado por la Sociedad demandante con los señores Francisco y Alvaro Leuro Romero 2a. Si bien es cierto que, en principio, y teniendo en cuenta la existencia del contrato, la Sociedad demandante podía percibir del arrendatario los cánones del arrendamiento hasta el vencimiento del plazo del contrato -o sea hasta el 28 de febrero de 1.983-, y que, por tanto, no procedería la indemnización a cargo de la administración por el lapso transcurrido entre el cierre del establecimiento y el vencimiento del contrato de arrendamiento, lo evidente es que, en los términos de los artículos 2008 y 2016 del Código Civil, se produjo una causal de expiración del contrato de arrendamiento, produciéndose el resultado de que el arrendador no podía obtener los ingresos después del cierre del establecimiento, como en efecto así concluyen los peritos con base en los libros de contabilidad de la sociedad. 3a. Para calcular los ingresos dejados de percibir por la sociedad es aceptable el cálculo que hicieron los peritos en el sentido de considerar como suma base la cifra que en promedio mensual percibía en el momento de la clausura del establecimiento, esto es la suma de $265.000. 4a. La liquidación comprende dos períodos. El primero es el correspondiente al transcurrido entre la fecha de cierre de la clínica y el del término de vigencia del contrato, es decir entre el 22 de junio de 1.982 y el 28 de febrero de 1.983 y la fecha de esta providencia. 5a. Sin embargo, ocurre que no es posible la liquidación en concreto en razón a que esos ingresos se deben actualizar por períodos anuales contados a partir del 1o. de marzo de 1.983 -fecha en que ya no regía el contrato de arrendamiento- y hasta la fecha de esta providencia; y en el dictamen el estimativo se hace tomando un incremento anual del 10% hasta el año de 1.985, sin incluir la actualización de conformidad con los índices de precios al consumidor que establece el artículo 178 del C.C.A".

"En consecuencia la condena se hará en abstracto para su liquidación mediante el trámite del incidente previsto en el artículo 308 del C.P.C., teniendo en cuenta estas otras pautas:

"a- La suma base para la liquidación será la de $265.000 mensuales.

"b- Para el período comprendido entre el 22 de junio de 1.982 y el 28 de febrero de 1.983 se tendrá en cuenta la suma de $265.000. mensuales. Para el período transcurrido entre el 1o. de marzo de 1.983 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia se tendrá en cuenta la suma de $265.000 mensuales incrementada en un 10% cada año a partir de la primera fecha.

"c- Se hará una liquidación parcial por cada año o fracción de año transcurrido entre el 1o. de marzo de 1.983 y la fecha de esta sentencia.

"d- Cada uno de los valores obtenidos en las liquidaciones parciales se actualizarán a la fecha de esta sentencia teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor".

"e- Cada una de las sumas correspondientes a las liquidaciones parciales sin actualizar -valores históricos- devengarán intereses legales del seis por ciento (6%) anual entre la fecha límite máxima del respectivo período y la fecha de esta sentencia.

"f- La suma total de la indemnización por concepto de lucro cesante corresponderá a la suma de las liquidaciones parciales actualizadas conforme a lo indicado en los literales anteriores, más las correspondientes a la liquidación de intereses.

"En la demanda también se solicita indemnización por daño emergente. Ese daño se hace consistir en el deterioro que pudo sufrir el equipo médico, quirúrgico y hospitalario al ser sacado de las instalaciones de la Clínica y alojado en lugares inadecuados, como una consecuencia del cierre del establecimiento. Es cierto que en la Resolución de la Inspección Legal I Regional de San Ignacio de la Secretaría de Salud Pública de Bogotá se ordenó el desalojo de la Clínica y, como se advirtió en la inspección judicial practicada, los mencionados equipos de la clínica fueron trasladados a dos inmuebles distintos. Sin embargo para la Sala no se encuentra suficientemente demostrado perjuicio por daño emergente, por lo siguiente: a- El simple cierre y desalojo del establecimiento con el consiguiente traslado de los equipos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, por sí solo, no conlleva el deterioro de los mismos. Para eso se necesitaría demostrar que esos equipos sólo se podían colocar en instalaciones especiales adecuadas y que a pesar de las gestiones de los interesados para el efecto no se pudieron conseguir, dando lugar, entonces, a que se colocaran en sitios inadecuados que permitían el deterioro; b- Se requería demostrar que la falta de utilización de los equipos producía deterioro de los mismos, independientemente y superior del producido por el uso normal de los mismos; y no existe prueba alguna sobre el particular; c- Tampoco se puede solicitar indemnización por la falta de productividad de los equipos, pues se entiende que la misma está comprendida dentro de las utilidades producidas por la explotación de la clínica, las cuales se encuentran dentro del concepto de lucro cesante ya reconocido; d- El sistema utilizado por los peritos para determinarlos perjuicios por daño emergente no es aceptable, puesto que simplemente comprende el valor comercial de los distintos elementos para el día 1o. de marzo de 1.981, más en modo alguno se presentaron las cifras correspondientes al valor de los equipos para la fecha del dictamen, como para determinar mediante la diferencia correspondiente la disminución del valor, teniendo en cuenta la depreciación por el uso normal y los demás aspectos señalados anteriormente. Por consiguiente, el dictamen se desestimará, por cuanto en la forma como se pidió y se practicó no conduce a la determinación del valor del daño emergente".

"No prospera la objeción que por error grave hizo la apoderada de la parte demandada al dictamen pericial rendido por Martha Lucía Castaño González y Francisco Carrillo, pues, el cuestionamiento se hizo en razón a que el experticio no se encuentra debidamente fundamentado, y esta no es causal para la prosperidad de la objeción, sino para su desestimación. Tampoco prospera en relación con el dictamen rendido por el perito Francisco Carrillo, pues si bien es cierto que contiene unas opiniones de aspectos sobre los cuales no se le solicitó el dictamen, ello no constituye error grave; el Tribunal solo desestima esas opiniones".

"Tampoco procede la indemnización por perjuicios morales, pues la doctrina y la jurisprudencia han considerado que las personas jurídicas no sufren un daño en su patrimonio moral, un perjuicio de esa naturaleza".

"En méritode lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"FALLA:

"1o.- No prosperan las excepciones propuestas.

"2o.- No prosperan las objeciones a los dictámenes rendidos por los peritos Martha Lucía Castaño González y Francisco Carrillo".

"3o.- Declárase al Distrito Especial de Bogotá responsable administrativamente por la ejecución de la Resolución número 004 del 3 de junio de 1.983 de la Inspección Legal I Regional de San Ignacio de la Secretaría de Salud Pública de Bogotá, mediante la cual se ordenó el desalojo y desocupación de la Clínica de Urgencias Juan Plabo II Ltda".

"4o.- Como consecuencia de la declaración anterior, el Distrito Especial de Bogotá cancelará a la Sociedad "Clínica de Urgencias Juan Pablo II Limitada" por concepto de perjuicios materiales -lucro cesante- la suma que se liquide mediante el trámite previsto en el artículo 308 del C.P.C. y siguiendo las bases dadas en la parte motiva de esta providencia".

"5o.- Deniéganse las demás peticiones de la demanda".

"6o.- Para el cumplimiento del presente fallo dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.". (folios 288 a 311 Cdno No. 1).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 315 y siguientes el Cuaderno Nro. 1 aparecen los escritos en que tanto la FiscalTercera ante el *a-quo*, como la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, hacen sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual todas ellas han estudiado el caso. Del temperamento de

los mismos, la Sala destaca el siguiente aparte, tomado del alegato presentado por la primera, en la cual se destaca:

"Pero aún en gracia de discusión de que la Resolución No. 004 de Junio 3 de 1.982, debía ser notificada personalmente al representante de la Sociedad Clínica de Urgencias Juan Pablo II Limitada, bien sabemos que la notificación tiene como finalidad el dar a conocer a las personas afectadas la existencia de una decisión y por el ello el Código de Procedimiento Civil, al cual se remite el Código Contencioso Administrativo, para este tipo de fenómenos procesales establece una serie de formalidades que deben cumplirse para notificar las providencias a fin de que quede claramente demostrado que el interesado supo oportunamente de su existencia".

"Pero que con el objeto de evitar truculencias al respecto por parte de los interesados estableció como forma de notificación lo que llamó con mucha propiedad en el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, notificación por CONDUCTA CONCLUYENTE".

"Dice así el mencionado artículo : "Cuando una parte o un tercero **manifieste que conoce determinada providencia o se refiera a ella en escrito que lleve su firma o verbalmente durante una audiencia o diligencia si queda constancia en el acta, se considerará notificado de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia**..." (Subrayas fuera del texto).

"Pues bien, al folio 121 de los antecedentes administrativos que fueron allegados al expediente aparece carta dirigida por el Señor Alberto Bahamón Soto a la Señora Inspectora Legal I Regional San Ignacio de la Secretaría de Salud Pública de Bogotá, en los siguientes términos: "Bogotá, Junio 24 de 1.982.- Señora inspectora Legal inspección Legal I Regional de San Ignacio Secretaría de Salud Pública Bogotá. D.E.- En mi calidad de Representante Legal de la Sociedad "Clínica de Urgencias Juan Pablo II "atentamente me dirijo a Ud, con el fin de solicitar me sea expedida una copia auténtica de la Resolución No. 004 de Junio del corriente año, por la cual ese Despacho a su cargo ordeñó el desalojo y desocupación de la mencionada Clínica.- De Ud., atentamente, (Fdo) Alberto Bahamón Soto. C.C. #444.898 de Vergara, Cund.- "Hay anotación de recibo de junio 14 de 1.982).

"Como puede observarse es evidente que el Señor Representante de la Sociedad Clínica Juan Pablo II Limitada no solo conocía la actuación administrativa que venía siendo adelantada por la Secretaría de Salud de Bogotá en atención a que el establecimiento Clínica Juan Pablo II no reunía los requisitos legales ni higiénicos sanitarios para su funcionamiento, sino que además conocía el resultado de dicha actuación plasmada en la Resolución que ahora alega no le fue notificada pero de la cual sin embargo, si está pidiendo copia con

fecha muy anterior aquella en que efectivamente se llevó a cabo la diligencia de desalojo y cierre del establecimiento.

"Se ha dicho en reiteradas oportunidades que la única y exclusiva finalidad de la notificación es la de no violentar el derecho de defensa de quien en un momento dado pudiere tener intención de impugnar las providencias dictadas dentro de un proceso y en atención además al principio de publicidad que rige especialmente toda la actuación del Estado.

"Dentro del presente caso ni se violentó el derecho de defensa, ni mucho menos la actuación administrativa fue oculta pues el Representante Legal de la Sociedad que ahora demanda, en diferentes oportunidades manifestó tener conocimiento de las diligencias adelantadas por el Servicio de Salud de Bogotá (ver folio 98 del expediente), sino que además debe tenérsele por notificado de la Resolución innumerables veces citada el día 14 de Junio de 1.982, fecha en la cual presentó el escrito a que hemos hecho referencia solicitando copia de la Resolución No. 004 de Junio 3 de 1.982". (folios 327 a 329 Cdno. No. 1).

III. VISTA FISCAL

La Fiscal Séptimo de la Corporación, Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, en su concepto de fondo, OBSERVA

"Cuestiones Procesales:

"El acto administrativo que ordenó desalojar y clausurar la Clínica por deficiencias sanitarias afirmadas en dicho acto y no contradichas (se trata de una clínica que no tuvo nunca permiso de funcionamiento o sea que operaba de manera ilegal), es una medida de policía sanitaria que no constituye un juicio civil de policía porque el trámite no aparece regulado por la Ley sino por una Resolución y los casos de excepción a que se refería el Art. 73 de la Ley 167 de 1.941 y, posteriormente, el Art. 72 del Decreto 01 de 1.984, relativo a juicios civiles de policía, como lo ha afirmado la jurisprudencia, son exclusivamente, los regulados por la Ley. Esto se explica porque la función jurisdiccional se ejerce exclusivamente con fundamento en la Constitución y en las leyes y los casos de excepción deben estar previstos por las leyes y no por actos administrativos que procesalmente son el objeto de Juzgamiento de la jurisdicción y no pueden, por lo mismo ser fuentes de excepción.

"En el proceso administrativo actuó el Dr. Francisco de Paula Leuro quien fue tomado como el representante legal de la clínica en su calidad de Director Científico; en verdad que dentro del proceso administrativo se presentó el Dr.

Bahamón Soto como representante legal de la Clínica, pero al no acreditar tal calidad, el Dr. Leuro siguió siendo considerado como su representante. Dictada la Resolución No. 004 fue citado para notificarle la providencia,al igual que las demás proferidas dentro del trámite administrativo, el propietario o representante legal de la Clínica, y compareció, como siempre, el Dr. Leuro, y no el Dr. Bahamón con la prueba de la representación legal; de lo anterior se infiere que la misma entidad indujo a la Administración a considerar al Dr. Leuro como su representante legal; por consiguiente, la notificación estuvo bien hecha y sostener lo contrario por parte del Dr. Bahamón es alegar su propia culpa.

"La clínica, según lo expuesto quedó legalmente notificada y, por lo mismo, podía interponer los recursos por la vía administrativa y, si era del caso, demandar dentro del término de cuatro meses.

"Pero, aún, si no se tiene en cuenta lo anterior, debe anotarse que el Dr. Bahamón se dio por notificado por conducta concluyente en varias oportunidades: Al presentar un memorial el 21 de mayo de 1.982 solicitando un plazo para terminar la remodelación de la clínica, al extender un poder a una abogada para que adelantara las diligencias ante la Inspección en nombre de la Clínica el 25 de Mayo de 1.982 y, al solicitar el 14 de Junio de 1.982 copia auténtica de la resolución 004 de Junio de 1.982, puesto que al aludir al trámite y a la providencia significó el conocerlos y, por consiguiente, pudo interponer los recursos contra el acto y por ésto mismo podía alegar su desconocimiento para solicitar perjuicios por ello.

"Sentado que el representante legal de la Clínica Juan Pablo II conoció oportunamente la Resolución 004 de 3 de Junio de 1.982, es claro que pudo recurrirla administrativamente y, si su pretensión quedaba insatisfecha, podía promover la acción jurisdiccional para que mediante su nulidad se ordenara el establecimiento del derecho y, si era del caso, el pago de perjuicios, porque se trata de un acto que constituye la causa de los hechos cumplidos por la administración.

"En el presente caso, la demanda invoca como fundamento de la acción, la Resolución No. 004 citada, acompañada de otras circunstancias específicas como la falta de notificación, por lo tanto la parte actora, en el fondo controvierte el hecho cumplido por la Administración con fundamento en ese acto, pero olvida solicitar la declaración de nulidad del acto y hacer las peticiones consecuenciales y opta,erróneamente, en concepto de este Despacho, por demandar directamente la indemnización de perjuicios.

"Lo anterior hace que en realidad sea fundado el argumento expuesto por la Señora Fiscal Tercera del Tribunal de Cundinamarca que sirve de fundamento para solicitar se declare aprobada una excepción perentoria; pero en realidad el defecto es procesal y consiste en la falta de presupuesto procesal de deman-

da en forma o, como también se le denomina, ineptitud sustantiva de la demanda y que, en concepto de este Despacho debió mover al Tribunal *a-quo* a proferir una sentencia inhibitoria.

"Así las cosas, esta Fiscalía solicita que con base en lo anterior se revoque la sentencia del Tribunal y se disponga la inhibición.

"El Fondo del Negocio:

"Solo en el supuesto de que no se acepten los argumentos anteriores y se decida conocer del fondo del negocio, la Fiscalía solicita se revoque la sentencia y se denieguen las peticiones de la demanda, por las siguientes razones:

"Las tantas veces citada Resolución 004 de Junio de 1.982, ordenó desalojar y desocupar la Clínica pero no hay constancia del cumplimiento por parte de la Administración. En efecto, en el acta de la diligencia llevada a cabo el 22 de junio de 1.982 lo que consta es que al llegar el personal de la diligencia a la Clínica, ésta se encontraba cerrada con candado y al timbrar nadie respondió por lo cual el funcionario de la Administración se limitó a colocar 13 sellos en la puerta de entrada (folio 26); de lo anterior se infiere que la Administración no intervino en la desocupación de la Clínica.

"En el supuesto de considerar que sí hubo desalojo, no obstante que evidentemente no lo hubo, la sociedad demandante no probó el perjuicio sufrido con la ejecución del acto, porque aparece probado en el proceso que la Clínica estaba arrendada a los Doctores Francisco Leuro Romero y Alvaro Leuro Romero mediante un precio o canon de arrendamiento; por consiguiente, en el caso de haber perjuicios, solo pudieron sufrir los arrendatarios.

"El Tribunal *a-quo* admite que se puede demandar directamente la indemnización de perjuicios sobre la base de considerar que la Resolución 004 de 1.982 no fue notificada al representante legal de la Clínica (no obstante que se dió la notificación por conducta concluyente) pero incurre en un error al considerar que se debe condenar al Distrito Especial de Bogotá a pagar perjuicios a la sociedad demandante no por el hecho de no efectuar la notificación sino por haber dictado la Resolución No. 004, como si ésta se hubiere demandado y como si hubiera prosperado la declaratoria de nulidad de la misma, no obstante que el acto se encuentra vigente y que se presume válido mientras no sea anulado. Con el criterio del Tribunal no hay necesidad de demandar la nulidad del acto.

"Tampoco está de acuerdo la Fiscalía con el hecho de que el Tribunal, luego de declarar la responsabilidad del Distrito Especial y, en orden a determinar los perjuicios entre el dilucidar los problemas que pudieren surgir de una relación contractual, lo cual no es competencia de la jurisdicción ni aparece probado en el *sub-judice*.

"CONCLUSION

"De lo anteriormente expuesto para la Fiscalía resulta claro que debe revocarse la providencia de primera instancia para proferir una decisión inhibitoria o para denegar las súplicas de la demanda" (folios 367 a 370 Cdno. 1).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) Dentro del informativo quedaron acreditadas, entre otras, las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que por Resolución No. 004 de tres (3) de Junio de mil novecientos ochenta y dos (1.982), la INSPECTORA LEGAL DE LA INSPECCION LEGAL 1 REGIONAL SAN IGNACIO DE LA SECRETARIA DE SALUD PUBLICA DE BOGOTA, ordenó el desalojo y desocupación en el establecimiento Clínica Juan Pablo II ubicada en la calle 54A No. 15-43, por las razones que se precisan en la referida providencia; (Cdno. No. 1 fol 9 y ss.ss.);

SEGUNDA. Que la misma fue notificada al Dr. FRANCISCO DE PAULA LEURO ROMERO, el día cuatro (4) del mismo mes y año, quién no era el representante de la sociedad demandante;

TERCERA. Que el día catorce (14) de junio de 1.982, el Dr. ALBERTO BAHAMON SOTO, dirigió a la Inspectora 1 Regional San Ignacio, Secretaría de Salud de Bogotá, la nota que obra al folio 121 del Cuaderno No. 1, en la cual se lee:

> "En mi condición de representante legal de la Sociedad "Clínica de Urgencias Juan Pablo II" atentamente me dirijo a Ud. **con el fin de solicitar me sea expedida una copia auténtica de la Resolución No. 004 de Junio 3 del corriente año, por la cual es (sic) Despacho a su cargo ordenó el desalojo y desocupación de la mencionada clínica**" (Cdno. 1, fol. 121);

CUARTA: Que la demanda con la cual se inició el presente proceso se presentó el día 29 de Julio de 1.983 y en ella se ejercitó la llamada hoy ACCION DE REPARACION DIRECTA que consagraba el artículo 68 de la Ley 167 de 1.941.

B) A la luz de la realidad que se deja descrita en el literal anterior,la Sala encuentra que la DEMANDA ES INEPTA, pues la acción que ha debido instaurarse, en su momento, era la llamada de PLENA JURISDICCION, hoy de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, pues, la Resolución No. 004 de tres (3) de junio de 1.982, tiene el alcance de un verdadero acto administrativo, cuya impugnación ha debido hacerse dentro del término de cuatro meses, como lo disponía la ley entonces vigente y lo manda también la actual. El presente conflicto de intereses no se deja manejar con la filosofía de la vía de hecho, alegando que la misma no fue notificada, en debida forma, al representan-

te legal de la Sociedad de la Clínica de Urgencias Juan Pablo II, pues aunque esto último es cierto, olvida quien así razona que el Dr. ALBERTO BAHAMON SOTO, al enviar a la Inspectora I REGIONAL, la nota calendada el 14 de junio de 1.982, a que se hizo referencia en el literal A) de ésta providencia, se dió por notificado de ella por CONDUCTA CONCLUYENTE, como lo destaca muy bien la Fiscal Apelante, en el escrito en que interpuso y sustentó el recurso de apelación. En ésta materia procesalistas como el Dr. Hernando Morales Molina, enseñan:

"608. Si una parte o un tercero a quien debe notificarse una providencia judicial manifiesta que le conoce o se refiere a ella en escrito que aparezca firmado por la misma o su apoderado, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, se entiende surtido en lo que a ella se refiere la notificación en la fecha de presentación del escrito, o de la audiencia o diligencia (Art. 330). Esta notificación procede respecto a toda providencia en cualquier proceso, pues la ley no excluye ninguna, y sustituye cualquier otra forma de notificación, establecida por ella.

"Es lógico que si la notificación no se ha hecho, pero la persona a quien debe hacerse se dirige al Juez manifestando que conoce la providencia o se refiere a ésta concretamente, ello implica su conocimiento; por ejemplo en un poder para el proceso, o en un escrito en que se interpone un recurso contra la misma, se ha cumplido la finalidad perseguida por la notificación. La Corte expresa: "Para que se produzcan los efectos prevenidos en la disposición transcrita será necesario que el escrito haya sido redactado con ese objeto exclusivamente, o basta que la manifestación exigida por la ley conste en cualquier clase de escrito, destinado originariamente para producir efectos diferentes? **Para la Sala es incontrovertible que no se requiere escrito especial; es suficiente que aquel a quien ha debido notificarse dé a entender, sin que sobre el particular quede sombra de duda, que conoce la providencia no notificada para que la notificación quede surtida**" (Nos. 2192/93. 137) (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, Editorial A.B.C. Bogotá, 1.985, pag. 550 y 551) (Subrayas de la Sala).

C) La Sala no puede patrocinar los esfuerzos de calistenia jurídica que el apoderado de la parte actora hace en el libelo para ejercitar la acción de reparación directa, pues transitando por ésta vía se deja vivo el acto administrativo, que es la Resolución No. 004 de tres (3) de Junio de mil novecientos ochenta y dos (1.982) fuente indiscutible del daño que se alega. Los profesionales del derecho deben tomar conciencia de que contribuyen a un desgaste de jurisdicción cuando ejercitan la acción que no es, porque el asunto fue sometido a su estudio cuando estaba caducada la que sí es. En esta materia la Corporación reitera la pauta jurisprudencial que fijo en sentencia de diez y siete (17) de Marzo de mil novecientos ochenta y tres (1.983), Expediente Nro. 2725. Actor: GUILLERMO SALAS NARVAEZ, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se lee: (Publicada en Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre de 1.983, p. 1191).

> "La responsabilidad estatal puede resultar comprometida fundamentalmente por sus actos o por sus hechos. Por los primeros, mediante acciones de plena

jurisdicción en las que el restablecimiento viene a ser la consecuencia de la nulidad del acto por razones de ilegalidad. Y por lo segundo, mediante acciones de reparación directa, en las que ese restablecimiento es la consecuencia de unos hechos ilegales o no, lesivos de los derechos subjetivos de una persona o de un conjunto de personas, constitutivos de una falla del servicio o configurativas de un riesgo especial. Hechos que, como es obvio, no permiten una declaración previa de anulación y que imponen la petición indemnizatoria ante la jurisdicción en forma principal y no condicionada".

"Pero la ley y la doctrina hablan también de la operación administrativa como posible productora de perjuicios indemnizables. Estima la Sala que aquí operación administrativa debe entenderse no como el procedimiento que debe seguirse para la expedición de un acto administrativo definitivo (casos de liquidación de impuestos, declaración de extinción del dominio privado, adquisición de inmuebles para fines de reforma agraria, etc. etc), sino como equivalente a actos materiales de ejecución de un acto administrativo.

"Basta leer el artículo 68 del c.c.a., norma que contempla, según la doctrina y la jurisprudencia, la acción de reparación directa por hechos u omisiones de la administración, para concluir que allí "operación" indica actos de ejecución y no actos administrativos, porque de serlos, el restablecimiento del derecho lesionado por los mismos no podría ordenarse sino como consecuencia de su anulación, con lo que se confundirían las acciones contempladas en los artículos 67 y 68 del código administrativo.

"Precisando un poco se observa:

"a) Si la lesión la produce el acto ilegal, la acción es de plena jurisdicción (artículo 67). Su ejecución será siempre ilegal.

"b) Si el perjuicio lo causa la defectuosa ejecución de un acto que se estima legal, la acción será la del artículo 68. Aquí esa ejecución conforma una operación administrativa.

"c) Si el perjuicio se deriva de un hecho legal o ilegal de la administración, incluyendo en éstos la abstenciones u omisiones, constitutivo de una falla del servicio o de un riesgo especial (por quiebra del principio de la igualdad ante las cargas públicas) la acción será igualmente la del artículo 68.

"d) Pero si el perjuicio se hace derivar de la operación administrativa de expedición de un acto administrativo definitivo, no podrá hablarse de una acción de reparación directa o extracontractual, porque las distintas medidas que se cumplieron dentro de ese proceso tuvieron sus propios medios o recursos de impugnación que debió utilizar el afectado en tiempo; y porque, el acto

final que lo culminó tiene a su turno, las acciones ordinarias o especiales señaladas en las leyes administrativas.

"Ejercidos o no esos derechos (recursos y acciones propios) el interesado no puede a continuación crear, a su arbitrio, una acción indemnizatoria con prescindencia de los mismos; algo similar a lo que sucede frente al acto administrativo perjudicial, el que no admite sino una acción de plena jurisdicción y no una de reparación directa.. (folios 371 a 373. Cdno No. 1).

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 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día ocho (8) de Septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), dentro del proceso del rubro, y, en su lugar RESUELVE:

INHIBESE para desatar el fondo de la *litis*, por ineptitud sustantiva de la demanda;

2o.) Ejecutoriada la presente providencia, 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 Cesar Uribe Acosta.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

Referencia: Expediente No. 5649. Actor: SOCIEDAD CLINICA DE URGENCIAS JUAN PABLO II LIMITADA.-

SECCION

CUARTA

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS- Sujeto pasivo

El sujeto del tributo es la persona natural o sociedad en general que desarrollando una actividad comercial, industrial o de servicios, usa el espacio público para difundir la buena fama o nombre comercial de que disfruta su actividad, su establecimiento o sus productos, a través de tableros, avisos o vallas. No se cumple tal requisito cuando los avisos sólo están dentro de la fábrica.

DEVOLUCION CON INTERESES

La devolución con intereses debe pedirse y sustentarse porque hay varias normas que se refieren al tema, siendo la especial para impuestos la del artículo 140 del C.C.A., o sea, con intereses corrientes.

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

Bogotá, D.E., cinco (5) de Octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia.: Expediente No. 2583. Actor: ENKA DE COLOMBIA S.A. IMPUESTO AVISOS Y TABLEROS- FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del municipio de Girardota, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 26 de mayo de 1.989 que resolvió en forma parcialmente favorable las pretensiones de la demanda de restablecimiento del derecho, formulada por la sociedad

ENKA DE COLOMBIA S.A., "dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto de aviso y tableros, correspondiente el período fiscal 1.984.

ANTECEDENTES

La sociedad ENKA DE COLOMBIA S.A., presentó su declaración de Industria y Comercio por el período gravable 1.984, con base en la cual la Tesorería Municipal de Girardota por Resolución 144 de abril 27 de 1.984 determinó el impuesto de industria y comercio y el de avisos y propaganda con retroactividad al 1° de enero del citado año.

Interpuestos contra ella los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, la Tesorería resolvió el primero por Resolución 202 de mayo 22 del mismo año que confirmó la decisión anterior y concedió el recurso de apelación.

En su sesión de 14 de septiembre la Junta de Hacienda del Municipio mantuvo la determinación tomada por la Tesorería Municipal.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho demandó la actora revisar la determinación tributaria contenida en la Resolución que le fijó el impuesto de avisos y propaganda por el período de controversia y las decisiones se recayeron sobre los recursos interpuestos.

Alega el apoderado de la sociedad que ésta no efectúa, por ningún medio, género alguno de propaganda en jurisdicción del municipio de Girardota y si bien es cierto, público y notorio que su fábrica se encuentra instalada en este distrito, la verdad es que ni por medio escrito, ni mediante altavoces, volantes o afiches, ni por los medios contemplados en el Artículo 102 del Acuerdo 19 de 1.982; "hace", realiza o efectúa propaganda para difundir el buen prestigio comercial de sus productos; de donde resulta que no se configura el hecho imponible que origina el tributo.

Solicita que en el evento de que sea gravable se aplique la tarifa del 10% sobre el impuesto de industria y comercio y no con la del 15%, por que era el Concejo y no la Tesorería el competente para modificarla.

Invoca como violadas las Leyes 97 de 1.913, 84 de 1.915, 14 de 1.983 y los acuerdos Municipales 21 de 1.976 y 19 de 1.982.

El Tribunal revisó la operación administrativa, admitió que la empresa reclamante era sujeto pasivo del imuesto de avisos y tableros, pero a una tarifa del 10% del impuesto de industria y comercio y no a la del 15% como lo liquidó la Administración Municipal.

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS- Sujeto pasivo

El sujeto del tributo es la persona natural o sociedad en general que desarrollando una actividad comercial, industrial o de servicios, usa el espacio público para difundir la buena fama o nombre comercial de que disfruta su actividad, su establecimiento o sus productos, a través de tableros, avisos o vallas. No se cumple tal requisito cuando los avisos sólo están dentro de la fábrica.

DEVOLUCION CON INTERESES

La devolución con intereses debe pedirse y sustentarse porque hay varias normas que se refieren al tema, siendo la especial para impuestos la del artículo 140 del C.C.A., o sea, con intereses corrientes.

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

Bogotá, D.E., cinco (5) de Octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia.: Expediente No. 2583. Actor: ENKA DE COLOMBIA S.A. IMPUESTO AVISOS Y TABLEROS- FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del municipio de Girardota, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 26 de mayo de 1.989 que resolvió en forma parcialmente favorable las pretensiones de la demanda de restablecimiento del derecho, formulada por la sociedad

ENKA DE COLOMBIA S.A., "dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto de aviso y tableros, correspondiente el período fiscal 1.984.

ANTECEDENTES

La sociedad ENKA DE COLOMBIA S.A., presentó su declaración de Industria y Comercio por el período gravable 1.984, con base en la cual la Tesorería Municipal de Girardota por Resolución 144 de abril 27 de 1.984 determinó el impuesto de industria y comercio y el de avisos y propaganda con retroactividad al 1° de enero del citado año.

Interpuestos contra ella los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, la Tesorería resolvió el primero por Resolución 202 de mayo 22 del mismo año que confirmó la decisión anterior y concedió el recurso de apelación.

En su sesión de 14 de septiembre la Junta de Hacienda del Municipio mantuvo la determinación tomada por la Tesorería Municipal.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho demandó la actora revisar la determinación tributaria contenida en la Resolución que le fijó el impuesto de avisos y propaganda por el período de controversia y las decisiones se recayeron sobre los recursos interpuestos.

Alega el apoderado de la sociedad que ésta no efectúa, por ningún medio, género alguno de propaganda en jurisdicción del municipio de Girardota y si bien es cierto, público y notorio que su fábrica se encuentra instalada en este distrito, la verdad es que ni por medio escrito, ni mediante altavoces, volantes o afiches, ni por los medios contemplados en el Artículo 102 del Acuerdo 19 de 1.982; "hace", realiza o efectúa propaganda para difundir el buen prestigio comercial de sus productos; de donde resulta que no se configura el hecho imponible que origina el tributo.

Solicita que en el evento de que sea gravable se aplique la tarifa del 10% sobre el impuesto de industria y comercio y no con la del 15%, por que era el Concejo y no la Tesorería el competente para modificarla.

Invoca como violadas las Leyes 97 de 1.913, 84 de 1.915, 14 de 1.983 y los acuerdos Municipales 21 de 1.976 y 19 de 1.982.

El Tribunal revisó la operación administrativa, admitió que la empresa reclamante era sujeto pasivo del imuesto de avisos y tableros, pero a una tarifa del 10% del impuesto de industria y comercio y no a la del 15% como lo liquidó la Administración Municipal.

El sujeto pasivo del imuesto de avisos y tableros, dice el *a-quo*, es "aquel que desarrolla una actividad comercial, industrial o de servicios y en la medida que la colocación de avisos contribuya a la realización de tal tipo de actividades se está en presencia de un contribuyente obligado a cubrir el tributo".

De manera que, agrega, no es la colocación de avisos con fines publicitarios o de propaganda el único hecho que genera el impuesto.

La Ley 14 de 1.983, anota, no amplió el concepto de colocación de avisos a sitios diferentes de los indicados en la Ley 97 de 1.913, por lo que no puede entenderse entonces, que los avisos colocados en sitios diferentes a los indicados en la ley, generarían el impuesto de avisos y tableros.

En la diligencia de inspección judicial practicada a la empresa, concluye, se pudo constatar que dentro de la fábrica aparecen dos avisos que la enseñan y distinguen al público en general, circunstancia de la cual deduce se tipifica el hecho generador del impuesto.

En cuanto a la tarifa aplicable para establecerlo, afirma, corresponde al Concejo Municipal fijarla y éste la determinó en un 10% del impuesto de industria y comercio, en el Acuerdo 19 del 24 de diciembre de 1.982, que era el vigente para la época de expedición de los actos que se discuten.

DE LA APELACION

El municipio apelante a través de su apoderado aspira que se modifique la providencia impugnada. Se aparta el memoralista de la apreciación que hace le Tribunal de que es el Concejo mediante Acuerdos el que fija el porcentaje del impuesto. Insiste en que el Artículo 37 de la Ley 14 de 1.983 lo determinó.

La sociedad demandante adhiere a la apelación y para el efecto invoca el Artículo 353 del Código de Procedimiento Civil armónico con el 267 y concordantes del C.C.A. No está de acuerdo con la sentencia porque existe contradicción en los argumentos en que se sustenta.

Dice, hay error del Tribunal porque:

a) Los avisos están colocados dentro de las instalaciones de Enka y no afuera, en la vía pública.

b) Siendo así aquellos no enseñan y distinguen el público que allí están las instalaciones de Enka, enseñan y distinguen pero a quienes están dentro de las instalaciones de la empresa que allí son sus factorías.

c) También existe error del Tribunal en cuanto cataloga como hecho generador del impuesto el que un aviso sea "apreciable desde la vía pública" que no es lo mismo que se encuentre "colocado en la vía pública" que es lo que reza la norma reguladora de la materia.

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez, solicita se modifique la sentencia apelada. Se acceda totalmente a la súplica principal de la demanda y se declare que la empresa reclamante no está obligada a pagar suma alguna por concepto del imuesto de avisos y tableros al municipio de Girardota, sin que ello implique el pago de los intereses a que alude la parte resolutiva de la sentencia, por devolución de lo pagado en exceso, porque la decisión resulta *extrapétita.*

Estima el Ministerio Público que el hecho generador de aquel tributo lo constituye la colocación de avisos en la vía pública, y que el sujeto pasivo del mismo es la persona que, ejerciendo actividades industriales o de servicios, procede a colocar avisos en la vía pública, interior y exterior de coches, de tranvía, estaciones de ferrocarril, café y cualquier establecimiento público. De donde deduce que no está sujeto al pago del tributo el contribuyente del impuesto de industria y comercio que no exhibe exteriormente y en la vía pública, avisos, o propaganda en la forma señalada el ordinal k), del parágrafo del Artículo 1° de la Ley 97 de 1.913.

Concluye que, como de la diligencia de inspección judicial practicada a la sociedad se infiere sin equívoco alguno que, en la jurisdicción del municipio de Girardota, no se encontró existencia real de vallas, propaganda, o avisos en la vía pública que promocionen a la entidad demandante, ésta no es contribuyente del mencionado imuesto. El Tribunal se excedió al calificar sin fundamento legal alguno, como hecho generador la colocación de avisos dentro de las instalaciones de la empresa.

Considera improcedente además el estudio que realizó el *a-quo* a las tarifas aplicables para determinar el impuesto como quiera que sobre este punto no hubo debate, no se discutió, y ni siquiera se pidió en la vía gubernativa.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Se trata de dilucidar en esta oportunidad, si la sociedad ENKA DE COLOMBIA S.A. es o no, sujeto pasivo del impuesto de avisos y tableros por el año fiscal 1.984, y en caso de serlo, con cuál tarifa se debe determinar el gravamen.

El impuesto en cuestión tuvo su origen en la Ley 97 de 1.913 para Bogotá y la creación para los demás municipios fue autorizada por la Ley 84 de 1.915. De

acuerdo con el Artículo 1°, literal k) de la primera ley, el hecho económico contemplado como elemento fáctico del impuesto es el uso de lugares públicos y el hecho generador o manifestación externa del hecho económico, la colocación de avisos y tableros. De estos dos factores se deduce que el sujeto pasivo potencial es el usuario de lugares públicos y el sujeto pasivo efectivo el ente a quien puede imputarse la colocación de avisos y tableros.

El Artículo 37 de la Ley 14 de 1.983 reglamentado por el Artículo 10 del Decreto 3070 del mismo año, complementó su estructura. Conservó el hecho económico que genera el impuesto pero vinculándolo a una actividad industrial, comercial o de servicios y fijó los parámetros para su liquidación y cobro. Estableció una base uniforme para su determinación y lo supeditó al impuesto de industria y comercio de manera tal que si no se configura éste tampoco aquel.

Prescribe la citada disposición:

> "El impuesto de avisos y tableros, autorizado por la Ley 97 de 1.913, y la Ley 84 de 1.915, se liquidará y cobrará en adelante a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de industria y comercio, como una tarifa del quince por ciento (15%) sobre el valor de éste, fijada por los Concejos Municipales".

Dicho en otros términos significa que, el sujeto pasivo del tributo es la persona natural o sociedad en general que desarrollando una actividad comercial, industrial o de servicios, usa el espacio público para difundir la buena fama o nombre comercial de que disfruta su actividad, su establecimiento o sus productos, a través de tableros, avisos o vallas.

La diligencia de inspección judicial practicada por el *a-quo* a la entidad, expresa:

> "Trasladado posteriormente a sus instalaciones, situadas aproximadamente a un kilómetro de la plaza, se pudo concretar que **dentro de la fábrica aparecen dos avisos que enseñan y distinguen que allí se encuentra la empresa ENKA DE COLOMBIA S.A.** Fuera de las instalaciones y en un parqueadero contiguo a la Cooperativa de Trabajadores de la sociedad demandante, aparece uno de pequeña dimensión que textualmente dice: ENKA - Enka de Colombia Unidad Deportiva - Henk Buting' dicho aviso está cerca a la puerta de acceso a la citada Unidad y parece recoge el nombre de una persona a quien se le quiso hacer dicha distinción". (Subraya la Sala).

Consecuente con lo expuesto en la transcripción, es claro para la Sala que la reclamante no es sujeto pasivo del impuesto de avisos y tableros, porque los dos avisos que enseñan y distinguen que allí se encuentra la empresa, están ubicados DENTRO DE LA FABRICA, no utilizan la vía pública; y el otro de

pequeña dimensión que dice "ENKA - Enka de Colombia Unidad Deportiva", no tiene finalidad distinta que la de identificar y ubicar la unidad deportiva y no la de promocionar la empresa.

Tampoco puede calificarse la empresa como contribuyente del mencionado impuesto, porque "patrocina por la televisora nacional un programa de modas dirigido por la señora Gloria Valencia de Castaño, donde se invita claramente a usar prendas de vestir confeccionadas con telas que llevan fibras producidas por ENKA DE COLOMBIA", como lo sostuvo la Resolución 202 de 1.984 proferida por la Tesorería de Rentas Municipales de Girardota, al resolver el recurso de reposición, porque la expresión "y comunicación al público" contenida en el inciso 1° del artículo 10 del Decreto 3070 de 1.983, fue declarada nula por esa Corporación en fallo proferido el 22 de junio del año en curso.

Dijo éste:

> "La expresión 'y comunicación al público' contenida en el reglamento excedió la potestad constitucional (Artículo 120, numeral 3) pues esta expresión es de muy amplio significado e incluye innumerables formas de comunicación con el público como por radio, televisión, revistas y muchas otras no previstas por el legislador como generador del tributo".

Por último y no obstante ser ciertas las contradicciones y demás irregularidades que observa el Ministerio Público a la sentencia proferida por el *a-quo*, la Sala se abstiene de analizarlas por considerar que éstas no tienen relevancia jurídica para los efectos del fallo, pero tanto la entidad demandante como el Fiscal tienen razón al considerar que no es procedente la orden de pago o devolución de los impuestos con intereses comerciales y moratorios como lo ordena el Artículo 177 del C.C.A.

La Sala comparte la idea de que si hay lugar a devolución de impuestos pagados, ésta debe ser simple en el presente caso, por dos motivos:

a) Porque no lo pidió ni sustentó el actor, luego se incurre en un fallo *extrapetita* si se ordenan, como lo hizo el Tribunal.

b) Porque en caso de existir solicitud de reconocimiento de intereses, en esta materia tributaria deben preferirse, las normas especiales sobre "devolución de lo pagado indebidamente" (Artículo 85, inciso segundo) y devolución del saldo que resultare según el Artículo 140 C.C.A. En razón de la existencia de esas normas especiales, el Artículo 177 *ibídem*, no es aplicable en esta materia y además, porque no se trata de una "condena" a la entidad oficial, con el caráter de obligación nueva creada por el Juez, sino reducción de la obligación fiscal a cargo del contribuyente y cuya devolución si hubo pago previo, se regula preferencialmente por la norma especial del Artículo 140.

En consecuencia, en este aspecto habrá de modificarse también la sentencia apelada, revocando la orden de pago de intereses.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, obrando de acuerdo con su colaborador Fiscal, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Revócase la sentencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 26 de mayo de 1.989 en el proceso Nº 19537.

2. En su lugar, declárase como no contribuyente del impuesto de avisos y tableros, por el período 1.984, a la sociedad ENKA DE COLOMBIA S.A. en el municipio de Girardota.

3. La Tesorería del municipio de Girardota devolverá a la sociedad citada, lo que compruebe haber pagado por el concepto mencionado en el numeral anterior.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVULVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahin Lizcano, Presidente;*Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SUSTRACCION DE MATERIA-Improcedencia

En materia tributaria, en la cual la legislación es cambiante, aunque la norma demandada ya esté derogada, la jurisdicción debe pronunciarse sobre su legalidad aunque ya no esté vigente, porque ese pronunciamiento va a tener consecuencias en los casos concretos regidos por dicha norma que se encuentren *sub judice* y en los cuales deberá tener en cuenta el citado pronunciamiento. *ANULASE EL ARTICULO 6º DEL DECRETO REGLAMENTARIO 823 DE 1.987.*

IMPUESTO SOBRE LA RENTA-Tarifa

Tratándose el impuesto sobre la renta a cargo de las sociedades y entidades extranjeras, de un impuesto de periodo, el impuesto a su cargo sólo podía determinarse al final del mismo, de acuerdo con las tarifas y demás previsiones de la ley vigente para esa oportunidad, o sea la Ley 75 de 1.986. La norma demandada al disponer que la tarifa del impuesto a la renta a que estarían sometidos los citados contribuyentes extranjeros, sería igual a la de la retensión efectuada en el momento del respectivo pago o abono en cuenta, evidentemente desconoció lo dispuesto por la Ley 75/86, artículo 3º en el cual se estableció la tarifa de dicho gravamen y era la norma vigente al final del período fiscal de 1.986, es decir, cuando se debía determinar la obligación tributaria de ellos, a través de su declaración de renta. *DECLARA LA NULIDAD DEL ARTICULO 6º DEL DECRETO REGLAMENTARIO 823 DE 1.987.*

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

Bogotá, Octubre cinco (5) de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Radicación 1723. Acción de nulidad del artículo 6° del Decreto Reglamentario 823 de Mayo 6 de 1.987, proferido por el Gobierno Nacional.

Actor: Orlando Forero Salazar.

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Orlando Forero Salazar en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984 solicita se declare la nulidad del artículo 6° del Decreto Reglamentario # 823 de 1987.

El texto de la norma demandada es el siguiente:

Decreto 823 de 1987.

"Articulo 6°. Por el año gravable de 1986, los dividendos percibidos por sociedades u otras entidades extranjeras sobre los cuales se haya efectuado retención en la fuente, están sometidos al impuesto sobre la renta, a una tarifa igual a la de la retención efectuada en el momento del respectivo pago o abono en cuenta, de conformidad con los artículos 48 de la Ley 09 de 1983 y 3° de la Ley 75 de 1986".

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA:

Pueden sintetizarse así:

1. El decreto reglamentario en el artículo demandado establece diferentes períodos fiscales dentro del año gravable y les aplica diversas tarifas, lo cual no fue dispuesto por el legislador.

Así, dispone la vigencia del artículo 48 de la ley 9ª de 1983 durante el período comprendido entre el 1° de Enero y el 23 de Diciembre de 1986, cuando dicha disposición fue expresamente derogada por la ley 75 de 1986, para el año gravable de 1986.

2. Como consecuencia de lo anterior, mientras la ley dispone que la tarifa del impuesto sobre la renta para los dividendos que perciban las sociedades, personas naturales o sucesiones ilíquidas de carácter extranjero, es para todo el año gravable de 1986, del 30%, la norma acusada establece que en el período fiscal comprendido entre el 1° de Enero al 23 de Diciembre de 1986 dicha tarifa es del 40% o del 20% según el artículo 48 de la ley 9ª de 1983, y a partir del 24 de Diciembre de 1986 la tarifa es del 30% según el artículo 3° de la ley 75 de 1986.

3. La norma acusada pretende poner en vigencia para el año gravable de 1986, una ley que se encuentra derogada expresamente por la ley reglamentada.

4. Por otra parte, va más allá de la ley reglamentada en cuanto restringe sus alcances respecto de los sujetos pasivos del tributo. Mientras la ley establece como tales a las sociedades u otras entidades extranjeras, personas naturales sin residencia en Colombia y por sucesiones ilíquidas de causantes extranjeros no residentes en Colombia, el reglamento acusado solamente se refiere a "sociedades u otras entidades extranjeras," excluyendo a las personas naturales extranjeras y a las sucesiones ilíquidas de causantes extranjeros no residentes en el país, durante 1986.

5. El reglamento acusado pretende hacer sinónimos los términos "retención en la fuente "e impuesto sobre la renta".

6. Se refiere a la irretroactividad de la ley fiscal y con citas jurisprudenciales y doctrinarias, precisa que la ley vigente al finalizar el período fiscal se aplica a todo el período, ya que es el último día del período fiscal cuando se consolida el hecho imponible y solo en esa fecha, se causa el impuesto.

ARGUMENTOS DE PARTE IMPUGNADORA:

El Señor Delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes razones:

- En cuanto al periodo fiscal y a las tarifas argumenta que como durante 1.986 hubo cambio de legislación era necesario que el reglamento determinara claramente cuáles eran las tarifas aplicables de acuerdo con las normas vigentes.

Afirma que la norma demandada dispone que el pago o abono en cuenta de dividendos a sociedades extranjeras, como hecho imponible, causa el impuesto sobre la renta en forma inmediata, en el mismo momento en que se hace el pago o abono en cuenta y es también en esa oportunidad cuando debe hacerse la retención en la fuente ya sea a una tarifa del 40% o del 20% si el pago o abono se realizó bajo la vigencia del artículo 48 de la ley 9a. de 1.983 o a la tarifa del 30% si se hizo estando vigente el artículo 3° de la ley 75 de 1.986.

Lo anterior, porque la causación del impuesto en forma inmediata se produce en cuanto, dándose como presupuesto el hecho imponible, el impuesto se obtiene inmediatamente aplicando la tarifa correspondiente "al valor bruto de los pagos o abonos en cuenta por concepto de dividendos".

Lo anterior constituye una excepción al principio general de que los ingresos deben someterse a la depuración, en cuanto el impuesto correspondiente a los

ingresos en cuestión se determina sobre el valor bruto pagado en el mismo momento en que se realice el hecho generador, mediante el sistema de retención en la fuente. O sea que el valor bruto de los dividendos constituye una renta líquida gravable sobre la cual se deben aplicar las tarifas vigentes en el momento del pago o abono en cuenta; y por ello, no es necesario esperar hasta el 31 de Diciembre de 1.986 para consolidar el hecho imponible y determinar el impuesto.

- **Disposición derogada:** no se trata de dar vigencia a una norma derogada, sino que dicha norma (artículo 48 ley 9a. de 1.983) estuvo vigente "casi todo el año de 1.986, cobijando el hecho imponible que se concreta *ipso facto*, es decir en el mismo momento en que se realizaba el pago o abono en cuenta de dividendos a sociedades u otras entidades extrajeras".

Por ello durante su vigencia se aplicó la tarifa del 40% o 20% y a partir de la vigencia de la ley 75 de 1.986 sería el 30% la tarifa aplicable, pero esto no significa que se cuestionen las situaciones consolidadas durante la vigencia de la citada ley 9a. de 1.983, artículo 48.

- **Sujetos Pasivos:** la norma reglamentaria no es ilegal por cuanto no se refiere a las personas naturales y sucesiones ilíquidas por cuanto para ellas, de conformidad con el artículo 47 de la ley 9a. de 1.983"... el hecho imponible para ellas no produce la causación inmediata del impuesto, es decir, el impuesto no es igual a la retención ...".

- **Retención en la fuente:** afirma que fueron las leyes 9a. de 1.983 y 75 de 1.986, las que establecieron que el impuesto sobre la renta para dividendos pagados a sociedades extranjeras sea igual a la retención en la fuente y la norma demandada solamente reglamentó las citadas disposiciones legales.

Por su parte el Doctor Héctor Gallego Osorio quien actuó como parte impugnadora, fundamenta su oposición en la afirmación de que la norma reglamentaria interpreta el sentido y alcance de la normatividad vigente, en el sentido de que para los dividendos recibidos por inversionistas extranjeros, el impuesto correspondiente es retenido en la fuente a la tarifa vigente en el momento de practicarse la retención y agrega que la referencia que hace la norma acusada "del artículo 48 de la ley 75 de 1.986 hace relación precisamente al sistema de recaudo especial contenido en dichas normas con fuerza de ley ...".

Anota que "confunde el actor, el sistema de retención en la fuente sobre los demás ingresos tributarios, en donde se retiene "a título de impuesto sobre la renta", siendo dicha retención únicamente un anticipo del impuesto que se determinará posteriormente una vez se efectúe la depuración de la renta y se establezca el gravamen definitivo".

Pero en el caso de dividendos recibidos por inversionistas extranjeros la ley 9a. de 1.983, dispuso que "... este impuesto será retenido en la fuente ..."

CONCEPTO FISCAL:

La Señora Fiscal Sexta de la Corporación considera que deben prosperar las peticiones de la demanda, con base en las siguientes precisiones:

- El impuesto sobre la renta y complementarios es un tributo de período, excepto en los casos de impuesto único con retención, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 2053 de 1.974 y por ello la renta líquida gravable se determina por la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable.

El impuesto único con retención constituye una excepción a lo anterior, en el caso de contribuyentes no declarantes ya que el legislador considera, que el hecho imponible está constituido por cada uno de los ingresos, los cuales se gravan en forma independiente y se retiene el tributo al momento de su causación material.

- La ley aplicable para la determinación de un impuesto de período es la vigente el último día del periodo fiscal y la ley aplicable para determinar el impuesto único con retención en la fuente es la vigente al momento de su causación material.

- El régimen de las sociedades y otras entidades extranjeras no ha sido uniforme en la legislación colombiana, así antes de la reforma de 1.974 fueron contribuyentes no obligados a presentar declaración, hasta 1.987, cuando el artículo 2° del Decreto 2503 de 1.987 los excluyó de la obligación de presentar denuncio rentístico y volvieron el régimen del impuesto único con retención, según lo dispuesto por el artículo 5° de la ley 75 de 1.986.

Y concluye:

"No hay duda entonces que para 1.986 las sociedades u otras entidades extranjeras sin domicilio en el país, estaban sometidas al impuesto dentro del régimen ordinario de período y por lo tanto el monto de su impuesto sólo era liquidable al final del ejercicio y con sometimiento a la ley vigente el último día del período gravable.

"La retención en la fuente que se efectuaba al momento de la causación material de sus ingresos se hacía entonces a título de impuesto (así lo enseña el art. 47 de la ley 9a de 1.983) y su valor era descontado del impuesto determinado con base en la declaración, una vez causado materialmente el tributo.

"El hecho de que en el caso de los dividendos, el monto de lo retenido al final generalmente no tenía variación por tratarse de una renta líquida gravable no susceptible de depuración y con una tarifa de retención igual a la del impuesto, no modifica la naturaleza de la retención. Lo retenido como toda retención en la

fuente sigue siendo un pago anticipado que sólo se abona definitivamente al impuesto luego de que se determina su monto teniendo en cuenta la totalidad de ingresos gravables del ejercicio, la situación tributaria de la entidad y la ley fiscal vigente al final del año gravable.

"La obligación fiscal definitiva no es siempre igual a la suma de las retenciones, bien puede ser mayor como en los casos en que haya lugar a la determinación de la renta presuntiva, o menor, por ejemplo, en casos de sustracción de rentas exentas cuyo carácter se demuestre a la finalización del ejercicio".

Finalmente, solicita se declare la nulidad impetrada por cuanto la norma demandada no solo violó la vigencia de la ley 75 de 1.986, sino que implantó un nuevo sistema de determinación de la renta, lo cual corresponde al legislador.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término es necesario precisar que la norma objeto del presente juicio de nulidad, no se encuentra vigente en la actualidad, en cuanto el decreto 2539 del 30 de Diciembre de 1.987, en desarrolló de las autorizaciones dadas por el artículo 44 de la ley 75 de 1.986, sustituyó en buena parte la norma acusada.

Según lo anterior podría considerarse que en este caso, en el que se ejerce la acción de nulidad, se configura la denominada sustracción de materia y por ello debería ser inhibitorio.

Sin embargo, la Sala no comparte tal criterio, y por el contrario en reiteradas oportunidades ha dicho que en materia tributaria, en la cual la legislación es cambiante, aunque la norma demandada ya esté derogada, la jurisdicción debe pronunciarse sobre su legalidad aunque ya no esté vigente, porque ese pronunciamiento va a tener consecuencias en los casos concretos regidos por dicha norma que se encuentren *subjudice* y en los cuales deberá tenerse en cuenta el citado pronunciamiento.

La tesis anterior, encuentra su sustento en la consideración fundamental de que aunque un acto administrativo hubiere sido derogado o hubiere dejado de regir, sus efectos pueden trascender en el tiempo al regular situaciones surgidas durante su vigencia y aún *subjudice*, razón por la cual no puede afirmarse que se de en estos casos "falta de objeto práctico" de la decisión jurisprudencial, pues éste estará conformado por los efectos que dicha decisión va a tener en la resolución de aquellas situaciones concretas, aún no resueltas.

Por ello, es suficiente que una norma de contenido general haya tenido vigencia para que ante una demanda, la jurisdicción contencioso administrativa deba resolver sobre su legalidad, ya que durante su vigencia, por corta que

hubiere sido, bien se han podido concretar situaciones jurídicas particulares y presentarse efectos de la norma que justifiquen un restablecimiento del derecho.

Por lo anterior, la Sala procede a pronunciarse de fondo sobre la legalidad del artículo 6° del Decreto Reglamentario 823 del 6 de Mayo de 1.987.

Para la vigencia fiscal de 1.986, de conformidad con lo previsto en el artículo 6° del Decreto 2053 de 1.974, las sociedades y entidades extranjeras de cualquier naturaleza estaban sometidas al impuesto sobre la renta y por lo tanto obligadas a cumplir el régimen ordinario de dicho impuesto, incluída la obligación de presentar declaración de renta y a su pago a través de la retención prevista en la ley.

Siendo éste el régimen aplicable a dichas sociedades y entidades extranjeras por el año de 1.986, el regulado por la norma demandada, su impuesto sobre la renta se regía por el régimen de período y no podía considerarse como un impuesto único con retención, propio de aquellos contribuyentes que no tienen la obligación de presentar denuncio rentístico ya que para ellos, el hecho imponible es instantáneo y no simultáneo y también tiene tal carácter la definición de su impuesto, sin que sea necesario, que transcurra ningún lapso de tiempo.

Tratándose, entonces, el impuesto sobre la renta a cargo de las sociedades y entidades extranjeras, de un impuesto de período, el impuesto a su cargo, solo podía determinarse al final del mismo, de acuerdo con las tarifas y demás previsiones de la ley vigente para esa oportunidad, es decir, el 31 de Diciembre de dicho año, o sea la ley 75 de 1.986.

Y las retenciones que se hubieren hecho a dichos contribuyentes con fundamento en lo dispuesto por los artículos 47 y 48 de la ley 9a. de 1.983, en la oportunidad en que se causaron sus ingresos, deben considerarse hechas a títulos del impuesto, imputarse al mismo y descontarse del monto definitivo establecido con base en la declaración a que están obligados, al final del período.

Como bien lo anota la señora Fiscal, esa retención debe considerarse como un pago anticipado que se haga definitivamente al impuesto que se liquide al final del año gravable.

De conformidad con lo anterior, la norma demandada al disponer que la tarifa del impuesto a la renta a que estarían sometidos los citados contribuyentes extranjeros, serían igual a la de la retención efectuada en el momento del respectivo pago o abono en cuenta, evidentemente desconoció lo dispuesto por la ley 75 de 1.986, artículo 3°, en el cual se estableció la tarifa de dicho gravamen y era la norma vigente al final del período fiscal de 1.986, es decir, cuando se debía determinar la obligación tributaria de ellos, a través de su declaración de renta. No se podía, aplicar las tarifas que evidentemente estuvieron vigentes al momento de hacer las retenciones, pero que fueron modificadas por la citada ley 75 de 1.986, vigente desde el 24 de diciembre de dicho año.

En este sentido, se pronunció la Corporación en sentencia del 24 de agosto de 1.981, citada en la vista fiscal en los siguientes términos:

"... Cuando el hecho generador de la obligación tributaria es instantáneo la nueva ley no puede ya establecer un nuevo gravamen ni modificar la tasa sobre hechos cumplidos. Pero si el hecho imponible tiene su ocurrencia en el transcurso de un período de tiempo **y la nueva ley entra a regir durante el transcurso de ese período, sin que haya terminado, es posible modificar las tarifas impositivas, antes de que termine el año gravable, pues el 31 de diciembre de cada año se consolida en el hecho imponible y solo en esa fecha se causa el impuesto**". (Se subraya).

Por otra parte, es del caso anotar que la norma demandada invoca las facultades del artículo 2° del decreto 398 de 1.983, el cual fue declarado inexequible en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de Abril de 1.983 en cuanto autorizaba al gobierno para "... conceder plazos para allegar informaciones y pruebas que deban suministrarse con la declaración tributaria, sin que dichos plazos puedan exceder del término de 6 meses contados a partir de la fecha de presentación de la declaración tributaria".

Dichas facultades, se limitaron entonces para "fijar plazos y lugares para declarar", pero no para modificar el sistema de determinación de la renta y sus tarifas, so pretexto de la reglamentación de la norma contenida en el artículo 3° de la ley 75 de 1.986.

De conformidad con lo expuesto es claro para la Sala, que la norma impugnada rebasó las facultades en que se sustenta y violó la norma reglamentada por lo cual deben prosperar las peticiones de la demanda, tal como se declarará, en un todo de acuerdo con el Ministerio Público.

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 :

Anúlase el artículo 6° del decreto 823 de 1.987.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sección de la fecha.

Los Consejeros:

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, Salvo Voto; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SUSTRACCION DE MATERIA (Salvamento de Voto)

Estimo que el fallo no ha debido ser de mérito sino inhibitorio por sustracción de materia, 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 este aspecto de la sustracción de materia.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Referencia: Expediente No. 1723.

Actor: Orlando Forero Salazar.

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, 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 1.946, y 14 de febrero de 1.947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un 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 si el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que la 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 11 de julio de 1.962, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta, Expediente No. 929, Anales del Consejo de Estado, pag. 232).

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: Ut-supra.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Medellín/ **BASE GRAVABLE/ TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO/ FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL**

El artículo 1° del Acuerdo 17 de 1.971 del Concejo de Medellín, delimitan el hecho gravable a la actividad ejercida dentro del territorio del municipio, de tal suerte que para la determinación de la base gravable de la actividad industrial deben tomarse los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción, excluyendo el valor de aquellas operaciones realizadas por la empresa directamente en otros municipios porque lo dicho en el Acuerdo debe interpretarse dentro de la órbita de la competencia del municipio, esto es, su límite territorial.

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

Bogotá, D.C. cinco (5) de Octubre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia.: Expediente No. 0468. Actor: GASEOSAS POSADA TOBON S.A.

IMPUESTO INDUSTRIA Y COMERCIO- FALLO

Previa reconstrucción del proceso ordenado por Auto del 1° de septiembre de 1.989, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la actora contra la sentencia del 22 de junio de 1.984 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antoquia denegó las súplicas de la demanda en el juicio de revisión de impuestos intentado por la sociedad GASEOSAS POSADA TOBON S.A., contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de Industria y Comercio a cargo por el año de 1.978. vigencia de 1.979.

ANTECEDENTES

Para el año gravable de 1.978 la sociedad GASEOSAS POSADA TOBON S.A. presentó su declaración de impuesto de Industria y Comercio correspondiente al municipio de Medellín bajo el N° 4907 del 22 de marzo de 1.979, en la cual declaró ingresos gravables en el período por la suma de $309'532.200., y determinó el impuesto mensual en la suma de $154.766., con base en el promedio mensual de $25'794.349.

Por su parte, la Administración Municipal, practicó liquidación del impuesto, fijándolo en el valor mensual de $252.920., sobre el promedio de $42'153.379., que calculó tomando en cuenta la totalidad de los ingresos de la planta de Medellín sin consideración de las ventas en otros municipios, pues manifiesta que de conformidad con el Acuerdo 17 de 1.971, el municipio de Medellín le grava su actividad industrial sin que le interese en donde venda su producción.

Contra el acto administrativo, interpuso la interesada los recursos gubernativos, que fueron fallados con confirmación de la liquidación recurrida.

Inconforme la sociedad acudió en demanda del restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo alegando violación de los Artículos: 5° de la Constitución Nacional; 140, 169 y 171 del Código de Régimen Político y Municipal; 4° del Acuerdo 17 de 1.971 del municipio de Medellín, indicando como concepto de la violación la transgresión del límite territorial del municipio y la doble imposición.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda porque tratándose de la actividad industrial el impuesto se orienta no a lo que produzca, venda, presente o entregue la empresa, sino hacia la existencia misma de la fábrica o local o sea, que la presencia de la fábrica dentro de la territoriedad municipal impone de por si el tributo y partiendo de esa premisa, se toma como base el promedio mensual de las ventas u operaciones brutas como regla de tasación para encontrar el alcance del tributo.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia manifiesta no estar conforme con la tesis expuesta por el Tribunal, porque el Acuerdo 17 de 1.971, hace recaer el gravamen es sobre las actividades industriales, comerciales y de servicios, y no sobre los establecimientos y locales y que para que la actividad industrial se cumpla se requieren dos etapas, la de producción y la venta de la

misma y que si ellas no se cumplen, no hay causa legal para el gravamen. Afianza su criterio de apelación en el concepto que del impuesto trae la Ley 14 de 1.983 Artículos 32 y 33, reitera su petición de que en la determinación del gravamen se excluyan las ventas de gaseosas efectuadas en otros municipios en las cuales la empresa declaró y pagó el impuesto correspondiente y que se ordene la devolución del mayor valor pagado.

CONCEPTO FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, conceptúa que la sentencia apelada debe revocarse porque la determinación de la base gravable para la actividad industrial ha sido objeto de varios pronunciamientos de esta Corporación y en los cuales reitera la imposibilidad jurídica que tienen los municipios de gravar actividades realizadas por fuera del ámbito de su jurisdicción.

Cita entre ellos la sentencia del 5 de junio de 1.987, expediente 0129. Estima que en consecuencia se determina el impuesto, sobre la base gravable fijada en la liquidación privada, habida cuenta que el volumen de ventas en otros municipios no fue cuestionado por la Administración, y que ella misma deja constancia en el informe que rindió el visitador para efectos del recurso, que la tributante presentó prueba del pago del impuesto en los municipios de Bolívar, Cisneros, Concordia, Rionegro y Sonsón.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como lo afirma la colaboradora Fiscal en reiterada jurisprudencia la Sala ha analizado el aspecto relacionado tanto con la facultad impositiva de los municipios, como con la determinación de la base gravable en el impuesto de Industria y Comercio.

Así ha puntualizado que el poder impositivo de los municipios no constituye una facultad primaria sino que está condicionada y subordinada a la constitución, la ley y las ordenanzas. En este sentido la interpretación y alcance de las normas municipales solo pueden entenderse dentro del marco regulado por los Artículos 5°, 43 y 197 de la Constitución Política, el primero de los cuales prevé la existencia de las entidades territoriales, el segundo enseña que en tiempo de paz, solamente tienen capacidad impositiva las tres corporaciones en él mencionadas, cada una dentro de su órbita territorial y el tercero que señala las atribuciones de los Concejos, subordinándolos a la ley, siendo de especial importancia el ordinal 2° que los autoriza para "votar, con conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas, las **contribuciones y gastos locales**" (Subraya la Sala).

Esta facultad derivada, implica que un municipio no puede gravar con el impuesto de Industria y Comercio aquellas actividades que, si bien están sujetas

por la ley al impuesto, son sin embargo ejercidas en territorio distinto del municipio. Por esta circunstancia el gravamen de Industria y Comercio debe determinarse sobre el monto de las ventas brutas hechas por el establecimiento industrial dentro del territorio de su jurisdicción pues la actividad comercial de venta verificada fuera de él escapa a su competencia.

La mera existencia de una planta industrial no puede por si sola ser objeto de gravamen separadamente del desarrollo de la actividad que le es propia y que se consolida con la percepción de ingreso por la venta de su producción. Aceptar que sea la simple ubicación del establecimiento industrial el que genere el impuesto implicaría que el contribuyente tributara sobre ingresos potenciales que pueden no percibirse.

Si bien el Artículo 9° del Acuerdo 17 de 1.971 dispone que: "El impuesto de Industria y Comercio se liquidará con base en el promedio mensual de las operaciones de cambio o ingresos brutos expresados en moneda legal, que realicen los establecimientos industriales o de servicios con finalidad de lucro durante el respectivo año gravable" y el Artículo 1° señala que el tributo se impone, debido al empleo del equipamento e infraestructura municipal que utilizan, el mismo Artículo delimita el hecho gravable a la actividad ejercida dentro del territorio del municipio de tal suerte que para la determinación de la base gravable de la actividad industrial deben tomarse los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción, excluyendo el valor de aquellas operaciones realizadas por la empresa directamente en otros municipios porque lo dicho en el Acuerdo debe interpretarse dentro de la órbita de competencia del municipio esto es, su límite territorial.

Por esta razón el acto administrativo acusado en cuanto pretende gravar con el impuesto la venta de la producción realizada en territorios distintos al del municipio de Medellín, en donde la actora según lo manifiesta el mismo municipio en el informe para atender reclamación (fls. 27 y 28 C.Ppal.), comprobó el pago del respectivo impuesto y la sentencia apelada en cuanto conforma dicha actuación, merece revocarse y en su lugar debe procederse a determinar el gravamen con base en la liquidación privada hecha por la sociedad contribuyente en donde excluyó, para efectos de determinación de la base gravable, las ventas en otros municipios distintos a Medellín, con base en los siguientes factores:

Base Anual	Promedio Mensual	Tarifa	Impuesto Mensual	Impuesto Anual
309'532.200	25'794.349	6%	154.766	1'857.193

La afirmación del apoderado judicial de la actora (fls. 69 v y 70) que no ha sido controvertida por el demandado sobre el hecho de que la sociedad pagó por impuesto de Industria y Comercio en el municipio de Medellín la suma de $3'312.391, no está confirmada por documentos auténticos por tratarse de un expediente reconstruído. Ante esta circunstancia no es posible atender en forma

concreta la solicitud de devolución, sino condicionada a la prueba de los pagos ante las autoridades municipales.

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

FALLA

1. Revócase la sentencia apelada.

2. Anúlase el acto administrativo de determinación del impuesto de Industria y Comercio del año 1.978 que para la vigencia de 1.979, practicó a la sociedad GASEOSAS POSADA TOBON S.A. el municipio de Medellín, contenido en las Resoluciones 35 de diciembre 7 de 1.979, 04 de febrero 6 de 1.980 y Resolución 4 de marzo 25 de 1.980.

3. Fíjase en la suma de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS ($154.766.), el valor mensual del impuesto de Industria y Comercio, que por el año gravable de 1.978, vigencia de 1.979 debe pagar la sociedad GASEOSAS POSADA TOBON S.A., NIT: 90.903.939 para un total anual de UN MILLON OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO NOVENTA Y TRES PESOS ($1'857.193.).

4. Ordénase al municipio de Medellín devolver a la sociedad GASEOSAS POSADA TOBON S.A., NIT: 90.903.939 el mayor valor que demuestre haber pagado por concepto de impuesto de Industria y Comercio por el año de 1.978, vigencia 1979, sobre la cifra anteriormente fijada.

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,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS-Exención/ **IMPUESTO DESCONTABLE**

Del hecho de que un bien o servicio esté gravado con el impuesto o exento del mismo, puede colegirse el derecho al descuento por lo impuestos pagados y consecuencialmente su devolución, pero en ocasiones la misma ley determina en qué casos no puede aceptarse su reconocimiento, evento en el cual su valor debe llevarse como un mayor costo del bien corporal vendido, o como un mayor costo del servicio. Aplicando el artículo 2053 del Código Civil al contrato de confección o reencauche de llantas, se tiene que si quien contrata el servicio suministra la materia principal, estaríamos ante el contrato de venta de bienes que son adquiridos y transformados por el contratista, con el fin de destinarlos a su enajenación, evento en el cual se configura la venta de mercancías, o de bienes corporales muebles sujetos al impuesto.

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

Bogotá, D.E., Octubre cinco (5) de mil novecientos noventa (1.990).

Referencia: Radicación No. 2063. Acción de nulidad contra apartes del concepto No. 31139 de Diciembre 12 de 1.986 de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Actor: Paul Cahn Speyer. FALLO.

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

El señor PAUL CAHN SPEYER, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.154.918 expedida en Bogotá, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1.984, solicita de esta Corporación la nulidad parcial del Concepto No. 31139 de Diciembre 2 de 1.986, emanado de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

ACTO ACUSADO:

Es acto acusado el concepto anteriormente señalado en cuanto textualmente dice:

"Para conceptuar sobre la inquietud referida al derecho que pueda asistir al responsable por el `Servicio de Reencauche` de que trata el artículo 63 en lo que tiene que ver con el descuento del impuesto pagado por la adquisición de materias primas u otros elementos, debemos atenernos a lo establecido por el Parágrafo 1° del artículo 15 del Decreto 3541, que en su parte pertinente dispone: `Cuando los bienes y servicios a que se refiere este artículo se destinen a operaciones exentas del impuesto, habrá lugar a descuento únicamente, cuando quien efectúe la operación sea un productor de bienes de que trata el Capítulo XVI o un exportador'.

"De otra parte, la legislación de ventas cataloga el `Servicio de Reencauche' como un Servicio (artículo 63), luego, no podemos de manera alguna cambiar esta definición y pretender que se trate de un bien, dado que siempre que se hace referencia en la ley a bienes, debemos entenderlos corporales, no aquellos que no lo son: tanto es así que los servicios (incorporales) se tratan en capítulo aparte (XVIII), el hecho de mencionarse el servicio de reencauche en el Capítulo XVI, obedece exclusivamente a una metodología de agrupar todas las exenciones.

"En consecuencia, se concluye que el responsable que presta el Servicio de reencauche no tiene derecho a descontar el impuesto sobre las ventas que haya cancelado en la adquisición de materias primas u otros elementos destinados a tal servicio, de tal suerte que se ratifica los conceptos que en tal sentido ha proferido esta Subdirección, tales como los distinguidos con los números 03059 de febrero 12, 03285 de febrero 14, 04491 de febrero 28, 08698 de abril 15 de 1.985, y, 16085 y 16088 de junio 25 de 1.986.

"En el concepto No. 01370 de enero 16 de 1.986, no se confunde a nuestro modo de ver, un responsable con un no responsable, lo que se dijo o quiso decir es que siendo el `Servicio de Reencauche' un hecho exento del impuesto, al no tener derecho a descuento, el impuesto a las ventas pagado por la adquisición de materias primas y otros elementos necesarios para la prestación de tal servicio, podrá llevarse a costos que afecten el impuesto sobre la renta (Parágrafo 4° Artículo 15 Decreto 3541/83) y, que por tratarse de un servicio exento que no da derecho a descuento, no tiene efectos prácticos la inscripción como responsable y la presentación de la declaración de ventas, razón por la cual no sería razonable exigir que se cumplan tales obligaciones.

"Otro tratamiento tendrá quien se dedique a la comercialización de las llantas reencauchadas, lo cual es bien distinto del servicio de reencauche". (Folios 64 y 65 cuaderno principal).

NORMAS VIOLADAS Y CARGOS FORMULADOS:

Dice el demandante que el concepto, en la parte acusada. viola por indebida aplicación, falta de aplicación, errónea interpretación y desconocimiento las siguientes normas:

Artículos 1, 15 parágrafo 1, 28, 63 y 83 del Decreto 3541 de 1.983,

Artículo 87 parágrafo, del Decreto 2503 de 1.987,

Artículo 3° parágrafo del Decreto 570 de 1.984,

Los artículos 25, 26, 27, 29, 30 y 31 del Código Civil.

Inciso 2°, parágrafo 2° del Decreto Reglamentario 1813 de 1.984 (no identifica artículo)

Artículo 53 de la Ley 09 de 1.983

Y los artículos 20, 55 y 43 de la Constitución Nacional y el Decreto 074 de 1.976 (en este último no señala artículo).

Fundamentalmente centra la violación en el hecho de que el concepto niega que quienes prestan el servicio de reencauche son productores de bienes de que trata el Capítulo XVI del Decreto 3541 de 1.983, restringido en forma abstracta el artículo 15 del Decreto 3541 de 1.983 para los contratos de compraventa y permuta que se derivan de ser productor de bienes, excluyendo de tal prestación a los contratos de servicios inmateriales que según su entender también implican una actividad productora de bienes, desconociendo el artículo 83 *ibídem*, que señala quien es productor para efectos del impuesto sobre las ventas.

A su juicio, el servicio de reencauche constituye un hecho generador del impuesto en su carácter de exento, porque identifica un trabajo de fabricación, elaboración o construcción de un bien corporal mueble realizado por encargo de terceros, con aporte de materias primas que supone o genera la obtención de un producto final o puesto en condiciones de utilización, e independientemente de que exista un contrato previo de compraventa, permuta o simple prestación de servicios.

Describe seguidamente el proceso de fabricación industrial de una llanta y concluye que el artículo 63 del Decreto 3541 de 1.983 consagra expresamente la exención para el servicio de reencauche, o servicio de producción de llantas reencauchadas.

OPOSICION A LA DEMANDA:

El delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a la demanda y manifiesta:

Que el servicio de reencauche de llantas es solo, la prestación de un servicio tanto en el Decreto 1988 de 1.974 artículo 10, como en el Decreto 3541 de 1.983, artículo 63.

Que dicho servicio está exento del impuesto sobre ventas.

Pero que no le es aplicable la utilización como descontable del impuesto, porque ésta posibilidad está restringida exclusivamente en favor de productores o fabricantes de bienes exentos y de los exportadores.

Que la ley no encuadra el servicio de reencauche dentro del marco del numeral 13 del artículo 69 del Decreto 3541 de 1.983 sino que, lo trató en forma aparte, porque si así fuera, su resultado sería una llanta reencauchada y las llantas originalmente exentas quedaron gravadas con la tarifa del 10% en virtud del artículo 10 de la Ley 50 de 1.986 y consecuencialmente el producto de reencauche debería ser igualmente gravado.

Que el servicio de reencauche en sí mismo considerado, es sólo un proceso de rehabilitación de una llanta ya desgastada por el uso, y que resulta impropio hablar de proceso de producción en relación con la rehabilitación de cosas usadas y desgastadas.

CONCEPTO DEL FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación, estima que debe declararse la nulidad del aparte del concepto demandado en cuanto restringe por vía de interpretación la posibilidad de efectuar descuentos exclusivamente a quienes venden bienes corporales muebles, concepción que no se puede aplicar a la prestación del servicio, pues la exención al servicio de reencauche obedece a la manifestación de la voluntad del legislador desde el año de 1.974 al consagrado como tal en el artículo 8° del Decreto 1988 del mismo año y conservada posteriormente por el artículo 63 del Decreto 3541 de 1.983.

Anota:

> "Que en consecuencia, entrar a establecer, por vía de interpretación, que la calidad de exento es aplicable a la prestación de un servicio y por ende a quienes prestan el servicio de reencauche que es exento, pero que éstos no son responsables del impuesto, no solo es una decisión contradictoria,

sino que evidentemente excede la facultad de la Dirección de Impuestos de interpretar la ley, pues independientemente de entrar a considerar si quien preste un servicio es productor o no de un bien, prima la voluntad del legislador cuando específicamente consagró la exención del servicio que nos ocupa".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Persigue el actor que esta Corporación declare la nulidad del concepto No. 31139 de Diciembre 12 de 1.989 proferido por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, publicado y circularizado en el Boletín No. 7 de fecha Julio de 1.987. página 62, de la Subdirección Jurídica, en cuanto afirma que el responsable del servicio del reencauche, por no ser productor de bienes exentos no tiene derecho al descuento del impuesto a las ventas pagado por la adquisición de materias primas u otros elementos y que consecuencialmente no tiene derecho a la devolución por el mismo concepto.

Conforme con lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto 1988 de 1.974 "El impuesto sobre las ventas grava la venta de bienes corporales muebles procesados, la importación de estos y la prestación de los servicios expresados en el presente Decreto ...".

Para efectos del mismo Decreto, conforme a su artículo 4°, se consideraron sinónimos los términos bien corporal mueble procesado, mercancía, artículo y producto.

A su vez el artículo 8°, *ibídem*, estableció de manera casuística la exención para la venta de determinados bienes y fue así como dispuso:

"Están exentas del impuesto de ventas de:

... 10.- Llantas, neumáticos, cámara de aire y el **servicio de reencauche**" ...(subraya la Sala).

Posteriormente en el artículo 53, de la Ley 9a. de 1.983, el Congreso revistió de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar las normas que permitieran actualizar y armonizar el impuesto sobre las ventas con la situación económica del país, imponiéndolo como límite y precisión de la facultad, únicamente la prohibición de gravar con el impuesto sobre las ventas, los **bienes exentos** y la de someter a una tarifa superior los bienes derivados del petróleo.

El Gobierno en ejercicio de tal facultad profirió el Decreto 3541 de 1.983 en el que diferenció los bienes excluidos, gravados y exentos del impuesto y

señaló los servicios que quedaron expresamente gravados con el impuesto, y dispuso:

Artículo 1°.

"El impuesto a las ventas se aplicará sobre:

"a)- *Las ventas de bienes corporales muebles* que se hallen situados en el territorio del país y no hayan sido excluidos expresamente por el presente Decreto. *Los bienes corporales muebles* procedentes del exterior se considerarán situados en el país cuando hayan sido nacionalizados.

"b)- *La prestación de los servicios especificados* en el Capítulo XVIII del presente Decreto, realizados en el territorio del país.

"c)- *La importación de bienes corporales muebles* que aunque no hayan sido excluidos expresamente por el presente Decreto.

"Parágrafo. El impuesto no se aplicará a *las ventas de activos fijos,* salvo que se trate de las excepciones previstas en este Decreto para los automotores y demás activos fijos que se vendan habitualmente a nombre y por cuenta de terceros y para los aerodinos". (Subraya la Sala).

En desarrollo del artículo transcrito, utilizando la nomenclatura arancelaria, relacionó en el artículo 59 *ibídem*, la lista de los bienes corporales muebles se quedaron excluidos del impuesto sobre las ventas, y en el artículo 62, los bienes corporales muebles exentos del impuesto, a la vez que en los artículos 69 y 70 determinó los únicos servicios que quedaban gravados con el impuesto y la prohibición de solicitar los impuestos descontables de que trata el artículo 15 del decreto para algunos de ellos.

Dicen así tales normas:

"ARTICULO 69.- Los siguientes servicios están sometidos al impuesto sobre las ventas a las tarifas que se indican en el presente artículo.

Servicios	Tarifas
"1.- Clubes sociales o deportivos	10%
"2.- Parqueaderos	
"3.- Revelado y copias fotográficas, incluyendo las fotocopias	10%
"4.- Reparación	10%

"5.- Mantenimiento que implique la incorporación de repuestos. 10%

"6.- Tiquetes de transporte internacional de pasajeros vía marítima o aérea, expedidos en Colombia y la expedición de órdenes de cambio de las compañías transportadoras cuando tengan por objeto específico el de ser canjeadas por tiquetes de transporte internacional de pasajeros 10%

"7.- Arrendamiento de bienes corporales muebles, incluido el arrendamiento financiero (leasing) y el de helicópteros y aerodinos distintos de los de servicio público y fumigación 10%

"8.- Computación y procesamiento de datos, incluida la venta de denominado "Software" 10%

"9.- Hoteles de tres o más estrellas 10%

"10.- Telegramas, télex y teléfonos internacionales 10%

"11.- Telegramas, télex y teléfonos, nacionales, con excepción de las llamadas telefónicas urbanas hechas en aparatos públicos 6%

"12.- Seguros 15%

"13- Los trabajos de fabricación, elaboración de construcción de bienes corporales muebles, realizados por encargo de terceros, incluidos los destinados a convertirse en inmuebles por accesión con o sin parte de materias primas, ya sea que supongan la obtención del producto final o constituyan una etapa de su fabricación, elaboración, construcción, o puesta en condiciones de utilización. En este caso la tarifa aplicable es la que corresponde al bien que resulte de la prestación del servicio".

"ARTICULO 70.- En los casos de los servicios a que se refieren los numerales 1°, 2°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11° y 12° del artículo anterior no se podrá efectuar ninguno de los descuentos de que trata el artículo 15 del presente Decreto".

El contexto literal de las normas transcritas señala que:

El impuesto a las ventas grava **las ventas de bienes corporales muebles situados en el país**, estos son los bienes tangibles corporales, siempre que correspondan a mercancías, ya que la venta de activos fijos no causa el impuesto; *contrario sensu*, los bienes inmateriales no están gravados con el impuesto y tratándose de servicios materiales o inmateriales, sólo están gravados los señalados expresamente por la ley. Es la misma ley entonces la que hace clara diferenciación entre bienes y servicios para sujetarlos, excluirlos o eximirlos del gravamen y la

que declara en cuales de los servicios gravados proceda la imputación del impuesto pagado por los insumos, como descontable, y por exclusión en cuales no.

Del hecho de que un bien o servicio esté gravado con el impuesto o exento del mismo, puede colegirse el derecho al descuento por los impuestos pagados y consecuencialmente su devolución, pero en ocasiones la misma ley determina en qué casos no puede aceptarse su reconocimiento, evento en el cual su valor debe llevarse como un mayor costo del bien corporal vendido, o como un mayor costo del servicio.

Es así como en el Capítulo VI, artículo 15, parágrafo 1°, del Decreto 3541 de 1.983 señala el legislador que:

> "Sólo otorga derecho a descuento, el impuesto sobre las ventas por las adquisiciones de bienes corporales muebles y servicios, y por las importaciones que, de acuerdo con las disposiciones del impuesto a la renta, resulten computables como costo o gasto de la empresa y que se destinen **a las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas.**
>
> "Cuando los bienes y servicios a que se refiere este artículo **se destinen a operaciones exentas del impuesto, habrá lugar a descuento únicamente, cuando quien efectúe la operación sea un productor de bienes de que trata el Capítulo XVI del presente Decreto o un exportador**.
>
> En el caso de los exportadores, cuando los bienes corporales muebles constituyan costo de producción o venta de los artículos que se exporten, se descontará la totalidad del impuesto facturado, siempre y cuando dicho impuesto corresponda a la tarifa a la que estuviere sujeta la respectiva operación.
>
> "Cuando los bienes y servicios que otorgan derecho a descuento se destinen indistintamente a operaciones gravadas, exentas, o excluidas del impuesto y no fuere posible establecer su imputación directa a unas y otras, el cómputo de dicho descuento se efectuará en proporción al monto de tales operaciones del período fiscal siguiente en el que se verifique alguna de ellas". (Subraya la Sala).

Así pues es la misma ley, la que limita el derecho al descuento del impuesto a las ventas pagados por los insumos, destinados a operaciones exentas, a los productores de bienes específicamente señalados por el Capítulo XVI del Decreto 3541 de 1.983.

Entendiendo que la ley vigente sobre el impuesto a las ventas, gravó en forma diferente los servicios y los bienes, puede ocurrir sin embargo que la prestación de un servicio relacionado con la confección de una obra material dé origen a una venta o a un contrato de arrendamiento de servicios.

Es así como el artículo 2053 del Código Civil señala que:

"Si el artifice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

"Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la prueba o no.

"Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

"Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

"El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen".

Aplicando el artículo transcrito al contrato de **confección o reencauche** de llantas, se tiene que si quien contrata el servicio suministra la materia principal, el contrato constituye un arrendamiento de servicios, no gravado expresamente por la ley y por consiguiente excluído del impuesto sobre las ventas; si por el contrario, quien realiza el servicio suministra la materia principal, estaríamos ante el contrato de venta de bienes que son adquiridos y transformados por el contratista, con el fin de destinarlos a su enajenación, evento en el cual se configura la venta de mercancías, o de bienes corporales muebles, sujetas al impuesto de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 3541 de 1.983, y el responsable de la venta de bienes materiales corporales muebles no excluidos no exonerados expresamente en la ley, estaría obligado al cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la ley.

Ahora bien, en el caso del artículo 63 del Decreto 3541 de 1.983, que señala como exento el servicio de reencauche y los servicios de reparación a las embarcaciones marítimas y aerodinos de bandera o matrícula extranjera, quien presta tales servicios tampoco tiene derecho al descuento porque es imperativo de la ley y así lo establece el inciso 2° del parágrafo 1° del artículo 15 del Decreto 3541 de 1.983, cuando dispone que, cuando los bienes y servicios se destinen a operaciones exentas del impuesto, habrá lugar a descuento únicamente, cuando quien efectúe **la operación sea un productor de bienes** (no de servicios) de que trata el Capítulo XVI del mismo Decreto.

En consecuencia si el concepto acusado reitera lo dicho en la norma que interpreta no se da la presunta violación de la ley, señalada por el recurrente.

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:

Deniégase la nulidad del concepto 31139 de Diciembre 12 de 1.986 de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales en el aparte demandado que dice:

> "Para conceptuar sobre la inquietud referida al derecho que pueda asistir al responsable por el `Servicio de Reencauche' de que trata el artículo 63 en lo que tiene que ver con el descuento del impuesto pagado por la adquisición de materias primas u otros elementos, debemos atenernos a lo establecido en el Parágrafo 1° del artículo 15 del Decreto 3541, que en su parte pertinente dispone: "Cuando los bienes y servicios a que se refiere este artículo se destinen a operaciones exentas del impuesto, habrá lugar a descuento únicamente, cuando quien efectúe la operación sea un productor de bienes de que trata el Capítulo XVI o un exportador".
>
> "De otra parte, la legislación de ventas cataloga el `Servicio de Reencauche' como un servicio (artículo 63), luego, no podemos en manera alguna cambiar esta definición y pretender que se trate de un bien, dado que siempre que se hace referencia en la ley a bienes, debemos entenderlos corporales, no aquellos que no lo son: tanto así que los servicios (incorporales) se tratan en capítulo aparte (XVI), el hecho de mencionarse el servicio de reencauche en el Capítulo XVI, obedece exclusivamente a una metodología de agrupar todas las exenciones.
>
> "En consecuencia, se concluye que el responsable que presta el Servicio de Reencauche no tiene derecho a descontar el impuesto sobre las ventas que haya cancelado en la adquisición de materias primas u otros elementos destinados a tal servicio, de tal suerte que se ratifican los conceptos que en tal sentido ha proferido esta Subdirección, tales como los distinguidos con los números 03059 de febrero 12, 03285 de febrero 14, 04491 de febrero 28, y 08698 de abril 15 de 1.985, y, 16085 y 26088 de junio 25 de 1.986.
>
> "En el concepto No. 01370 de enero 16 de 1.986, no se confunde a nuestro modo de ver, un responsable con un no responsable, lo que se dijo o quizo decir es que siendo el `Servicio de Reencauche' un hecho exento del impuesto, al no tener derecho al descuento, el impuesto a las ventas pagado por la adquisición de materias primas y otros elementos necesarios para la prestación de tal servicio, podrá llevarse a costos que afecten el impuesto sobre la renta (Parágrafo 4° Artículo 15 Decreto 3541/83) y, que por tratarse de un servicio exento que da derecho a descuento, no tiene efectos prácticos

la inscripción como responsable y la prestación de la declaración de ventas, razón por la cual no sería razonable exigir que se cumplan tales obligaciones.

"Otro tratamiento tendrá quien se dedique a la comercialización de las llantas reencauchadas, lo cual es bien distinto del servicio de reencauche".

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; *Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS-Exención/ **BIEN EXENTO/ IMPUESTO DESCONTABLE**-(Salvamento de voto)

Teniendo en cuenta las características del IVA, se concluye que si el servicio de reparación sometido a impuesto otorga derecho a descuento de los pagados en los insumos, necesariamente los dos únicos servicios de reparación que la ley ha calificado de exentos como son el reencauche y la reparación de naves extranjeras, también técnicamente deben gozar del descuento. De haber querido el legislador negarles tal derecho, no los habría calificado de exentos sino excluidos o los habría mencionado dentro de los que no tienen descuento.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 2063. Actor: Paul Cahn Speyer Welis. Sentencia del 5 de octubre/90.

Con mi acostumbrado respeto no puedo compartir el fallo anterior por varias razones, pero en especial por las que trataré de explicar en forma sintética:

El régimen de Impuesto a las Ventas, desde mediados de 1.966 y en especial el vigente que contiene el D.E. 3541 de 1.983, diferencia los bienes excluidos, los gravados y los exentos, dando lugar estos dos últimos al derecho a descontar los impuestos causados en los insumos, precisamente para reflejar una de las características de impuesto al valor agregado que se quizo acentuar en la reforma de 1.983.

(Reforma en la cual se optó por la alternativa de caracterizar el sistema colombiano como un impuesto plurifásico no acumulativo sobre el valor agregado,

logrando la aplicación de éste mediante la utilización del método financiero en el sistema de sustracción y utilizando la técnica del 'Impuesto contra Impuesto').

El sistema implica con relación a los bienes excluídos que su venta no causa impuestos y por tanto los que se han pagado en los insumos para producirlo no generan descuento puesto que no hay impuesto de donde descontar; pero tales gravámenes forman parte del "costo" a efectos de determinar la renta o utilidad.

En cambio, con relación a los gravados, los pagados en insumos se descuentan pero no pueden computarse como costo para que no los absorba como tales, puesto que la ley permite trasladársele a su comprador; es un gasto que no le afecta, por eso no es contribuyente técnicamente, sino responsable. Igual sucede con los productores de bienes exentos y por eso a ellos les confiere la ley el derecho a obtener el reintegro de lo pagado en los insumos, para que no los afecten directamente pero sin que se les permita trasladarlos, computándolos como costo en la determinación de la ganancia para los efectos del Impuesto Sobre la Renta.

Se observa que de manera igual y no diferente (como afirma el fallo), esta misma clasificación y tratamiento diferencial se aplica también a los **servicios** respecto a los cuales se estableció la trilogía de excluidos del impuesto, gravados y exentos.

Son gravados los trece servicios taxativamente enumerados en el art. 69. Los que no están allí mencionados están excluidos. Dentro de los **gravados** se encuentra el servicio de reparación (No. 4) que genéricamente consiste en componer o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa y por tanto incluye el específico de las llantas, que se conoce como reencauche.

Ahora bien, obsérvese que de los servicios de reparación en general, gravados, la ley exoneró solamente a dos, que menciona el art. 63 (Capítulo XVI Bienes exentos) sometiéndolos a tarifa cero - 0 -:

- el servicio de reparación de naves extranjeras y,

- el servicio de reencauche.

Por otra parte, proceden estas dos observaciones:

a) La ley reguló en el art. 70 cuales de los trece servicios gravados tienen derecho a descuentos y cuales no. Los primeros son: el revelado y fotocopias (# 3), el de **reparaciones** (# 4), el de mantenimiento con incorporación de repuestos (# 5) y el de fabricación o construcción de bienes corporales muebles por encargo (# 13).

b) El calificativo de "productor" según el art. 83, es quien agrega uno o varios procesos a las materias primas o mercancías, es perfectamente atribuible al servicio de reencauche, cuya técnica parte de una mercancía (llanta desgastada por el uso) para producir un artículo utilizable (llanta reencauchada).

Tenidas en cuenta las características generales del Impuesto al Valor Agregado, reseñadas al comienzo de este escrito y las anteriores sobre el estatuto legal, se concluye en forma absolutamente armónica que si el servicio de reparación sometido a impuesto otorga derecho a descuento de los pagados en los insumos, según el art. 70, necesariamente los dos únicos servicios de reparación que la ley ha calificado de exentos (tarifa -0-) como son el reencauche y la reparación de naves extranjeras, también técnicamente deben de gozar del descuento.

De haber querido el Legislador negarles tal derecho, no los habría calificado de exentos sino de excluidos, o los habría mencionado dentro de los que no tienen descuento en el art. 70, norma destinada a dar claridad a este tema.

Por todo ello, acepto la interpretación según la cual el segundo inciso del parágrafo primero del artículo 15 del Decreto 3541/83 al referirse a "productos de bienes de que trata en Capítulo XVI" comprende a los dos únicos servicios exentos que se encuentran en dicho Capítulo (que se denomina en forma general Bienes Exentos) y porque además, gozan del calificativo de "productores". No veo ninguna razón, técnica ni clara expresión del legislador de querer excluir de este sistema a los servicios exentos.

La interpretación literal exegética que contiene el concepto de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, de un claro sabor fiscalista y que la sentencia, sin agregar ningún argumento nuevo, considera que simplemente "reitera lo dicho en la norma que interpreta" estimo, por lo expuesto, que si "interpretó" la norma lo hizo en forma contraria -técnica y jurídicamente- al estatuto del IVA y por lo tanto, el Consejo estaba en capacidad de corregir aceptando la nulidad alegada y compartida por el Ministerio Público.

Jaime Abella Zárate.

Bogotá, D.E., octubre 23/90

RETENCION EN LA FUENTE/ CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS/ SERVICIOS-Concepto

Los artículos que se señalan como violados (31 de la Ley 20 de 1.979, parágrafo único, y 62 incido 4° del Decreto Extraordinario 3803 de 1.982), establecen la retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por los conceptos de comisiones, arrendamientos, participaciones, honorarios y servicios. No están comprendidos dentro del término servicios, los de construcción, urbanización y en general los de confección de obra material de bien inmueble. Para la Sala, la frase acusada del artículo 7° del Decreto Reglamentario 2775 de 1.983 se ajusta a la prescripción del Decreto 3803 de 1.982, artículo 62 inciso 4° en cuanto establece retención en la fuente sobre contratos de prestación de servicios. Esta calificación debe resultar del análisis de cada caso concreto a la luz del régimen de contratación Decreto 222 de 1.983 y artículo 2053 del Código Civil.

SENTENCIA INHIBITORIA-Improcedencia

Si bien el art. 7° del D. 2775/83 acusado, es norma abstracta y de contenido general, que no produce por si misma un efecto concreto, si ha podido generar por su aplicación o falta de aplicación, situaciones jurídicas concretas que pueden encontrarse "*sub lite*" por la interposición de recursos gubernativos o jurisdiccionales contra los actos administrativos que bajo su vigencia se hubieren producido. Es entonces necesario, en aras de la seguridad jurídica y garantía de los derechos de los administrados, un pronunciamiento de fondo y no un fallo inhibitorio.

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

Bogotá D.E., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 1625. Actor: CARLOS JULIO CASTRO MEDINA. AUTORIDADES NACIONALES. FALLO

Decide la Sala la demanda de nulidad impetrada por el ciudadano Carlos Julio Castro Medina contra el artículo 7° del Decreto Reglamentario No. 2775 de 1.983, expedido por el Gobierno Nacional el 28 de septiembre de 1.983.-

1. LA NORMA ACUSADA.

Dice así la norma acusada, en la parte que se subraya.

Decreto 2775 de 1.983, artículo 7°.-

"El porcentaje de retención en la fuente a título de impuesto a la renta sobre pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de servicios prestados, por las denominadas empresas de servicios temporales y de contratos de **prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble**, será del 2% del valor bruto del pago o abono en cuenta, cuando éste se haga a una sociedad anónima o asimilada y el 1% en los demás casos".-

2. NORMAS VIOLADAS.

"2.1.- Se señalan como violadas: la Ley 20 en su artículo 31, parágrafo que dispone: "Establécese una retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas por concepto de comisiones, arrendamientos y honorarios".-

"El Gobierno determinará mediante Decreto los porcentajes de retención en la fuente, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 2° de la Ley 38 de 1.969, sin que en ningún caso sobrepasen el 20% del respectivo pago".-

"2.2.- El Decreto 3803 de 1.982, en su artículo 62 inciso 4°, dice:

"La retención en la fuente se extiende a los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos ...".

En el trámite del proceso se decretó la suspensión provisional de la norma demandada mediante auto de agosto 19 de 1.987, que recurrido en súplica, fue revocado mediante providencia de marzo 11 de 1.988, en razón de que la norma demandada fue derogada, y, en consecuencia ya no producía efectos hacia el futuro, que es el fin perseguido con la suspensión provisional.-

3. CONCEPTO DE VIOLACION:

El actor considera que el Gobierno al expedir la norma acusada, so pretexto de reglamentar las disposiciones sustantivas sobre retención en la fuente, introdujo como objeto de retención una modalidad contractual nueva, que no estaba prevista en las normas reglamentadas con lo cual violó no solo éstas normas sino la Constitución Política.-

Esgrima así sus razones, el actor:

3.1.- Violación del artículo 120 # 3 que le otorga al Presidente de la República potestad reglamentaria, ya que al incluir como sujeto de retención los contratos de prestaciones de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material inmueble, que no estaban contemplados en la norma reglamentada, excedió la facultad reglamentaria del artículo 120 # 3, de la Constitución Nacional.-

3.2.- Violación del artículo 76 de la Constitución Nacional, porque al extralimitar la facultad reglamentaria el Gobierno Nacional bajo el pretexto de expedir el reglamento, se atribuye competencia legislativa que constitucionalmente corresponde al Congreso Nacional.-

3.3.- Violación del artículo 55 de la Constitución Nacional.- Se alega que esta norma establece la separación de los poderes públicos, y conforme a élla no puede el ejecutivo, salvo los casos de excepción, apartarse de la norma positiva al reglamentarla.-

3.4.- Violación del artículo 31 de la Ley 20 de 1.979, parágrafo, y 62 del Decreto 3803 de 1.982, que establecen la obligación de retener en la fuente los impuestos sobre honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos, pero no sobre contratos de prestaciones de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble.-

Por lo tanto, cuando el Gobierno a través del Decreto Reglamentario incluye estos conceptos, está señalando actividades distintas a las reguladas en la ley para efectos de la retención en la fuente, de lo cual resulta ostensible su violación por la ampliación de los alcances de la noción consagrada en la ley, por la frase acusada del Decreto Reglamentario, la cual vulnera por exceso el uso de la facultad reglamentaria.-

3.5.- Formula conceptos de violación de los artículos 81 y 163 del Decreto 222 de 1.983, 2053 del C.C. y hace otras consideraciones sobre normas posteriores a la vigencia de la norma demandada.-

Con el fin de reafirmar el concepto de la violación transcribe (fl. 42) el auto de febrero 1° de 1.984, proferido por esta Corporación, dentro del proceso **19.739**, contentivo de la acción de nulidad que sobre el mismo artículo intentó la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores y por el cual se suspendió provisionalmente la frase acusada del artículo 7° del Decreto Reglamentario 2775 de 1983.-

4. LA OPOSICION

El apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, estima:

4.1.- Que por haber sido subrogada la norma en su totalidad tanto por la ley 50 de 1.984 como por los Decretos 1512 artículo 5° y 2509, artículo 8° de 1.985, hay sustracción de materia, y por lo tanto solicita que la Corporación se declare inhibida para fallo de fondo.-

4.2.- Que por no ser la retención un impuesto, sino una medida de recaudo, la regulación de los elementos que la componen, como son sujeto pasivo, hecho generador y tarifa, son de competencia del Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 120-11 de la Constitución Nacional.-

Trae para reafirmar su criterio, apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de febrero 9 de 1.984, mediante la cual se resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 86 de la Ley 09 de 1.983.-

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El Fiscal Tercero, Doctor Jaime Ossa Arbeláez, considera que, dada la circunstancia de que la demanda persigue que se anule una norma reglamentaria general y abstracta, que se encuentra derogada, la Corporación debe producir fallo inhibitorio por sustracción de materia.-

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

En primer lugar, la Sala precisa que si bien el artículo 7° del Decreto 2775 de 1.983, que se acusa, es norma abstracta y de contenido general, que no produce por sí misma un efecto concreto, sí ha podido generar por su aplicación, o falta de aplicación, situaciones jurídicas concretas que pueden encontrarse *sub lite* por la interposición de recursos gubernativos o

jurisdiccionales contra los actos administrativos que bajo su vigencia se hubieren producido.-

Es entonces, necesario en aras de la seguridad jurídica y garantía de los derechos de los administrados, un pronunciamiento de fondo y no un fallo inhibitorio, como lo consideran tanto el agente del Ministerio Público, como el apoderado judicial del Ministerio de Hacienda.-

Observa la Sala que el tema de discusión radica fundamentalmente en precisar, si efectivamente el artículo 7° del Decreto Reglamentario 2775 de 1.983, al sujetar a retención en la fuente los pagos por servicios de construcción, urbanización y confección de obra material inmueble en general, introdujo o no, un concepto nuevo que no existía en la Ley 20 de 1.979, artículo 31, parágrafo único, ni en el Decreto Extraordinario 3803 de 1.982 artículo 62 inciso 4°, como objeto de retención en la fuente. Para mejor entendimiento de la cuestión debatida, se procede a transcribir íntegramente las normas en conflictos.-

"Ley 20 de 1.979.

"Artículo 31.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 139 de enero 25 de 1.979, las personas jurídicas que efectúen pagos en dinero o en títulos representativos de éste por concepto de intereses, deberán retener en dinero al momento de efectuar el pago y a título de impuesto sobre la renta y complementarios el 5% del total del respectivo pago".-

"Para este efecto, se aplicarán en lo pertinente las previsiones de la ley 38 de 1.969 y la ley 52 de 1.977".

"Los pagos por concepto de intereses que se hagan a los establecimientos de crédito sometidos al control de la vigilancia de la Superintendencia Bancaria no están sujetos a la retención establecida en este artículo".-

"PARAGRAFO.- **Establécese una retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas por concepto de comisiones, arrendamientos, participaciones y honorarios.-**

"El Gobierno determinará mediante decreto los porcentajes de retención, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 2° de la ley 38 de 1.969, sin que en ningún caso sobrepasen el 20% del respectivo pago" (Lo subrayado es de la Sala).-

"DECRETO LEGISLATIVO 3803 DE 1.982.

"ART. 62.- Establécese una retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que efectúen las personas jurídicas y sociedades de hecho, por

concepto de rendimientos financieros, tales como: intereses, descuentos, beneficios, ganancias, utilidades y, en general lo correspondiente a rendimiento de capital o a diferencias entre valor presente y valor futuro de éste, cualesquiera sean las condiciones o nominaciones que determinen para el efecto".-

"En el caso de títulos con descuentos, tanto el rendimiento como la retención se causan en el momento de la enajenación del respectivo título, sobre la diferencia entre el valor nominal del título y el de colocación o sobre la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación, cuando este último fuere inferior al de adquisición".-

"En el evento de que el título sea redimible por un valor superior al nominal, este exceso se agregará a la base sobre la cual debe aplicarse la retención".-

"**La retención en la fuente se extiende a los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos. En el caso de arrendamientos, cuando existiere intermediación, quien recibe el pago deberá expedir a quien lo efectuó, un certificado en donde conste el nombre y NIT del respectivo beneficiario y, en tal evento, la consignación de la suma retenida de hará a nombre del beneficiario**" (subraya la Sala).

"DECRETO REGLAMENTARIO 2775 DE 1.983".

"ART. 7°.- El porcentaje de retención en la fuente a título del impuesto de renta sobre pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de servicios prestados por las denominadas empresas de servicios temporales y **de contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble**, será del dos por ciento (2%) del valor bruto del pago o abono en cuenta cuando éste se haga a una sociedad anónima o asimilada y del uno por ciento (1%) en los demás casos".

Los artículos que se señalan como violados, establecen la retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por los conceptos de comisiones, arrendamientos, participaciones, honorarios y servicios.

Esta Sección consideró que no están comprometidos dentro del término SERVICIOS, los de la construcción, urbanización y en general los de confección de obra material de bien inmueble.- En efecto, mediante auto de fecha febrero 10 de 1.984, dictado dentro del proceso 1979 contentivo de la demanda en acción de nulidad interpuesta por la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores, contra la misma norma previo estudio y confrontación del Decreto acusado con las leyes reglamentadas, encontró que el reglamento sí excedía las

normas sustantivas que regulaban la retención en la fuente y por lo tanto lo suspendió provisionalmente.- Esta providencia fue confirmada por providencia de mayo 14 de 1.984, proferida por la Sala de Decisión de la Sección Cuarta de esta Corporación al conocer del recurso de súplica intentado por el apoderado judicial del Ministerio de Hacienda.

Aunque el proceso no se falló de fondo, debido a los luctuosos hechos del seis y siete de noviembre de 1.985 y como el interesado no pidió oportunamente su reconstrucción, fue preciso de conformidad con la ley, declarar su terminación por abandono y levantar la suspensión provisional, pero las razones de orden legal hechas sobre el fondo de la cuestión tienen vigencia, y por ello se transcribe lo dicho por la Corporación en dicha oportunidad:

1.- En el auto de fecha 10 de febrero de 1.984:

"Hecha la confrontación de las normas en conflicto, a saber, el artículo 7° del Decreto Reglamentario 1775 de septiembre 28 de 1.983 con las normas de superior jerarquía que también fueron transcritas, se tiene que evidentemente el artículo 7° del Decreto 2775 de septiembre 28 de 1.983 introdujo un concepto nuevo que no existía en la Ley 20 de 1.979 ni en el Decreto 3803 de 1.983, como objetos de retención en la fuente, al señalar además, como sujetos a retención en la fuente, los pagos por contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble, por lo cual asiste razón al actor".- (Fls. 16 y 17).-

2.- En la providencia de mayo 14 de 1.984:

"Resulta muy claro que el artículo 31 de la Ley 20 de 1.979 consagró en el inciso 1° de su parágrafo la obligación de retener en la fuente por "pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas por concepto de comisiones, arrendamientos, participaciones y honorarios" y que el Decreto 3803 de 1.982 en su artículo 62 amplió esa obligación por el pago que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de "servicios". "Ahora bien, la frase del artículo acusado del Decreto 2775 de 1.983, aplica la noción de servicios a los contratos de construcción, urbanización y en general de obra material de bien imnueble que según el criterio del delegado de la Dirección de Impuestos es el que gobierna la idea de servicios utilizada en la Ley 14 de 1.983 que dicta norma de carácter general para el cobro del impuesto de industria y comercio a nivel municipal, y que considera aplicable el criterio que tuvo el legislador en el Decreto 3803, al incluir como materia de retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta por razón de la prestación de servicios".-

"En primer lugar, cabe observar que la Ley 14 de 1.983 es posterior en el tiempo al decreto extraordinario 3803 de 1.982 luego mal puede pensarse

que el legislador tuvo en cuenta ese criterio para definir la noción de servicio que contiene la norma reglamentada".-

"En segundo lugar, no puede perderse de vista que mientras la Ley 14 de 1.983, fija directrices para determinar los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio por el hecho de determinadas actividades dentro de las respectivas jurisdicciones municipales por razón de uso y aprovechamiento de la infraestructura municipal en "inmuebles determinados", la norma que reglamente el Decreto 2775 de 1.983 se refiere a la obligación de las personas jurídicas y de las sociedades de hecho de retener un porcentaje de los pagos hechos a terceros por razón de "servicios" prestados. para efectos de producir un recaudo anticipado del impuesto a la renta".-

"No es posible por lo tanto utilizar el mismo criterio para calificar de igual manera la noción de servicios que trae una norma y la otra".-

"Por otra parte, la clasificación de las distintas clases de contratos que contiene el decreto 222 de 1.983, que es anterior al decreto 2775, apenas sirve parcialmente para ubicar la noción de servicios de que trata el decreto 3803, por cuanto aquel se refiere a contratos administrativos y de derecho privado de la administración y éste se refiere a la obligación impuesta a las personas jurídicas y sociedades de hecho para retener un porcentaje de los pagos hechos por concepto de "servicios", ya que esta noción no implica necesariamente la existencia de un contrato ni el contrato excluye la noción de "servicios".-

"Pero en materia de contratación administrativa es indudable que la ley distinguió claramente entre el contrato de obras públicas y el contrato de prestación de servicios (artículo 814 y 163 del decreto 222 de 1983) y resultaría muy difícil aplicar un criterio distinto al señalado en esa ley para determinar que clase de pagos son susceptibles de retención dentro de la noción de "servicios" que señala el decreto 3803". "En cambio, en tratándose de los pagos hechos por personas jurídicas y sociedades de hecho sujetas al régimen del derecho privado hay que buscar este criterio en las disposiciones pertinentes, tales como el Código Civil y el Código de Comercio así como la aceptación jurídico-gramatical del término "servicios". "Por lo pronto, la mención que hace la norma de "Contratos...de confección de obra material de bien inmueble", necesariamente tiene que referirse a un contrato típico reglamentado por el Código Civil en el Capítulo VIII del Título 26 del Libro 4° y expresamente el artículo 2053 pone de manifiesto que según las condiciones que se acuerden, puede convertirse en contrato de arrendamiento o en contrato de venta y bien se sabe que la retención no opera para el contrato de venta y que expresamente se distingue en el Decreto 3803 entre el arrendamiento y los "servicios", luego no puede pensarse que este tipo de contratos esté incluído dentro de la última noción".-

"Resulta ostensible por lo tanto, que la ampliación de los alcances de la noción consagrada en la Ley por la frase acusada que contiene el decreto reglamentario, la vulnera por exceso en el uso de la facultad reglamentaria". (fls. 26 a 29).-

Para la Sala la frase acusada del artículo 7° del Decreto Reglamentario 2775 de 1.983 se ajusta a la prescripción del Decreto 3803 de 1.982, artículo 62 inciso 4° en cuanto establece retención en la fuente sobre contratos de prestación de servicios. - Esta calificación debe resultar del análisis de cada caso concreto a la luz del régimen de contratación Decreto 222/83 y artículo 2053 del C.C.-

Si el contrato no es de servicios de acuerdo con lo antes expuesto no hay lugar a retención.-

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

FALLA :

NIEGANSE las peticiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva .-

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Archívese el expediente.-

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; (Salva el voto), *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

Nota de Relatoría: *El salvamento de voto es en esencia el mismo que correspondió al fallo de octubre 5/90, Exp. 1723, aquí publicado, sobre la procedencia de la sustracción de materia.*

SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos/ **SUSTITUCION DE BASE LEGAL/ POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA**-Funciones/ **ENCAJE LEGAL/ JUNTAMONETARIA**-Facultades

Los efectos cumplidos con base en actos administrativos con base en normas declaradas inexequibles o nulas, y que no se hallan sujetos a controversia judicial, guardan su intangibilidad, dado que la declaratoria de nulidad cuando el fallo culmina en proceso desatado en ejercicio de una acción pública de ese tipo, no tiene, en principio, efectos retroactivos, y que la desaparición del precepto obra *ex nunc* o sea hacia el futuro, por lo que en adelante, no puede tomarse decisión fundamental en el mismo, dada su inexistencia a partir de la fecha en que la sentencia que lo declaró injurídico adquiera firmeza.

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

Bogotá, D.E., Octubre doce (12) de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Radicación 1846. Apelación sentencia de Abril 29 de 1.987 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de las resoluciones 1664 y 5663 de 1.984 de la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco Central Hipotecario. FALLO.

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por el Banco Central Hipotecario contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 29 de Abril de 1.987 mediante la cual negó las pretensiones de la demanda tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones # 1664 y 5663 del 30 de Abril y 9 de Noviembre de 1.984, de la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES:

Con fundamento en el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980 y mediante la Resolución # 1664 del 30 de Abril de 1.984, la Superintendencia Bancaria impuso una sanción de $28.908.718.54 al Banco Central Hipotecario, Sección de Ahorro y Vivienda, por los defectos de encaje presentados durante el mes de Diciembre de 1.983.

El Banco Central Hipotecario interpuso recurso de reposición contra dicha decisión el cual le fue resuelto desfavorablemente mediante la Resolución # 5663 del 9 de Noviembre de 1.984.

Las dos resoluciones citadas fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en el libelo se citan como violadas las siguientes normas: artículos 2, 16, 20, 23, 26, 28, 32, 55, 76 numeral 1° y 120 numeral 14 de la Constitución Nacional; artículo 1° del decreto ley 100 del 23 de Enero de 1.980; artículo 84 inciso 2° del Decreto Ley 61 de 1.984 en cuanto consagra la incompetencia como causal de nulidad de los actos administrativos; artículo 215 de la Constitución Nacional por falta de aplicación por parte de la Superintendencia Bancaria.

En el aparte relativo al concepto de violación de las citadas normas, el actor se refiere a los cuestionamientos que en su oportunidad se hicieron al artículo 3° del decreto 252 de 1.980 y a las consideraciones que tuvo en cuenta el Consejo de Estado para declarar su inconstitucionalidad en sentencia del 23 de Noviembre de 1.984 y con relación al "acto administrativo complejo acusado" concluye "... y teniendo en cuenta que la sanción económica impuesta a la entidad bancaria actora, tuvo su fundamento legal -desde el punto de vista de competencia de la Superintendencia Bancaria- en el susodicho artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, no cabe llegar a otra conclusión diferente, a la de que la sanción igualmente está viciada de nulidad por inconstitucionalidad, por cuanto la pena o sanción, repito, no está prevista en ley, es decir, en acto del Congreso Nacional y, por consiguiente tampoco tenía esa competencia sancionadora la Superintendencia Bancaria".

Agrega que el acto administrativo acusado perdió su fuerza ejecutoria por desaparición de un fundamento de derecho.

EL FALLO APELADO:

Luego de referirse a la sentencia del 23 de Noviembre de 1.984 del Consejo de Estado mediante la cual se declaró la nulidad del citado decreto 252 de 1.980, de la inexequibilidad del acto Legislativo # 1 de 1.979 y precisar los efectos de dichas decisiones jurisdiccionales al Tribunal *a quo* anota que:

"... se debe tener en cuenta que la declaratoria de nulidad del artículo 3o. del Decreto 252 de 1.980 se produjo con posterioridad a la expedición de los actos que impusieron la sanción a la demandante y el agotamiento de la vía gubernativa, aunque con anterioridad a la presentación a la demanda que dió lugar a este proceso, la cual se hizo oportunamente y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho. Esto significa que en realidad la situación jurídica no se había consolidado con anterioridad a la declaratoria de nulidad, pues, de una parte, a la fecha de la sentencia no había caducado la acción de restablecimiento del derecho y, por otra, la demandante hizo uso del recurso establecido en la vía gubernativa aduciendo los mismos argumentos que expuso en este proceso y en el que dió lugar a la mencionada nulidad, y, por lo mismo, esa decisión anulatoria trae como consecuencia evidente la de que los actos acusados no podían tener como sustento jurídico el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980. Esta conclusión emerge de la siguiente distinción que se hace en la doctrina sobre las situaciones jurídicas consolidadas o no consolidadas: a). Las situaciones jurídicas creadas con base en una norma que posteriormente sea declarada nula se consolidan en el evento de que no se haga uso de la vía gubernativa, o que si se hace no de los resultados esperados, ó en el de que no se haya utilizado oportunamente la vía jurisdiccional para impugnar los correspondientes actos; b). Si por el contrario en el momento de la declaratoria de nulidad de la norma legal que le sirve de sustento a un acto, aún no se ha agotado la vía gubernativa o vencido la oportunidad para acudir a la vía jurisdiccional en impugnación de dicho acto, la realidad es la de que la situación jurídica no se ha definido o consolidado".

El Tribunal acepta la posibilidad de sustitución de la base legal, anota que las resoluciones cuestionadas invocan en términos generales, las atribuciones legales y encuentra que el citado y anulado artículo 3° del decreto 252 de 1.980 contiene el mismo texto del artículo 4° de la Resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, para concluir que "... Por Tanto, los resultados de la aplicación de una u otra en el caso controvertido no difieren, por cuanto, en ambos casos, la determinación del desencaje, el porcentaje aplicable como sanción, el total de la suma liquidada como sanción y el funcionario encargado de imponerla son unos mismos y coinciden en su totalidad".

Luego analiza la competencia de la Junta Monetaria para regular el encaje bancario, el de las Corporaciones deAhorro y Vivienda, así como para establecer sanciones por defectos de encaje, y se refiere finalmente a las excepciones de inconstitucionalidad del artículo 23 de la Ley de 1.973 y de las resoluciones 30 y 65 de 1.979, para concluir que no prosperan por lo siguiente:

"a).- Como lo tiene establecido la jurisprudencia y la doctrina, para que proceda la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el art. 215 de la Constitución Nacional se requiere que surja una violación manifiesta, ostensible, de una norma de la Carta por parte de una norma de inferior jerarquía, en forma tal que la infracción sea inobjetable, no ofrezca ningún

motivo de duda, y en el caso del art. 23 de la Ley 7a. de 1.973 en cuanto le asignó la función de establecer sanciones a la Junta Monetaria por defectos en el encaje, no se aprecia una contradicción de esa magnitud como para proceder a aplicar la excepción y deducir consecuencialmente que el Superintendente Bancario debía aplicar esa excepción y no podía imponer la sanción cuestionada con fundamento en la mencionada resolución.

"b).- Si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia al declarar la inexequibilidad del artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973 mediante sentencia del 14 de diciembre de 1.973 no examinó el cargo relativo a la inconstitucionalidad al denegar la facultad de establecer sanciones o penas en un organismo dependiente del Gobierno, sino otros motivos, la deducción es la de que la alegada inconstitucionalidad no es manifiesta, ostensible, pues, de lo contrario, el Juez Constitucional la hubiese declarado.

"c).- Si bien en las citadas sentencias del Consejo de Estado no se examinó el punto relativo al establecimiento de sanciones por la Junta Monetaria, pues los artículos acusados no regulaban ese aspecto, esa Corporación si tuvo oportunidad de resolver sobre la nulidad de una norma que si contempla ese aspecto como lo es el artículo 9° de la Resolución número 50 de 1.974 de la Junta Monetaria y en sentencia de septiembre 28 de 1.984, expediente N° 8648, Sección Cuarta, cuyo ponente fue el Consejero Dr. CARMELO MARTINEZ CONN, tampoco declaró la nulidad, como bien pudo hacerlo en el caso de que hubiese advertido la violación aducida, sobre todo tratándose del motivo de la incompetencia que puede declararse en forma oficiosa.

"De otra parte en cuanto al planteamiento del apoderado de la actora en el sentido de que las Resoluciones números 30 y 65 de 1.979 de la Junta Monetaria no son obligatorias por no haberse publicado en el Diario Oficial, conforme a lo establecido en el artículo 43 del C.C.A., se puede anotar que el requisito sobre la publicación debió quedar suficientemente claro en los procesos de nulidad que se adelantaron en el Consejo de Estado con respecto a las Resoluciones 30 y 53 de 1.979 y 50 de 1.974 y que concluyeron con sentencia de mérito, y, por tanto, no es del caso buscar una prueba distinta sobre ese punto".

EL RECURSO DE APELACION:

Argumenta el recurrente que los actos demandados no se fundaron en las resoluciones # 30 y 65 de 1.979 de la Junta Monetaria sino en el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, declarado nulo.

Propone la excepción de inconstitucionalidad de las citadas resoluciones y del artículo 23 de la Ley 7 de 1.973 y afirma al respecto:

"El *a-quo*, en la sentencia recurrida, no acepta la excepción de inconstitucionalidad que planteé contra el art. 23, literal a), de la Ley 7a. de 1.973, porque dice que esa inconstitucionalidad no es manifiesta, ni ostensible, y que si así fuera, el juez del control constitucional así lo hubiere declarado en la sentencia de 14 de diciembre de 1.973.

"Tampoco acepta mi argumento de falta de obligatoriedad de las resoluciones 30 y 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, por su no publicación en el Diario Oficial, requisito indispensable para su vigencia y ejecutividad, alegando que esa publicación debió quedar suficientemente establecida al conocer y fallar el Consejo de Estado la acción de nulidad instaurada contra la primera de las mencionadas y contra las resoluciones 53 de 1.979 y 59 de 1.974 que no están jugando papel alguno en esta controversia.

"Sobre el primero, yo simplemente me permito solicitar al H. Consejo de Estado que diga expresamente si es o no ostensible el quebrantamiento de los arts. 76, numeral 12, y 57 de la Constitución Nacional, cuando una ley otorga o delega funciones del Congreso en organismos administrativos que no constituyen el Gobierno, según lo que por tal ordena entender la propia Constitución, y cuando, por otro lado, esa delegación no se ha hecho en forma *pro-témpore*, como lo exige la norma del artículo 76 indicada.

"Sobre lo segundo, simplemente exijo que se me diga si las resoluciones que se le están aplicando a mi representada, en defecto de la invocada en el acto acusado y declarada nula, fueron o no publicadas, condición indispensable para que obliguen a los destinatarios de ellas, y si no habiendo sido publicadas, es posible que rijan, se apliquen o gobiernen situaciones jurídicas".

ARGUMENTOS DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA:

La Señora apoderada de la Superintendencia Bancaria se opone a la prosperidad del recurso y trae citas jurisprudenciales en las cuales tanto el Tribunal como el Consejo de Estado se han pronunciado sobre el tema, en sentido opuesto a las pretensiones del recurrente.

ULTIMO ALEGATO DEL RECURRENTE:

En "alegato de conclusión" el recurrente argumenta que con los actos demandados se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional en cuanto se

desconoció el derecho de defensa de la parte actora, porque con los actos demandados se le impusieron sanciones sin habérsele solicitado explicaciones previas.

CONCEPTO FISCAL:

El Señor Fiscal Tercero de la Corporación propone la confirmación del fallo apelado, por considerar que enfrente a la ley 7 de 1.973, artículo 23, existe cosa juzgada, y cita en respaldo de su tesis diferentes jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia en las cuales fundamenta el carácter de definitivo y absoluto de sus fallos.

Enfrente a lo anterior considera inocua la censura hecha a las Resoluciones 30 y 65 de 1.979 de la Junta Monetaria.

Y en cuanto a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional anota que dicho argumento no se planteó en la demanda.

Concluye que debe confirmarse el fallo apelado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Aunque según los antecedentes mencionados, los planteamientos de la demanda se refieren fundamentalmente a la inconstitucionalidad del artículo 3° del decreto 252 de 1.980, el cual sirvió de fundamento a los actos demandados, el recurso de apelación plantea la excepción de inconstitucionalidad del artículo 23 de la ley 7 de 1.973, de las resoluciones 30 y 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, cuestiona la sustitución de la base legal y afirma que las citadas resoluciones no fueron debidamente publicadas. Y en el alegato final aduce violación del derecho de defensa.

Por ello para resolverlo, la Sala se referirá a:

1°. Efectos de la nulidad del Decreto 252 de 1.980 respecto de los actos demandados.

2°. Excepción de inconstitucionalidad del artículo 23 de la Ley 7 de 1.973.

3°. Excepción de inconstitucionalidad de las resoluciones 30 y 65 de 1.979 de la Junta Monetaria.

4°. Publicación de las resoluciones 30 y 65 de 1.979 proferidas por la Junta Monetaria.

5°. Violación del Derecho de defensa.

1°. Efectos de la nulidad del artículo 3 del Decreto 252 de 1.980 respecto de los actos demandados.

En casos similares al que se resuelve, la Sección ha tenido oportunidad de analizar este aspecto, con criterios que ahora reitera, en los siguientes términos:

"Ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control judicial de la medida sancionadora permite darse en esa materia una cuestión de naturaleza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones contra conductas lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de la libertad personal.

"La Sección en providencia de 23 de noviembre de 1.984 declaró nulo el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980.

"Los actos administrativos dictados con base en el precepto previamente a su anulación conservan su presunción de legales y deben ser aplicables, salvo el derecho de quienes las hayan impugnado debidamente ante esta jurisdicción.

"Pero si, con ocasión de la ejecución, se propone contra ellos la excepción de inconstitucionalidad del acto base, es claro que no puede sostenerse la juricidad de aquellos por la desaparición de este último.

"Así las cosas, como la acción de nulidad no tiene en principio efecto retroactivo, el acto administrativo produce la plenitud de sus efectos anteriores y solo con posterioridad a su anulación pueden considerarse ilegales los dictados con base en él.

"La Sala aprovecha la ocasión para precisar cómo los efectos cumplidos con base en actos administrativos con base en normas declaradas inexequibles o nulas. y que no se hallan sujetos a controversia judicial, guardan su intangibilidad, dado que la declaratoria de nulidad cuando el fallo culmina en proceso desatado en ejercicio de una acción pública de este tipo, no tiene, en principio, efectos retroactivos, y que la desaparición del precepto obra *ex nunc* o sea hacia el futuro, por lo que en adelante, no puede tomarse decisión fundamental en el mismo, dada su inexistencia a partir de la fecha en que la sentencia que se declaró injurídico adquiera firmeza.

"Ahora bien, con relación al acto concretamente demandado, la actora propuso su declaratoria de nulidad por virtud de la inconstitucionalidad del acto base, art. 3°, del Decreto 252 de 1.980.

"Anulado como se halla este precepto, debe entenderse que él no sirve de soporte al acto acusado en este proceso... Pero ha de entenderse que la normatividad sustituida por el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, no perdió vigencia y por ello la legalidad del acto acusado ha de examinarse a la luz de los preceptos. (Expediente 1035 Sentencia del 24 de Julio de 1.987, actor DAVIVIENDA, ponente Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque).

En el fallo apelado se acogieron los anteriores criterios y en desarrollo de los mismos se consideró que por encontrarse vigente la resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, la cual contenía la misma previsión del derogado y anulado artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, se daba la sustitución de la base legal.

Pero este último planteamiento hecho por el *a quo*, no resulta válido ya que para la fecha en que se incurrió en el desencaje sancionado por los actos demandados, no estaba vigente la citada resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, es decir no había norma que permitiera afirmar la sustitución de la base legal.

En efecto, el desencaje sancionado ocurrió en el mes de Diciembre de 1.983 y la resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria había sido derogada expresamente por la Resolución 100 del 16 de Noviembre de 1.983, lo cual lleva a la conclusión de que dicha Resolución 65 de 1.979, no puede considerarse como fundamento de los actos demandados, ante la derogatoria y anulación del citado artículo 3° del decreto 252 de 1.980.

Por lo anterior los actos demandados deberán anularse, como consecuencia de la anulación de la norma que les sirvió de base y ante la ausencia de norma por la cual sustituir su base legal.

Aunque lo hasta aquí expuesto sería suficiente para resolver la presente controversia, la Sala considera pertinente analizar los demás aspectos cuestionados por referirse a controversias de interés doctrinario.

2°. Inconstitucionalidad del artículo 23 de la Ley 7 de 1.973.

Aunque este argumento no se esgrimió en la demanda, lo cual sería suficiente para desechar el cargo, la Sala procede a analizarlo en cuanto sí fue objeto de análisis en el fallo recurrido y se plantea nuevamente con motivo del recurso de apelación.

Considera el recurrente que aunque la Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad del citado artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973, mediante sentencia del 14 de Diciembre de 1.973, en dicha oportunidad no se cuestionó como ahora él lo plantea, la constitucionalidad de la norma enfrente al ordinal 12 del artículo 76 de la

Constitución Nacional, el cual a su juicio resultó vulnerado, en cuanto en la citada ley se otorgan facultades propias del Congreso a un ente que no constituye gobierno, de acuerdo con el artículo 57 de la Constitución Nacional y por un tiempo indefinido.

Al respecto, la Sala considera:

Mediante sentencia del 14 de Diciembre de 1.973 la Corte Suprema de Justicia declaró la exequibilidad del artículo 23 de la ley 7a. de 1.973, mediante el cual se adicionaron las funciones de la Junta Monetaria y en su literal a) estableció como competencia de dicha Junta la de :

> "a) Fijar, variar y reglamentar el encaje de los bancos, cajas de ahorro, corporaciones financieras y, en general, de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término de establecer encajes diferenciales de acuerdo con las clases de activos que se quiera fomentar o desalentar; señalar los sistemas de cómputo para liquidar los encajes y establecer y definir las infracciones a las normas sobre encaje, así como establecer las sanciones por el incumplimiento de las mismas.
>
> "Las sanciones correspondientes a las infracciones sobre las disposiciones de encaje, deberán aplicarse por la Superintendencia Bancaria."

Y en su inciso final modificó el ordinal g) del artículo 3° del Decreto 2206 de 1.963.

La citada providencia, en lo relativo al artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973 concluye que se relaciona con las funciones propias de la Junta Monetaria y por lo tanto, es de competencia soberana y excluyente del Congreso, establecerlas por medio de la ley.

A dicha conclusión llega luego de hacer un análisis detallado de las competencias del poder público monetario que corresponden al Congreso Nacional y al Presidente de la República a la luz de las normas pertinentes de la Constitución Nacional. Lo que indica, que si bien no se refirió expresamente al ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, si examinó y definió la asignación de las citadas funciones por la ley demandada llegando a concluír la constitucionalidad de este precepto, cuando afirma:

> "De acuerdo con este régimen legal, es forzoso concluír que la adopción de dirección de la política monetaria del Estado, sin reserva, está encomendada a la Junta Monetaria, por decisión soberana y privativa del Congreso, y como una expresión democrática de la voluntad popular; lo cual se refuerza con el hecho probado de que la misma Ley impugnada, 7a. de 1.973, hacen parte los artículos 23 y 24 que amplían tal competencia.

Además, observa la Sala que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de Junio de 1.969 declaró la exequibilidad del artículo 5° de la ley 21 de 1.963 y del

artículo 6° del Decreto 2206 de 1.963, relacionados con las funciones de la Junta Monetaria, a pesar de que en esa oportunidad, en la demanda se citó expresamente como norma violada el ordinal 12 del Artículo 76 de la Constitución Nacional, razón por la cual es forzoso concluir que la Corte Suprema de Justicia examinó la norma acusada enfrente a lo dispuesto por el citado ordinal con relación a las facultades extraordinarias que otorga el Congreso, sin que llegare a concluír su violación.

Los anteriores planteamientos, a juicio de la Sala, llevan a la conclusión de que el artículo 23 de la ley 7a. de 1.973 se ajusta a la Constitución y por ello no es aplicable la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el recurrente.

3°. Excepción de inconstitucionalidad de las Resoluciones 30 y 65 de 1.979 proferidas por la Junta Monetaria.

El recurrente plantea la inconstitucionalidad de dichas resoluciones "...por corresponder al ejercicio de una facultad o competencia radicada de manera exclusiva en la ley ...". Se refiere a la competencia para establecer hechos constitutivos de faltas o delitos y señalar sanciones o penas.

La competencia que ejerció la Junta Monetaria en las cuestionadas resoluciones tiene su fundamento legal en el artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973, el cual como ya se anotó fue declarado ajustado a la Constitución por la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 14 de diciembre de 1.973).

Según dicho artículo, es función de la Junta Monetaria, regular todo lo relacionado con el encaje de las instituciones financieras, facultad que también fue reconocida en sentencia de esta Corporación del 23 de noviembre de 1.984 cuando dijo:

> "Así las cosas, es el caso de anular la norma demandada por las razones expuestas en esta providencia, que esencialmente radica en la consideración de que la Constitución reservó al Legislador la materia relacionada con el manejo de la moneda. Se hará pronunciamiento de fondo puesto que todo lo relacionado con el encaje legal de las instituciones financieras es atribución de la Junta Monetaria, como lo decidió la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de diciembre de 1.973 en sede constitucional en la que se declaró exequibles los artículos 21,22 y 23 de la Ley 7a. de 1.973, y el 24 inciso 1o. literales a) y d)".

Se trata, entonces, del ejercicio de una atribución propia de la Junta Monetaria, asignada por expreso mandato legal, al desarrollar su carácter de organismo encargado de la dirección monetaria, cambiaria y crediticia, y como tal señalar los sistemas de cómputo para liquidar los encajes a que están obligadas las entidades financieras, definir las infracciones sobre encaje y establecer las sanciones correspondientes.

Por otra parte, es del caso reiterar, el criterio que ha sostenido la Sala en varias

providencias, con relación a la distinción que debe hacerse entre las normas de carácter penál y aquellas regulaciones administrativas que establecen sanciones.

En sentencia del 24 de Julio de 1.987, expediente 1035, Consejero Ponente Doctor Hernán Guillermo Aldana dijo al respecto:

> "Ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, y en la naturaleza del procedimiento, ni el control judicial de la medida sancionadora permite ver en esa materia una cuestión de naturaléza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones contra conductas lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de la libertad personal".

Así que, las resoluciones cuestionadas fueron expedidas por la Junta Monetaria en ejercicio de atribuciones expresas que le dio la ley y al regular la materia del encaje bancario en sus diferentes aspectos, no expide normas que regulen delitos y sus sanciones, cuya diligencia sea competencia del legislador.

Por lo expuesto, no es aplicable la excepción de inconstitucionalidad de las citadas resoluciones.

4°. Publicaciones de las resoluciones 20 y 65 de 1.979, proferidas por la Junta Monetaria.

En contra de la afirmación hecha en el recurso, encuentra la Sala, que las citadas resoluciones si fueron publicadas así:

Resolución 30 de 1.979 en el Diario Oficial # 35269 del día jueves 17 de mayo de 1.979, página 583. Resolución 65 de 1.979 en el Diario Oficial # 35445 del día 29 de enero de 1.980, página 314.

Lo anterior hace inaceptable este argumento.

5°. Violación del derecho de defensa.

El desconocimiento del derecho de defensa por los actos demandados, lo plantea la parte actora y recurrente en su último memorial de alegato de conclusión en la tramitación del recurso.

Como no fue planteado en la demanda y por ello, tampoco fue objeto de pronunciamiento en el fallo recurrido, encuentra la Sala improcedente considerarlo en esta oportunidad procesal, ya que la demanda en el proceso Contencioso Administrativo es el acto procesal introductorio, que como tal, debe llenar determinados requisitos formales y de fondo.

En efecto, la demanda es el instrumento para precisar la acción ejercida, formular las pretensiones y fijar el marco jurídico del proceso y por lo tanto de la sentencia. Es por ello, que el artículo 137 del Decreto 01 de 1.984 establece lo que debe contener la demanda y exige la precisión de los fundamentos de derecho de las pretensiones y si se trata de la impugnación de un acto administrativo también se deben indicar las normas violadas y el concepto de la violación.

Pero, todo lo anterior, que son los aspectos que definen los límites jurídicos del proceso, debe precisarse en la demanda y no posteriormente, así como tampoco puede modificarse con motivo de un alegato de conclusión.

De acuerdo con lo planteado, el recurso debe prosperar con fundamento en lo establecido en el punto 1° de las consideraciones.

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 :

Revócase la sentencia apelada.

Anúlanse las resoluciones números 1664 y 5663 del 30 de Abril y 9 de Noviembre de 1.984 respectivamente.

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, Bernardo Ortiz Amaya,* Conjuez.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

DECAIMIENTO DEL ACTO

Los actos acusados sufren el fenómeno del decaimiento, figura que se consagró en nuestra legislación positiva en el artículo 66 del Decreto 01 de 1.984. Se observa que en realidad si alguna vez tuvieron existencia jurídica los fundamentos de derecho sustentatorios de los actos administrativos acusados (art. 3° D. 252/80) ellos evidentemente desaparecieron cuando se efectuó, por una parte la derogatoria expresa aludida, y por la otra, la declaración de nulidad proferida por el Consejo de Estado.

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

Bogotá, D.E., Octubre dieciseis (16) de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Radicación 2118, Apelación sentencia Diciembre 11 de 1,987, Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad de las resoluciones 5610, 5943, 6282 y 5287 de 1.985 de la Superintendencia Bancaria. Actor: Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda "GRANAHORRAR". FALLO.

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos,*

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia Bancaria, mediante apoderado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, de las Resoluciones números 5610, 5943, 6282 de 1.984 y 5287 de 1.985, proferidas por la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES:

La superintendencia Bancaria profirió las Resoluciones # 5610 del 7 de Noviembre de 1984, 5946 del 22 de Noviembre de 1.984 y 6282 del 4 de Diciembre de 1.984, mediante las cuales impuso multas a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, por defectos de encaje presentados durante los meses de Enero de 1.983, Junio de 1.984 y Octubre de 1.983, respectivamente.

La citada Corporación interpuso recurso de reposición contra dichas resoluciones, el cual fue resuelto mediante la Resolución 5287 del 1° de Octubre de 1.985 del Superintendente Bancario.

LA DEMANDA:

Dichas resoluciones fueron demandadas por la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el libelo se precisaron como normas violadas el artículo 26 de la Constitución Nacional, el artículo 8 de la ley 153 de 1887, los artículos 35, 66, 69 y 84 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 1, 3, 4 y 375 del Código Penal y el artículo 9 de la ley 2 de 1.984 y se plantearon, en síntesis, los siguientes argumentos:

- Las resoluciones demandadas fueron expedidas con base en el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, el cual ya había sido derogado expresamente por el Decreto 2656 del 26 de Octubre de 1.984 y había sido también declarado nulo en sentencia del 23 de Noviembre de 1.984.

- Los actos administrativos demandados, al ser anulada la norma que le sirvió de fundamento jurídico a la autoridad que los expidió, perdieron su fuerza ejecutoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

- Los actos demandados impusieron sanciones por conductas realizadas con más de un año de anterioridad, o sea cuando ya se había operado la prescripción.

LA PARTE OPOSITORA:

La Superintendencia Bancaria, mediante apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda y fundamentó su oposición en planteamientos que pueden resumirse así:

- La base legal de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria es el artículo 23 de la ley 7a. de 1.973.

- Aunque los actos demandadas fueron notificados después del fallo anulatorio del artículo 3° del Decreto 252 de 1.980 y uno de ellos se expidió con posterioridad a dicho fallo y a su derogatoria expresa contenida en el Decreto 2656 de 1.984 los hechos sancionados se produjeron en vigencia de la resolución 65 de 1979, la cual al anularse el Decreto 252 de 1.980 recobrada vigencia para esos hechos sucedidos antes de la expedición de la Resolución que la deroga.

LA SENTENCIA RECURRIDA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia recurrida resolvió favorablemente las peticiones de la demanda.

En dicha sentencia se hace referencia a una providencia anterior del mismo Tribunal, de fecha 29 de Abril de 1.987 en el proceso número 85-D-2177, actor Banco Central Hipotecario en la cual se precisó que:

- El Decreto 252 de 1.980 no desapareció de la vida jurídica con la declaratoria de inexequibilidad del Acto legislativo número 1° de 1.979, por cuanto con esa decisión recobró vigencia el anterior numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional y "... por consiguiente, a pesar de la inexequibilidad subsistió el fundamento jurídico del decreto 252 de 1.980, así estuviese expresado en otra norma que solo revivió en virtud de esa decisión en vía jurisdiccional".

- Los efectos de la declaración de nulidad, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia tienen carácter retroactivo lo cual implica que "... los actos afectados ese vicio no existieron en ningún momento con la salvedad de las situaciones jurídicas consolidadas, es decir definidas bajo el amparo de esas normas que posteriormente se anularon y que gozaban de la presunción de legalidad".

En el caso de autos las sanciones impugnadas no se habían consolidado al momento de la declaratoria de nulidad del artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, ni en el de la derogatoria del mismo por el Decreto 2656 de 1.984, ya que la vía gubernativa se agotó el 10 de Octubre de 1.985 y la nulidad fue declarada el 23 de Noviembre del mismo año y la derogatoria fue el 16 del mismo mes y año, por lo cual la norma anulada y derogada no podía servir de fundamento jurídico para la expedición de los actos demandados.

- Rechaza la tesis de la sustitución de la base legal porque las resoluciones 30, 53 y 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, en la parte que regulaban en forma idéntica la materia del artículo 3° del Decreto 252 de 1.980 dejaron de regir, en virtud de lo dispuesto por la resolución 100 del 16 de Noviembre de 1.983.

Además, porque con posterioridad a la derogatoria de las resoluciones de 1.979, la Junta Monetaria expidió la resolución 75 del 5 de Octubre de 1.984,

publicada el 14 de Diciembre del dicho año, en el Diario Oficial # 36811, la cual en su artículo 5° reprodujo el contenido del artículo 3° del Decreto 252 de 1.980.

De acuerdo con lo anterior, durante el lapso comprendido entre la fecha en que dejaron de regir las resoluciones de 1.979 de la Junta Monetaria que consagraban lo mismo que el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980 y la fecha en que entró en vigencia la resolución # 75 de 1.984, no hubo normatividad vigente que permitiera la aplicación de sanciones por defectos en el encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda.

Dicho lapso va del 16 de Noviembre de 1.983 al 5 de Octubre de 1.984 o si se tiene en cuenta la fecha de publicación de dichas resoluciones, en el Diario Oficial, seria del 3 de enero al 14 de Diciembre de 1.984.

- Anota que "en el caso de estudio se da la situación de que en el momento de la derogatoria y de la nulidad del artículo 3° del Decreto 252 de 1.980 aún no se había consolidado la situación, pues si bien es cierto que las sanciones se impusieron mediante las Resoluciones números 5610 y 5943 del 7 de Noviembre y 22 de Noviembre de 1.984 - es decir antes - la realidad es que la vía gubernativa quedó agotada solo con la notificación de la Resolución número 5287 del 1° de octubre de 1.985 que resolvió el recurso de reposición, esto es el 10 de Octubre del mismo año. Además, la Resolución 6282 se expidió con posterioridad a la nulidad, puesto que tiene fecha 4 de Diciembre de 1.984".

- En síntesis, afirma que los actos demandados "... presentan un vicio que influyen en su validez, como quiera que con su expedición se afectó el principio de la legalidad de las sanciones en cuanto deben corresponder a faltas previamente definidas en la ley e imponerse con arreglo al procedimiento correspondiente, y, como ya se anotó, la norma que consagraba la falta desapareció de la vida jurídica antes de que se hubiera consolidado la situación. Además tampoco se puede aplicar el artículo 4° de la Resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, como lo hace la Superintendencia en la Resolución 5287 que resolvió el recurso de reposición, pues esa norma fue derogada por la Resolución 100 de 1.983 de la misma Junta Monetaria. Se presenta, entonces, una aplicación indebida del artículo 3° del decreto 252 de 1.980 que constituye una nulidad, como, en efecto, se declarará. Como consecuencia de lo anterior se ordenará el restablecimiento del derecho que consistirá en la decisión de que la demandante no se encuentra obligada a pago alguno por concepto de la sanción".

EL RECURSO DE APELACION:

El señor apoderado de la Superintendencia Bancaria en la sustentación del recurso de apelación, se refiere a los plateamientos de la sentencia y, en síntesis, los cuestiona así:

- La norma aplicable a una infracción es la existente para la época en que se realiza la misma y en el caso concreto, los hechos por los cuales se impusieron las sanciones tuvieron ocurrencia en Enero y Octubre de 1.983 y Junio de 1.984, o sea cuando estaba vigente el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, el cual debía ser invocado al momento de la sanción, por ser la norma existente a la fecha de realización de la conducta sancionada.

- No es válida la afirmación de que hubo un vacío normativo entre el 16 de Noviembre de 1.983 y el 5 de Octubre de 1.984, por cuanto el decreto 252 estuvo vigente desde el 11 de Febrero de 1.980 hasta el 16 de Noviembre de 1.984, fecha en que fue derogado por el decreto 2656 de 1.984. Cita en respaldo de su afirmación jurisprudencia del Consejo de Estado y trae doctrina sobre el tema.

- Precisa que:

"Cierto que a Octubre de 1.985, fecha en que se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra las resoluciones sancionatorias, el decreto 252 de 1.980 había sido declarado nulo, pero no es menos cierto que a la fecha de dicha declaratoria (23 de noviembre de 1.984) y, por consiguiente, a la de la expedición de la resolución que resolvió el recurso de reposición (10 de octubre de 1.985), ya se encontraba en vigencia la resolución 75 de 5 de octubre de 1.984 de la Junta Monetaria. Por manera que la resolución 5287 de 1° de octubre de 1.985 encuentra apoyo normativo no solo en la resolución 75 de 1.984, sino incluso en la 65 de 1.979, dado que tanto el decreto 252 de 1.980 como la resolución 75 de la Junta Monetaria, tomaron la descripción de la conducta ilícita como la respectiva sanción de aquella (resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria).

"Resultaba, entonces, indiferente al momento de resolver el recurso la invocación de una cualquiera de dichas disposiciones, pues describían en idéntica forma la conducta, atribuyéndole igual sanción, con lo que se demuestra el claro propósito del legislador de mantener el `desencaje' como un comportamiento merecedor de reproche. El problema surge cuando el legislador de excepción asume funciones que no le corresponden, al regular esta materia como lo hizo a través del artículo 3° del decreto 252 de 1.982, (sic) pero ello no modificó el carácter de punible del `desencaje', ya que la Junta Monetaria, aún antes de la declaratoria de nulidad de la mencionada disposición, copió el precepto y sanción contenido en dicho decreto, en la resolución N° 75 de 5 de octubre de 1.984. En estos términos, sólo en el supuesto de que en la resolución mencionada, o en la N° 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, se le hubiera dado un tratamiento más severo a los defectos de encaje, podríamos afirmar válidamente la improcedencia de la invocación de una cualquiera de ellas, para efectos sancionatorios".

- Finalmente transcribe apartes del Concepto OJ.078 de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Bancaria en el cual luego de copiar las disposiciones sobre la materia se afirma:

> "'Por manera que, se observa de la simple lectura y transcripción de las anteriores normas, que los 'defectos de encaje' de las corporaciones de ahorro y vivienda han tenido un tratamiento igual desde el punto de vista sancionatorio antes de la expedición del decreto 252 de 1.980 (resolución Junta Monetaria N° 65 de 1.979), durante su vigencia e incluso después de su derogatoria tácita (resolución junta monetaria N° 75 de 1.984). Reiteramos entonces, que no se presenta ningún problema de tipo jurídico frente a la norma que resulta aplicable antes y después de la derogatoria o declaratoria de nulidad del mencionado decreto, resultando viable la aplicación de la resolución antes mencionada en cualquier caso. Sólo en el evento en que alguna de las normas transcritas le diere un tratamiento más benigno o más severo a los 'defectos de encaje', sí resultaría válido e indispensable entrar a dirimir el conflicto de normas en el tiempo...'".

ALEGATOS FINALES:

En la correspondiente oportunidad procesal, la Señora Apoderada de la parte actora se opone a la prosperidad del recurso, e insistente en que cuando se resolvió el recurso de reposición que agotó la vía gubernativa ya había sido derogado y anulado el artículo 3° del decreto 252 de 1.980. Lo anterior, además de que los actos demandados también fueron notificados con posterioridad a la fecha de anulación del citado decreto.

Se refiere a los efectos de los fallos de nulidad, anota que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, tampoco para los "estamentos de la Rama ejecutiva" y que con motivo del recurso de reposición, La Corporación advirtió a la Superintendencia Bancaria de la nulidad del artículo 3° del Decreto de 1.980 y de su derogatoria.

Insiste en su argumento de que los actos demandados perdieron fuerza ejecutoria por cuanto desaparecieron sus fundamentos de derecho y luego de citar doctrina y jurisprudencia sobre el tema reitera que el recurso no debe prosperar.

Por su parte el señor Apoderado de la Superintendencia Bancaria insistente en que "....antes y después de la derogatoria del decreto 252 de 1.980 y su posterior declaratoria de nulidad, la conducta irregular en él contemplada y sancionada (defectos de encaje en las corporaciones de ahorro y vivienda) ya era objeto de sanción por parte del legislador y, lo que es más importante aún, las disposiciones que regularon esta materia conservaron en forma exacta el mismo supuesto normativo y la correspondiente sanción". Y reitera los argumentos aducidos al sustentar el recurso.

CONCEPTO FISCAL:

La Señora Fiscal Sexta de la Corporación, Doctora Dolly Pedraza de Arenas precisa que de conformidad con el artículo 26 de la Constitución Nacional las normas sobre competencia, por regla general son de aplicación inmediata, las normas de conducta deben ser preexistentes al hecho imputado, razón por la cual tratándose de normas que describen la conducta y señalan la sanción, debe analizarse la legislación vigente al momento de la comisión del hecho antijurídico y no la que regía al momento de proferirse la providencia sancionatoria.

Con base en lo anterior llega a la conclusión de que las resoluciones 5610 y 6282 del 7 de Noviembre y del 4 de Diciembre de 1.984, que impusieron sanciones por defectos de encaje en que incurrió la Corporación en Enero y en Octubre de 1.983, respectivamente, encuentran su sustento jurídico en el artículo 4° de la Resolución 65 de 1.979, con base en la tesis de sustitución de la base legal, sostenida por esta Corporación en sentencia del 9 de Octubre de 1.987.

Por el contrario, con relación a la Resolución 5943 de 1.984 que impuso sanción por desencaje ocurrido en el mes de Junio de 1.984, comparte la tesis del *a quo*, de que no tenía base legal, por cuanto en esa fecha (Junio de 1.984), la resolución 65 de 1.979 ya citada, había sido derogada expresamente por la Resolución 100 de 1.983 de la misma Junta Monetaria y el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980 había sido anulado.

Por otra parte, anota la circunstancia de que las resoluciones acusadas hubieren citado para fundar la decisión el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980 y éste no sea aplicable, no implica que haya lugar a anularlas, porque el juez administrativo tiene la facultad de examinar el acto a la luz de disposiciones diferentes de las invocadas por la propia Administración y aún de sustituir su base legal por la que considere aplicable.

Precisa que, además de lo anterior, la competencia de la Superintendencia Bancaria para aplicar las sanciones de desencaje fue otorgada por la propia ley 7a. de 1.973 en su artículo 23 y ésta norma estaba vigente cuando se cometió la infracción, cuando se impuso la sanción y aún no ha perdido vigencia.

En cuanto a la pérdida de fuerza ejecutoria afirma que desvirtuado el cargo con relación al artículo 3° del Decreto 252 No. 1.980, este cargo resulta infundado.

Y finalmente en cuanto a la prescripción considera que no tiene razón la Corporación por cuanto ella invoca las normas que la regulan en el campo penal, las cuales no son aplicables en materia administrativa, tal como lo ha definido el Consejo de Estado.

Además, porque existe norma expresa como lo es el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo y concluye:

"La facultad sancionaria de la Superintendencia Bancaria por infracción a las disposiciones sobre encaje no tenía antes de la expedición del Código Administrativo término de caducidad, luego es factible jurídicamente aplicar el art. 38 de este estatuto aún a las infracciones ocurridas con anterioridad a su vigencia, sin que pueda hablarse de violación de derechos, toda vez que sólo en el caso en que hubiere existido norma especial anterior y el término se hubiere consumado, -caso que no es el que nos ocupa,- podría alegarse la no aplicación de la ley posterior.

Sabido es que las normas aplicables sobre caducidad son vigentes al momento de ejercitarse la acción.

"CONCEPTO.

Por todo lo anterior expuesto, la Fiscalía considera que la sentencia recurrida debe ser CONFIRMADA pero sólo en cuanto declaró la nulidad de la Resolución N° 5943/84 y la N° 5287/85 en la parte en que confirmó ésta, y REVOCADA en lo demás para que en su lugar se denieguen las otras pretensiones de la demanda".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala comparte el concepto emitido por la distinguida colaboradora fiscal, en el sentido de que en el caso de autos debe diferenciarse la situación jurídica con relación a los distintos actos demandados, para establecer su legalidad.

En efecto, los actos demandados son:

- Resolución # 5610 del 7 de Noviembre de 1.984, proferida por la Superintendencia Bancaria, mediante la cual se impuso a Granahorrar una multa $1.269.040.oo por defectos de encaje presentados durante el mes de Enero de 1.983. Fue notificada el 25 de Febrero de 1.985.

- Resolución #5943 del 22 de Noviembre de 1.984, proferida por la Superintendencia Bancaria, mediante la cual se impuso a Granahorrar una multa de $2.843.376.62 por defectos de encaje presentados durante el mes de Junio de 1.984. Fue notificada el 25 de Febrero de 1.985.

- Resolución #6282 del 4 de Diciembre de 1.984, proferida por la Superintendencia Bancaria, mediante la cual se impuso a Granahorrar una multa de $9.446.25 por defectos de encaje presentados durante el mes de Octubre de 1.983. Fue notificada el 25 de Febrero de 1.985.

- Resolución #5287 del 1° de Octubre de 1.985 proferida por la Superintendencia Bancaria mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por Granahorrar y mediante la cual se confirman las resoluciones anteriores.

Por su parte las disposiciones que han regulado los diferentes aspectos del encaje de las Corporaciones de ahorro y vivienda, que son del caso analizar para resolver la controversia, son:

- Resolución # 65 del 3 de Diciembre de 1.979 proferida por la Junta Monetaria, la cual tuvo vigencia desde el 3 de Diciembre de 1.979 y hasta su derogatoria expresa el 16 de Noviembre de 1.983 (Resolución # 100 de la Junta Monetaria).

- Decreto 252 de 1.980 proferido por el Señor Presidente de la República en uso de las facultades que le otorgó el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, de conformidad con las reformas introducidas a la carta fundamental por el acto legislativo #1 de 1.979.

Este decreto rigió hasta su derogatoria expresa ordenada por el Decreto 2656 del 26 de Octubre de 1.984, publicado en el Diario Oficial #36791 del 16 de Noviembre de 1.984.

Es del caso precisar que sobre dicho decreto, ya derogado expresamente, y concretamente con relación a su artículo 3°, se pronunció, anulándolo, el Consejo de Estado en sentencia del 23 de Noviembre de 1.984.

- Resolución # 100 del 16 de Noviembre de 1.983, proferida por la Junta Monetaria y mediante la cual se deroga expresamente el artículo 4° de la Resolución 65 de 1.979.

- Resolución # 75 del 5 de Octubre de 1.984 proferida por la Junta Monetaria y mediante la cual se consagra nuevamente la sanción por desencaje, antes sancionada en el artículo 4° de la ya citada resolución 65 de 1.979 de la misma Junta Monetaria.

Para la Sala es claro que tratándose de regular conductas y sanciones, las normas aplicables son vigentes en la oportunidad en que se realiza la actividad que por implicar la violación de una norma, conlleva la aplicación de una sanción.

Lo anterior, porque tal como lo dispone el artículo 26 de la Constitución Nacional nadie puede ser juzgado sino conforme a la ley preexistente y de acuerdo con el procedimiento legal previsto para el efecto.

Así las cosas, debe precisarse que las conductas sancionadas por los actos demandados tuvieron ocurrencia en Enero de 1.983 (Resolución 5610 del 7 de Noviembre de 1.984), Octubre de 1.983 (Resolución 6282 del 4 de Diciembre de 1.984), y Junio de 1.984 (Resolución 5943 del 22 de Noviembre de 1.984), o sea durante la vigencia del Decreto 252 de 1.980, la cual como ya se precisó duró desde el 11 de Febrero de 1.980 y hasta el 16 de Noviembre de 1.984, cuando fue expresamente derogado por el Decreto 2656 de 1.984.

Los actos demandados, por ello fueron sustentados en el artículo 3° del citado Decreto 252 de 1.980 y como éste fue anulado por el Consejo de Estado (Sentencia 23 de Noviembre de 1.984) es del caso analizar los efectos de dicha decisión jurisprudencial, enfrente a situaciones que no se habían consolidado, en razón de la interposición del recurso de reposición. Sobre el tema ha tenido oportunidad de pronunciamiento la Sala en varias oportunidades y ha sostenido que:

> "La declaratoria de nulidad de un acto produce efectos erga omnes y ex nunc, lo cual significa que las decisiones tomadas desde el momento de su expedición y hasta la fecha de anulación son válidas y obligatorias".
>
> "Lo anterior, teniendo en cuenta que los actos administrativos están cobijados por la presunción de legalidad y como consecuencia de ello gozan de los atributos de la obligatoriedad y de la ejecutoriedad, todo lo cual no se desvirtúa por el solo hecho de que se haya declarado la nulidad del acto que les sirvió de base".
>
> "Para que dichos actos pierdan su valor, se requiere que esa presunción de legalidad se haya desvirtuado en cada caso concreto, bien sea con ocasión de una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, o a través de una alegada excepción de inconstitucionalidad".
>
> "Sin embargo, si se trata de decisiones que se encuentran *sub judice*, el fallo de nulidad del acto que les sirvió de base, necesariamente afecta la decisión de quien debe resolver la controversia judicial".
>
> "De acuerdo con lo expuesto, encuentra la Sala, para el caso de autos, que el acto impugnado, cuya legalidad debe establecerse, evidente se fundamentó en el artículo 3° del decreto 252 de 1.980, que ya hoy no existe por cuanto fue anulado por esta Corporación en providencia ya citada, pero si bien esta consideración hecha aisladamente podría hacer considerar la anulación del acto demandado, es del caso hacer referencia a las normas que habían coexistido con el decreto anulado".
>
> "En efecto, dentro de las competencias que le habían sido asignadas por la ley 7a. de 1.973 a la Junta Monetaria, se encontraban justamente la prevista en su artículo 23 literal a), según el cual, dicha junta tenía facultad para

fijar, variar y reglamentar el encaje legal, exigido a las corporaciones de ahorro y vivienda y para establecer las sanciones a quienes incumplieran con dichas previsiones".

"En desarrollo de dicha facultad, la Junta Monetaria expidió la Resolución #65 de 1.979 la cual en su artículo 4° dispuso:

"ARTICULO 4°. Por los defectos diarios de encaje legal en que incurriere una corporación de ahorro y vivienda, el Superintendente Bancario aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos, equivalente al 2.5% sobre el total de los días hábiles del respectivo mes".

Dicha Resolución 65 de 1.979, la cual no fue derogada por el Decreto 252 de 1.980, coexistió con él hasta el 16 de Noviembre de 1.983, fecha en la cual fue expresamente derogada por la Resolución # 100 de la misma Junta Monetaria".

Es del caso agregar, para reforzar el planteamiento que, dicha norma puede considerarse como la base legal de los actos demandados, al ser anulado el decreto 252 de 1.980, pues la razón que tuvo el Consejo de Estado para dicha anulación fue justamente la falta de competencia del Presidente de la República para regular el encaje y establecer sanciones por violación a dicha regulación, competencias que corresponden a la Junta Monetaria, autoridad ésta que había regulado la materia".

Pero, el anterior planteamiento resulta válido con relación a los actos demandados que sancionaron conductas realizadas durante la vigencia de la citada Resolución 65 de 1.979, es decir las resoluciones # 5610 del 7 de Noviembre de 1.984 y 6282 del 4 de Diciembre de 1.984 con relación a las cuales la Sala no comparte la decisión del Tribunal *a quo* de anularlas, pero no con relación a la Resolución 5943 del 22 de Noviembre de 1.984 que impuso una sanción por desencaje del mes de Junio de 1.984 porque en esa oportunidad ya no estaba vigente la Resolución 65 de 1.979.

En cuanto a la Resolución # 5287 del 1° de Octubre de 1.985, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, la Sala encuentra acorde con lo ya expuesto, que debe anularse en cuanto confirmó la decisión contenida en la Resolución 5943 del 22 de Noviembre de 1.984, la cual se refería a conductas realizadas cuando ya no estaba vigente la base legal aceptada.

Precisado este aspecto de la controversia, con relación a la pérdida de ejecutoria de los actos demandados, es del caso, solamente mencionar que dicho fenómeno no se dió, toda vez que no desaparecieron sus fundamentos de derecho, pues existía para la autoridad sancionadora una competencia vigente con base en una norma diferente de la que fue anulada por decisión jurisprudencial.

Finalmente, en cuanto a la alegada prescripción, la Sala comparte plenamente el criterio de su colaboradora fiscal cuando afirma:

"La Fiscalía considera que no tiene razón la impugnante. Por una parte, el artículo 9° de la ley 2a. de 1.984 se refiere a la prescripción de la acción penal que es la que procede para los delitos y las contravenciones penales, no para las contravenciones administrativas cuya naturaleza repetidamente ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, es diferente. "No es posible confundir el ámbito penal, con las regulaciones de carácter administrativo que en un momento determinado, dan lugar a una sanción" ha dicho el H. Consejo de Estado en sentencia de 9 de octubre de 1.987 C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos; y en sentencia de 23 de octubre de 1.987: "Mientras en la regulación de infracciones administrativas y sus sanciones se tiene por finalidad la eficacia de la acción administrativa y en materia económica, tributaria y fiscal, logran los fines propios de la política económica, tributaria y fiscal, logran los fines propios de la política económica del Estado, las regulaciones penales buscan la sanción de quienes han incurrido en una conducta que atenta contra la sociedad. Por ello no puede calificarse como contravencional una infracción a normas propias del derecho financiero o del derecho fiscal, éstas surgen como protección del orden público y económico y los instrumentos que en ella se preveen son manifestación de la agilidad, eficacia y objetividad que caracteriza la acción administrativa en este campo".

"Por otra parte y aún aceptando la aplicación de normas de naturaleza penal a situaciones administrativas, tendríamos que concluir que ello solamente ocurre cuando existe vacío en la regulación administrativa y en el caso que nos ocupa este vacío no tiene ocurrencia; por el contrario, existe norma expresa y especial que indica el tiempo de que puede la Administración ejercer su facultad sancionatoria. El artículo 38 del C.C.A. dispone que "salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres años producido el acto que pueda ocasionarlas". Y si el código habló de caducidad, siguió la orientación de quienes distinguen entre la prescripción de la acción penal y la facultad sancionaria del Estado, que el H. Consejo resumió en sentencia de 6 de marzo de 1.987, C.P. Dr. Hernán Guillermo Aldana, en los siguientes términos: "Finalmente, el plazo dentro del cual la administración puede ejercer una facultad no puede asimilarse el plazo dentro del cual el Estado puede intentar la acción penal o contravencional. Aquel es un término de caducidad, éste de prescripción. Pretender aplicar éste en lugar de aquél no parece jurídico, pues son distintas las realidades sobre las cuales uno y otro obran".

De conformidad con lo hasta aquí expuesto la Sala habrá de revocar la sentencia del *a quo* y en su lugar anular la resolución # 5943 del 22 de Noviembre de 1.984 y la Resolución 5287 del 1° de Octubre de 1.985 en cuanto confirma la anterior y negar las demás pretensiones de la demanda.

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:

Revócase la sentencia apelada.

Anúlanse las resoluciones números 5943 del 22 de Noviembre de 1.984 y 5287 del 1° de Octubre de 1.985 en cuanto confirmó lo anterior.

Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, Publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los Consejeros:

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección, Salvo voto parcialmente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,* Salvo voto parcialmente; *Consuelo Sarria Olcos, Bernardo Ortiz Amaya,* Conjuez.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SUSTITUCION DE BASE LEGAL- Improcedencia- (Salvamento parcial de voto)

No puede darse base legal a actos sancionatorios mediante el expediente de considerar revivida una norma que fue derogada expresamente, por cuanto es principio general de derecho recogido en nuestra legislación positiva, que las normas derogadas no reviven sin que sobre ellas recaiga manifestación expresa de quien está facultad para dictarlas. No es aceptable en el caso presente la supuesta doctrina de la "sustitución de la base legal", máxime si su aplicación conduce al desconocimiento del derecho de defensa.

SALVEDAD PARCIAL DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN YAZCAN.

Referencia: Expediente No. 2118. Actor: Granahorrar.

No comparte el suscrito Consejero la posición mayoritaria de la Sala, la cual fue lograda mediante el sorteo de un Conjuez encargado de definir el empate suscitado, por cuanto ella deriva hacia la negación de las súplicas de la demanda tomando sustento en una tesis, la denominada como "sustitución de la base legal", que no puedo compartir por estimarla injurídica, contraria a los principios generales del derecho y atentatoria del derecho de defensa. Comparto sí la decisión en cuanto anula algunas de las Resoluciones acusadas y considero que esta decisión ha debido aplicarse a todas las contenidas en la demanda apelada.

En efecto, en proyecto presentado por mi a consideración de la Sala en asunto donde se debatía idéntica materia, y que no tuvo la acogida necesaria para ser aprobado, expresé los conceptos que ahora transcribo como fundamentación de mi salvedad de voto:

"Para la Sala no es satisfactoria la pretensión de la Superintendencia de darle base legal a sus providencias sancionatorias mediante el expediente de considerar

revivida una norma que fue derogada expresamente, por cuanto es principio general de derecho recogido en nuestra legislación positiva, que las normas derogadas no reviven sin que sobre ellas recaiga manifestación expresa de quien está facultad para dictarlas".

"Tampoco es aceptable que el caso presente sea aplicable la supuesta doctrina de la "sustitución de la base legal", máxime si su aplicación conduce al desconocimiento del derecho de defensa por cuanto fueron unas las normas que se citaron en las providencias administrativas acusadas como sustento legal de las mismas y son otras las que se pretende invocar ahora cuando se ha demostrado que las primeramente invocadas son, por diversas razones, insubsistentes".

"Es indiscutible que el sancionado dirige su acción defensiva a desvirtuar los fundamentos fácticos y jurídicos que se expresan en la motivación del acto sancionatorio. Dentro de tales fundamentos están comprendidas las normas que se invocan como constitutivas de la base legal y por tanto, admitir, así sea en gracia de discusión, que el administrador o el juez, puedan a su arbitrio, y luego de que el sancionado se ha defendido en relación con tales normas, cambiar o sustituir dichos fundamentos por otros diferentes no indicados originalmente en las providencias acusadas, contraría los principios y normas que regulan el derecho constitucional de defensa". (Expediente No. 2471).

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha Ut Supra.

SALVAMENTO DE VOTO DE CARMELO MARTINEZ CONN - CONSEJERO DE ESTADO

Bogotá. D.E., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Referencia: Expediente No. 2118

Durante el proceso de discusión del proyecto de sentencia elaborado por la Doctora Consuelo Sarria Olcos, hubo necesidad de sortear un Conjuez, al presentarse empate entre la tesis sostenida en el proyecto y la que el doctor Guillermo Chahín y el suscrito sostuvimos y que es diametralmente opuesta a la del proyecto. Eso motivo la necesidad de nombrar como Conjuez al doctor BERNARDO ORTIZ AMAYA, el cual dio su voto al proyecto de sentencia presentado por la Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Así las cosas, mi punto de vista está reflejado en el salvamento de voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano, al cual me adhiero.-

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

revivida una norma que fue derogada expresamente, por cuanto es principio general de derecho recogido en nuestra legislación positiva, que las normas derogadas no reviven sin que sobre ellas recaiga manifestación expresa de quien está facultad para dictarlas".

"Tampoco es aceptable que el caso presente sea aplicable la supuesta doctrina de la "sustitución de la base legal", máxime si su aplicación conduce al desconocimiento del derecho de defensa por cuanto fueron unas las normas que se citaron en las providencias administrativas acusadas como sustento legal de las mismas y son otras las que se pretende invocar ahora cuando se ha demostrado que las primeramente invocadas son, por diversas razones, insubsistentes".

"Es indiscutible que el sancionado dirige su acción defensiva a desvirtuar los fundamentos fácticos y jurídicos que se expresan en la motivación del acto sancionatorio. Dentro de tales fundamentos están comprendidas las normas que se invocan como constitutivas de la base legal y por tanto, admitir, así sea en gracia de discusión, que el administrador o el juez, puedan a su arbitrio, y luego de que el sancionado se ha defendido en relación con tales normas, cambiar o sustituir dichos fundamentos por otros diferentes no indicados originalmente en las providencias acusadas, contraría los principios y normas que regulan el derecho constitucional de defensa". (Expediente No. 2471).

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha Ut Supra.

SALVAMENTO DE VOTO DE CARMELO MARTINEZ CONN - CONSEJERO DE ESTADO

Bogotá. D.E., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Referencia: Expediente No. 2118

Durante el proceso de discusión del proyecto de sentencia elaborado por la Doctora Consuelo Sarria Olcos, hubo necesidad de sortear un Conjuez, al presentarse empate entre la tesis sostenida en el proyecto y la que el doctor Guillermo Chahín y el suscrito sostuvimos y que es diametralmente opuesta a la del proyecto. Eso motivo la necesidad de nombrar como Conjuez al doctor BERNARDO ORTIZ AMAYA, el cual dio su voto al proyecto de sentencia presentado por la Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Así las cosas, mi punto de vista está reflejado en el salvamento de voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano, al cual me adhiero.-

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Si la persona afectada con un acto administrativo que no le fue resuelto, una vez vencido el término que la ley señalaba para que se configurara el fenómeno del silencio, acudió ante la jurisdicción contenciosa, es claro que por imperativo de la ley, que entre otras cosas está interesada en la celeridad de los procedimientos, y la certeza de las situaciones jurídicas la administración perdió su competencia para pronunciarse y le quedo vedada cualquier decisión ulterior, en razón de que la competencia se desplazó hacia autoridad distinta, esto es, a la jurisdicción contenciosa administrativa que podía actuar partiendo de la presunción de agotamiento de la vía gubernativa por decisión negatoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2695.

Actor: RAFAEL ESPINOSA Y CIA. S.C.A. IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia del 29 de julio de 1.989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad contra la Resolución 253 del 10 de julio de 1.987, de la Junta Distrital de Hacienda, que modificó la determinación administrativa del impuesto de Industria y Comercio inicialmente practicada para la vigencia fiscal de 1.979.

ANTECEDENTES

La actora presentó por el año 1.979 tres declaraciones de Industria y Comercio por los tres establecimientos mercantiles poseídos en Bogotá. Mediante la Resolución 183 de 1.981 (fl. 35 Cdno. Ppal.), la Dirección de Impuestos del Distrito Especial, determinó oficialmente el impuesto, desconociéndole el descuento por venta de exportación realizadas desde Bogotá por valor de $1.559'635.475.

Contra dicha Resolución la contribuyente interpuso el día 20 de mayo de 1.981 recurso de reposición y subsidiariamente de apelación, el primero de los cuales se resolvió mediante la Resolución 0464 del 11 de agosto de 1.982,en forma parcialmente favorable al contribuyente, revocando la sanción por inexactitud impuesta, pero sin reconocer la exención para las exportaciones, y concediendo el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. Mediante escrito presentado el 9 de septiembre de 1.982, la sociedad sustentó la apelación solicitando el reconocimiento de las ventas de exportación.

- Como la Administración no se pronunció oportunamente, la contribuyente dando por cumplido el silencio negativo administrativo, acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acto procesal que fue notificado al demandado el 5 de mayo de 1.985.

- Posteriormente, el 10 de julio de 1.987, la Junta Directiva de Hacienda falló la apelación gubernativa interpuesta por la sociedad, revocando la Resolución apelada y confirmando la liquidación oficial practicada.

Inconforme la contribuyente acudió en demanda de restablecimiento del derecho contra la Resolución 253 de 1.987 acusando de incompetente para la producción del acto demandado a la Junta Distrital de Hacienda, alegando violación de los Artículos 60, 62, 63, 135 del Decreto 01 de 1.984 y 26 de la Constitución Nacional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda, considerando que de acuerdo con el Artículo 18 del Decreto 2733 de 1.959, parágrafo, se produjo no solo el silencio administrativo negativo, sino también el agotamiento de la vía gubernativa, y que además a la fecha en que se decidió la apelación por la Junta Distrital, ya estaba en vigencia el Artículo 60 del Decreto 01 de 1.984 conforme con el cual: "La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1°, no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver mientras no se haya acudido a la Jurisdicción Contencioso Administrativo".

LAAPELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada considera equivocado el fallo apelado en cuanto admite que se produjo el silencio negativo administrativo, pues a su juicio interpuestos los recursos en vigencia del Acuerdo 10 de 1.974 y el Decreto 1901 de 1.977, su Artículo 28 permite deducir que si el contribuyente interpone los recursos de reposición y apelación, el uno como subsidiario del otro, tiene que esperar a su resolución por parte de la Administración para acudir a lo contencioso y no acogerse al que más le sea favorable para acudir, invocando el Artículo 60 del Decreto 01 de 1.984. a dicha jurisdicción tratando de colocar a la Administración en situación de incompetencia. Concluye que la sociedad no podía acudir a la acción contenciosa sin agotar la vía gubernativa.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación èstima que la sentencia apelada, debe confirmarse, porque: "Desde el momento mismo en que la Administración superó los términos que tenía para proferir el auto, resolución o acto desatando el recurso que se interpuso por el particular, se generó la incompetencia para dictarlo en forma que la invalidez de su pronunciamiento o nulidad del mismo, hacia viable la provocación jurisdiccional para juzgarlo".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente al estudio de los hechos para decidir el asunto controvertido, precisa la Sala que no se analizará en esta oportunidad el fenómeno de la caducidad de la acción con base en la presunción del acaecimiento del silencio administrativo negativo, fuera del término previsto en la ley, toda vez que como lo afirma la actora y no lo contradice el apoderado judicial de la demanda, el 9 de diciembre de 1.984 fue objeto de acción contenciosa, correspondiéndole al proceso el número 4232 y cuyo auto admisorio se notificó al Distrito Especial el 5 de mayo de 1.985. Se confirma ésto con el certificado expedido por el mismo Tribunal (Fl. 128 Cdno. Ppal.).

Así pues, el asunto se centra en determinar, si efectivamente, como lo afirma la actora, la Resolución 253 del 10 de julio de 1.987 se produjo con vicio de incompetencia por razón del tiempo, o si por el contrario, como lo alega el apoderado de la demandada, en virtud de la normatividad vigente, era competente la Junta Distrital de Hacienda para proferirlo en dicha oportunidad.

Para la vigencia del período gravable de 1.979 y para la fecha en que se ejercitaron los recursos gubernativos, estaban vigentes los Decretos 2733 de

1.959, el Municipal 1901 de 1.977 (invocado por la demandada) y para la época en que se profirió la Resolución acusada 10 de julio de 1.987, también lo estaba el Decreto 01 de 1.984, normas que en su orden disponen:

Decreto 2733 de 1.959. Artículo 18:

"Para todos los efectos legales a que haya lugar, se entenderá agotada la vía gubernativa, cuando las providencias o actos respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo décimotercero, o estos recursos se han decidido, ya se trate de providencias o actos definitivos, o de trámite se deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le ponga fin o hagan imposible la continuación.

Parágrafo.- Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados por haber transcurrido un plazo de un (1) mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos".

Decreto 1901 de 1.977. Artículo 28:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 2733 de 1.959, la vía Gubernativa quedará agotada: Al no interponerse recurso alguno dentro del término de un mes contado a partir de la fecha del acto de liquidación.

Al ejecutoriarse la providencia que resuelve el recurso de apelación o el de reposición cuando solo se haya interpuesto éste.

Con la notificación del acto que niegue el recurso de reconsideración contra el acto que declare la improcedencia de los recursos".

Decreto 01 de 1.984. Artículo 60:

"Silencio administrativo. Transcurrido un plazo de dos (2) meses contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

El plazo mencionado se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1° no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo".

Decreto 01 de 1.984. Artículo 135:

"Posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto será necesario:

1. Que se haya agotado la vía gubernativa, o

2. Que las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes, o

3. Que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos".

El estudio de las normas transcritas permite deducir:

A. Que por no tener el Decreto Municipal un término perentorio para la resolución de los recursos allí establecidos, la oportunidad del fallo se regía por las normas generales contenidas en el Decreto 2733 de 1.959.

B. Que de conformidad con el parágrafo del Artículo 18 del Decreto 2733 de 1.959, debía hacerlo el Municipio dentro del término de un (1) mes, so pena de que se entendiera agotada la vía gubernativa y acaecido el silencio administrativo negativo, toda vez que cuando entró en vigencia el Acuerdo 21 de 1.983, el término para resolver ya había empezado a correr.

C, Que de acuerdo con el Decreto 01 de 1.984 (vigente cuando se produjo el acto acusado), la ocurrencia del silencio administrativo negativo, no le impedía a la autoridad resolver, pero estaba condicionada dicha competencia al hecho de que el interesado no hubiera acudido ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

D. Entonces, si la persona afectada con un acto administrativo que no le fue resuelto, una vez vencido el término que la Ley señalaba para que se configurara el fenómeno del silencio, acudió ante la jurisdicción contenciosa, es claro que por imperativo de la ley, que entre otras cosas está interesada en la celeridad de los procedimientos y la certeza de las situaciones jurídicas, la Administración perdió su competencia para pronunciarse y le quedó vedada cualquier decisión ulterior, en razón de que la competencia se desplazó hacia autoridad distinta, esto es, la jurisdicción contenciosa administrativa que podía actuar partiendo de la presunción de agotamiento de la vía gubernativa por decisión negatoria.

Demostrado como está en el expediente, con certificación expedida por el Tribunal (fl. 128 Cdno. Ppal.), que la actora había acudido en demanda de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 464 de 1.982 y 183 de 1.981 previas al acto acusado, se evidencia la falta de competencia de la Administración Distrital para proferir la Resolución 253 de 1.987 razón por la cual la sentencia apelada mere-

ce 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 esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA- Facultades/ **POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA/ ENCAJE LEGAL/ DERECHO DE DEFENSA**

La sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria forma parte de los mecanismos con que ella cuenta para mantener aquellas condiciones propias del sector financiero que le dan características de confianza y seguridad ante los asociados. No puede afirmarse que "se inicia o pone fin a una actuación administrativa" con la imposición de una sanción por desencaje, cuando se trata de una relación contínua de vigilancia administrativa, regulada por normas propias las cuales no consagran un procedimiento especial, precisamente por la naturaleza de la relación existente entre la administración y las entidades vigiladas. Las normas penales no son aplicables en el campo administrativo.

DEMANDA- Requisito/ **PARTES-** Designación

Si bien es cierto que en la demanda se deben precisar las partes, y en este caso lo era la Nación como ente demandado y la parte actora no lo hizo, ello ha debido advertirse al momento de admitir la demanda y ordenarse su corrección; pero no se hizo, y ya no es oportuno hacerlo al dictar sentencia, cuando el proceso se adelantó con la debida participación de la Nación, Superintendencia Bancaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E.,Octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dr. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia.: Radicación 2470. Apelación sentencia de Octubre 20 de 1.988 del

Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del Derecho contra la resolución 4318 del 21 de Agosto de 1.985, de la Superintendencia Bancaria.

Actor: Banco Ganadero. FALLO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado, por la Superintendencia Bancaria contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de Octubre de 1.988, mediante la cual declaró la nulidad de la Resolución # 4318 del 21 de Agosto de 1.985 de la Superintendencia Bancaria, en virtud de la cual le fue impuesta al Banco Ganadero una multa de $899.161, por defectos de encaje en que incurrió en el mes de Mayo de 1.985.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la providencia recurrida, declaró la nulidad de la resolución sancionatoria y en la parte considerativa, el *a quo* se remite a lo dicho en sus fallos del 19 de Mayo de 1.987, del 13 de Agosto de 1.987 y del 25 de Agosto de 1.988, en los cuales ya se estudió la materia objeto de controversia.

Los argumentos contenidos en dichas providencias y que se traen como motivación se refieren a que el acto acusado fue expedido en forma irregular por cuanto se desconoció el artículo 26 de la Constitución Nacional, al ser expedido sin oír a la entidad sancionada, desconociendo los derechos de defensa y del debido proceso que dicha norma consagra y que para el caso en estudio se encuentran desarrollados en el artículo 47 inciso 2° de la ley 45 de 1.923,en el artículo 22 del decreto 2920 de 1.982, y en el artículo 3° del decreto 1393 de 1.986 y en otras normas del Decreto 01 de 1.984 que regulan los procedimientos administrativos.

No se pronuncia en relación con otros argumentos de la demanda relacionados con la alegada violación de los artículos 5, 8, 35 y 375 del Código Penal y 215 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 1°, literal a) del Decreto 125 de 1.976.

Tampoco se pronuncia sobre el planteamiento hecho por el Señor Fiscal Cuarto ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien propuso un fallo inhibitorio, en razón de que en la demanda no se identificó a la Nación como parte demandada.

EL RECURSO DE APELACION:

La Señora Apoderada de la superintendencia Bancaria, al sustentar el recurso, y en el alegato final, aduce en síntesis, lo siguiente:

No es aceptable el argumento de violación directa del artículo 26 de la Consti-

tución, tal como lo planteó la parte actora y lo aceptó el Tribunal, ya que la norma citada consagra solamente un principio: el del derecho de defensa, el cual solo podrá resultar desconocido a través de la violación directa de la ley concreta que lo desarrolle y en frente a la cual ha de hacerse la confrontación que supone el control de legalidad.

El fallo fue extra petita, porque se fundamentó en el artículo 47 de la ley 45 de 1.923 y el artículo 22 del decreto 2920 de 1.982 que no fueron citados por la parte actora como fundamento de sus pretensiones.

Con la expedición del acto demandado en la instancia no se desconoció el derecho de defensa ni se transgredió procedimiento alguno ya que la sanción fue impuesta con base en los estados financieros que la misma entidad bancaria presentó a la Superintendencia y en las respectivas liquidaciones de encaje que ésta hizo y según las cuales se pudo establecer lo informado por el Banco Ganadero. Ante lo anterior la Superintendencia Bancaria en cumplimiento de un deber legal procedió a imponer las sanciones pertinentes.

Afirma que el derecho de defensa en materia administrativa encuentra su desarrollo en el principio de contradicción, en virtud del cual los interesados tienen oportunidad de conocer y controvertir las decisiones administrativas por los medios legales, pero dicho principio no operaba en el caso de autos en el cual la liquidación hecha por la Superintendencia Bancaria coincidía con la presentada por él, o sea que no existía diferencia por contradecir. Agrega que la entidad bancaria tuvo oportunidad de plantear sus argumentos ante la Administración en primer término cuando presentó los informes financieros y anexos a la Superintendencia Bancaria y en segundo lugar a través de la interposición del recurso de reposición. Pero el Banco no interpuso dicho recurso o sea que no hizo uso de su derecho de contradicción. Cita jurisprudencia al respecto.

En relación con el artículo 47 de la ley 45 de 1.923, considera que su aplicación procede cuando existan dudas sobre el aspecto objetivo de la falta pero no, cuando la causación del hecho se pone en evidencia, en virtud de un informe suministrado directamente por la entidad vigilada y cita también jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema.

Se refiere también a la inaplicabilidad del artículo 22 del decreto 2920 de 1.982 y del artículo 3° del decreto 1939 de 1.986, los cuales a su juicio solamente son aplicables para los eventos en que la transgresión legal no tenga prevista una sanción específica, lo que no sucede en el caso que nos ocupa toda vez que precisamente el artículo 1° de la Resolución 48 de 1.981 de la Junta Monetaria la consagra.

Anota que la Superintendencia al expedir la resolución acusada dio estricto cumplimiento a los artículos 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo ya que no existió ignorancia del hecho (artículo 28), pues el propio banco remitió los datos en los que aparecía el desencaje sancionado y las pruebas y explicaciones

(Artículos 34 y 35) no eran necesarias pues la prueba había sido dada por el propio infractor.

La parte actora no presentó ningún alegato durante el trámite del recurso de apelación que se resuelve.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación en su concepto de fondo considera que la sentencia debe ser revocada y se deben de negar las súplicas de la demanda.

Refiere su argumentación a dos aspectos: La violación del derecho de defensa y la aplicación de normas del estatuto penal.

En cuanto a la violación del derecho de defensa, luego de citar la sentencia del 26 de Julio de 1.987 de esta Corporación, anota que la Superintendencia impuso sanción al Banco Ganadero por defectos en el encaje que detectó al analizar los informes rendidos por la propia entidad y los cuales en ningún momento ésta corrigió ni controvirtió, pudiendo haberlo hecho a través del recurso de reposición.

Afirma que, aún aceptando que pueda invocarse la violación directa del artículo 26 de la Constitución, sin citar las leyes que señalan en concreto el debido proceso, la transgresión debe fundarse en hechos que demuestren la negación de la posibilidad de intervenir el infractor, en defensa de sus intereses, lo que no puede afirmarse en el caso de autos cuando quien informó del hecho punible fue el propio Banco e impuesta la sanción, éste no hizo de los medios que tuvo para impugnarla.

Con relación a la aplicación de normas del estatuto penal, cita también la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, para referirse a la diferencia que existe entre las contravenciones a las normas del derecho público económico y las de naturaleza estrictamente penal y concluir que no todos los principios del estatuto penal son aplicables al campo administrativo y a su juicio, el artículo 5° del nuevo estatuto penal por el cual se descarta la posibilidad de establecer una responsabilidad objetiva, es aplicable también a las contravenciones administrativas.

Considera que: " ...no es que en materia de contravenciones administrativas haya lugar a la imposición de la sanción por hechos realizados sin culpabilidad, sino que para imponerla basta que este elemento esté presente como juicio de reproche por el actuar antijurídico, no siendo necesario establecer la forma de culpabilidad (dolo, culpa o preterintención).

Y en cuanto a la violación de los artículos 5, 35, 8 y 375 del Código Penal por razones igualmente referidas a la prueba de la culpabilidad, ni en la etapa gubernativa ni ante la jurisdicción aportó el Banco prueba de que se haya sancionado un hecho

punible cometido en circunstancias de inculpabilidad; su transgresión resulta entonces no probada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Aunque la sentencia apelada no se pronunció sobre la inhibición propuesta por el Señor Fiscal Cuarto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala considera que no era procedente el fallo inhibitorio, cuando se surtió todo el proceso, con la participación de la Superintendencia Bancaria, debidamente representada por quien para el caso de autos representaba a la Nación.

Si bien es cierto que en la demanda se deben precisar las partes, y en este caso lo era la Nación como ente demandado y la parte actora no lo hizo, ello ha debido advertirse al momento de admitir la demanda y ordenarse su corrección; pero no se hizo, y ya no es oportuno hacerlo al dictar sentencia, cuando el proceso se adelantó con la debida participación de la Nación, Superintendencia Bancaria.

En cuanto al fondo de la *litis,* la Sala reitera los planteamientos hechos en sentencia del 23 de Marzo de 1.990, en la cual al resolver una controversia entre las mismas partes y sobre las mismas cuestiones de fondo, dijo:

"1. Desconocimiento del Derecho de Defensa y violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

> " ...en el caso de autos, la Superintendencia Bancaria impuso una sanción, de conformidad con las disposiciones que señalan las infracciones a las normas sobre encaje, establecen sus sanciones y le atribuyen la competencia para imponerlas, como son la ley 7 de 1.973, artículo 23,literal a), y la resolución 48 de 1.981, artículo 1°, de la Junta Monetaria".
>
> "Ni dichas normas, ni otras relacionadas con el tema, establecen formas, trámites, requisitos o procedimientos especiales para la imposición de sanciones por desencaje a las entidades financieras y, no es cierto que solo se puedan imponer sanciones cuando "...el legislador haya establecido un procedimiento acorde con el respectivo juicio...", ya que pueden presentarse como en este caso, situaciones administrativas, en las cuales en razón del interés público, de la situación del administrado y de la naturaleza misma de la competencia administrativa de que se trate, el legislador simplemente establezca la falta y la sanción, sin prescribir ritualidades especiales para su imposición".
>
> "La superintendencia Bancaria ejerce una función de vigilancia que tiene el carácter de policía administrativa, respecto de las entidades financieras, la cual ejerce de manera permanente e ininterrumpida, a través de

diferentes instrumentos, los cuales van desde la simple presentación de informes hasta la toma de posesión de la entidad vigilada, y con la previsión de mecanismos coercitivos y sancionatorios".

"Dentro de este contexto, la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria forma parte de los mecanismos con que ella cuenta para mantener aquellas condiciones propias del sector financiero que le dan características de confianza y seguridad ante los asociados".

"Y como se trata de una situación de características especiales que implica la comunicación permanente entre la Administración y la entidad vigilada, no puede afirmarse que ésta resulta "sorprendida" con la sanción, cuando ella está prevista en el ordenamiento jurídico sin que deba cumplirse un procedimiento especial, y la conducta sancionada se establece con base en los informes financieros elaborados por el propio ente vigilado y por él presentados a la Superintendencia".

"No puede entonces a juicio de la Sala, afirmarse que "se inicia o pone fin a una situación administrativa" con la imposición de una sanción por desencaje, para pretender aplicar las normas generales del Código Contencioso Administrativo, cuando se trata de una relación continua de vigilancia Administrativa, regulada por normas propias, las cuales no consagran un procedimiento especial, precisamente por la naturaleza de la relación existente entre la Administración y las entidades vigiladas".

"Y tampoco puede aceptarse el planteamiento hecho en la sentencia recurrida con relación a la aplicabilidad y violación del artículo 47 de la ley 45 de 1.923, del articulo 22 del Decreto 2910 de 1.982 y del artículo 3° del Decreto 1393 de 1.986, ya que la primera norma consagra como potestativo de la Superintendencia Bancaria, el pedir explicaciones a los Bancos cuando el encaje esté por debajo de lo que la ley requiere, la segunda se refiere a situaciones y sanciones no reguladas en norma especial y la última norma no pudo ser violada por el acto demandado, toda vez que fue proferida con posterioridad a la expedición de aquél".

"Nótese que el fallo recurrido afirma que un procedimiento que no consagre el derecho de defensa viola el artículo 26 de la Constitución Nacional; pero el acto infractor, si existiera sería el que consagra así, el procedimiento, el cual en este caso no existe, y por ello, no puede afirmarse que se haya desconocido ni el derecho de defensa, ni violado directamente el artículo 26 de la Constitución Nacional".

"La autoridad administrativa, no puede inventar trámites o procedimientos no previstos en la ley, ya que la función administrativa que le es propia está subordinada a ésta y debe ejercerse dentro del principio de legalidad".

"Así las cosas, existiendo norma expresa que regula específicamente la infracción y la sanción y que por la naturaleza de la actividad misma, no exige un procedimiento o trámite especial, no puede afirmarse que con el acto demandado se desconoció el derecho de defensa, consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

"Más, si se tiene en cuenta que la infracción sancionada se estableció con fundamento en los informes presentados por el mismo Banco, y en las liquidaciones hechas por la Superintendencia, de cuya comparación surge la verificación de la infracción, Y aunque a esos informes no se les pueda dar el carácter de una confesión, de todas las características que a dicho medio de prueba, le reconoce el derecho probatorio, no hay duda que objetivamente está comprobada la comisión de la infracción en cuanto se trata de informes financieros, tomados de los libros de contabilidad los cuales tiene el valor probatorio que les reconocen los artículo 68 y siguientes del Código de Comercio y este aspecto no fue desvirtuado, ni siquiera cuestionado por la entidad sancionada, ni en la vía gubernativa porque no interpuso el recurso de reposición, ni en la etapa jurisdiccional".

"Por su parte, la Superintendencia Bancaria bien podía solicitar explicaciones antes de imponer una sanción por desencaje, cuando lo considerare necesario, tal como lo ha hecho en los casos mencionados por el apelante, pero el no hacerlo, no implicaba el desconocimiento del derecho de defensa ya que no existe norma que le dé a dicho trámite, el carácter de obligatorio".

"A juicio de la Sala, el tan alegado derecho de defensa se ejerce no sólo, antes de la expedición del acto administrativo, sino también a través de los recursos propios de la vía gubernativa; por eso llama la atención de la Sala el que la parte actora alegue que se le desconoció su derecho de defensa porque no se le solicitaron explicaciones, no previstas en la ley, pero no lo ejerció en cuanto no interpuso el recurso de reposición".

"Por último, con relación a este tema del desconocimiento del derecho de defensa y de violación del debido proceso, evidentemente el Tribunal fundamentó y no solo "ilustró" su decisión, en normas que no fueron citadas como violadas en la demanda; en efecto, allí se hizo referencia al artículo 47 de la ley 45 de 1.923, al artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982, el artículo 3° del decreto 1939 de 1.986 y al Decreto 01 de 1.984, mientras que en la demanda solamente se citaron como violadas el artículo 26 de la Constitución Nacional, el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 5, 8, 35 y 375 del Código Penal".

"Por ello, la Sala comparte el planteamiento del recurrente cuando afirma que el Tribunal *a quo* desbordó en este aspecto los límites fijados por el mismo actor en la demanda y reitera lo dicho por la Corporación en sentencia del 19 de Diciembre de 1.984 cuando con ponencia del Consejero

Joaquín Vanín Tello dijo:

"Recuérdese, en efecto, que el fallador no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le han sido propuestos oportunamente por las partes y que tampoco puede dejar sin pronunciamiento puntos que hayan sido sometidos a su decisiòn. Por elllo, de manera terminante ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por remisión analógica del artículo 267 del Decreto 01 de 1984, que la parte resolutiva de la sentencia debe contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y el artículo 305 de la misma obra señala que el falllo debe ser consonante con las pretensiones. **De lo expuesto se infiere que la resolución judicial debe ser repuesta adecuada, positiva o negativa, a lo pedido por el demandante, sin exceder esos límites, como tampoco puede dejar sin decidir los precisos aspectos que hayan sido sometidos a al consideración del juzgador.** (Se subraya).

La sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo, establece la legalidad o ilegalidad de una decisión de la Administración, pero dicha decisión está limitada por lo planteado en la demanda que da origen a cada juicio, ya que por tratarse de una jurisdicción rogada, el alcance de la actuación del juez administrativo, lo delimita el actor, al precisar las peticiones, las normas violadas y el concepto de violación, sin que le sea permitido a aquel adicionarlo.

"2o. Aplicación de normas penales.

"Aunque la sentencia apelada no se pronuncia con relación a la violación de los artículos 5, 8, 35 y 375 del Código Penal y 215 del Código de Procedimiento Penal, y a su aplicabilidad en materias administrativas, en cuanto sí lo plantea el recurrente, la Sala reitera su criterio de considerarlas no aplicables en el campo administrativo, tal como lo ha sostenido en diferentes providencias cuando dijo:

"Ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control judicial de la medida sancionadora permite ver en esa materia una cuestión de naturaleza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones contra conductas lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de libertad personal'. (Exp. 1035. Sentencia 24 de Julio de 1.987, Sección Cuarta Ponente Hernán Guillermo Aldana Duque)".

"Además, el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien

incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico".

"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de ahorro del valor constante que solamente pude hacerse a través de Corporaciones de Ahorro y Vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento de culpabilidad, en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de las personas naturales" (Expediente 1028, Sentencia de Julio de 1.987 Sección Cuarta Ponente Jaime Abella Zárate).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, a juicio de la Sala, la sentencia recurrida debe revocarse y en su lugar, negarse las pretensiones de la demanda.

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 :

Revócase la sentencia apelada. En su lugar niéganse las pretensiones de la demanda.

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, Aclaro Voto; *Jaime Abella Zárate. Carmelo Martínez Conn,* Salvo voto; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. marzo 23/90, Sección Cuarta Ponente Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS, exp. 1.952, actor: Banco Ganadero. Extractos T. VII p. 334'

DEMANDA- Requisitos/ **PARTES-** Designación/ **PERSONAS DE DERECHO PUBLICO-** Representación. (Salvamento de voto)

La Superintencia Bancaria no tiene personalidad jurídica y por lo mismo, los actos que ella emite comprometen a la Nación, que sí tiene personalidad jurídica y debe responder por los actos y hechos de la Superintendencia Bancaria.Comprobado que no se demandó a la Nación, como debió hacerse y que tampoco el auto admisorio le fue notificado al representante de ella, puede afirmarse que no hay proceso válido sobre el cual deba recaer sentencia definitiva por ausencia del presupuesto procesal denominado "demanda en forma".

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

Consejero Ponente: *Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2470. Actor: BANCO GANADERO C/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA/ AUTORIDADES NACIONALES. FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia Bancaria contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de octubre de 1.988 que declaró la nulidad de la Resolución 4318 del 21 de agosto de 1.985 de la Superintendencia Bancaria en la que se impuso al Banco Ganadero S.A., sanción por defectos de encaje en la suma de ochocientos noventa y nueve mil ciento sesenta y un pesos M/cte ($899.161,oo).-

ANTECEDENTES: En los hechos de la demanda, se relatan los siguientes:

"HECHOS"

"PRIMERO: A través de la Resolución 48 de 1.981 la Junta Monetaria fijó el

porcentaje, el método de cálculo, las consecuencias que se derivarían de los defectos de encaje y la competencia que tiene la Superintendencia Bancaria para aplicar sanciones a los Bancos que no cumplan con estas reglas de encaje".-

"SEGUNDO: EL BANCO GANADERO envió a la Superintendencia Bancaria el informe que debe remitirle, en el cual describió la siguiente situación de desencaje:"

"FECHA	PARCIALES	TOTAL
1.985		
"Mayo 6	$ 151.059.000.oo	
7	151.059.000.oo	
8	151.059.000.oo	
9	151.059.000.oo	
10	151.059.000.oo	$ 755.295.000.oo

TERCERO: La Superintendencia Bancaria examinó los documentos enviados por el BANCO GANADERO y tres (3) meses después, durante el mes de Agosto de 1.985, tomando como base el reporte del BANCO GANADERO, revisó el cálculo artimético que había hecho el mismo BANCO GANADERO, cuentas que por basarse en los datos remitidos por el BANCO arrojó los mismo resultados que había presentado el BANCO GANADERO".-

"CUARTO: La Superintendencia Bancaria, al percibir que la liquidación elaborada por el BANCO GANADERO era correcta,es decir coincidía con la que ella practicó luego, se abstuvo de solicitar al BANCO las explicaciones sobre la causa del desencaje no le dio oprtunidad para explicar los motivos del desencaje o justificar el defecto que voluntariamente puso en conocimiento de la Superintendencia Bancaria, y sin más procedió a multar al BANCO GANADERO".-

"QUINTO: La Superintendencia Bancaria tampoco examinó la causa de este desencaje,ni se preocupó por averiguar y probar que el BANCO GANADERO había llegado a tal situación como consecuencia de su culpa, de su error o de su voluntad, y dando por probado cuanto ha debido demostrarse antes de imponer la pena, aplicó el porcentaje de la Resolución 48 de 1.981 de la Junta Monetaria al valor del desencaje total y por medio de la Resolución No. 4318 impuso al BANCO GANADERO la obligación de pagar a la Nación la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO SESENTA Y UN PESOS M/CTE. ($899.161.oo)."

LA DEMANDA: Por medio de apoderado el Banco pidió la nulidad de la citada resolución, y el restablecimiento en el derecho, la cancelación de todos los registros y anotaciones en los que conste la sanción aplicada.-

Se originó la demanda en el hecho de que una vez examinados por la superintendencia Bancaria el informe financiero correspondiente al mes de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, encontró una posición negativa del encaje por $755.295.000.oo durante 21 días hábiles al 2.5% para el total de la multa por $899.161.oo M/cte.-

Acuso como violadas y explicó el concepto de violación de las siguientes normas: Artículo 26 de la Constitución Nacional; Artículo 215 del Código de Procedimiento Penal; Artículos 5º, 8º, 29, 35, 40 y 375 del Código Penal; Artículo 1º del Decreto 125/76; Literal a); y, Artículos 1º, 2º, 28 y 35 del Código Contencioso Administrativo. Hace énfasis en el desconocimiento del derecho de defensa consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional al proferir la Resolución demandada.-

LA SENTENCIA APELADA: El tribunal Administrativo de Cundinamarca encontró que la Superintendencia Bancaria impuso la sanción pecunaria al actor sin que previamente le hubiese solicitado explicaciones o descargos utilizando para ello los informes de balances suministrados por el Banco que coinciden con la liquidación efectuada por la entidad sancionadora la que no controvierte el hecho sino que lo admite.-

Al contestar la demanda, la apoderada de la Superintendencia Bancaria planteó la circunstancia de que a quien debe demandarse es a la Nación por actos emanados de la Superintendencia Bancaria, que es un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito público.-

Posteriormente el Ministerio Público por conducto del Agente Fiscal acreditado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Fiscal 4o. Doctor Tarcisio Cáceres Toro, en concepto de fondo, solicita que se dicte sentencia inhibitoria por ausencia del requisito procesal "denominado demanda en forma, (fls. 118/131) planteando el punto como cuestión previa.- Dijo así: "Situación procesal previa. "En la demanda NO SE IDENTIFICO A LA NACION COMO PARTE DEMANDADA y esa omisión del demandante de conformidad con la ley y la doctrina implica LA NO PRESENTACION EN DEBIDA FORMA DE LA DEMANDA que la conduce a la expedición de SENTENCIA INHIBITORIA POR INEPTITUD DE LA DEMANDA. (Las mayúsculas y lo subrayado es del texto).

Y agrega que la Superintendencia BANCARIA es una entidad sin personalidad jurídica, por lo cual debe dictarse sentencia inhibitoria.-

El Tribunal A-Quo, dictó sentencia de fondo acogiendo tesis anteriores de la misma entidad y procedio a anular la Resolución No. 4318 del 21 de agosto de 1.985,

por violación del derecho de defensa y declaró que el Banco Ganadero no está obligado a cancelar la suma impuesta por la Superintendencia Bancaria.- Salvaron el voto la Doctora María Elena Giraldo y el Doctor Sergio Quiroz Plaza.-

El proveído anterior apeló la Superintendencia Bancaria y en extenso escrito se refiere a la tesis de la sentencia, entre otros puntos alega el de fallo "extra petita" por parte del Tribunal al fundar su decisión en normas cuya violación no fue alegada, como el artículo 47 de la Ley 45/1.923 y 22 del Decreto 2920 de 1.982 para demostrar la violación del procedimiento administrativo por la Superintendencia Bancaria.- Agregó que en relación con la violación del artículo 47 de la Ley 45/23, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia de 29 de junio de 1.984, dijo que las explicaciones a las que se refiere ese artículo, deben mediar cuando exista duda sobre el aspecto objetivo de la falta, pero no cuando la ocurrencia del hecho se hace evidente en virtud del informe suministrado por la entidad vigilada.-

En esta instancia el Ministerio Público representado por la Fiscal 6o. doctora Dolly Pedraza de Arenas, pide que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda, acogiendo la sentencia, que transcribe en lo fundamental de fecha julio 27 de 1.984 proferida en un caso similar.-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como es bien sabido, para que el juez de la causa pueda desatar el fondo del litigio, se requiere que esté debidamente conformada la relación jurídica del proceso, "por la satisfacción de los llamados presupuestos procesales, que son exigencias de la ley procesal". Si estas condiciones no se dan, no se ha constituído la relación jurídica del proceso y el juez no debe fallar el fondo de la causa litigiosa"- Calamandrei, citado por Hernando Morales Molina, dice: "Los presupuestos procesales son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable, o desfavorable sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder- deber del juez de proveer sobre el mérito; así mientras los requisitos de la acción (pretensión) hacen referencia a la relación sustancial que preexiste al proceso, los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independiente del fundamento sustancial de la demanda" (Curso de Derecho Procesal Civil-Parte General-9a. Edición Pág. 206).-

La Corte Suprema de Justicia de Colombia citada por Morales Molina, ha expresado sobre el particular: "A fin de que el juez pueda aplicar el derecho sustantivo, es decir, proveer sobre el mérito del proceso, es necesario que antes, las actividades procesales se hayan desarrollado de conformidad con el derecho procedimental".-

Solamente si el proceso se ha desenvuelto regularmente, esto es, según los principios del derecho procesal, el juez podrá como se dice, "entrar en el mérito", o sea, "al fondo de la cuestión". Si viceversa tales prescripciones no ha sido tenidas en

cuenta, al fallar, la inobservancia del derecho procesal, cuando sea de una cierta gravedad, constituirá un impedimento para decidir sobre el mérito del proceso".-

Mas adelante, el mismo autor citando de la Corte, dice que son cuatro los presupuestos procesales, a saber: a) Competencia; b) Capacidad para ser parte; c) Capacidad procesal; y, d) Demanda en forma, agregando que él, el autor estima que "la adecuación al trámite" es un quinto presupuesto procesal.-

Manuel De la Plaza, tratadista Español, citado por Morales Molina, expresa: "Es preciso ante todo, que el órgano requerido para pronunciar la decisión tenga jurisdicción para hacerlo; es necesario, además, que le esté atribuida competencia, es inexcusable que los litigantes tengan capacidad jurídica y capacidad procesal, y es obvio, también para que la demanda surta sus efectos procesales esté correctamente formulada, según las normas para que cada uno de los procesos se hallen establecidas en los distintos sistemas legislativos". (Derecho Procesal Civil Español-Pág. 345 Obra citada).-

En la misma obra se hace la siguiente cita de Pallares en su diccionario de Derecho Procesal Civil: "Si el juez no es competente, si las partes carecen de personalidad jurídica procesal, si el juicio no se inicia por medio de una demanda en forma, el proceso no se constituye válidamente".

El Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1.984, vigente cuando se introdujo la demanda con el cual se inició este proceso, -18 de diciembre de 1.985, -siguiendo estos principios decía en el artículo 137, titulado, "Contenido de la demanda". -"Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá:

1.- La designación de las partes y de sus representantes;

2.- Lo que se demanda;

3.- Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción;

4.- Los fundamentos de derecho de las pretensiones cuando se trate de impugnación de un acto administrativo deberá indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación;

5.- La petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer;

6.- La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

Además según exigencia del artículo 138 *ibídem,* en los términos en que

fue modificado por el artículo 24 del Decreto Extraordinario 2304 /89, hay obligación de individualizar las pretensiones; y acompañarse una copia del acto si no se cumplen los anteriores requisitos de la Ley, la demanda es inadmisible y si a pesar de tales defectos formales se tramita, el juez debe inhibirse de decidir el fondo de la litis; por ello ya para evitarse estas decisiones inhibitorias el legislador ha dispuesto el control del juez sobre la demanda.-

En el caso *sub-lite*, se tiene lo siguiente:

El apoderado del Banco Ganadero pide que previo los trámites de ley y con citación y audiencia del Ministerio Público y del señor Superintendente Bancario o del legítimo representante del Gobierno Nacional, en sentencia definitiva, se hagan las siguientes declaraciones:

PRIMERA: Que es nula la Resolución 4318 del 21 de Agosto de 1.985, expedida por la Superintendencia Bancaria, notificada al apoderado del Banco Ganadero el 4 de septiembre y contentiva de la decisión administrativa que sancionó a mi poderdante con la multa de Ochocientos Noventa y Nueve Mil Ciento Sesenta y Un pesos M/Cte.;

SEGUNDO: Que como consecuencia de la nulidad cuya declaratoria pide se ordene a la Superintendencia Bancaria restablecer a mi poderdante en sus derechos y cancelar todos los registros y anotaciones en los que la multa impuesta pueda aparecer como situación jurídica pendiente o pueda figurar como antecedente sobre la conducta del Banco Ganadero.-

A continuación el actor relata los hechos que dan origen al juicio contencioso, las disposiciones violadas y el concepto de su violación, el ofrecimiento de caución, la relación de las pruebas y los anexos, y finalmente su domicilio procesal y el del señor Superintendente Bancario.-

La demanda se presentó bajo la vigencia del Decreto Extraordinario 01 de Enero 2 de 1.984, o Código Contencioso Administrativo, pues fue presentada el 18 de diciembre de 1.985 en la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.-

Como es sabido, el nuevo Código introdujo en el derecho procesal administrativo el concepto de "parte" y por ello la exigencia del numeral 1° de inciso 1° del artículo 137 del C.C.A.".-

Ahora bien: La Superintendencia Bancaria no tiene personalidad jurídica y por lo mismo, los actos que ella emite comprometen a la Nación, que sí tiene personalidad jurídica y debe responder por los actos y hechos de la Superintendencia Bancaria.- En el caso objeto de esta providencia, el auto admisorio de la demanda se notificó personalmente el 16 de abril de 1.986 al doctor Dario Laguado Monsalve, apoderado sustituto del Banco Ganadero (fl. 24) el 22 de mayo por Estado (fl. 24 vto); al

Agente del Ministerio Público el 14 de abril anterior, y al Superintendente Bancario el 15 de mayo del mismo año.- No se notificó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al cual está adscrita la Superintendencia Bancaria y pudiera considerarse vinculada al proceso a la Nación.-

Comprobado que no se demandó a la Nación, como debió hacerse y que tampoco el auto admisorio le fue notificado al representante de ella, puede afirmarse que no hay proceso válido sobre el cual deba recaer sentencia definitiva por ausencia del presupuesto procesal denominado "Demanda en Forma".

Además de lo anterior, se observa que la segunda petición aún en el caso de que se pudiera fallar en el fondo, no podría prosperar por cuanto las multas que impone la Superintendencia Bancaria deben ingresar al Tesoro Nacional, como se dispuso en este caso en el artículo segundo de la parte resolutiva al decir: "El pago de la sanción que se impone en esta providencia deberá acreditarse mediante presentación a este Despacho del original del recibo que expida la Sección de Caja de Dirección General de Tesorería dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta Resolución".

Lo anterior es una razón más para que se hubiera demandado a la Nación.-

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:

DECLARARSE INHIBIDA PARA DECIDIR EL FONDO DE LA LITIS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.-

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.-

SALVAMENTO DE VOTO DE CARMELO MARTINEZ CONN-CONSEJERO DE ESTADO

Bogotá D.E., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa (1.990)

Referencia: Expediente No. 2470

Las razones de mi disentimiento con el fallo mayoritario están consignadas en el proyecto que presenté como ponente y agrego como Salvamento de Voto.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

PRUEBA CONTABLE

Pese a estar sujeta la admisibilidad fiscal del pasivo, aparte de otros requisitos, a la conservación, por el término de la revisión oficiosa, de la documentación relativa a su cancelación y a la exhibición, tratándose de contribuyentes obligados a tener contabilidad registrada, de los soportes y comprobantes idóneos, de acuerdo con los principios y normas contables, en ausencia de esos documentos, es viable la solución de un medio probatorio contable que mejore el originalmente censurado, de uno diverso de éste, o del específicamente indicado en la ley, esto es, la declaración de renta del acreedor (Ejercicio Fiscal de 1.981).

LIQUIDACION ALTERNATIVA

No es exacto que, formulado un método opcional de liquidación con la plenitud de las formas del requerimiento especial, se estructure un fenómeno de liquidación múltiple, pues el proyecto, por definición, está destinado a operar solo en subsidio o sustitución del que resulte desvirtuado, en forma que la liquidación privada solamente se verá modificada una vez. Tampoco es cierto que el proyecto debe contener una "liquidación del impuesto", simplemente porque es solo eso, un proyecto de reforma, y no una liquidación definitiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, Octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa (1990).

Referencia.: Radicación 2495. Apelación sentencia de Febrero 17 de 1.989 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad contra los actos administrativos que fijaron el impuesto de renta y complementarios por el año fiscal de 1.981. Actor: Arrendadora y Administradora Citycol S.A. F A L L O .

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por la sociedad ARRENDADORA y ADMINISTRADORA CITYCOL S.A. la actora, contra la sentencia de 17 de Febrero de 1.989, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido respecto de actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1.981, a saber, la liquidación de revisión No. 100239 de 26 de Julio de 1984 y la resolución No. 287 de 19 de Mayo de 1986 expedidas, en su orden, por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES:

A través de acto liquidatorio impugnado, al que habían precedido las conclusiones de un acta de inspección contable y el pliego de modificaciones del requerimiento especial, se determinó la base imponible por comparación de patrimonios, como consecuencia de haberse desechado una fracción del pasivo, en suma de $25.985.500, declarada a favor de la entidad Citybank, N.A. que carecía de soportes contables u otra prueba específica.

Se previno, asímismo, alternativamente, para el caso de que fuera desvirtuada la comparación, sobre el rechazo de deducciones en cifra de $4.603.220, por la misma razón anterior.

Finalmente, se aplicó una sanción por libros de contabilidad.

La providencia que desató el recurso gubernativo, confirmó en todas sus partes la actuación anterior, sobre la base de que, no obstante haberse allegado la declaración de renta del presunto acreedor, en la que figuraba la cuestionada acreencia, no aparecían denunciados, en cambio, ni en esta declaración ni en la de la reclamante, los "rendimientos" generados por el crédito, constitutivos de ingresos para el primero y de deducción para la segunda, hecho del que se infería, que no estaban reunidas en su totalidad las condiciones del artículo 14 de decreto 3803 de 1.982.

LA DEMANDA:

Sostiene el libelo, en lo esencial, referente al pasivo y la confrontación de activos:

a) Tanto la declaración de renta del acreedor, anexa a la contestación del requerimiento especial, como el certificado del revisor fiscal de la sociedad de-

mandante y la constancia sobre la idoneidad de éste, acompañados al escrito de reconsideración, son medios válidos de comprobación para desvirtuar el punto.

b) Según el artículo 1163 del Código de Comercio, el pago de intereses no es de la esencia del contrato de mutuo, luego la falta de declaración de aquéllos, por los contratantes, no impide el reconocimiento del crédito.

c) La ausencia de documentos de soporte, reportada en el acta de inspección, no tiene fundamento legal, ya que, precisamente, según lo expuesto antes, la declaración del acreedor suplió la eventual deficiencia.

Y en lo que hace al rechazo de deducciones y la sanción:

Una liquidación alternativa del impuesto, por métodos comunes, no es previsible, a términos del artículo 19 del decreto 3803 de 1.982, supuesto que la Administración tributaria únicamente puede modificar la liquidación privada, mediante liquidación de revisión, "por una sola vez".

Ello, además porque la liquidación, como acto administrativo que debe comprender un razonamiento y una decisión, supone el cumplimiento de los requisitos esenciales del mismo y respecto del cual no les es dado a los funcionarios hacer más de lo que les permite la ley.

Del texto del artículo 49 de la ley 52 de 1.977, relativo al contenido de las liquidaciones de revisión, no surge para el funcionario liquidador, la facultad de establecer alternativas en cuanto a la base gravable y el impuesto, sino al contrario, que si bien la norma sustantiva da opciones para tal efecto, la procesal impone elegir una de tales posibilidades, con exclusión de las demás, o sea, liquidar el impuesto sobre una base cierta, no meramente hipotética, contraría el debido proceso y, de suyo, el derecho de defensa. Así lo definió la Dirección General de Impuestos Nacionales, en la Resolución N°. 985 de 14 de Septiembre de 1.984, cuyos apartes se transcriben.

No es procedente, pues, el desconocimiento de las deducciones de que se trata; y, por lo mismo anotado, no cabe tampoco la sanción por libros.

LA SENTENCIA APELADA:

En lo que dice relación con la primera cuestión, el pasivo y la comparación de patrimonios, el a-quo halla que la actora y su acreedor son sociedades mercantiles y realizan actos regulados por el Código de Comercio, según el artículo 21 ib., y que el contrato de mutuo, en que figuran comprometidas, se rige por los artículos 1163 a 1169 ib., destacándose el carácter oneroso de aquél,incluso por presunción, salvo en convención en contrario.

Y por lo tanto, para una decisión estimatoria de sus pretensiones, la demandante debió probar, no sólo la existencia misma del crédito, sino la gratuidad del mutuo, lo que no hizo.

En cuanto al eventual desconocimiento de las deducciones, considera que tal "planteamiento hipotético" no surtió ningún efecto, pues no hubo lugar a practicar una liquidación por el sistema ordinario, y que, por tanto, no se dió la circunstancia de que "la Administración de Impuestos (hubiera modificado) dos veces la liquidación privada", ni de que hubiera violado el artículo 49 de la ley 52 de 1.977, invocado por la accionante.

En lo referente a la sanción anota que, no habiéndose acreditado que la contabilidad se llevaba con arreglo a lo estipulado en los artículos 57 del decreto 3803 de 1.982 y 82 y 84 de la ley 9a. de 1.983, no prosperan los correspondientes cargos.

EL RECURSO DE APELACION:

Acerca del pasivo y su incidencia en la diferencia patrimonial, con base en la prueba documental allegada en la vía gubernativa, el señor apoderado de la actora afirma, de un lado, que la norma del artículo 14 del decreto 3803 de 1.982 fue mal interpretada, porque si en la parte inicial de la misma se habla de "pasivos" y "deducciones" y, en la última, de "cantidades respectivas" y "rendimientos", aquéllas aluden a los pasivos y éstos a las deducciones, porque, "naturalmente siempre que existe una deducción para un contribuyente, existe un ingreso para el otro contribuyente que le corresponde al primero ..." (?)

Agrega que tal disposición, "mal puede desconocer que no es de la esencia de los créditos el que generen intereses, razón por la cual mal puede exigirse por el legislador que para la acertación de un pasivo es necesario que el acreedor haya declarado rendimientos del crédito respectivo...", de suerte que las afirmaciones del a-quo, en cuanto a que debió mediar y ser demostrado el pacto de no intereses, "resulta totalmente gratuita", pues la ley no lo exige.

Sobre el particular, cita y transcribe apartes de la Resolución DIN Nº 930 de 11 de Julio de 1983, donde el pasivo discutido habría sido admitido, "en la sola declaración de los créditos por parte del acreedor...".

En materia del rechazo de deducciones,repite los argumentos fundamentales de la demanda, con énfasis en la presunta extralimitación de funciones del liquidador, por la incursión, en la liquidación impugnada, de elementos no autorizados legalmente, y en la nulidad en que se habría incurrido, conforme al artículo 57, numeral 4º, de la ley 52 de 1977, por no contener, la "liquidación alternativa", especificado el monto del tributo.

De la sanción por libros, dice que habiéndose hecho figurar contablemente un crédito declarado por el acreedor, no se estructuró irregularidad sancionable.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

En cuanto al pasivo, la parte demandada alega que éste no se probó durante la visita administrativa, ni con posterioridad a ella, pues la aducida declaración del acreedor, no llenaba las exigencias del artículo 14 del decreto 3803 de 1982, ni la constancia del revisor fiscal había hecho mención de asientos o comprobantes contables.

Y aunque admite que, "efectivamente, no es de la esencia de los créditos el que generen intereses", refuta que el denuncio fiscal de éstos, por el acreedor, no se pudiera exigir como condición para el reconocimiento del pasivo, toda vez que, que de hecho, el legislador lo exigió en el artículo 14 citado, que es una disposición clara, respecto de la cual, no cabe la interpretación que pretende darle la actora en el memorial de apelación.

Añade que, independientemente de que los intereses fueran, o no, de la esencia del contrato de mutuo, lo cierto es que si ésta no los generó, no se podía probar la deuda del modo indicado en dicho artículo 14, debiendo, entonces, haberse acudido a un medio distinto de prueba, que tampoco lo era el certificado de revisor fiscal, dadas las notorias deficiencias del mismo y la circunstancia de que la Administración hubiera demostrado la inexistencia de la deuda.

O, en otras palabras, que probada la no contabilización del pasivo, tal certificado era ineficaz y contrario al artículo 15 del decreto 3803 de 1982, pues la contabilidad de la investigada no se podía aducir ya como prueba.

Con referencia a la desestimación de deducciones y la "liquidación alternativa", niega que la formulación del rechazo, plasmada en el requerimiento especial y la propia liquidación impugnada, implique "nueva fijación del impuesto sobre la renta", pues que se trataría simplemente de un elemento que hace parte de esa liquidación oficial, aparte de que la pretendida nulidad al respecto, no fue ventilada en la vía gubernativa y, por tanto, no es de recibo en juicio.

En conclusión, pide aprobar la sentencia, con inclusión de la sanción impuesta, en consideración a no haberse desvirtuado la causa que originó ésta.

CONCEPTO FISCAL:

El Señor Fiscal Tercero de esta Corporación, se pronuncia por la confirmación del fallo apelado, por las razones que a continuación se extractan:

a) El cargo fundado en la suposición de que el vocablo "rendimientos", del artículo 14 del decreto 3803 de 1982, "...no se refiere a los 'pasivos' sino a las 'deducciones', no es más que una simple afirmación temeraria...", contraria al texto de la precitada disposición , dado el precepto sobre interpretación de la ley, consagrado en el artículo 27 del Código Civil.

b) La Administración sólo practicó una liquidación de revisión, y ello es suficiente para que se tenga por infundado el cargo de violación del artículo 19 del decreto 3803 de 1982.

c) Por lo que respecta a la sanción, "la demanda no cumplió con el requisito de señalar las disposiciones violadas (artículo 137, numeral 4º, del Decreto 01 de 1984). Por lo tanto, no es procedente un pronunciamiento de fondo acerca de esta sanción..." (Paréntesis en el texto transcrito).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. La fracción discutida del pasivo:

Ha dicho la Sala que si bien, de conformidad con el artículo 92 del decreto 1651 de 1961, los conceptos y guarismos que consigne el acta de visita administrativa se presumen fielmente extractados de los libros y efectos de comercio inspeccionados, no tiene ésta, sin embargo, el mérito de experticio contable, entre otras razones, porque no se produce con arreglo a las formalidades de dicha prueba, ni de los visitadores se exige la calidad de contadores públicos.

De dicha acta solo es procedente inferir, salvo prueba en contrario, las irregularidades contables que reporte y la consecuente inoponibilidad frente a terceros, de tales libros y efectos; en ningún caso, la descalificación de éstos a posteriori y menos a perpetuidad, pues solo la negativa a exhibirlos impide al renuente su ulterior invocación; y tampoco puede concluirse la inexistencia física de las transacciones u operaciones investigadas, como se da a entender en el alegato de la opositoria, otorgándose, al contrario, el derecho procesal de aducir prueba distinta, o aún la propia contabilidad circunstancialmente objetada, corregidos, si, los yerros y deficiencias que le imputare el acta (artículo 15 decreto 3803 de 1982).

O, en otras palabras, que pese a estar sujeta la admisibilidad fiscal del pasivo, aparte de otros requisitos, a la conservación, por el término de la revisión oficiosa, de la documentación relativa a su cancelación, y a la exhibición, tratándose de contribuyentes obligados a tener contabilidad registrada, de los soportes y comprobantes idóneos, de acuerdo con los principios y normas contables, según los artículos 124, numeral 2° del decreto 2053 de 1974 y 13 del decreto 3803 de 1982, en ausencia de esos documentos, es viable la solución de un medio probatorio contable que mejore el originalmente censurado, de uno diverso de éste, o del específicamente

indicado en el artículo 14 ib., esto es, la declaración de renta del acreedor.

Ahora bien, se debe destacar que, en parte alguna del proceso, figura demostrado el hecho de que la fracción inadmitida del crédito hubiera tenido por causa un contrato de mutuo, ni que éste se hubiera pactado con intereses. Y que, aunque ello hubiera sido así, por virtud de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad en la materia, a que remiten las reglas de los artículos 6º, inciso 2º, y 1602 del Código Civil, cabrían hipótesis como la de la renuncia a tales réditos, o la cesión de éstos a un tercero, de donde, la discusión en torno de silos mismos eran, o no, de la esencia del "contrato" y debían ser declarados por el beneficiario, es absolutamente irrelevante.

El correcto entendimiento del cuestionado artículo 14 no es el simplista que le atribuye la parte impugnadora, en el sentido de que si no se denuncian intereses,no es válida como prueba del pasivo la declaración de renta del acreedor, porque esto coloca al legislador de emergencia en el trance de haber violado los enunciados principios contractuales, sino el que se obtiene por mera deducción lógica.

Si se probó la índole del acto o contrato que dió origen al pasivo (mutuo, depósito, compraventa a plazo, etc.), sobra, ciertamente, la declaración de renta del acreedor,haya denunciado ésta, ó no, el crédito mismo o sus rendimientos.

Si no lo fue, se debe admitir sin reservas la prueba que emana de la declaración, a menos de estar acreditada una convención pura y simple sobre intereses, caso en el cual, la falta del denuncio de éstos no solamente da lugar a la pertinente investigación por omisión de ingresos, sino a la desestimación de tal declaración, como prueba del pasivo.

Como no se demostró en el juicio, ni la naturaleza del acto o contrato, ni el pacto incondicional sobre rendimientos, se debe tener por comprobado el pasivo y desvirtuada, por ende, la confrontación de activos.

2. La liquidación alternativa:

No es exacto que, formulado un método opcional de liquidación con la plenitud de las formas del requerimiento especial, se estructure un fenómeno de liquidación múltiple, pues el proyecto, por definición, está destinado a operar solo en subsidio o sustitución del que resulte desvirtuado, en forma que la liquidación privada solamente se verá modificada una vez.

Tampoco es cierto que el proyecto debe contener una "liquidación de impuesto", simplemente porque es solo eso, un proyecto de reforma, y no una liquidación definitiva, aunque sí es cierto que la liquidación se ciñe a las reglas de contenido de la reforma propuesta, toda vez que basta una sencilla sustitución de conceptos y guarismos para obtener la liquidación, los cuales, a su turno, no se podrían decir

ignorados, ya que fueron planteados claramente, tanto en los requerimientos administrativos, como en la liquidación oficial.

Por otro aspecto, en el caso examinado, las deducciones que se propuso inadmitir por notorios defectos de contabilización, no fueron objeto de prueba fehaciente, en la vía gubernativa o el proceso jurisdiccional, dado que el certificado de revisor fiscal aducido, como acertadamente se dice en el alegato de la parte opositora, no contenía la necesaria referencia a los libros, asientos y comprobantes internos y externos comprometidos en las diferentes transacciones, debiendo pues, mantener el rechazo de las mismas, tal como se planteó, originalmente, en los actos administrativos impugnados.

3. Sobre la sanción por libros:

Habiéndose definido el mérito que es pertinente atribuir al acta de inspección no cabe duda de que las irregularidades contables de que se dio cuenta en la misma, hacían procedente la aplicación de la sanción discutida, e imponen su confirmación, ya que no se aportaron pruebas, ni se expusieron argumentos contra dichos defectos e informalidades.

En discrepancia con los postulados del fallo atacado, y el concepto del Ministerio Público, procede la práctica de la siguiente nueva liquidación, por el sistema ordinario:

ARRENDADORA Y ADMINISTRADORA CITYCOL S.A.

NIT: 60.030.458 A

AÑO GRAVABLE: 1.981

CONCEPTO	BASE IMPONIBLE	IMPUESTO
RENTA		
Gravable, según liquidación privada		
No. 2456, Abril 21 de 1.982:	$11.322.986	
más: Deducciones desestimadas, según		
liquidación de revisión	4.603.220	
Gravable definitiva, a la tasa del 40% $6.370.482	15.926.206	
Menos: DESCUENTOS TRIBUTARIOS:		
Reconocidos, según liquidación		
de revisión		1.822.997

IMPUESTO NETO DE RENTA.....	$4.547.485
Menos: Descuento 1% por renuncia a	
corrección	45.475
Parcial a cargo.....	$4.502.010
Más: Sanción por libros de contabilidad,	
según liquidación oficial	50.000
TOTAL A CARGO.....	$4.552.010

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

FALLA :

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, modifíquese la liquidación practicada a la Sociedad ARRENDADORA Y ADMINISTRADORA CITYCOL S.A. Nit.: 60.030.458 A, en materia de impuesto sobre la renta y complementarios del ejercicio fiscal de 1.981.

Como consecuencia, fíjase en la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DIEZ PESOS ($4'552.010), el valor total a cargo de la mencionada sociedad, por concepto del impuesto sobre la renta y la sanción por libros de contabilidad, correspondientes al reseñado período gravable de 1.981 según la discriminación arriba inserta.

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.

SANCION POR CORRECCION ARITMETICA/ ERROR ARITMETICO

Para que exista error aritmético es requisito legal que el contribuyente haya declarado "correctamente los valores" correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, que deben evidenciarse del contenido total de la declaración tributaria incluidos los anexos y pruebas que presente el contribuyente. Si consignados correctamente dichos valores sufrió el contribuyente equivocación en las operaciones matemáticas y anotó como resultado un dato equivocado, procedía la práctica de la liquidación de corrección; pero si los valores no fueron consignados correctamente, sólo era viable el requerimiento en el que se plantearía el rechazo de costos y deducciones con miras a la práctica de la liquidación de revisión (Ejercicio Fiscal de 1.983).

SANCION TRIBUTARIA/ 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 art. 46 del D. 3803/82 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.

REITER. JURISP: Sent. ago. 3/90 Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE. Exp. 2399

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., Octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia.: Expediente No. 2962. Actor: Los Topos Construcciones Ltda. Apelación de la Sentencia del 26 de Febrero de 1.990 del Tribunal Administrativo de Antioquia. Impuesto de Renta 1.983. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado judicial de la actora, como por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 26 de febrero de 1.990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad "Los Topos Construcciones Ltda.", contra el acto administrativo que determinó el impuesto de renta y complementarios para el año gravable de 1.983.

ANTECEDENTES

La sociedad presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1.983 el 15 de mayo de 1.984, denuncio que corrigió el 16 de julio de 1.984 mediante adición con número 00705-383 DIN. El 15 de julio de 1.986, la Administración comunicó a la sociedad la liquidación de corrección aritmética No. 056153 de la misma fecha, en la cual le determinó un mayor impuesto por valor de $38.272.135, sanciones por $52.624.185 y corrigió el anticipo incrementándolo en $14.352.050.

Inconforme la contribuyente recurrió en reconsideración ante la misma administración, alegando haber incurrido en error mecanográfico en la transcripción de datos en el formulario oficial y acompañó como prueba una copia del estado de pérdidas y ganancias.

La Administración de Impuestos accedió a modificar la liquidación recurrida, aceptando otros valores por concepto de otras deducciones y fijó el impuesto sobre la renta y la sanción por corrección y ordenó acreditar la cuenta corriente en la suma de $67.165.336. Providencia con la cual se agotó la vía gubernativa.

La sociedad contribuyente demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el restablecimiento del derecho, alegando violación de los artículos: 1° del Decreto 3803 de 1.982; 71 inciso 2° de la Ley 9a. de 1.983; 2° del Decreto 80 de 1.984, afirmando que la administración al practicar la liquidación de corrección, ignoró totalmente que los anexos de acuerdo con las normas señaladas hacen parte de la declaración, y que el procedimiento empleado para modificar las deducciones no correspondió al fijado por la Ley que es la liquidación de revisión.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, no aceptó la nulidad planteada por el contribuyente, al seguir la administración un procedimiento distinto para la no aceptación de costos y deducciones, mantuvo la determinación del gravamen fijado por la administración y la sanción por corrección sobre el impuesto del año pero no así sobre el anticipo.

LA APELACION

De la actora,se fundamenta en el hecho de no haber analizado el Tribunal las normas jurídicas señaladas como violadas, artículos 1° del Decreto 3803 de 1.982. 71 inciso 1° de la Ley 9a. de 1.983; 2° del Decreto 080 de 1.984 y 683 y 724 del Estatuto Tributario ni las pruebas presentadas con la demanda con lo cual considera violó el artículo 170 del C.C.A.

Que además la sentencia es inconsistente cuando en el numeral 2° de la parte resolutiva hace referencia a la suma de $14.352.050, que ya había sido modificada por la Resolución 001 de agosto 11 de 1.988.

De la administración, que dice fundamentarse en el artículo 46 del Decreto 3803 de 1.982, porque si el Tribunal encontró ajustado a derecho el procedimiento administrativo demandado no podía exonerar a la sociedad a pagar la sanción por anticipo en cuantía de $14.352.050 sin exponer las razones de su determinación y que además la contribuyente no objetó en la vía gubernativa la determinación del anticipo ni la imposición de la sanción.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación solicita que la sentencia apelada se revoque porque:

> "Revisado el formulario de declaración de renta de la actora por el ejercicio de 1.983 la Fiscalía observa que al diligenciar la columna 10 del formulario anotó la información correspondiente a algunos renglones y totalizó en el renglón No. 235 deducciones por $374.288.861, valor que detrajo en la columna 11 al efectuar la depuración de la renta en su liquidación privada".

> "Surge evidente entonces que la declarante incurrió en un error en el diligenciamiento del formulario que pudo dar lugar, como en efecto sucedió, a que el computador detectara diferencias numéricas, pero nunca a una liquidación de corrección aritmética, toda vez que la diferencia encontrada no provenía de haber errado en las operaciones aritméticas sino de haber anotado la

totalidad de los datos en la columna 10. Corregido el error de anotación, se llega al total de deducciones que la tributante solicitó para depurar su renta gravable el cual no puede desconocerse sin incurrir como lo aduce la demanda, en un rechazo propio de una liquidación de revisión".

"El fundamento de la liquidación por corrección aritmética es el ajuste de errores numéricos, de sumas y restas o aplicación de tarifas, pero partiendo siempre de las bases gravables suministradas por el contribuyente en su declaración de renta y es evidente que en el presente caso, la Administración rechazó deducciones, o sea que no se limitó al ajuste de errores puramente aritméticos, sino que entró a modificar las bases gravables informadas por la contribuyente".

"Si la Administración tuvo duda sobre si la información contable de deducciones en el formulario de la declaración, era igual a la fiscal, ha debido seguir el procedimiento de fiscalización establecido por la ley y requerir a la contribuyente, a fin de configurarle legalmente el rechazo fiscal de las partidas mencionadas".

"No tuvo razón por consiguiente el Tribunal al considerar ajustado a la ley el sistema de corrección empleado por la Administración de Medellín en el presente caso, pues no se configuraron las causales para este tipo de liquidación ni se siguió el trámite administrativo apropiado para entrar a modificar las bases gravables de la declaración de renta. Como en nuestro sentir procede anular al actuación acusada, sobra hacer referencia a otros argumentos sostenidos en la apelación por las partes". (fol. 112 a 113).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Observa la Sala que el problema fundamental está en la interpretación de las normas que regulan la liquidación de corrección y la imposición de las sanciones que como consecuencia prevé la Ley, y en determinar si como lo afirma la actora, la administración siguió un procedimiento distinto al específicamente señalado en ella para modificar los datos que consignó el contribuyente en relación con las deducciones pedidas. Ya que no es de recibo la manifestación del apoderado judicial de la entidad demandada en el sentido de que la actora no alegó el hecho en la vía gubernativa, porque la ley no exige a este nivel, en el que puede actuar el contribuyente por si mismo, la exposición de hechos y derechos con frases sacramentales, basta que el interesado exponga los hechos para que la administración se vea obligada a declarar el derecho amparado por norma legal.

Si se observa, la sociedad en el memorial de reconsideración reitera el reconocimiento de las deducciones rechazadas y pide se dé una debida aplicación a los procedimientos legales de verificación de los anexos presentados con la declaración tributaria y solicita la confirmación de la liquidación privada.

LIQUIDACION DE CORRECCION

Considera la Sala que el análisis de los artículos 38 de la Ley 52 de 1.977 y 24 del Decreto 3803 de 1.982, en armonía con el Decreto extraordinario 3410 de 1.983, por el cual se fijan las informaciones que se deben suministrar en los anexos de la declaración de renta y patrimonio permite inferir:

1.- Que la declaración tributaria se conforma con el diligenciamiento del formulario como de los anexos oficiales en los cuales se incluye la información exigida por la ley.

2.- Para que exista error aritmético es requisito legal que el contribuyente haya declarado "correctamente los valores" correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, que deben evidenciarse del contenido total de la declaración tributaria incluidos los anexos y pruebas que presente el contribuyente.

De no ser así no tendrá sentido el literal A) del artículo 24 del Decreto 3803 de 1.982 cuando afirma:

Se presenta error aritmético cuando:

A) El contribuyente, a pesar de haber declarado correctamente los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, anota como valor resultante un dato equivocado". (Subraya la Sala).

Entonces, ante el imperativo legal, era deber de la administración realizar la mínima diligencia administrativa con el fin de verificar con los anexos si efectivamente el contribuyente declaró o nó correctamente los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, antes de proceder a practicar liquidación de corrección e imponer la sanción respectiva. Si consignados correctamente dichos valores, sufrió el contribuyente equivocación en las operaciones matemáticas y anotó como resultado un dato equivocado, procedía la práctica de la liquidación de corrección; pero si los valores no fueron consignados correctamente, sólo era viable el requerimiento en el que se plantearía el rechazo de costos y deducciones con miras a la práctica de la liquidación de revisión.

En manera alguna el silencio del contribuyente, que no alega el vicio procedimental autoriza a la administración para adoptar en la determinación del impuesto un procedimiento distinto al específicamente determinado por la ley.

Desde este punto de vista el acto administrativo, en cuanto practicó liquidación de corrección sin verificar previamente si los hechos imponibles y bases gravables fueron o no correctamente declarados, y desconoce deducciones que no podía desconocer por vía de liquidación de corrección merece ser revocado.

En cuanto al motivo de apelación por parte de la entidad demandada, consiste en la no imposición de sanción por corrección del anticipo, esta Corporación, en fallo de agosto 3 de 1.990, con ponencia del doctor Jaime Abella precisó:

"La controversia se contrae a determinar, si cuando se modificó 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 1.982".

"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 1.983. 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 1.982 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 monetarios a que haya lugar". (Subrayado y mayúsculas de la Sala).

El Artículo 17 de la Ley 38 de 1.969 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 1.983 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 sanción previstos en el Artículo 46 del Decreto 3803 de 1.982 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".

"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". (Exp. No. 2399 Actor: Engineering and Petroleum Services N.V.).

Por lo tanto estima la Sala, compartiendo el criterio del agente del Ministerio Público, que la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar se debe acceder a las súplicas de la demanda confirmando la liquidación privada presentada por la actora el día 16 de julio de 1.984, bajo el No. 13800 de 177-DIN que consta de los siguientes factores:

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
Renta líquida gravable	$12.861.528	$2.315.075
Menos descuentos tributarios		481.220
Impuesto neto de renta		$1.833.855

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

FALLA :

1°- Revócase la sentencia apelada.

2°- Anúlase el acto administrativo de liquidación de corrección practicado por la Administración de Impuestos a cargo de la sociedad "Los Topos Construcciones Ltda." NIT 90.921.586 para el año gravable de 1.983, integrado por

la liquidación 727 de julio 18 de 1.986 de la División de Liquidación y la Resolución 001 de agosto 11 de 1.988, expedida por la División de Recursos Tributarios de la Sub-administración de grandes contribuyentes de Medellín.

3°- Fíjase en la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS ($1.833.855.00), el valor total del impuesto de renta que por el año gravable de 1.983 corresponde pagar a la sociedad "Los Topos Construcciones Ltda." NIT 90.921.586, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase 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 Sección; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado, Secretario

APORTES PARAFISCALES MERA LIBERALIDAD- Inexistencia

El pago de bonificaciones habituales a los trabajadores, no corresponde a la voluntad liberal del patrono y al no correponder a tal calificación si era necesario cumplir con los requisitos de las contribuciones parafiscales para hacer viable su reconocimiento fiscal (Ejercicio fiscal de 1.979).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E., Octubre veintiseis (26) de mil novecientos noventa (1990).

Referencia.: Radicación 2485. Apelación sentencia de 19 de Diciembre de 1.988 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron el impuesto de renta y complementarios por el año fiscal de 1.979. Actor: Productos Químicos Nacionales Ltda. "PROQUINAL" (Hoy Productos Químicos Nacionales S.A.) F A L L O.

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 19 de diciembre de 1.988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal, intentado por la sociedad, contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de renta y complementarios por el año de 1.979.

ANTECEDENTES:

La sociedad Productos Químicos Nacionales Ltda. "PROQUINAL", presentó la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1.979, determinándose un impuesto a cargo de $96.199.

Por su parte la Administración de Impuestos mediante proceso administrativo que culminó con la Resolución 00488 del 4 de Julio de 1.984, fijó en la suma de $1.128.437, como consecuencia del no reconocimiento de las bonificaciones pagadas, en razón de no haberse demostrado el carácter de mera liberalidad de las mismas por parte de la contribuyente y en tal evento estaba obligada a efectuar aportes al SENA e INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por constituir salario; y el rechazo de comisiones pagadas por venta de productos en el exterior en cuantía de $4.456.552, por no haber dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 9° del Decreto 400 de 1.975, ni a la Resolución N° 02996 de 1.976.

La sociedad acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y del parágrafo del artículo 55 del Decreto 2053 de 1.974.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda consistentes en el reconocimiento de las Comisiones pagadas en el exterior a la firma C.G. SPRADLING por valor de $3.647.548, al estimar que la actora si dió cumplimiento a las exigencias legales, porque el contrato con la sociedad extranjera quedó registrado en la Oficina de Cambios del Banco de la República y de ello da cuenta la carta del mismo Banco, se acompañó el certificado del contador público, sobre las sumas de US$16.536.38; US$20.570.19; US$23.805.09; US$18.175.99, US$27.616.26, mientras que el pago de US$17.822.30 no cumplió requisitos.

No accedió al reconocimiento de las bonificaciones pagadas por estimar que su liberalidad no estaba suficientemente acreditada.

En consecuencia practicó una nueva liquidación con base en la nueva distribución de las participaciones de los socios, y les modificó simultáneamente las liquidaciones por ellos recurridas.

LA APELACION:

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia del Tribunal en cuanto desconoce las comisiones pagadas en el exterior por $809.002.85 y las bonificaciones pagadas por $678.367. Considera que el Tribunal no dió aplicación al artículo 98 de la Ley 9a. de 1.983, al no admitir el certificado del revisor fiscal como plena prueba, tanto para demostrar comisiones como las bonificaciones pagadas.

Con el fin de mejorar la prueba, aporta a su escrito fotocopia auténtica de los Manifiestos de Exportación que permiten soportar el pago de las comisiones, así

como fotocopia de la licencia de Cambio de Febrero 26 de 1.981, de reembolso al Banco Ganadero por $US31.996.66.

CONCEPTO DEL FISCAL:

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo, estima que la sentencia apelada debe revocarse para admitir el pago de las bonificaciones y mantener el desconocimiento de los pagos de comisiones para ventas en el exterior.

Argumenta así el Señor Fiscal:

"1.- Rechazo de Bonificaciones.

"La fiscalía estima que las facultades que la ley otorga a los contadores públicos en general y a los revisores fiscales en particular, no comprenden la actividad de calificar, jurídicamente y con el carácter de plena prueba, si un determinado pago que hace un patrono a sus trabajadores constituye o no salario.

"Sin embargo, la Fiscalía considera que si la certificación del Revisor Fiscal, que la sociedad presentó con la demanda, se examina en su conjunto, en su totalidad y se complementa con los elementos de juicio aportados en la vía gubernativa, se podrá concluír que "la prueba contable" si "arroja suficiente luz sobre los aspectos" discutidos y dan certeza de que las bonificaciones obedecieron a mera liberalidad de la empresa y fueron pagadas ocasionalmente a su trabajadores ...".

"Rechazo de comisiones por exportación de mercancía.

"2 ... En la apelación, la sociedad manifiesta que la "no aceptación de la partida en referencia, a pesar de toda la documentación existente, implica desconocimiento de las normas sobre pruebas documentales consagradas en el C. de P.C. y el artículo 98 de la Ley 9a. de 1.983 sobre el valor probatorio de los certificados del Revisor Fiscal.

"El Tribunal mantuvo el rechazo de la discutida partida porque la sociedad no demostró que el pago estaba debidamente registrado en la Oficina de Cambios. La Fiscalía aprecia que esta clase de hechos no es susceptible de ser probada con una certificación del Revisor Fiscal; la simple afirmación de éste no prueba que el pago fue registrado en la Oficina de Cambios. Por lo tanto, la decisión del Tribunal es inobjetable". (folios 188 y 189).EXP. 2485

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Son dos los puntos en que se funda la apelación:

a)- El reconocimiento fiscal de las bonificaciones voluntarias efectuadas por el patrono a su trabajadores, que la Administración consideró salario y rechazó como deducción por no haberse pagado sobre ellos los aportes parafiscales.

Debe considerarse como salario para efectos legales, toda retribución cuya naturaleza sea, por la habitualidad, propósito y circunstancias las de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio directo y principal de éste aunque se le de otra denominación.

Dice el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo que "Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades".

Cabe analizar entonces, si las sumas pagadas a los trabajadores como bonificación por nacimientos, matrimonio, muerte, antigüedad, inundaciones, constituyen salario para sus beneficiarios, o si por el contrario son gratificaciones ocasionales que no lo conforman.

De la certificación del contador público, aportada por la empresa y que obra a folio 24 del expediente, se observa que la bonificación se paga a aquellos trabajadores en quienes concurren ciertas circunstancias específicas inherentes a su núcleo familiar: nacimientos, matrimonio, muerte, antigüedad y calamidades domésticas, que han tenido reconocimiento del patrono de una manera habitual, de manera tal, que producido el hecho automáticamente se causa el pago.

No puede confundirse, como lo considera el apelante, la habitualidad del pago con la periodicidad del mismo. La primera indica lo que se hace por costumbre, rutina o tradición aún cuando no se repita dentro de un período de tiempo ni se produzca en una fecha cierta; la segunda periodicidad implica la frecuencia con que el hecho se repite en un determinado período de tiempo. De esta manera si el patrono por costumbre, convención o acuerdo, se obliga a conceder una bonificación a sus trabajadores por matrimonio, nacimiento de un hijo, muerte de parientes, antigüedad (5, 10, 20 años), por la circunstancia de que en varios períodos no ocurran tales hechos, no implica que el pago que efectúe por el incumplimiento ocacional de uno de ellos, no sea habitual, ni que el patrono se exonere de su pago alegando la no frecuencia del mismo.

De otra parte, del mismo contexto de la certificación del revisor fiscal en la que se califican pagos de seis (6) de sus trabajadores como "Mera liberalidad", permite concluir que los demás allí relacionados no corresponden a la voluntad liberal del patrono y que en consecuencia al no corresponder a tal calificación, si era necesario

cumplir con los requisitos de las contribuciones parafiscales para hacer viable su reconocimiento fiscal.

Asi mismo, no resulta suficiente la contabilización de un pago, ni la certificación que sobre su asiento efectúe el contador público para derivar de la misma su naturaleza jurídica, ya que el alcance de tal certificación está limitada por el artículo 9° de la Ley 145 de 1.960, que dispone:

> "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 estos 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".

Por esta circunstancia, tampoco puede afirmarse que existe violación del artículo 98 de la ley 9a. de 1.983, porque en ningún momento se desconoce el valor de la prueba contable, solo que ésta no fue suficiente para probar la naturaleza jurídica del hecho alegado.

2)- Comisiones pagadas al exterior.

Observa la Sala, que la sociedad desde un principio reiteró el reconocimiento fiscal de las comisiones por ventas pagadas en el exterior y que acompañó certificado del revisor fiscal en donde hace constar tanto su contabilización como su soporte contable, sin embargo, tanto la Administración como el *a-quo*, le negaron eficiencia probatoria para acreditar el requisito del cumplimiento de las regulaciones cambiarias y especialmente el registro del pago en la Oficina de Control de Cambios del Banco de la República. No obstante con ocasión del recurso de apelación acompañó tanto los manifiestos de exportación, como la licencia de cambio que ampara los pagos efectuados (folios 168 a 173), con el fin de afianzar la prueba, que la Sala admite con base en lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1.984, siendo procedente entonces el reconocimiento fiscal del valor de $809.008.85, desestimado en la primera instancia por concepto de comisiones.

En consecuencia se practica una nueva liquidación para la sociedad y para sus socios de acuerdo con la nueva participación que en la renta de la sociedad les corresponda.

Renta	**Base**	**Tarifa**	**Impuesto**
La gravada por Resolución			
R-00488-H de Julio 4/84	$20.745.559		
Menos: comisiones al exterior			
que se aceptan	$ 4.456.552		

Renta Gravable	$16.289.007	20% =	$ 3.257.801
Menos descuentos tributarios 3.020.675			$
IMPUESTO A CARGO.....			$ 237.126

DISTRIBUCIONA SOCIOS

Socio	%	Participación
1) -MENDEL KNOLL GRUBERG c.c. # 145.805	23.75	$ 3.444.477
2)- NOBA BOGOTANA LTDA Nit. 60.042.069	25.30	$ 3.669.275
3)- Sociedad GENERACIONES LTDA. Nit. 60.039.174	25.55	$ 3.705.533
4)- BOGER CABO PABLO ALVARO c.c. # 17.099.816	6.20	$ 899.190
5)- BOGER CABO RICARDO c.c. # 17.044.046	6.20	$ 899.190
6)- CANO JARAMILLO RAMIRO c.c. # 117.678	6.00	$ 870.184
7)- FROHLIEH S. ALFREDO c.c. # 17.005.820	6.00	$ 870.184
8)- WEIGAND G.HEINRICH Nit. 50.004.369	1.00	$145.031

9)- WEIL ROTT ALFREDO c.c. # 2.879.660	-0-	$ -0-
10)- WOLFE DE WEIL ELVIRA	-0-	$ -0-
T O T A L E S :	100%	$ 14.503.064

LIQUIDACION SOCIOS RECURRENTES

MENDEL KNOLL GRUBERG

c.c. # 145.805

Concepto	Base	Tarifa	Impuesto
Renta:		Dcto.2336/79	
La determinada en la sentencia apelada	$ 4.429.235	56%	
Menos participación no causada con base reparto anterior	$ 151.427		
Gravable definitiva	$ 4.277.808		$ 2.241.212
Menos descuento tributario			$ 732.430
IMPUESTO DE RENTA			$ 1.508.782
Patrimonio El gravado inicialmente no varía	$ 24.473.371		$ 466.637
Más inexactitud no discutida			$ 2.037
TOTAL A CARGO			$ 1.977.556

NOBA BOGOTANA LTDA.

NIT. 60.042.069

Renta:			
La determinada en primera instancia	$ 2.164.312		
Menos valor por participación que aquí se reconoce	$ 161.309		
Renta gravable definitiva	$ 2.003.003	20%	$ 400.600
Menos descuentos tributarios			$ 841.757
TOTAL A CARGO			$ -0-

DISTRIBUCION A SOCIOS

Socio	Porcentaje	Participación
1. WEIL ROTT ALFREDO c.c. # 2.879.660	31%	$ 491.119
2. WOLFE DE WEIL ELVIRA Nit. 50.008.380	19%	$ 301.009
3. WEIL DE JIMENEZ ALICIA c.c. # 41.511.949	10%	$ 158.425
4. WEIL DE KOEGLER CECILIA c.c. # 41.513.553	10%	$ 158.425
5. WEIL WOLFE SILVIA	10%	$ 158.425
6. WEIL WOLFE SONIA	10%	$ 158.425
7. WEIL WOLFE MONICA c.c. # 35.462.309	10%	$ 158.425
T O T A L.....	100%	$ 1.584.253

SOCIEDAD GENERACIONES LTDA.

(Nit. 60.039.174)

Concepto	Base	Tarifa	Impuesto
Renta			
La gravada en primera			
instancia	$ 3.003.258	20%	
Menos valor Proquinal que aquí			
se determina	$ 162.902		
	$ 2.840.356		$ 568.071
Menos descuentos tributarios			$ 1.117.647
TOTAL A CARGO.....			$ -0-

DISTRIBUCION A SOCIOS

Socio	%	Participación
WEIL ROTT ALFREDO	31	$ 609.987
c.c. # 2.879.660		
WOLFE DE WEIL ELVIRA	15	$ 295.155
Nit. 50.008.030		
WEIL DE JIMENEZ ALICIA	10.80	$ 212.512
WEIL DE KOELER CECILIA	10.80	$ 212.572
WEIL WOLFE SILVIA	10.80	$ 212.512
c.c. # 41.644.954		
WEIL WOLFE SILVIA	10.80	$ 212.512
c.c. # 41.689.293		
WEIL WOLFE MONICA	10.80	$ 212.512
c.c. # 35.462.309		

SILVIA WEIL WOLFE

c.c. # 41.644.954

Concepto	Base	Tarifa	Impuesto
Renta		Dcto.2326/79	
La determinada en la primera instancia	$ 786.838		
Menos valor participación			
Noba Bogotana Ltda.	$ 14.720		
Sociedad Generaciones Ltda.	$ 17.593		
	$ 754.525		$ 291.200
Menos descuentos tributarios			$ 168.374
Impuesto de Renta.....			$ 122.826

Concepto	Base	Tarifa	Impuesto
		Dcto. 2326/79	
Patrimonio:			
El gravado inicialmente no varía	$ 7.816.323		$ 133.496
IMPUESTO A CARGO.....			$ 256.322

Como el valor determinado resulta inferior al de la liquidación privada, se tiene en cuenta el determinado en élla así:

RENTA:		
La gravabale declarada	$ 800.653	$ 314.467
Menos descuentos tributarios		$ 168.374

IMPUESTO DE RENTA.....		$ 146.093
PATRIMONIO		
El gravado inicialmente no varía	$ 7.631.130	$ 129.793
Ganancia ocasional no varía		$ 487
TOTAL A CARGO.....		$ 276.373

Sobre el cual se imputaron los pagos ya efectuados por la contribuyente.

ALFREDO WEIL ROTT

C.C. # 2.879.660

Concepto	**Base**	**Tarifa** Dcto.2326/79	**Impuesto**
RENTA:			
La determinada por el *a-quo*	$ 2.344.769		
Concepto	**Base**	**Tarifa**	**Impuesto**
Menos:			
Menos valor o participación			
Nova Ltda.	$ 45.631		
Sociedad Generaciones Ltda.	$ 50.501		
	$ 2.248.637		$ 1.101.876
Menos descuentos tributarios			$ 493.216
Renta gravable.....			$ 611.660
PATRIMONIO:			
El gravado inicialmente no varía	$27.974.285		$ 536.656
Ganancia Ocasional	$ 6.476		$ 1.483
TOTAL A CARGO.....			$ 1.149.799

Valor sobre el cual se imputarán los pagos acreditados por el contribuyente.

ELVIRA WOLFE DE WEIL

Nit. 50.008.030

RENTA:			
La gravada en la primera instancia	$ 1.327.473		
Menos: Menor valor participación	$ 27.967		
	$ 1.299.506	54%	$ 574.373
Menos descuentos tributarios			$ 264.262
Renta Gravable			
$ 310.111			
PATRIMONIO			
El gravado inicialmente no varía	$12.409.775		$ 225.366
Ganancia Ocasional			$ 527
$ 536.004			

Valor sobre el cual se imputarán los pagos acreditados por el contribuyente.

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,

F A L L A :

1°. Revócase la sentencia apelada.

2°. Fíjase en la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS ($237.126) el valor total del impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad PRODUCTOS QUIMICOS NACIONALES LTDA. "PROQUINAL" (Hoy Productos Químicos Nacionales S.A. Nit. 60.002.067) por el año gravable de 1.979 y la distribución de la renta de sus socios de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

3°. Fíjase en la suma de UN MILLON NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS ($1.977.556) el valor total del impuesto de renta, complementarios y sanciones a cargo de MENDEL KNOLL GREMBERG c.c. # 145.805 para el año gravable de 1.979.

4°. Fíjase en la suma de CERO, el valor total del impuesto de renta y complementarios para el año gravable de 1.979 a cargo de la sociedad NOBA BOGOTANA LTDA. Nit. 60.042.069 y la distribución a socios de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

5°. Fíjase en la suma de CERO, el valor del impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad GENERACIONES LTDA. Nit. 60.039.174, por el año gravable de 1.979 y la distribución a socios conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

6°. Fíjase en la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS PESOS ($256.322), el valor del impuesto de renta y complementarios a cargo de SILVIA WEIL WOLFE c.c. # 41.644.954 por el año gravable de 1.979.

7°. Fíjase en la suma de UN MILLON CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS ($1.149.799), el valor total del impuesto de renta y complementarios a cargo de ALFREDO WEIL ROTT, c.c. # 2.879.660 por el año gravable de 1.979.

8°. Fíjase en la suma de QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CUATRO PESOS ($536.004), el valor del impuesto de renta y complementarios a cargo de ELVIRA WOLFE DE WEIL Nit. 50.008.030 por el año gravable de 1.979.

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, *Carmelo Martínez Conn,*

Jaime Abella Zarate, Consuelo Sarria Olcos,

JORGE A. TORRADO TORRADO

Secretario

IMPUESTO SOBRES LAS VENTAS - Exención **VENTA EXENTA** -Requisitos **DEVOLUCION** - Requisitos

Con el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 10 y 11 del Decreto 2803/75, el exportador tiene derecho a la exención de las ventas efectuadas al exterior, correspondientes al bimestre declarado, sin que en ello incida la circunstancia de que la garantía no haya sido cancelada, pues este hecho tiene relevancia para efectuar la devolución que invoca el exportador. No es necesaria la cancelación de las garantías para reconocer la exención por las ventas al exterior (V bimestre de 1.980).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E., 26 de Octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Ref.: Expediente No. 2785

Actor: NIKE COLOMBIANA S.A.

IMPUESTO VENTAS - F A L L O

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate,*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la sociedad NIKE Colombiana S.A. contra la sentencia de fecha 24 de junio de 1.989, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda de restablecimiento del derecho, dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto a las ventas correspondiente al V bimestre de 1.980.

Pide el recurrente se revoque la sentencia, se declare la nulidad de los actos demandados y consecuencialmente se confirme la liquidación privada que por el año en cuestión presentó la firma representada.

Al contrario de lo que opinan los funcionarios de impuestos y el *a-quo,* considera que el Artículo 10 del Decreto 2803 de 1.975 debe interpretarse de manera que produzca un efecto lógico, cual es, dice, garantizar que las exportaciones que se solicitan como exentas, efectivamente se hayan realizado, pues sólo en esa forma queda asegurado el derecho a la exención. Entender que los certificados de reintegro y cancelación a que alude la disposición, son los que corresponden al mismo bimestre en que se efectuó la exportación, no consulta ni al espíritu ni a la finalidad de la reglamentación.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento especial la Administración de Impuestos Nacionales practicó la liquidación de revisión 00275 de marzo 2 de 1.983. Rechazó las ventas exentas por exportación relacionada por la sociedad en el renglón número 8 del formulario oficial por la suma de $11.192.410. porque según ella: "falló uno de los requisitos exigidos por el Artículo 10 del Decreto 2803 de 1.975: la presentación de los certificados de reintegro y cancelación de garantías cuyas fechas corresponden al bimestre objeto de la declaración, con anotación de sus números, fechas, valor y cantidad de la mercancía y señalando en la misma en qué bimestre se declararon las exportaciones correspondientes", e igualmente impuso sanción por inexactitud.

Impugnado el acto administrativo en cuestión, la División de Recursos Tributarios por Resolución 1168 de 1.986 confirmó en todas sus partes la liquidación oficial. Negó el tratamiento preferencial establecido para las ventas al exterior, porque la reclamante no demostró, anota: "La correspondencia de las fechas de reintegro y cancelación de garantías con los meses de septiembre-octubre de 1.980, que conforman el bimestre objeto de la declaración". Las fechas en que se operó el reintegro y cancelación de garantías, certificados por el Banco de la República, agrega, son posteriores al mes de octubre de 1.980. En síntesis no corresponde al V bimestre de 1.980.

Agotada la vía gubernativa y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, demandó la actora revisar la determinación tributaria. Con argumentos similares a los que posteriormente esgrime en la apelación, critica la interpretación que la agencia fiscal dió al Artículo 10 del Decreto 2803 de 1.975. No entiende, dice, cómo se reconoce como probada la exportación y se niega la exención que sobre la misma prevé la ley.

Señala como violados el Artículo 10 del Decreto 2803 de 1.975 y el Artículo 8 del Decreto 1988 de 1.974.

El Tribunal en sentencia que es objeto de instancia confirmó la actuación gubernativa. Es correcto, dice: "que los bienes exportados son exentos del impuesto a las

ventas, es también cierto que en la práctica no ocurre la simultaneidad entre la fecha en que se efectúa y se causa contablemente la exportación, período en el cual deben ser declaradas y la fecha de los reintegros y cancelación de las garantías. En consecuencia, lo que dispone la norma es que además de la relación de los conocimientos de embarque, se adjunte también o igualmente otra relación de los certificados de reintegro y cancelación con anotación de sus garantías, cuyas fechas corresponden al bimestre en cuestión señalando en qué bimestre se declararon las exportaciones. "Es claro, por consiguiente que esta segunda relación es de control y hace referencia a los certificados de reintègro correspondiente al período cuestionado".

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Jaime Ossa Arbelaéz, solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. No está de acuerdo con la interpretación que a través de todo el proceso se ha venido dando al Artículo 10 del Decreto 2803 de 1.975, pues si bien es cierto, dice: "que el precepto comentado parece dar a entender que el reintegro y la cancelación deben hacerse en el mismo bimestre al que corresponde la declaración, aquel debe interpretarse en su sentido diferente y más amplio puesto que en la práctica las cancelaciones de las garantías no pueden hacerse en la misma fecha en que se realizaron las ventas. En síntesis, comparte las apreciaciones de la apelante.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En la controversia sometida a consideración de la Sala se trata concretamente de establecer, si como sostiene la Administración de Impuestos y acepta el *a-quo,* para que las ventas por exportaciones sean exentas, se requiere demostrar la correspondencia de las fechas de reintegro y cancelación de garantías en los meses de septiembre-octubre de 1.980, que conforman el bimestre objeto de la declaración, o si como afirma la apelante y sostiene el Ministerio Público, la exención procede siempre que se garantice que efectivamente la exportación se realizó, independientemente de las fechas en que se opere el reintegro y la cancelación de las garantías, consecuencia de las exportaciones.

Las normas que integran un estatuto o reglamento deben interpretarse armónicamente, no en forma aislada; máxime como en el caso de impuesto sobre las ventas en donde hay varios temas que necesariamente se encuentran concatenados entre sí. No pueden entenderse independientemente las que regulan la determinación de la obligación tributaria y las exenciones con aquellas que establecen los descuentos y las devoluciones que la ley prevé con base en aquella.

De conformidad con el Artículo 8 del Decreto 1988 de 1.974 que es norma de carácter sustancial, están exentas del impuesto sobre las ventas los ARTICULOS

QUE SE EXPORTEN. La exención opera al aplicar una tarifa y genera saldos a favor a través del descuento del impuesto pagado en la compra de materia prima y demás elementos constitutivos de costos y gastos. (Artículo 10).

Efectuado el descuento, el exportador tiene derecho a la devolución previa satisfacción de los requisitos o formalidades generales o específicas que para el caso señala el estatuto fiscal.

En un principio la reglamentación de este aspecto se limitó a exigir a los exportadores, "presentar con cada declaración una relación de las licencias y manifiestos de exportación donde conste el número del documento, su fecha, valor y cantidad de la mercancía".

Este que fue el requisito originalmente exigido el parágrafo 1° del Artículo 15 del Decreto Reglamentario 2815 de 1.974 (diciembre 20) fue sustituido por el Artículo 12 del Decreto Reglamentario 584 de 1.975 (abril 1°) que exigió a los exportadores, presentar, con cada declaración lo siguiente:

> - Relación de las licencias correspondientes a las exportaciones del bimestre, con anotación del número del documento, fecha, valor y cantidad de la mercancía.
>
> -Relación de los manifiestos de exportación de fechas correspondientes al bimestre de la declaración, anotando número, fecha, valor y cantidad de la mercancía.
>
> "... señalando en la misma en qué bimestre se declararon las exportaciones correspondientes, con indicación de las respectivas licencias".

Posteriormente en diciembre (19) de 1.975 mediante el Decreto 2803 volvió el Gobierno a reglamentar este aspecto de los requisitos de los exportadores y al efecto distinguió la declaración del impuesto y la solicitud de devolución y aunque solicitó los mismos documentos (relación de conocimientos de embarque o guías con las copias de las licencias correspondientes y los certificados de reintegro y cancelación de garantías con indicación del mes en que se declararon las exportaciones) aclaró que con el cumplimiento de estos requisitos resultaba innecesaria la "relación de los manifiestos de exportación" que había exigido el Decreto Reglamentario 584 de 1.975.

Ya para la época del bimestre objeto de controversia (V de 1.980) estaba consolidado el sistema establecido en los artículos 10 y 11 del Decreto 2803 de 1.975 (diciembre 19) que conviene transcribir para su mejor entendimiento.

El primero describe:

"Para efectos del parágrafo 1° del Artículo 16 del Decreto 2815 de 1.974 y del Artículo 12 del Decreto 584 de 1.975, en el caso de exportaciones exentas, a partir del 1° de marzo de 1,976, los interesados, responsables o no, deberán presentar con cada declaración una relación de los conocimientos de embarque o guías aéreas donde conste el número del documento, su fecha, valor y cantidad de la mercancía. Deberán presentar igualmente los certificados de Reintegro y Cancelación de Garantías cuyas fechas correspondan al bimestre objeto de la declaración, con anotación de sus números, fechas, valor y cantidad de la mercancía y señalando en la misma en qué bimestre se declararon las exportaciones correspondientes. Así mismo anexarán copias de las licencias correspondientes al respectivo conocimiento de embarque".

"El lleno de los anteriores requisitos hace innecesaria la relación de los manifiestos de exportación".

Por su parte el Artículo 11 del mismo Decreto determina:

"Para efectos del parágrafo 3° del Artículo 25 del Decreto 2815 de 1.974, en el caso de exportaciones exentas, a partir del 1° de marzo de 1.976, los interesados, responsables o no, deberán presentar con cada solicitud de devolución una relación de los conocimientos de embarque o guías aéreas donde conste el número del documento, su fecha, valor y cantidad de la mercancía. Deberán presentar igualmente los certificados de Reintegro y Cancelación de Garantías cuyas fechas correspondan al bimestre objeto de la devolución, con anotación de sus números, fechas, valor y cantidad de la mercancía y señalando en la misma en qué bimestre se declararon las exportaciones correspondientes. Así mismo anexarán copias de las licencias correspondientes al respectivo conocimiento de embarque".

"El lleno de los anteriores requisitos hace innecesaria la relación de los manifiestos de exportación".

En ambas disposiciones transcritas se exigen los mismos requisitos a saber:

- Relación de los conocimientos de embarque o guías aéreas donde conste el número del documento, su fecha, valor y cantidad de la mercancía.

- Relación de los certificados de Reintegro y Cancelación de Garantías.

- Copias de las licencias correspondientes al respectivo conocimiento de embarque.

Pero mientras que en el primer artículo se exige como presupuesto para conceder la exención prevista en el Artículo 8° del Decreto 1988 de 1.974 armónico con el parágrafo 1° del Artículo 16 del Decreto Reglamentario 2815 de 1.974, y Artículo 12 del Decreto 584 de 1.975, en el segundo se requieren para efectuar la devolución que solicita el exportador. (Artículo 25 Decreto 2815 de 1.974, parágrafo 3°).

Así las cosas es claro para la Sala, que en uno u otro caso, la primera relación suministra los datos correspondientes a la exportación efectuada durante el bimestre declarado y en la segunda deberá corresponder a los Reintegros y Cancelaciones de Garantías que se efectúen en el bimestre, materia de devolución, aunque estos documentos se refieren a exportaciones efectuadas en períodos diferentes. Se acredita con los datos suministrados en esta relación, la efectividad de la venta al exterior para que al exportador se le devuelva el tributo que por la operación resulta a su favor.

En síntesis, con el cumplimiento de los requisitos previstos en la primera relación el exportador tiene el derecho a la exención de las ventas efectuadas al exterior, correspondientes al bimestre declarado, sin que en ello incida la circunstancia de que la garantía no haya sido cancelada, pues como se anotó, este hecho tiene relevancia para efectuar la devolución que invoca el exportador.

En ésta la interpretación que debe dársele a las disposiciones en cuestión y no la que dieron las oficinas de impuestos y el *a-quo,* pues de lo contrario resultarían discordantes con la estructura general del impuesto.

Como en el caso sometido a consideración, lo que se cuestiona es la exención de las ventas al exterior realizadas en el bimestre objeto de la declaración, por valor de $11.192.410 y sobre éstas se encuentran demostradas las exigencias requeridas por la ley (fl. 4-5) como la misma Administración Tributaria lo admitió en la Resolución 1168 de 1.986, es viable el beneficio que reclama la sociedad y por ende el levantamiento de la sanción por inexactitud que se le aplicó.

Consecuente con lo expuesto, se practica una nueva liquidación aceptando como exentas las ventas al exterior, que por el bimestre se efectuaron y la sanción por descuentos improcedentes cuya glosa aceptó la sociedad al responder al requerimiento especial (fl. 3 Ant. Adtivos.).

VENTAS NETAS GRAVABLES DETERMINADAS EN	
LIQUIDACION OFICIAL 000275 marzo de 1.983	$ 26'395.063
Menos: VENTAS EXENTAS aquí reconocidas	$ 11'192.410

VENTAS BRUTAS GRAVABLES	$ 15'202.653

BASE GRAVABLE		IMPUESTO
6% SOBRE	$15'202.653	$ 912.159
IMPUESTOS DESCONTABLES		685.289

IMPUESTO A CARGO		$ 226.870
SANCION		
20% sobre $2.243. Valor que aceptó pagar		449

TOTAL A CARGO		$ 227.319

Por lo anterior 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,

F A L L A:

1° Revócase la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de junio de 1.989 en el proceso #5648

2° Modifícase la liquidación del impuesto sobre las ventas por el V bimestre de 1.980 a cargo de NIKE COLOMBIANA S.A. con NIT: 60.025.188 en la forma consignada en la parte motiva de esta providencia.

3° Fíjase en DOSCIENTOS VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE PESOS ($227.319) la suma que por concepto del impuesto sobre las ventas y sanción debe pagar la sociedad NIKE COLOMBIANA S.A. identificada con el NIT: 60.025.188, por el V bimestre de 1.980.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y DEVÚELVASE AL TRIBUNAL DE ORÍGEN.

CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, Carmelo Martínez Conñ, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge Torrado Torrado, Secretario

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / DEVOLUCION - Improcedencia **IMPUESTO DESCONTABLE.**

Si no se da la exportación de los bienes, no puede imputarse a la misma, los impuestos descontables pagados, con el fin de solicitar su devolución no sólo en la medida en que efectivamente se exporten los bienes se consolida el carácter de exento de la enajenación y por ende el derecho a la devolución de los saldos a favor por concepto de impuestos a las ventas pagados y siempre y cuando tengan carácter de descontables conforme con la ley y se hayan cumplido las formalidades por ella establecidas para su procedencia (V bimestre de 1.984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E., 26 de Octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Referencia.: Expediente No. 2980

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano,*

Actor: TEXTILES MADEIRA LTDA.

Apelación Sentencia del 19 de Enero de 1.990 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuesto sobre las Ventas V Bimestre de 1.984.

F A L L O

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora, contra la sentencia del 19 de Enero de 1.990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el proceso de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad Textiles Madeira Ltda.,

contra el acto administrativo que le negó el reconocimiento del derecho a la devolución del impuesto a las ventas por el período correspondiente al V Bimestre de 1.984.

ANTECEDENTES

La sociedad responsable, presentó la declaración del impuesto sobre las ventas correspondientes al V BIMESTRE de 1.984 el 30 de noviembre de 1.984 con el número 00425-313 DIN, consignando en ella un saldo a favor por valor de $3.952.688.

El 12 de diciembre del mismo año, la sociedad presentó solicitud de devolución por el sobrante correspondiente al bimestre en cuestión.

Sin embargo, la Administración de Impuestos, mediante Resolución 0072 de enero 16 de 1.985, negó la devolución, en razón de que la contribuyente no realizó exportaciones en dicho período. La sociedad recurrió en reposición mediante escrito presentado el 1o. de marzo de 1.985, manifestando tener derecho a la devolución de acuerdo con los artículos 27 del Decreto 3541 de 1.983 y 7 y 8 del Decreto 1813 de 1.984, y aduciendo que no existe norma que faculte a la administración para negar al exportador la devolución del saldo a favor por el hecho de que en el bimestre respectivo no exportó.

La Administración de Impuestos, mediante Resolución A 000022 de agosto 11 de 1.986, confirmó la resolución recurrida y declaró agotada la vía gubernativa.

Inconforme la sociedad, demandó el restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos 1o. del Decreto 1204 de 1.982; 13, 27, 19, 29 y 52 del Decreto 3541 de 1.983; 7o. del Decreto 1813 de 1.984, y 3o. y 64 del Decreto 01 de 1.984.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda al considerar que de conformidad con las normas legales vigentes entonces, en especial los artículos 28 del Decreto 3541 de 1.983 y 7o. del Decreto 1813 de 1.984, únicamente tienen derecho a devoluciones o compensaciones los productores de bienes exentos y los exportadores, y que en el caso *sub-lite*, si bien el contribuyente ostenta la calidad de exportador, no se dió el hecho generador de la exención, es decir la exportación de bienes, razón por la cual no pudo cumplir con los requisitos exigidos por los literales a) y b) del artículo 10o. del Decreto 1813 de 1.984.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora manifiesta inconformidad con el fallo porque, según su criterio, de acuerdo con el artículo 27 del Decreto 3541 de 1.983, el saldo a favor se origina por el exceso de impuestos descontables sobre el impuesto generado

y se tiene derecho a su devolución, según el artículo 28, cuando se es productor de bienes de que trata el capítulo XVI del Decreto o exportador, pero en manera alguna la actividad de exportador se afecta por el hecho de no ejercerse las conductas señaladas en el artículo 8° del Decreto 1813 de 1.984, en un determinado período y que por el contrario el artículo 31 del Decreto 570 de 1.984, establece la posibilidad de que el saldo a favor sea producto de declaración anual.

OPOSICION A LAAPELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la apelación, porque estima que si en el período cuestionado, no se realizaron exportaciones, la actora no pudo cumplir las exigencias del artículo 10o. literales a) y b) del Decreto 1813 de 1.984 y no podía por lo tanto la administración acceder a la devolución si el contribuyente no cumplió los requisitos determinados por la ley. Y que la sola calidad de exportador, no es suficiente para que se ordene la devolución, sino que debe ceñirse a los parámetros legales indicados en ese evento, debe demostrarse la existencia real del saldo en exceso de impuestos descontables en ventas en el exterior.

CONCEPTO FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse porque si bien el artículo 28 del Decreto 3541 de 1.983, establece la posibilidad que tienen los productores de bienes exentos y exportadores de solicitar compensación o devolución de los saldos a favor, condiciona tal derecho al artículo 27 del mismo decreto, que es el que debe aplicarse cuando el saldo crédito se origina por el mayor valor de los impuestos descontables sobre impuestos recaudados. Sólo cuando el responsable demuestre la conexión del impuesto con la exportación, cumpliendo los requisitos señalados por el artículo 10o. del Decreto 1813 de 1.984, procede la devolución. Y que como en la declaración de ventas correspondiente al V Bimestre de 1.984, el saldo crédito se originó por la diferencia entre el impuesto recaudado por venta y servicios gravados y los impuestos descontables y no en ventas para el exterior, no podía solicitar la devolución del mismo debido a la condición específica que para este beneficio señala el artículo 29 del Decreto 3541 de 1.983.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para un cabal entendimiento de la cuestión transcribe la Sala las normas legales en las cuales se funda la controversia relacionada con la procedencia de la devolución de los saldos a favor del impuesto sobre las ventas para los exportadores, en la época en que el contribuyente presentó su solicitud, esto es el 12 de diciembre de 1.984 según puede verse a folios 18 y 19 del cuaderno de antecedentes. Fecha en la cual ya

estaba en vigencia el decreto extraordinario 3541 de 1.983, que entró a regir el 1ó. de abril de 1.984 y sus reglamentarios 570 y 1813 de 1.984, excepto el artículo 1o. de este último que fué suspendido por esta Corporación el 6 de diciembre de 1.984, precisamente en cuanto facultaba a los exportadores para presentar declaración anual cuando el artículo 19 del Decreto 3541 de 1.983 les exigía declaración bimestral.

El Decreto 3541 de 1.983 consagró en su capítulo VIII lo concerniente el reconocimiento de saldos a favor y devoluciones. Dicen los artículos pertinentes:

> Artículo 27. "Los saldos a favor de los responsables, que se originen en un exceso de impuestos descontables sobre el impuesto generado por las operaciones gravadas, deberán imputarse al impuesto correspondiente al siguiente período fiscal.
>
> Artículo 28. "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, únicamente tendrán derecho a devoluciones, o a compensaciones con el impuesto de renta del mismo contribuyente o responsable:
>
> a) Los productores de bienes de que trata el capítulo XVI del presente Decreto.
>
> b) Los exportadores.

Estos artículos fueron reglamentados por el Decreto 1813 de 1.984, que definió en el artículo 8o. quienes se consideraban exportadores para efectos del beneficio fiscal establecido en la ley y fijó en los artículos 9, 10 y 11 los requisitos que debían cumplir y los documentos que debían presentar dichos beneficiarios para la procedencia de la devolución, atendiendo a su naturaleza específica de productor exento, o exportador directo o indirecto de bienes o servicios.

Normas que señalan que los exportadores sea, que vendan directamente los bienes en el exterior, sea que los entreguen a una sociedad de comercialización internacional, deben cumplir con su solicitud de devolución, además de los requisitos formales generales exigidos por el artículo 10o. del Decreto 1813 de 1.984, los especiales concernientes a su calidad de exportador directo contenidos en el artículo 10o. del mismo Decreto, a los exigidos por el artículo 11 ibídem, si es productor que venda en el país bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional. (exportador indirecto).

Si el exportador no cumple con los requisitos exigidos por la ley no puede la administración proceder a la devolución, toda vez que si los bienes no ese exportan, si se comercializan en el país no serían exentos del impuesto.

El derecho a la devolución del saldo a favor en este caso resulta de imputar los impuestos pagados por los insumos o por la compra de bienes para la exportación, a

los impuestos que genere la exportación que por ser exenta del impuesto, tiene tarifa cero.

Pero si no se dá la exportación, de los bienes, no pueden imputarse a la misma, los impuestos descontables pagados, con el fin de solicitar su devolución; sólo en la medida en que efectivamente se exporten los bienes, se consolida el carácter de exento de la enajenación y por ende el derecho de la devolución de los saldos a favor por concepto de impuestos a las ventas pagados y siempre y cuando tengan carácter de descontables conforme con la ley y se hayan cumplido las formalidades por ella establecidas para su procedencia.

Demostrado como está en el proceso que la sociedad no cumplió con los requisitos exigidos por la ley para hacer viable la devolución pedida, no existe fundamento para modificar la sentencia apelada.

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:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase 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 Sección, *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO / CODIGO FISCAL DISTRITA - Violación / **FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL**

Los actos demandados están modificando acuerdos vigentes y reformando un impuesto existente, todo lo cual no puede hacerse a través del acto por el cual se adopta un presupuesto, de acuerdo con la expresa prohibición establecida en el ordinal 3° del artículo 27 del Código Fiscal del Distrito. La facultad impositiva debe ejercerse de acuerdo con las normas locales que regulan el impuesto de industria y comercio y avisos en Bogotá, D.E., las cuales se encuentran contenidas en el Acuerdo 21 de 1.983 y el cual en su artículo 115 prohíbe expresamente , establecer cualquier tipo de contribuciones, sobretasas o impuestos sobre la base de los impuestos de industria y comercio y avisos lo cual también resulta vulnerado por los actos impugnados al establecer una suma adicional a la tarifa establecida, para el año de 1.986.

CONFIRMA LA NULIDAD de los artículos 8° y 48 del acuerdo 9° de 1.985 del Concejo de Bogotá y de los artículos 8 y 48 del Decreto 204 de 1.986 del Alcalde Mayor de Bogotá.

SUSTRACCION DE MATERIA

Aunque la norma demandada ya no esté vigente, la jurisdicción debe pronunciarse sobre su legalidad porque ese pronunciamiento va a tener consecuencias a los casos concretos regidos por dicha norma que se encuentren *subjudice* y en los cuales deberá tenerse en cuenta el citado pronunciamiento. Aunque un acto administrativo hubiere sido derogado o hubiere dejado de regir, sus efectos pueden trascender en el tiempo al regular situaciones surtidas durante su vigencia y aún *subjudice*, razón por la cual no puede afirmarse que se de en estos casos «falta de objeto práctico»

de la decisión jurisprudencial, pues en este estará conformado por los efectos que dicha decisión va a tener en la resolución de aquellas situaciones concretas, aún no resueltas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E., 26 de Octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Ref.: Radicación 2422. Apelación sentencia de Noviembre 18 de 1.988 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y suspensión provisional de los artículos 8 y 48 del Acuerdo N° 9 de 1.985. Actor: Lucy Cruz de Quiñones.

F A L L O.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró la nulidad de los artículos 8 y 48 del acuerdo 9 de 1.985 del concejo de Bogotá y de los artículos 8 y 48 del Decreto 0204 de 1.986 del Alcalde Mayor de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Mediante el Acuerdo #9 de 1.985, el Consejo Distrital de Bogotá, expidió el Presupuesto Ordinario de Rentas e Ingresos y de Inversiones y Gastos del Distrito Especial de Bogotá, para la vigencia fiscal de 1.986. En su artículo 8° dispuso:

"Durante el año de 1.986 se cobrará el uno por mil mensual adicional al impuesto de Industria y Comercio y de Avisos».

Y en el artículo 48, el citado acuerdo, estableció:

«ARTICULO 48.- El término establecido en los artículos 61 y 64 del Acuerdo 21 de 1.983 para resolver los recursos de reposición y apelación se suspenderá en los siguientes casos:

«Cuando durante el trámite de los recursos se de aplicación a lo dispuesto por los Artículos 65 y 66 del mismo Acuerdo, eventos en los cuales la suspensión operará desde la fecha de introducción al correo o de su notificación personal hasta el vencimiento de los términos de que tratan los artículos citados según el caso».

«Cuando se decrete de oficio o a solicitud de parte la práctica de pruebas, caso en el cual la suspensión operará por el término único de tres (3) meses a partir de la fecha en que se decreta la primera prueba».

El alcalde Mayor de Bogotá procedió a liquidar el citado presupuesto y lo hizo mediante el decreto 204 de 1.986, el cual en sus artículos 8 y 48 incluyó las mismas normas ya transcritas.

Los citados artículos del Acuerdo 9 de 1.985 y el Decreto 204 de 1.986 fueron demandados en acción de nulidad y solicitada su suspensión provisional ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Dicho Tribunal decretó la suspensión provisional del artículo 8° del Acuerdo 9 de 1.985 y del Decreto 204 de 1.986 y no la decretó con relación al artículo 48 de las mismas normas. El consejo de Estado confirmó dicha decisión mediante auto del 21 de Agosto de 1.987.

EL FALLO APELADO:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el fallo apelado declaró la nulidad de las normas demandadas, con base, en síntesis, en lo siguiente:

1. Luego de referirse ampliamente a la naturaleza del acto por el cual se adopta un presupuesto y de analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales sobre el tema acepta que se trata de un acto de condición y que como tal se encuentra subordinado a los «acuerdos sustantivos», al estatuto orgánico de presupuesto, al Código Fiscal y a las leyes expedidas por el Congreso de la República.

2. Por lo anterior, el acuerdo aprobatorio del Presupuesto ordinario no puede crear nuevas situaciones jurídicas como sería de crear nuevos impuestos o modificar los existentes y tampoco puede derogar o modificar acuerdos vigentes.

3. Las disposiciones contenidas en el Acuerdo que aprueba el presupuesto rigen para el año fiscal para el cual se expidan.

4. Para crear nuevas rentas o recursos y para modificar las tarifas existentes se requiere un Acuerdo expedido con anterioridad a la aprobación del presupuesto.

5. Las disposiciones generales que se incluyan en el Acuerdo aprobatorio del Presupuesto sólo pueden referirse a su correcta ejecución.

De acuerdo con todo lo anterior, concluye al *a quo* que las normas demandadas violaron los artículos 20, 27, 90 y 92 numerales 1 y 2 del Acuerdo 6 de 1.985 o Código Fiscal de Bogotá:

> «.....normas éstas todas de carácter general contenidas en el Código Fiscal de Bogotá, expedido con funcionamiento en claras disposiciones de orden legal, artículo 13 N° 16, del Decreto Legislativo 3133 de 1.968, y que disponen y

ordenan lo siguiente: que tanto el H. Concejo de Bogotá y el Alcalde Mayor están sujetos a las disposiciones del Código Fiscal y en consecuencia, todos los actos en materia presupuestal deben estar ceñidos a sus prescripciones, según el artículo 20 y ratificó el artículo 90, y, en consecuencia, para la correcta ejecución del presupuesto general del Distrito Especial de Bogotá que rige por un año, le está prohibido al H. Concejo Distrital crear impuestos, modificar los existentes, autorizar recursos de crédito con carácter permanente, ni derogar ni modificar acuerdos vigentes, ni disponer nuevos gastos, como lo dispone el artículo 27 del Acuerdo; de tal suerte que sí el H. concejo de Bogotá cuando dictó el Acuerdo 9 de 1.985, aquí acusado, y en sus Arts. 8 y 48 dispuso cobrar un 1% adicional al Impuesto de Industria y Comercio y Avisos, no lo podía hacer por carecer de competencia para ello, dado que, por una parte, estaba violando el artículo 27 que le prohibe en un acuerdo de presupuesto (acto condición) crear nuevos impuestos, y, a su turno, violaba, por la misma causa, el artículo 92, Nos. 1 y 2 del Acuerdo 6 de 1.985 que dispone que: Solamente el Alcalde Mayor por conducto del Secretario de Hacienda puede proponer la creación de nuevas rentas o recursos y modificar las tarifas existentes, caso en el cual se requiere que el Concejo expida un Acuerdo aparte y con anterioridad a la aprobación del presupuesto».

EL RECURSO DE APELACION:

Lo sustenta la representante judicial del DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA en la afirmación fundamental de que las normas demandadas no crean nuevas rentas, ni recursos de crédito con carácter permanente, ni disponen gastos nuevos, ni derogan, ni modifican leyes vigentes, sino que simplemente incrementan en uno por mil mensual las tarifas que se aplican a las actividades industriales, comerciales y de servicios sobre la base gravable.

Distingue luego los conceptos de tasa y tarifa, para concluir que en los actos demandados se trata de una tarifa que fue incrementada, para lo cual tiene competencia el Concejo Distrital de conformidad con lo que prescribe el artículo 33 de la ley 14 de 1.983.

Al alegar de conclusión se refiere el artículo 48 de las normas acusadas afirma que no pueden violar el artículo 3° literal a) del Decreto Ley 294 de 1.973, por cuanto se trata de materias diferentes, pues éste se refiere a «lo atinente al presupuesto y el artículo 48 se refiere a la vía gubernativa".

Insiste en que a través de los artículos demandados simplemente se aumenta una tarifa para lo cual el Concejo Distrital es competente, de conformidad con el artículo 33 de la ley 14 de 1.983.

Por su parte, la demandante insiste en la nulidad de los actos impugnados ya que aún aceptando que están solamente adicionando un punto en el impuesto de Industria y Comercio ello implica la modificación de normas preexistentes a través de un acto condición limitado en el tiempo.

Se refiere a la sentencia del 20 de Noviembre de 1.973 de la Corte Suprema de Justicia sobre el presupuesto e insiste en que se confirme al fallo apelado.

EL CONCEPTO FISCAL:

El señor Fiscal Tercero, solicita que el fallo apelado sea confirmado, luego de referirse a la naturaleza del presupuesto, analizar los argumentos del *a quo* y mencionar los expuestos por el Consejo de Estado, al resolver el recurso de apelación contra el auto que decretó la suspensión provisional de los actos demandados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término, es del caso precisar, que los actos demandados ya no están vigentes, toda vez que fueron expedidos para la vigencia fiscal de 1.986.

Sin embargo, la Sala se pronunciará sobre ellos, reiterando una vez sus tesis sobre la denominada sustracción de materia, en el sentido de que aunque la norma demandada ya no esté vigente, la jurisdicción debe pronunciarse sobre su legalidad porque ese pronunciamiento va a tener consecuencias en los casos concretos regidos por dicha norma que se encuentren *subjudice* y en los cuales deberá tenerse en cuenta el citado pronunciamiento.

La tesis anterior, encuentra su sustento en la consideración fundamental de que aunque un acto administrativo hubiere sido derogado o hubiere dejado de regir, sus efectos pueden trascender en el tiempo al regular situaciones surtidas durante su vigencia y aún *subjudice*, razón por la cual no puede afirmarse que se de en estos casos «falta de objeto práctico» de la decisión jurisprudencial, pues este estará conformado por los efectos que dicha decisión va a tener en la resolución de aquellas situaciones concretas, aún no resueltas.

Por ello, es suficiente que una norma haya tenido vigencia para que ante una demanda, la jurisdicción contencioso administrativa deba resolver sobre su legalidad, ya que durante su vigencia, por corta que hubiere sido, bien se han podido concretar situaciones jurídicas particulares y presentarse efectos de la norma que justifiquen un restablecimiento del derecho.

En cuanto al punto de fondo, la Sala considera importante precisar, que si bien es cierto, como lo afirma la recurrente, que el artículo 33 de la ley 14 de 1.983 dispone que «....sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los concejos municipales.....», esta facultad para fijar tarifas dentro de los límites que precisa la ley, debe ser ejercida por dichas corporaciones administrativas, y en este caso por el Concejo Distrital, de conformidad no sólo con la ley, sino con todas las disposiciones que regulan la materia fiscal en el Distrito Especial de Bogotá.

En efecto, algunos acuerdos proferidos por los Consejos Municipales y el Concejo Distrital, establecen normas de rango superior, en razón de su contenido y tal sucede en materia presupuestal con el Acuerdo contentivo del Código fiscal en el que se regula de manera general todo lo relativo a la expedición y contenido del presupuesto anual y al cual deben someterse los acuerdos que aprueban ese presupuesto de rentas y gastos para la correspondiente vigencia fiscal, los cuales por tratarse de simples actos condición, deben dar cumplimiento a la normatividad establecida en el Código Fiscal y en los otros acuerdos de carácter sustantivo.

Los artículos demandados están incluidos en el Acuerdo # 09 de 1.985 del Concejo Distrital que fijó el Presupuesto para el Distrito Especial de Bogotá correspondiente al año de 1.986 y en el Decreto del Alcalde Distrital, por el cual se liquidó el citado presupuesto, luego de que fue objetado el Acuerdo 9 de 1.985, y las objeciones fueron declaradas fundadas por el mismo Concejo Distrital; es decir, que son los actos administrativos por los cuales se expidió el presupuesto de rentas gastos del Distrito Especial de Bogotá, para la vigencia fiscal de 1.986 y por lo tanto debían proferirse, en primer término, de acuerdo con lo que al respecto dispone el Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, contenido en el Acuerdo #6 de 1.985.

Dicho Acuerdo al regular los componentes del presupuesto dispone en su artículo 27 ordinal 3°, que además de los presupuestos de ingresos y de apropiaciones y la planta de personal, el presupuesto debe contener «las disposiciones generales tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General..... Por medio de las disposiciones generales no se podrán crear nuevos impuestos, ni modificar los existentes, ni autorizar recursos del crédito con carácter permanente, ni derogar, ni modificar acuerdos vigentes, ni disponer nuevos gastos» (Se subraya).

Dicha norma, evidentemente, resulta desconocida por los actos demandados, pues estos están modificando acuerdos vigentes y reformando un impuesto existente, todo lo cual no puede hacerse a través del acto por el cual se adopta un presupuesto, de acuerdo con la expresa prohibición establecida en el ordinal 3° del artículo 27 del Código Fiscal del Distrito ya citado.

El mismo Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, (Acuerdo # 6 de 1.985) en su artículo 92 establece limitaciones en el estudio del proyecto de presupuesto y en el ordinal 1° prescribe que para crear nuevas rentas o recursos, o para modificar las tarifas existentes, se requiere, en todos los casos, un Acuerdo específico proferido por el Concejo Distrital, con anterioridad a la aprobación del Presupuesto.

Los actos demandados, y concretamente el artículo 8° del Acuerdo # 5 de 1.985 del Decreto 204 de 1.986, desconocen dicha norma, toda vez que al modificar una tarifa en el mismo acto por el cual se aprueba el presupuesto, se están creando nuevas rentas y no se cumple el requisito expresamente consagrado de que se haga con anterioridad a la expedición del presupuesto.

Ante la citada disposición no resulta válido el argumento de la recurrente, en el sentido de que no se crea un nuevo impuesto, sino que a través de los citados artículos 8° del Acuerdo y del Decreto en cuestión se está ejerciendo la facultad que al Concejo Distrital otorga la ley 14 de 1.983 en su artículo 33, pues de todas maneras, dicha facultad debe ejercerse de acuerdo con el Código Fiscal del Distrito, el cual prohibe expresamente modificar tarifas y crear nuevas rentas en el mismo acto por el cual se aprueba un presupuesto.

Por otra parte, es claro para la Sala, que dicha facultad, también debe ejercerse de acuerdo con las normas locales que regulan el impuesto de industria y comercio y avisos en Bogotá D.E. las cuales se encuentran contenidas en el Acuerdo 21 de 1.983 y el cual en su artículo 115 prohibe expresamente, establecer cualquier tipo de contribuciones, sobretasas o impuestos sobre la base de los impuestos de industria y comercio y avisos, lo cual también resulta vulnerado por los actos impugnados al establecer una suma adicional a la tarifa establecida, para el año de 1.986.

Y además, se desconoce también el mismo artículo 33 de la ley 14 de 1.983, en cuanto al aplicar la adición hecha por los actos demandados, resultan, en la práctica superados los límites del 7% para actividades industriales, allí establecido.

Con relación al artículo 48 del Acuerdo # 5 de 1.985 y del Decreto 204 de 1.986, es suficiente precisar que al regular lo relacionado con el agotamiento de la vía gubernativa tocante con el impuesto de Industria y Comercio y avisos, también se desconoce el artículo 27 ordinal 3° del Código Fiscal de Bogotá, en cuanto se modifica un acuerdo vigente, a través de disposiciones generales contenidas en el acto aprobatorio de un presupuesto.

Pero, además, dichos artículos desconocen también lo dispuesto por los artículos 20 y 90 del citado Código, así como el artículo 16 numeral 5° del Decreto 3133 de 1.968 que atribuyen al Concejo Distrital la facultad para aprobar el Presupuesto del Distrito y el artículo 10° de la ley 30 de 1.969 hoy recogido en el artículo 107 del Decreto 1333 de 1.986, según el cual todo proyecto de acuerdo debe referirse a una misma materia y son inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con el mismo: los citados artículos sobre la vía gubernativa, nada tienen que ver con la aprobación del presupuesto distrital para el año fiscal de 1.986.

Por todo lo anterior, la Sala comparte la decisión del *a quo,* de declarar la nulidad de los actos demandados y por ello confirmará la decisión.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sección de la fecha.

Guillermo Chaín Lizcano, Presidente de la Sección, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS / SEGURO DE DEPOSITO / POTESTAD REGLAMENTARIA

Cuando la Ley 117/85 (art. 2°, fija como objeto general del F.G.I.F., la protección de la confianza de los acreedores y depositantes en las instituciones financieras inscritas y dentro de sus funciones le determina la falcultad de organizar y desarrollar el sistema del seguro de depósito y como complemento de aquél la compra de obligaciones a cargo de las instituciones inscritas o el financiamiento de ahorradores de las mismas, lo está autorizando implícitamente para responder por las obligaciones de éstas a través del seguro que autoriza organizar y desarrollar. La autorización otorgada en la L. 117/85 a la Junta Directiva del Fondo no comporta la facultad de imposición unilateral del seguro de depósito, ni la de exigencia de la prima correspondiente. No puede el F.G.I.F. arrogarse atribuciones no previstas ni autorizadas por la ley; la legislatura es propia del Congreso y la postestad reglamentaria como atribución constitucional propia del Presidente de la República no puede delegarse ni ejercerse por persona distinta a la señalada en la Constitución.

DECLARA LA NULIDAD de las siguientes normas expedidas por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras los artículos 2° numeral 2, excepto el literal g); 3°, 5° inciso primero, y numeral 2; 7°, 9°, 12 en la parte del inciso primero que dice: «y la de aquéllas cobradas a los depositantes, ahorradores y acreedores a nombre del Fondo» y todo el inciso segundo; 13 inciso primero, en la parte que dice: «o de las que ha debido cobrar a ahorradores, depositantes y acreedores» y el inciso segundo en la parte que dice «y a cargo de depositantes, ahorradores y acreedores»; 15, 20, 23 en la parte que dice: que le permitan «atender los pasivos a su cargo» y 24, de la Resolución número 1 de 1.988. Los artículos 1° a 7 ° de la Resolución 2 de 1.988; los artículos 1° y 2° de la Resolución 3 de 1.988.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E., 26 de Octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Ref.: Expedientes nos. 2221, 2213 y 2191 acumulados. Autoridades Nacionales.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chain Lizcano.*

Actores: Alvaro Tafur Galvis; -María Elisa Rojas de Peláez; Marcela Monroy y Juan Manuel Charry; versus Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Acción de nulidad contra la Resolución No. 1 de 1.988 expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Fallo.

Decide la Sala acciones de nulidad interpuestas por los ciudadanos Alvaro Tafur Galvis, María Elisa Rojas Peláez, Marcela Monroy y Juan Manuel Charry contra la Resolución No. 1 de 1.988, expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, por la cual se organizó el Seguro de Depósito, acción que hace extensiva el primero de las demandantes, en virtud de corrección de la demanda, a las Resoluciones 2a. de 1.988 artículos 1o. a 7o. y 3a. del mismo año artículos 1o. y 2o., igualmente expedidas por la Junta Directiva del mencionado Fondo.

ANTECEDENTES.

La Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras resolvió organizar el Seguro de Depósitos y para ello expidió la Resolución No. 1 de 1.988, la cual consta de cuatro capítulos, el primero de los cuales define el objeto del seguro, determina las instituciones financieras inscritas en el Fondo, y los titulares de acreencias contra dichas instituciones. El segundo capítulo establece las primas que se deben pagar al Fondo, la forma de su determinación, liquidación, pago y los efectos del no pago de la misma. El tercer capítulo determina los valores máximos asegurados de las acreencias amparadas y prevé los casos en los cuales se suspende la cancelación de las acreencias y la forma de efectividad de las mismas. El cuarto capítulo dispone lo relativo a restricciones en cuanto a intereses en mora y causación de intereses a cargo del Fondo, se prevé un esquema para la evaluación del Estado y modificación de riesgos, la utilización de los recursos originados en el seguro, la devolución de primas, y la inversión de reservas. Se establece como norma transitoria la forma de cobro de las acreencias a término, constituídas con anterioridad al 1 de julio de 1.988 y la vigencia del amparo. Posteriormente expidió las Resoluciones 2 de junio 23; 3 de junio 30; 4 de octubre 14 de 1.988 y 2 de diciembre 21 de 1.989, sustituyendo, derogando o adicionando artículos de las anteriores.

En la demanda presentada por el doctor Alvaro Tafur Galvis, se acusan el numeral 2 del artículo 2°, y los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 12°, 13°, 14°, 15°, 19°, 20°, 21°, 22° y 23° de la Resolución No. 1 de 1.988 y en adición posterior, los artículos 1° a 7° de la Resolución 02 de 1.988 y 1° y 2° de la Resolución 03 de 1.988. Considera el demandante que se violó el artículo 10° de la Ley 117 de 1.985 en el cual se establecen las reglas que el Fondo debe seguir en la organización del Seguro de Depósitos, por cuanto, la resolución incluyó a los particulares, personas naturales o jurídicas, usuarios del sistema financiero (titulares de acreencias) y determinó que debían tomar obligatoriamente el seguro de depósito aún cuando la ley solo se refiere a la determinación de primas para las entidades financieras inscritas en el Fondo. Agrega que se transgredió el literal c) del artículo 10 de la Ley 117 de 1.986, ya que en él se establece que las primas se determinarán de acuerdo con los indicadores financieros y la solvencia de cada entidad con base en criterios técnicos que periódicamente disponga la Junta Directiva, y la resolución, señala que las entidades financieras inscritas en el Fondo deberán pagar una prima anual que allí mismo se determina, según categoría de entidades que ella misma establece, pero sin señalar criterios técnicos, ni indicadores financieros, ni tampoco la periocidad de las devoluciones, desconociendo de esta manera que la ley le otorgó a la Junta Directiva la facultad para determinar si era más conveniente la prima diferencial o el sistema de devolución con base en criterios técnicos que la misma Junta ha debido establecer en el momento de organizar el seguro de depósito para que esos criterios no quedaran al arbitrio del Fondo. Sostiene también que se vulneró el literal a) del artículo 10 de la Ley 117 de 1.985, por cuanto el artículo 23 de la resolución impide ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fé, ya que, señala que los recaudos por concepto de las primas se destinarán a la atención de pasivos de Fondo, es decir, que su destino no tendrá relación alguna con el seguro. Igualmente, señala como violado, el artículo 76, numeral 1, de la Constitución Nacional, ya que el Fondo de Garantías no podía disponer que el pago de las primas por razón del seguro de depósito fuera obligatorio para ahorradores, depositarios y acreedores de las entidades financieras sin «reformar» la Ley 117 de 1.985. Considera que se transgredieron el parágrafo del artículo 1o. de la Ley 117 de 1.985, los artículos 7 y 30 del Decreto 1050 de 1.988 y los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional por cuanto, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras es una persona jurídica de derecho público cuyas características lo asimilan a los establecimientos públicos, que al organizar el seguro de depósito transgredió su propia norma orgánica en la cual se señalan sus objetivos, y además los artículos 7 y 30 del Decreto 1050 de 1.968, por cuanto en ellos se sujeta la actuación de los Establecimientos Públicos a la norma que lo creó y a sus estatutos , no pudiendo desarrollar actos distintos a los allí previstos; y en efecto, el Fondo, sin autorización legal, impuso obligaciones a las entidades financieras en cuanto a la liquidación, recaudo y remisión al Fondo de las primas del seguro, determinando las sanciones por demora en el pago según los plazos establecidos. Además, el Fondo incurrió en omisión en el ejercicio de su competencia, ya que no desarrolló como debería hacerlo los criterios para considerar la real situación de cada entidad, ni determinó los plazos para los sistemas de devolución

de excedentes. De otra parte, el Fondo aparece en la resolución como un garante de las instituciones financieras y como un asegurador en los términos de la legislación comercial, razón por la cual desbordó su propia competencia y excedió las atribuciones legales que le fueron conferidas por la ley; de esta manera, también configura la violación del artículo 20 de la Constitución Nacional por cuanto no se respetó la responsabilidad de los funcionarios públicos tanto por la infracción de las leyes, como por omisión, y la del artículo 18 ya que la misión de toda autoridad dentro del Estado es proteger la vida, honra y bienes de sus asociados y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Considera el demandante que se viola el artículo 43 de la Constitución Nacional, por cuanto el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras pretendió crear una contribución obligatoria a cargo de las instituciones Financieras y de algunos de los usuarios del servicio (artículo 7 de la Resolución No. 1 de 1.988) destinando dichos recursos al pago de deudas que no necesariamente deben tener una conexión con el seguro de depósito, por lo cual se excedió en sus facultades propias e ingresó en el ámbito de las potestades del congreso. Finalmente, se consideran violados los artículos 1602 del Código Civil y 822 del Código de Comercio ya que la resolución impone a las entidades financieras deberes que significan modificación de las condiciones de los contratos bancarios sin que exista causa legal necesaria por cuanto la organización del seguro es de índole puramente administrativa, vulnerando así el principio contractual de que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes y solo puede ser invalidado por su mutuo consentimiento o por causas legales.

La demanda presentada por la doctora María Elisa Rojas de Peláez plantea como violatoria de la Constitución y las leyes toda la Resolución No. 1 de 1.988 por considerar que, en primer lugar, se modificaron los elementos esenciales del contrato del seguro, al convertir la obligación de pagar una suma de dinero que resulta del traslado del riesgo del no pago de un depósito, en una obligación de hacer, tales como comprar acreencias, otorgar créditos o propender por recuperaciones, razón por la cual se violó el artículo 1045 del Código de Comercio. En segundo lugar, estima la demandante que se violaron los estatutos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Ley 117 de 1.985), por cuanto la Junta Directiva del Fondo no podía ir más allá de organizar el sistema del seguro de depósito y tampoco podía «incluirse una modificación a su objeto social con el fin de tornarse en entidad aseguradora por sí misma, asumiendo riesgos que son típicos de la actividad aseguradora, más no del ejercicio del objeto social del Fondo». En tercer lugar, a su juicio se configura la violación de los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio ya que en el contrato de seguro que determina la resolución ha desaparecido la póliza, modificándose así su calidad de prueba del contrato del seguro, para lo cual no estaba facultada la Junta directiva del Fondo. En cuarto lugar, se vulneró el artículo 1096 del Código de Comercio, por cuanto se determina que el asegurador solo se pagará el 75% de su depósito, y de esta manera «en nada ha quedado la subrogación legal establecida en el Código de Comercio; en éste atípico «seguro» al asegurado está obligado, como condición para el reembolso del 75% de su derecho, al pago de una suma de dinero, a ceder todos sus derechos contra la entidad. Si no

lo hace no hay seguro, pero si hubo pago de prima». En quinto lugar, se considera la incompetencia de la Junta Directiva, ya que lo que se hizo con la resolución acusada fué modificar la actividad del Fondo en su calidad de asegurador, para lo cual se modificó la normatividad referente al contrato de seguro. Finalmente, se plantea la existencia de una desviación de las atribuciones propias del Fondo, por cuanto, éste espera recibir recursos mediante el cobro de las primas, para financiar gastos de administración y pago de pasivos, que no se relacionan con las normas referentes al contrato de seguro, y que van en contra de los principios de eficiencia y austeridad en la asunción de riesgo, tal como lo establece el artículo 10 de la Ley 117 de 1.985 en su literal b).

La demanda presentada por los doctores Marcela Monroy Torres y Juan Manuel Charry Urueña considera violatoria de la Constitución y las leyes toda la Resolución No. 1 de 1.988 y plantea los siguientes fundamentos: en primer lugar, la violación del artículo 43 de la Constitución Nacional que determina la potestad exclusiva del Congreso de la República en materia impositiva por cuanto en la resolución acusada se establece una erogación obligatoria en favor de un ente público y aún cuando en ella se denomina «seguro» debe tenerse en cuenta el principio de la materialidad e intencionalidad, es decir, la prevalencia del contenido del acto. En segundo lugar, se vulneraron los artículos 30 de la Constitución Nacional y 1495 y 1602 del Código Civil, en cuanto la resolución modifica los contratos entre depositantes y las entidades financieras y se lesiona el derecho de propiedad ya que, en efecto, una persona jurídica de derecho público no puede tomar parte de los rendimientos o del capital que un particular haya depositado en una entidad financiera lo cual implica una violación del derecho de propiedad; además, la organización del seguro de depósito contraviene las normas civiles y comerciales referentes a los contratos, ya que, por una parte, no hay contrato sino una imposición y, por otra parte, no se exige la solemnidad de la póliza para el perfeccionamiento del contrato sino simplemente una prueba del pago de las primas. En tercer lugar, se plantea la violación del artículo 170 (sic), ordinal, 3 de la Constitución Nacional en cuanto que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras carece de potestad reglamentaria y solo posee la facultad de dictar acuerdos, resoluciones o reglamentos de orden interno dentro de su esfera de competencia. En cuarto lugar, consideran los demandantes que se violó la Ley 117 de 1.985, por cuanto, la resolución prevé la obligatoriedad de un seguro que según el texto legal no lo era, ni tampoco se puede deducir de él, puesto que el término «OFRECER» implica que el seguro de depósito se brinda a los ahorradores como si fuese un servicio más que el cliente puede aceptar o no; y es necesario recordar que la interpretación que se haga de la ley a través de un reglamento, debe ser restrictiva.

ACTUACION PROCESAL

En las tres demandas presentadas se solicitó la suspensión provisional del acto,pretensión que fue acogida parcialmente mediante autos de fechas 11 de julio de

1.986, 18 de agosto de 1.988 y 12 de octubre de 1.988, por considerar que si el seguro de depósito fué concebido por el legislador como un mecanismo apto para aminorar el riesgo que gravita sobre los ahorradores y depositantes por los comportamientos de los intermediarios financieros, lógicamente quienes deben asegurarse son dichas entidades,en ningún momento la ley señala a los depositantes, a los ahorradores o a los acreedores de tales entidades como sujetos pasivos de esa obligación de asegurarse. De otra parte, la finalidad de este seguro de depósito consiste en ofrecer una garantía a ahorradores y depositantes y al destinar las primas recaudadas a constituir reservas apropiadas para atender pasivos y atender costos administrativos, se está desvirtuando el fin y la naturaleza del seguro. Por las anteriores razones se decretó la suspensión provisional del numeral 2, literales a), b), c), d), e), f) y h), del artículo 2; del artículo 5; del artículo 6; del artículo 7; del artículo 8 y del artículo 23, este último sólo en cuanto dispone que las primas que se recauden por concepto del seguro de depósitos que deben pagar las entidades inscritas en el Fondo, se destinarán a «atender los pasivos a su cargo», de la Resolución No. 1 de 1.988, dictada por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, providencias que fueron suplicadas por la entidad demandada y pese a que en algunos casos se revocó la suspensión provisional, por haberse mantenido en otro, el proferido en el expediente 2221, en definitiva se tiene que al momento de expedir el presente fallo, se hallan suspendidos provisionalmente el numeral 2 del artículo 2 en sus literales a), b) c), d), e), f) y h), el artículo 5, el artículo 6, el artículo 7, el artículo 8 y el artículo 23 en cuanto dispone que las primas que se recauden por concepto del seguro de depósito se destinarán a «atender los pasivos a su cargo».

Contestación a las demandas.

Contesta el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, a través de sus apoderados,los argumentos de las demandas en la siguiente forma:

1. Expediente 2213: Afirma, la apoderada de la demandada que, en primer lugar, la demanda carece de técnica por cuanto se acusa toda la Resolución No. 1 de 1.988 por violar el Código de Comercio y los estatutos del Fondo, sin detallar cuales artículos de la norma demandada violan cuáles de las disposiciones superiores. En segundo lugar que no puede violar la Resolución No. 1 de 1.988, el Código de Comercio, dado que éste regula el contrato mercantil de seguro y no el instituto del seguro de depósito, siendo éstas, dos instituciones jurídicas sustancialmente distintas. Indica posteriormente, que no tiene facultad el Fondo para contratar el seguro pero sí para prestar el servicio del seguro de depósito, facultad que no desborda su objeto social, sino que se incluye dentro de éste a la luz de la Ley 117 de 1.985. Y por último, que en virtud de los principios de la «universalidad del patrimonio» y de la «unidad de caja», puede y debe el Fondo atender los pasivos con la totalidad de sus recursos, incluidos los provenientes de las primas.

2. Expediente 2221; Sostiene el apoderado de la demandada, que la Resolución No. 1 de 1.988, se expidió por parte de un ente público autorizado por la ley para ello, en ejercicio de la atribución constitucional de la intervención estatal, lo

cual, dada su autonomía y el amplio marco de acción diferido por la Ley 117 de 1.985 al respecto, le permite establecer la obligatoriedad del pago de la prima, y los sujetos pasivos de la misma. Que al «prever» un sistema de devoluciones, cumplió con lo dispuesto por la Ley 117 de 1.985, sin que fuera necesario que estableciera de una vez tarifas diferenciales para el pago de las primas y el contenido del referido sistema de devoluciones. Que el pagar los pasivos con sus ingresos, incluidos los provenientes de las primas, no le impide al Fondo atender las obligaciones del seguro. Que el contrato de seguro regulado por el Código de Comercio es diferente al seguro de depósito creado por la Resolución No. 1 de 1.988. Y por último, que la prima no es un impuesto sino una «tasa» exigida por la prestación de un servicio.

3. Expediente 2219; Afirma el apoderado de la demandada, que la creación del seguro de depósito, su obligatoriedad y el pago de las primas a cargo no sólo de las entidades financieras, sino también de los ahorradores y depositantes, es manifestación de la intervención del Estado en la economía y de la autonomía administrativa del Fondo, según facultades otorgadas por la Ley 117 de 1.985, la cual no entró a regular exhaustivamente lo referente a dicho seguro, sino que delegó en el Fondo tal aspecto. Que no se alteran, con la resolución enjuiciada, los contratos celebrados entre las entidades financieras y sus clientes, pues éstos deben ajustarse a la regulación legal vigente al momento de su celebración. Y que, el seguro de depósito es esencialmente diferente del contrato de seguro del Código de Comercio, por cuanto carece de la solemnidad propia a éste y no exige un previo acuerdo de voluntades, sino que se impone obligatoriamente.

Alegatos de las partes.

En todos los expedientes acumulados, la parte demandada presentó los alegatos de conclusión, no así los integrantes de la actora haciéndolo únicamente el demandante en el expediente No. 2221.

Amplía el actor en sus alegatos, lo afirmado en la demanda y aclara la misma, haciéndola extensiva a las Resoluciones 2 de 1.988 artículos 1 a 7 y 3 de 1.988 artículos 1 y 2, sostiene que hay violación de la Ley 117 de 1.985, del Código Civil y del Código de Comercio, puesto que la norma enjuiciada desborda las facultades otorgadas por la ley e invade la órbita propia del legislador, desconociendo así el artículo 76, numeral 1 de la Constitución Nacional y que por regirse en cuanto a «régimen jurídico y administrativo y a las operaciones» por las normas previstas para las entidades descentralizadas nacionales, desconoce su regulación, contenida básicamente en el Decreto 1050 de 1.968.

Así mismo, afirma que la resolución no cumplió la ley 117 de 1.985 en cuanto no reguló el sistema de devoluciones íntegramente en los términos del literal c) artículo 10 de la ley citada y además desvió el objetivo del seguro de depósito al contemplar en el artículo 23 la posibilidad de destinar los fondos en él recaudados a cubrir los pasivos y costos anteriores.

Por su parte, la demandada, hace recapitulación de los argumentos sostenidos en la contestación; en primer lugar, indica que atendiendo a los antecedentes de la ley y al marco de discrecionalidad que ésta le otorgó al Fondo, la Resolución No. 1 de 1.988 cuestionada, no extralimita, sino que constituye precisamente cumplimiento y desarrollo de la Ley 117 de 1.985; en segundo lugar, que el régimen aplicable no es el contractual de seguros del Código de Comercio, sino el que otorga facultades interventoras al Estado con la posibilidad de restringir derechos, así como que la obligatoriedad del seguro está acorde con los principios de la ley que creó el Fondo; afirma igualmente, que la prima no constituye tributo, sino tasa por el pago de la prestación de un servido público.

CONCEPTO FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero del Consejo de Estado, rindió concepto solicitando a la Sala despachar en forma adversa las pretensiones de la demanda y levantar la medida cautelar de la suspensión provisional por considerar en primer lugar que la intervención estatal en el sector financiero quedó plasmada en la Ley 117 de 1.985 y faculta al Fondo, como organismo estatal del Derecho Público y con características especiales, para desarrollar toda una estructura de funciones monetarias con facultades que le asignó específicamente el Congreso Nacional, lo cual desvirtúa las acusaciones presentadas en la demanda por considerar que fue expedido «por órgano incompetente, carente de motivación y con desviación de atribuciones». En segundo lugar, cree la Fiscalía que la denominación de impuesto dada a la prima por los demandantes,corresponde a una tasa que se cobra por la prestación de un servicio público, ya que el ente público está cobrando el valor de un servicio que voluntariamente ha sido solicitado, por cuanto los titulares de acreencias en las entidades financieras saben de antemano que al hacer los depósitos y ahorros se van a servir de las garantías que implica el seguro de depósito, razón por la cual su adquisición no constriñe su voluntad de ningún modo.

En tercer lugar, afirma el Fiscal, que al contrario de lo sostenido por la parte actora, el contrato de seguro regulado en el Código de Comercio, tiene una entidad y un tratamiento legal totalmente diferentes al seguro de depósito, regulado por la norma cuestionada, ajeno en fin al concepto de la intervención estatal en el específico sentido en el cual se circunscribe esta Institución.

Prosigue la Fiscalía afirmando que no existe la violación aducida por los demandantes, a los artículos 20 y 30 de la Constitución Nacional, 1450 y 1602 del Código Civil y 1036 y 1046 del Código de Comercio, toda vez que las primas que se cobrarán a entidades financieras y beneficiarios no configuran expropiaciones sin indemnización sino que «son simples mecanismos de usanza en la banca para el pago de los servicios». Por otro lado, la obligatoriedad de pago en lo que respecta a las entidades financieras es «desarrollo del imperium estatal», asunto que fue debatido en su momento por la Corte Suprema. Además, referente a los

particulares, las relaciones surgidas entre éstos y el Fondo no son de índole contractual, en consecuencia no es procedente la exigencia de la manifestación de la voluntad por parte de los mismos para obligarse al pago de la prima.

Rechaza igualmente la Fiscalía, el argumento de violación al artículo 120 numeral 3 de la Constitución, pues estima que la resolución enjuiciada no es manifestación del Poder Reglamentario radicado en cabeza del Presidente de la República, sino ejercicio de claras facultades otorgadas por la Ley 117 de 1.985.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Previamente a la decisión la Sala estima conveniente precisar:

1. Que la Ley 117 de 1.985, mediante la cual se creó el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras como persona de derecho público, de naturaleza única, fijó su término, capital, recursos, funciones y limitaciones, sufrió modificaciones mediante la Ley 74 del 21 de diciembre de 1.989, cuyos artículos 14 a 18 y 20 introdujeron variaciones y adiciones a sus artículos 4, 6, y 10 y la derogatoria expresa del 4 literal a).

2. Aun cuando varios de los artículos de la Resolución 1 de 1.988, acusada de transgresión a la norma superior, han quedado insubsistentes en los términos del artículos 3 de la Ley 153 de 1.887, por haber sido sustituidos por los artículos contenidos en las Resoluciones 2, 3 y 4 de 1.988 y 2 de 1.989, todas del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el doctor Alvaro Tafur Galvis, al adicionar la demanda hace extensivo el cargo de violación de la norma superior a los artículos 1 a 7 de la Resolución 2 de 1.988 y 1 y 2 de la Resolución 3 del mismo año.

Ante estos hechos resulta imperativo determinar que artículos de las resoluciones acusadas quedaron vigentes y cuales no para dar aplicación con respecto a ellos al fenómeno de sustracción de materia que conduce al fallo inhibitorio, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sala Plena, especialmente las decisiones de junio 27 y agosto 12 de 1.946, febrero 14 de 1.947 y julio 11 de 1.962, en las que se sostiene que, cuando se ejecuta la acción de simple nulidad contra el 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.

Aclara la Sala que esta oportunidad, no se está frente al caso de situaciones jurídicas *sub-judice* en relación con el cobro de primas por concepto del seguro de depósito a acreedores, ahorradores y depositantes de entidades financieras inscritas, en razón de que la entidad demandada ante la suspensión provisional de los artículos 2, numeral 2, literales a), b), c), d), e), f) y h), 5, 6, 7, 8 y 23 de la Resolución No. 1

de 1.988, ordenada por auto del 16 de agosto de 1.988 de esta misma Sala, dispuso mediante la Resolución No. 4 del 4 de octubre de 1.988, el no cobro de la prima a los ahorradores y depositantes por concepto de seguro de depósito y la devolución de las que hubieren sido cobradas. Por lo tanto, es del caso concluir que no deben existir situaciones concretas que se encuentren subjudice, derivadas de las normas de la Resolución No. 1 de 1.988, modificadas o derogadas y las que llegaren a existir deberán regirse por las normas posteriores que introdujeron las modificaciones y derogativas y particularmente por lo dispuesto en Resolución No. 4 de 1.988 antes comentada.

Que el artículo 2 numeral 2 literal g) de la Resolución No. 1 de 1.988, fue expresamente derogado por el artículo 11 de la Resolución No. 2 de 1.988 y que el contenido restante fue aclarado por el artículo 2 de la misma resolución, en sentido de que los Títulos de acreencias correspondientes a bonos, convertibles voluntaria u obligatoriamente en acciones de instituciones financieras inscritas, no quedaban amparados por el seguro. Posteriormente, el contenido del numeral 3, fue adicionado por el artículo 1 de la Resolución 03 de 1.988, a efectos de señalar la base para liquidar las primas en las sociedades de capitalización.

El artículos 4, fue integrante sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 2 de 1.989, que fijó las primas a cargo de las entidades financieras.

El artículo 5, fue sustituído en su numeral 1, por el artículo 2 de la Resolución No. 2 de 1.988, precisando la forma de determinación y de cobro del seguro en el caso de títulos de capitalización y cédulas del Banco Central Hipotecario.

El artículo 6, fue sustituído por el artículo 3 de la Resolución No. 2 de 1.988, que ordenó la manera de fijar las primas para efectos del promedio previsto en el numeral 1 del artículo 6.

El artículo 8, fue sustituido por el artículo 4 de la Resolución No. 2 de 1.988, que reguló la liquidación y cobro de las primas para acreencias a la vista, remuneradas o nó.

El artículo 10, fue sustituido integramente por el artículo 5 de la Resolución No. 2 de 1.988 y en él se precisa el término dentro del cual las entidades financieras deban entregar el Fondo de Instituciones Financieras, las primas recaudadas y determina el plazo para la entrega de primas sobre acreencias a la vista.

El artículo 11, derogado expresamente por el artículo 11 de la Resolución No. 2 de 1.988.

El artículo 14, fue sustituido integramente por el artículo 6 de la Resolución No. 2 de 1.988 y determina el período dentro del cual las entidades financieras deben cobrar la prima en la eventualidad de insuficiencia de fondos en la cuenta del titular o acreencias embargadas.

El artículo 16, fué aclarado por la Resolución No. 4 de 1.988, artículo 4, en cuantó al valor máximo asegurado de las acreencias a término, cuyos titulares pagaron la prima conforme con las Resoluciones 1 y 2 de 1.988.

El artículo 17, fue sustituido por el artículo 6, de la Resolución No. 2 de 1.989, que condicionó al pago de la acreencia a cargo de una entidad financiera, el reconocimiento previo, mediante providencia en firme de la Superintendencia Bancaria.

El artículo 18, fue expresamente derogado por el artículo 11 de la Resolución No. 2 de 1.988.

El artículo 19, fue integramente sustituido por el artículo 7 de la Resolución No. 2 de 1.988.

Y el artículo 24, fue limitado por el artículo 8 de la resolución No. 2 de 1.988.

En consecuencia se analizan las demandas contra los artículos 1, 2 excepto el literal g) del numeral 2, 3, 5 numeral 2 y último inciso, 7, 8, 9, 12, 13, 15, 16 y 20 a 26 de la Resolución No. 1 de 1.988; 1 a 7 de la Resolución No. 2 de 1.988 y 1 y 2 de la Resolución No. 3 de 1.988.

Dicen los demandantes que las resoluciones acusadas y en especial la Resolución No. 1 de 1.988 en su artículo 1, al crear el seguro de depósito, garantizando por parte del Fondo el pago de las acreencias viola los estatutos mismos del Fondo, contenidos en los artículos 2 y 5 de la Ley 117 de 1.985 y su artículo 10, porque ninguna de éstas normas autoriza al Fondo para ejercer la actividad aseguradora, que el artículo 2 viola el 10 al hacer extensiva la obligación del seguro a personas distintas de las entidades financieras obligadas a inscribirse, porque no atendió la voluntad de la ley de establecer las primas a cargo de las entidades tomando en cuenta los indicadores financieros de solvencia de cada entidad inscrita con base en criterios técnicos, previamente determinados por la Junta Directiva del Fondo y porque dió a las primas una destinación no prevista en la ley ni acorde con la finalidad propia del seguro creado.

Para la Sala, cuando la Ley 117 de 1.985 en el artículo 2, fija como objeto general del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, la protección de la confianza de los acreedores y depositantes en las instituciones financieras inscritas y dentro de sus funciones la determina en el literal d), la facultad de organizar y desarrollar el sistema del seguro de depósito y como complemento de aquél la compra de obligaciones a cargo de las instituciones inscritas o el financiamiento de ahorradores de las mismas, lo está autorizando implícitamente para responder por las obligaciones de éstas a través del seguro que autoriza organizar y desarrollar.

No de otra manera podría entenderse que el literal b) del artículo 10 de la Ley 117 de 1.986, le señale el deber de cumplir con los postulados de austeridad y eficien-

cia en la asunción del riesgo que le corresponde si no puede desarrollar la función de asegurador, aunque bueno es decirlo, de asegurador especial, dada la naturaleza particular del seguro de depósito cuya organización se le confía por la ley.

Más aún, si en aras del cumplimiento del mandato contenido en el artículo 10 de la Constitución Nacional, mediante la ley se crea un organismo administrativo para proteger la confianza de los depositantes, acreedores y ahorradores en las instituciones financieras y prevenir las funestas consecuencias que resulten del indebido manejo y aprovechamiento del ahorro privado que puedan realizar tales instituciones, es válido dotar a dicho organismo de los instrumentos necesarios para asegurar el cumplimiento de los objetivos señalados en la ley e intervenir como asegurador a través del seguro cuya creación, organización y desarrollo autoriza la ley.

El seguro de depósito a que hace mención el artículo 10 de la Ley 117 de 1.985, es un seguro atípico cuya finalidad es proteger la confianza de ahorradores y depositantes de buena fé; es por supuesto, distinto al ya existente regulado por el Código de Comercio para amparar los riesgos que se generen en el desarrollo de actividades civiles o comerciales de las personas. No se entendería que la ley creara un seguro idéntico a los ya existentes y luego señalara pautas diferentes para su organización y desarrollo.

Así las cosas, el seguro de depósito cuya creación fue autorizada por la Ley 117 de 1.985 debe organizarse y desarrollarse por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras atendiendo, exclusivamente, a los lineamientos específicos señalados en el artículo 10 de la citada ley en cuanto a su obligatoriedad, fijación de primas, destinación de las mismas y demás modalidades en cuanto sean compatibles con su naturaleza propia y consulten tanto las finalidades genéricas del fondo como las específicas del seguro especial que no son otras que las de la protección del depositante o usuario de las entidades inscritas en el Fondo.

Esta finalidad general del Fondo, y el carácter de instrumento para su logro que cumple el seguro de depósito quedaron patentizados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia cuando al fallar la demanda de inexequibilidad intentada contra la Ley 117 de 1.985 expresó:

> «En efecto, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras fue creado por el legislador como una entidad autónoma de derecho público y su objeto principal es el de atender funciones administrativas tal como lo señala el artículo 2o. de la Ley 117 de 1.985, que dice:
>
> «Art. 2o.- Objeto.- 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 ecomica (sic) e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquier otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras». (Se subraya).

«Lo anterior se complementa por los literales a), c), d), e) y f) de mismo artículo que le ordenan al Fondo servir de instrumento para el fortalecimiento patrimonial de las instituciones inscritas; procurar que éstas tengan medios para otorgar la liquidez a los activos financieros y a los bienes recibidos en pago; organizar y desarrollar el sistema de seguro de depósito y el de compra de las obligaciones a cargo de las instituciones inscritas en liquidación o el de financiamiento a los ahorradores de las mismas y, principalmente colaborar con las autoridades en la liquidación de las instituciones financieras intervenidas y asumir temporalmente la administración de éstas para lograr la recuperación económica».

No encuentra, entonces, la Sala violación de la ley por parte del artículo 1 de la Resolución No. 1 de 1.988 en cuanto el Fondo asume carácter de asegurador.

Es fundamento de acusación del artículo 2 de la Resolución 1 de 1.988, con la aclaración hecha por el artículo 2, de la Resolución 2 de 1.988 y 1 de la Resolución 3 del mismo año, la transgresión del artículo 10 de la Ley 117 de 1.985, al imponer la obligación de tomar el seguro de deposito a los titulares de las acreencias por él mismo señaladas, cuando la ley no la autorizó para hacer tal imposición.

Observa la Sala que efectivamente la Ley 117 de 1.985 no impone en el artículo 10 ni en ninguno otro, expresamente la obligación a los titulares de acreencias de tomar el seguro de depósito y sufragar una expensa a título prima. Imposición que si hace la resolución acusada en su artículo 2 sin atender al postulado del artículo 10 de la Ley, que señala tal obligación únicamente para las entidades financieras, que de acuerdo con el artículo 3, deben inscribirse obligatoriamente en el Fondo de Garantías.

No es admisible al planteamiento que hace el apoderado de la entidad demandada en el sentido de que gracias al servicio prestado por el Fondo de Garantías, este puede imponer tasas o precios a quienes potencialmente se beneficien del seguro, imposición que según su criterio no constituye un impuesto o una contribución, porque si bien es cierto que la ley autorizó la creación del seguro, no dió libertad al Fondo de Garantías para imponerlo unilateralmente a las personas que no estaban obligadas por la misma ley y que en consecuencia no deben pagar la prima.

La autorización otorgada en la Ley 117 de 1.985, artículo 9 literal b), a la Junta Directiva del Fondo, para fijar las comisiones primas, tasas y precios, por los servicios prestados, no comparta la facultad de imposición unilateral del seguro de depósito, ni la de exigencia de la prima correspondiente y no podía referirse a ésta si aún el seguro no había sido creado, pues su regulación fué prevista para cuando se creara. Es decir, hacia el futuro en forma condicional y como concepto distinto al señalado en el literal b) aludido.

No puede tampoco el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras arrogarse atribuciones no previstas ni autoridades por la ley, utilizando para el efecto interpretaciones y deducciones con el fin de generar derechos a su favor no establecidos en ella, porque en materia de autorizaciones otorgadas por la ley éstas se limitan estrictamente a los parámetros en ella establecidos, sin que pueda arguirse que la facultad de creación, organización y desarrollo de un seguro implique la expedición de normas contrarias a la ley, ni a la reglamentación de las mismas, porque la primera como atribución propia del Congreso no puede delegarse sino en los términos de la misma Carta Política y la segunda, como atribución constitucional propia del Presidente de la República, no puede delegarse ni ejercerse por persona distinta a la señalada en la Constitución Nacional. Y si se alega que tal imposición obedece a un acto de intervención del Estado en la Economía como atribución propia del Fondo de garantías, el acto administrativo que desarrolle la atribución conferida, debe mantenerse dentro de los límites que autoriza la Ley 117 de 1.985.

Considera la Sala que la Resolución acusada en cuanto extiende obligatoriamente el pago de la prima a los titulares de acreencias señalados por el artículo 2° numeral 2, transgredió la autorización otorgada por la Ley 117 de 1.985 y en consecuencia debe ser anulada.

Así mismo los artículos 3°, 5°, 7°, 9°, 12°, 15°, 20° y 24° de la Resolución 1 de 1.988 en cuanto reglamentan y enmarcan el seguro de depósito, determinación, pago de primas y posterior consignación y retención para los titulares de acreencias relacionadas con el numeral 2 del artículo 2°, que merecieron la decisión de suspensión debe ser anulados, al igual que los artículos 1° a 7° de la Resolución 2 de 1.988 y 1° y 2° de la Resolución 3 del mismo año, que se refirieron a la regulación imposición y cobro de primas a cargo de los mismos titulares.

Sucede lo mismo con el artículo 13 en cuanto establece el pago de intereses moratorios para la entidad financiera que retarde la entrega de las primas que ha debido cobrar a sus ahorradores, depositantes o acreedores, porque si la obligación de cobro de prima es ilegal no puede exigirse el pago de mora sobre la misma. No ocurre lo mismo con relación a las primas a cargo de las entidades financieras que si están obligadas a su pago porque la referencia al interés de mora no es una imposición creada por la resolución sino una consecuencia legal y lógica del incumplimiento de las obligaciones, entre las cuales se encuentra la de consignar oportunamente la prima por concepto de seguro de depósito.

Cuestión diferente es que la determinación del monto de la prima a cargo de las entidades financieras inscritas, en el artículo 4 de la resolución acusada, no se hayan observado los parámetros fijados en la ley, materia que no es objeto de estudio en la presente ocasión, por haber sido sustituída la norma por disposición posterior, contenida en el artículo 1 de la Resolución 2 de 1.989.

El artículo 16 que fija el tope o valor máximo asegurado no ofrece enfrentamiento con la norma superior, pues observa la limitante establecida en el literal a) del artículo 16 de la ley y además este artículo fue modificado por el artículo 4 de la Resolución 4 de 1.988, sin que los demandantes hubieran alegado violación específica contra él.

Con relación el artículo 23 de la Resolución 1 de 1.988, acusado de violar el literal a) del artículo 10 de la Ley 117 de 1.985, el señalar que las primas recaudadas se destinarán al pago de pasivos, con lo cual se desfigura el sentido natural y legal del fondo de riesgo, desviando la finalidad del seguro, observa la Sala que efectivamente tal destinación no se encuentra autorizada por ninguno de los artículos 2,9 literal c) y 10 de la Ley 117 de 1.985, en los cuales dice basarse la resolución, razón por la cual considera la Sala merece anulación. Es tan evidente la ilegalidad de dicha destinación, que se pretendió, aprovechando que se tramitaba en el Congreso un proyecto de ley relativo a la inversión extranjera (que después sería la Ley 74 de 1.989) darle piso legal incluyendo en el texto la facultad que se echaba de menos en la Ley 117 de 1.985. Cabe destacar a este respecto que la Ley 74 de 1.989 en su artículo 18 contempla la facultad de que todos los recursos del Fondo podrán destinarse al cumplimiento del objeto señalado por la Ley 117 de 1.985 y al pago de los pasivos a su cargo, pero ella solo tiene efectos hacia el futuro y por virtud del principio de irretroactividad de la ley no puede tenerse como fundamento de la Resolución No. 1 de 1.988, que en su artículo 23 dispuso la destinación de las primas al pago de las acreencias y pasivos del Fondo.

Por último con relación al artículo 24 de la Resolución 1 de 1.988, transitorio, y cuya limitación para ahorradores y depositantes fué establecida por el artículo 8 de la Resolución 2 de 1.988, en el sentido de indicar como excepción a la norma general de obligación de pago de la prima para los titulares de acreencias, que a las constituidas con anterioridad al 1 de julio de 1.988 no se les cobraría, sin perjuicio de que gocen del amparo, debe anularse en la medida que constituye excepción a la regla general que mereció el cargo de transgresión.

De acuerdo con lo expuesto, y luego de confrontar la norma superior con las resoluciones acusadas, que fueron modificadas repetidamente, y que dejan ver la falta de análisis previo y certero por parte del Fondo de Garantías sobre la forma de regular el seguro de depósito y la fijación de las primas a cargo de las entidades financieras obligadas, concluye la Sala que los artículos pertinentes a las resoluciones acusadas transgredieron abiertamente el ordenamiento contenido en la Ley 117 de 1.985, siendo imperativo el restablecimiento del orden jurídico, para lo cual es necesario anular las disposiciones violatorias de la ley.

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. Declárase inhibido para fallar por sustracción de materia, con relación a los artículos 2° numeral 2 literal g),4°, 5° numeral 1, 6°, 8°, 10°, 11°, 14°, 17°, 18° y 19° de la Resolución No. 1 de 1.988 expedidas por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

2. Anúlanse los artículos 2° numeral 2, excepto el literal g); 3°; 5° inciso primero, y numeral 2; 7°, 9°, 12° en la parte del inciso primero que dice: «y la de aquellas cobradas a los depositantes, ahorradores y acreedores a nombre del Fondo» y todo el inciso segundo; 13° inciso primero, en la parte que dice: «o de las que ha debido cobrar a ahorradores, depositantes y acreedores» y el inciso segundo en la parte que dice «y a cargo de depositantes, ahorradores y acreedores»; 15°, 20°, 23° en la parte que dice: que lo permitan «atender los pasivos a su cargo» y 24°, de la Resolución No. 1 de 1.988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

3. Anúlanse los artículos 1° a 7° de la Resolución 2 de 1.988, proferida por la misma entidad.

4. Anúlanse los artículos 1° y 2° de la Resolución 3 de 1.988, de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

5. Deniéganse las súplicas de las demandas en relación con los demás artículos de la Resolución No. 1 de 1.988 del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese los expedientes y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo ChainLizcano, Presidente, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zarate, Carmelo Martínez Conn,

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE TURISMO / COMPENSACION - Improcedencia

Dentro de la actividad administradora del impuesto de turismo, la función de recaudo se ejerce, por la Corporación Nacional del Turismo y los establecimientos hoteleros o de hospedaje, o las empresas de transporte internacional de pasajeros, con cargo a los respectivos usuarios de los servicios, conforme a las reglas del Decreto 2951 de 1.979 y la Resolución 406 de 1.982. No es previsible que la contabilidad, o las declaraciones y liquidaciones privadas periódicas de tales establecimientos y empresas, muestren saldos a favor suyo, respecto de los cuales debe operar el mecanismo compensatorio contemplado en el artículo 17 de la citada resolución. En la demanda no figura probada, concretamente, o siquiera explicada, la causa eficiente de las posibles consignaciones excesivas y las circunstancias en que éstas se hubieran producido (Ejercicio fiscal de 1.982, 83, 84 y parte de 1.985).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E., Noviembre ocho de mil novecientos noventa. (1.990).

Ref.: Radicación 2520. Apelación sentenciada de 28 de Febrero de 1.989 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron los impuestos de turismo por los años de 1.982, 1.983, 1.984 y parte de 1.985. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S.A. «AVIANCA». F A L L O.

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado, por la sociedad AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA, S.A., «AVIANCA», la actora, contra la sentencia de primer grado, de 28 de Febrero de 1.989, parcialmente

favorable a las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido contra actos de determinación del impuesto de turismo de los ejercicios fiscales de 1.982, 1.983, 1.984 y parte de 1.985, a saber, las resoluciones números 945 de 6 de Agosto de 1.986 y 1.460 de 18 de Noviembre del mismo año, expedidas por la Corporación Nacional de turismo.

ANTECEDENTES:

Por resolución N° 460 de 10 de Julio de 1.984, a la que había antecedido una visita inspección practicada a la demandante por funcionarios de la Corporación Nacional de Turismo, se dispuso exigir de aquélla el pago de la suma de $21.076.625, por concepto del impuesto de turismo y sanción por extemporaneidad, correspondientes a los períodos de 1.982 y 1.983.

Posteriormente, según resolución N° 751 de 26 de Octubre de 1.984, que desató el recurso administrativo impetrado, la mencionada Corporación, tras admitir, como lo propusiera la recurrente, que las conclusiones del acta de visita se habían basado, no en los libros de contabilidad de la inspeccionada, sino en listados de computador, microfichas y el libro auxiliar «cuentas de terceros», revocó la providencia atacada y ordenó practicar nueva visita, «para reliquidar el monto del Impuesto de turismo adeudado.....».

Se produjeron, entonces, las dos nuevas resoluciones, objeto de la acción contenciosa, por las que, en su orden, se fijó el monto del impuesto de turismo y la sanción por extemporaneidad, por las citadas anualidades fiscales de 1.982, 1.983, 1.984 y primer semestre de 1.985, en cifra de $43.796.656, y se decidió adversamente el recurso de reposición interpuesto, invocándose, como razones para mantener el acto liquidatorio, que la decisión sobre la pretendida nulidad del mismo por la inclusión de factores pertenecientes a las vigencias de 1.982 y 1.983 ya investigados y definidos, es primativa de la jurisdicción, y que la "visita de reliquidación», no constituye sino un "acto complementario a una visita de revisión oficial", practicada, además, dentro de los dos años siguientes a la "fecha de cancelación del impuesto por parte del declarante (sic).....".

LA DEMANDA:

Reseñada la circunstancia de que, por virtud del artículo 24 de la ley 20 de 1.979 y el decreto 2951 del mismo año, su reglamentario, la Administración del impuesto de turismo se hubiera deferido a la Corporación Nacional del Turismo, y de que, ésta, a su vez, por medio de la Resolución N° 406 de 16 de Julio de 1.982, estableciera «el procedimiento para la percepción, liquidación y control» del tributo, y recapitulados los hechos fundamentales de la acción, se indican como violadas las siguientes disposiciones legales:

1. El artículo 62 del decreto 01 de 1.984, en conexión con el artículo 57, numeral 5°, de la ley 5a. de 1.977, por la reapertura del procedimiento de fiscalización, respecto de las anualidades de 1.982 y 1.983, concluido por la Resolución 751 de 1.984.

2. El artículo 14 de la resolución 406 de 1.982, debido, no solo a la pretermisión del proceso de dos años, aquí contemplado, de que disponía la Corporación para revisar las liquidaciones privadas de gravamen, sino al hecho de haberse practicado más de una liquidación oficial por los mismos períodos impositivos.

3. Los artículos 56 de la ley 52 de 1.977 y 46 decreto 825 de 1.978, dado que no se resolvió sobre la nulidad pedida en el recurso gubernativo, atribuyéndose la competencia para tal fin a la jurisdicción contenciosa administrativa, sin fundamento para ello.

4. El artículo 1715 del Código Civil, en relación con los ejercicios de 1.984 y parte de 1.985, ya que, por compensación, no salamente no era la sociedad deudora de suma alguna, sino que, al contrario, tenía un saldo a su favor.

Sobre el particular, se afirma que el impuesto de turismo determinado por la Corporación, entre Enero de 1.984 y Junio de 1.985, ascendía a la cantidad de $365.818.728.71, mientras que lo liquidado y pagado por la sociedad, en el mismo lapso, era de $392.146.137, para una diferencia, a favor de ésta, de $26.327.408.29, que, disminuía por el valor del gravamen correspondiente a los tiquetes expedidos en el exterior, en cifra de $4.342.498.91, fijaba dicho crédito en $21.984.909.38.

En relación con la extemporaneidad del pago, se dice, igualmente con apoyo en el movimiento de cifras y conceptos incluido en la demanda, que de los dieciocho meses que abarcaba el período en cuestión, únicamente en dos de ellos, Septiembre y Octubre de 1.984, se configuró el aducido fenómeno, de modo que la sanción solo podría estar basada en los guarismos comprometidos en la mora, $7.936.289.39, en Septiembre, durante 60 días, y $6'913.291.55, en Octubre, durante 30 días, a los cuales habría que añadir el impuesto de turismo causado en la venta de tiquetes en el exterior, según la liquidación oficial, por valores de $127.096.65 y $442.493.79, respectivamente. Con una tarifa del uno por mil diario, el importe definitivo de la sanción sería solamente de $704.476.51 y, consiguientemente, el saldo final a favor de la sociedad demandante, de $21.280.432.87.

FALLO APELADO:

Dentro de un primer aspecto de su decisión, el *A-quo* deniega el cargo de infracción del artículo 57, numeral 5°, de la ley 52 de 1.977, en conexión con el artículo 62 del decreto 01 de 1.984, en consideración a que tratándose de norma especial destinada a dar aplicación a preceptos sustanciales tributarios de

competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, su invocación resultaba impertinente. Aparte de que, habiendo ordenado la Resolución 751 de 1.984, que desató el recurso existente y puso fin a la vía gubernativa, practicar nueva visita y reliquidar el tributo, sin que estas disposiciones fueren objeto de demanda ante la jurisdicción, las mismas adquirieron firmeza y podían ser ejecutadas inmediatamente, de conformidad con los artículos 62 y 64 ib.

Respecto de la alegada violación del artículo 14 de la resolución 406 de 8 de Julio de 1.982, en armonía con el decreto 2951 de 1.979, encuentra que, habiéndose efectuado la consignación del impuesto, por los ejercicios de 1.982 y 1.983, en las fechas que se detallan en el acta de visita de 22 de Julio de 1.985, "el tiempo para practicar válidamente la (nueva) visita que agotaba a más tardar en diciembre de 1.985 (..). luego de haberse efectuado el requerimiento oficial, como resultado de la visita contable suscrita el 16 de Junio de 1.986, el 6 de Agosto de 1.986, conllevaba la extemporaneidad por los años de 1.982 y 1.983, toda vez que se efectúo la revisión por fuera del término previsto en la norma....." (paréntesis fuera de texto).

Concluye, pues, que los actos acusados son nulos, pero solo en cuanto dice relación con los ejercicios fiscales de 1.982 y 1.983, por pretermisión del lapso indicado en el artículo 14 de la resolución 406 de 1.982.

Referente al supuesto quebrantamiento de las reglas sobre compensación, específicamente, del artículo 1715 del Código Civil, por las vigencias de 1.984 y primer semestre de 1.985, estima que la demanda encierra "una profunda contradicción", no solo porque el impuesto determinado en los actos acusados, por tales años, no fue controvertido por la actora, sino porque gozaban de presunción de legalidad, a más de que la cuestión no puede ser estudiada, pues, "la Corporación (...) carece de competencia para esta clase de actuaciones, máxime cuando no aparece disposición legal expresa que lo autorice.....".

Por lo que hace a la sanción por extemporaneidad, sostiene que no es procedente un pronunciamiento de mérito, por no haberse expresado en la demanda las normas violadas, ni los correspondientes conceptos de la transgresión.

Finalmente deniega la solicitud de devolución formulada en el libelo, como consecuencia de no prosperar los cargos relativos a la compensación y la extemporaneidad.

En resumen, reforma la actuación administrativa, en punto a excluir de la liquidación oficial, los impuestos determinados por los años de 1.982 y 1.983, en cuantía de $4.283.721.77, y la parte de la sanción correspondiente a estos ejercicios $4.078.975.69, y se declara inhibido para un pronunciamiento de fondo sobre «el punto c)», la extemporaneidad.

EL RECURSO DE APELACION:

En la impugnación de la sentencia se precisan dos temas fundamentales:

La compensación de saldos por los años de 1.984 y parte de 1.985 y la decisión inhibitoria con relación a la extemporaneidad.

Con relación a la citada compensación de saldos se alega que si el contenido de los actos acusados es el resultado de una cuenta corriente del impuesto y tales actos son anulables, también dispone el juez contencioso administrativo de competencia suficiente, «para juzgar si la forma como se hizo la compensación de saldos es la correcta, o no.....», de acuerdo con el artículo 1716 del Código Civil.

Y que habiéndose establecido oficialmente, por los mencionados ejercicios, la suma total de $365.818.729 del impuesto discutido, contra las consignaciones del mismo, según liquidación privada, en cuantía de $392.146.137, el saldo a favor de la demandante es de $26.327.408.29, que debe ser reconocido como tal, sin embargo de lo cual, por haber aceptado aquélla la deducibilidad del impuesto sobre tiquetes del exterior, en cifra de $4.342.498.91, y del valor de la sanción por extemporaneidad que reconoce, $704.476.51, el remanente por restituír sería solo de $21.280.432.87.

Y en cuanto a la decisión inhibitoria, se alega que la sanción por extemporaneidad es accesoria de la obligación principal, por lo que, de no existir ésta, no puede subsistir aquélla, o sea, que reconocida la infracción de normas legales por la expedición extemporánea de la liquidación oficial, "también se debe reconocer que se violaron las mismas disposiciones legales a liquidar una sanción por supuesta consideración extemporánea de un impuesto que no se debía.....".

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La parte opositora, tras acoger a su integridad la liquidación practicada en la sentencia recurrida, manifiesta en lo esencial:

a) La liquidación oficial del impuesto, no constituye estado de cuenta corriente entre las partes, como lo pretende la recurrente. Se trata de una confrontación de los datos de su contabilidad con los consignados en las declaraciones periódicas, donde las eventuales diferencias no implican saldos a favor o en contra, sino inconsistencias entre lo contabilizado y lo declarado, que, adicionalmente, dan lugar a liquidar sanción por extemporaneidad, si la consignación de lo recaudado no se ha hecho en término. La aerolínea es, pues, simple recaudadora del impuesto y no un contribuyente de éste y, por tanto, su peculio no pudo ser afectado ni en favor ni en contra.

De otro lado, las cifras que recoge la demanda, $365.818.729, contabilizados, y $392.146.137, que se confiesan recaudados, según las liquidaciones privadas, perte-

necen al período comprendido entre Diciembre de 1.981 y Junio de 1.985, de modo que si la apelante consiente la nulidad declarada en la sentencia, por los años de 1.982 y 1.983, y admite que las liquidaciones privadas de estos ejercicios se encuentran firmes,no puede volver a incluir y alegar los mismos, como factores de la pretendida diferencia a su favor.

Por lo demás, el cargo de violación del artículo 1715 del Código civil, no solamente no se fundamentó, sino que, como lo dice el *a quo*, entraña una contradicción, pues la compensación aducida supone la aceptación del impuesto determinado oficialmente.

b) Con respecto a la sanción por extemporaneidad, es manifiesto que la demandante no indicó disposición legal alguna como violada, sino que pidió apreciar el anteriormente citado artículo, sin discutir las cantidades reportadas por el acta de visita, reconociendo, al contrario, la existencia de deudas a su cargo para que con las mismas se produjera la compensación.

EL CONCEPTO FISCAL:

El señor Fiscal Tercero de esta Corporación, halla, la actuación administrativa, ajustada en un todo a la preceptiva de los artículos 24 de la ley 20 de 1.979 y 1° del decreto 2951 del mismo año, por lo cual, no entiende cómo pudo ser violado el artículo 1715 del Código Civil, invocado por la accionante, menos cuando tal precepto no constituyó fundamento legal de la obligación discutida.

Comparte la decisión del a quo, en cuanto denegó la compensación, aunque discrepa de lo expuesto en el fallo, en el sentido de que la jurisdicción contenciosa administrativa careciera de competencia para resolver sobre la violación del artículo en cuestión.

Por lo que hace a la sanción, expresa, asimismo, su total conformidad con la decisión inhibitoria, pues, «la omisión que destaca el *a quo* es evidente y manifiesta.....».

Pide, en conclusión, confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. La compensación de saldos alegada:

La compensación es un modo de extinción de obligaciones entre partes recíprocamente deudoras, que opera aún «*ipso jure*» y sin el consentimiento de aquéllas, tratándose de créditos de la misma especie, líquidos y actualmente exigibles.

Por supuesto, dichos caracteres de especialidad, liquidez y exigibilidad, se deben demostrar conjuntamente con la concurrencia de los correspondientes valores.

Dentro de la actividad administradora del impuesto de turismo de que se habla, la función de recaudo se ejerce, por la Corporación Nacional de Turismo y los establecimientos hoteleros o de hospedaje, o las empresas de transporte internacional de pasajeros, con cargo a los respectivos usuarios de los servicios, conforme a las reglas del decreto 2951 de 1.979 y la resolución 406 de 1.982.

No es previsible, como lo sostiene la parte opositora, que la contabilidad, o las declaraciones y liquidaciones privadas periódicas de tales establecimientos y empresas, muestren saldos a favor suyo, respecto de las cuales debe operar el mecanismo compensatorio contemplado en el artículo 17 de la citada resolución.

Las declaraciones y liquidaciones privadas y los comprobantes de consignación del tributo, constituyen prueba suficiente del recaudo efectuado, según se desprende del artículo 13 de la mencionada resolución reglamentaria, toda vez que, debiendo aparecer avaladas aquéllas por revisor fiscal o contador público, es aplicable la presunción de autenticidad que pregona el artículo 9° de la ley 145 de 1.960, fuera del mérito de confesión calificada que cabría atribuír a las mismas.

Ahora bien, la cuestión que aquí se ventila no es un desfase por exceso o defecto del cobro o los usuarios, sino una simple diferencia entre el impuesto contabilizado y el declarado.

Con todo, no es, propiamente, esto lo que se alega en la demanda, ni menos figura probada, concretamente, o siquiera explicada, la causa eficiente de las posibles consignaciones excesivas y las circunstancias en que éstas se hubieran producido.

En otros términos, la demandante se limita a demostrar una diferencia de «*quantum*» entre dos extremos aritméticos, más sin que alegue o pruebe su causa, ni los factores que la indujeron, ni los motivos de orden legal que harían «deudora» de la misma demandada, para que tuvieran lugar la compensación y la devolución pretendidas.

Contrario a lo manifestado en la sentencia el cargo de violación del artículo 1715 del Código Civil, en materia de compensación, no solamente era susceptible de una decisión, sino que, en el presente caso, amerita la desestimación absoluta, por lo anteriormente dicho, no estando, así llamado a prosperar el recurso en el punto y debiendo negarse, como consecuencia, la restitución de saldos impetrada.

2. Sobre la sanción por extemporaneidad:

Las razones expresadas por el *a quo*, para sustentar su decisión inhibitoria en este aspecto, se comparten y son suficientes para que, en consonancia con el

concepto de la Fiscalía, se mantenga también la sentencia en relación con la cuestión enunciada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada a la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Ausente, Consuelo Sarria Olcos

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

JUNTA MONETARIA - Facultades / **CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA / TASA DE INTERESES** - Fijación

La Junta Monetaria si tenía facultad para establecer el monto de los intereses de mora que podían cobrar las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, en los términos que lo hizo, ya que el Decreto 2206/63, artículo 6° literal c) le atribuye la competencia para señalar las tasas máximas de interés y prevé la posibilidad de tasas diferenciales y cuando se refiere a este último aspecto menciona algunos factores que las justificarían pero tal referencia es claramente ejemplificativa ya que utiliza los términos «...tales como», y no taxativa. Si las facultades otorgadas por el decreto-ley a la Junta Monetaria son para fijar tasas máximas de interés ordinarios y moratorios y dichas tasas pueden ser diferenciales, bien podía como lo hizo, establecer una tasa general de intereses de mora y una tasa máxima diferente cuando dicha norma fuese superior a 90 días.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E., Noviembre diez y seis de mil novecientos noventa. (1.990).

Ref: Radicación 2545. Acción de nulidad y suspensión provisional del inciso 3° del artículo 10 de la resolución No. 23 de abril 29 de 1.987, emanado de la Junta Monetaria.

Actor: CECILIA ALVARADO AVELLANEDA

F A L L O

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

CECILIA ALVARADO AVELLANEDA, en ejercicio de la acción pública solicita se declare la nulidad del inciso 3° del artículo 10 de la Resolución No. 23 del 29 de abril de 1.987, proferida por la Junta Monetaria.

EL ACTO DEMANDADO

Dice textualmente:

Resolución No. 23 del 29 de abril de 1.987 de la Junta Monetaria

«Artículo 10°. Las corporaciones de ahorro y vivienda podrán cobrar intereses sobre las cuotas de capital en mora expresadas en Unidades de Poder Adquisitivo Constante, hasta por un monto del 50% adicional a los intereses ordinarios.

Cuando no se trate de obligaciones de amortización gradual y cuando habiéndose estipulado dicha amortización la Corporación declare válidamente extinguido o insubsistente el plazo faltante, los intereses moratorios podrán ser superiores en un cincuenta por ciento (50%) a los ordinarios y se liquidarán sobre la totalidad del capital insoluto, expresado en Unidades de Poder Aquisitivo Constante, sin perjuicio de la facultad de la corporación de permitirle al deudor moroso ponerse al día en el pago de las cuotas de amortización y dejar sin efecto la declaratoria de la insubsistencia del plazo faltante. En éste último evento, los intereses de mora se liquidarán en la forma prevista en el inciso primero del presente artículo.

Cuando un deudor presente más de noventa (90) días calendario de mora en el cumplimiento de su obligación, la Corporación adicionará a los intereses establecidos en este artículo, una sobretasa equivalente al 50% de los intereses ordinarios». (La parte subrayada es la demandada).

LA DEMANDA

La actora afirma que la Junta Monetaria, en el acto demandado excedió la autorización legal contenida en el artículo 6° literal «b» (sic) del Decreto Ley 2206 de 1.963, al crear un cobro adicional a la tasa del interés de mora previsto en la ley.

Precisa que en la facultad dada a la Junta Monetaria para señalar tasas de intereses o descuentos no quizo el legislador hacer más gravosa la situación de los deudores morosos y por lo tanto la Junta Monetaria no podía sobrepasar sus propias normas sobre tasas de interés.

Cita como normas violadas: el numeral 15 del artículo 76 de la Constitución Nacional, la Ley 21 de 1.963, el Decreto Legislativo 2206 de 1.963 y la Ley 7 de 1.973.

Precisa el concepto de la violación en que la Junta Monetaria, en el acto demandado, expidió una norma que rebasa las autorizaciones dadas por la ley e invade una competencia exclusiva del legislador como es la del manejo de la moneda.

Se refiere luego a los principios de que «Nadie puede ser penado dos veces por un mismo hecho», «No podrá pedirse a la vez pena y la indemnización de perjuicios, por haberse constituído en mora el deudor», «A nadie se puede cobrar dos veces una retribución por la ocurrencia del mismo hecho», «Los intereses atrasados no producen intereses», «El deudor sólo estará obligado a pagar los intereses legalmente admitidos» y concluye que todos ellos fueron desconocidos por el acto demandado.

ARGUMENTOS DE LA PARTE IMPUGNADORA

La Señora Apoderada de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda y luego de referirse a los principios de interpretación de la ley y a los conceptos de interés, tasa y sobretasa afirma que la Junta Monetaria no excedió las autorizaciones a ellas dadas por la ley, ya que de conformidad con el literal c del artículo 6° del Decreto Legislativo 2206 de 1.963, tiene facultades para «señalar las tasa máximas de interés o descuento que los establecimientos de crédito pueden cobrar a sus clientes sobre todas las operaciones activas» y el acto demandado precisamente fija la tasa máxima de interés aplicable a todas las obligaciones con más de noventa (90) días en mora, el autorizar a las corporaciones de ahorro y vivienda para adicionar a los intereses establecidos en los dos primeros incisos del artículo con una «sobretasa equivalente al 50% de los intereses ordinarios».

Se refiere a la jurisprudencia existente en la Corte Suprema de Justicia sobre las funciones de la Junta Monetaria y en cuanto a los principios constitucionales y legales invocados en la demanda, anota que no se precisaron las disposiciones violadas que los contienen, razón por la cual no deben tenerse en cuenta como fundamentos de la demanda.

Agrega que las normas del Código Civil no son aplicables a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, cuyas operaciones son comerciales; y por último precisa que las normas del Código de Comercio sobre intereses no fueron desconocidas por el acto demandado.

CONCEPTO FISCAL

La Señora Fiscal Sexta de la Corporación en su concepto de fondo considera que deben prosperar las peticiones de la demanda.

A su juicio, el acto demandado si excedió el marco de la autorización legal, por cuanto la Junta Monetaria no tenía facultades «para autorizar sobretasas adicionales de interés».

Se refiere a los antecedentes del acto demandado, para concluir que lo que dispuso la Junta Monetaria no fue el máximo interés para determinados deudores, sino el cobro adicional de una sobretasa como costo del cobro extrajudicial para lo cual no tenía autorización.

Y por otra parte, el acto demandado estableció una tasa de interés diferencial en razón del incumplimiento del deudor, para lo cual tampoco la Junta Monetaria tenía autorización, pues las tasas diferenciales, de conformidad con el mismo artículo 6° literal c) del Decreto 2206 de 1.963, solo pueden establecerse «en atención a aspectos tales como clase de operación, el destino de los fondos y el lugar de su aplicación» pero no en razón del mayor o menor costo, o de la dificultad del recaudo.

Solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tal como se precisó el resolver sobre la petición de suspensión provisional del acto demandado, el punto de controversia que debe resolver la Sala en ésta oportunidad procesal es el relativo a la facultad de la Junta Monetaria para establecer las tasas de interés que pueden cobrar las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y si tal facultad fue excedida al establecer lo que denomina una«sobretasa».

Las facultades de la Junta Monetaria en ésta materia están contenidas en el Decreto 2206 de 1.963, artículo 6° literal c, el cual dice textualmente:

> «ARTICULO 6°. De acuerdo al 5° literal b) de la Ley 21 de 1.963, adscríbase a la Junta Monetaria las siguientes funciones que podrá ejercer mediante normas de carácter general:
>
> « . . .
>
> «c) Señalar las tasas máximas de interés o descuento que los establecimientos de crédito pueden cobrar a su clientela sobre todas las operaciones activas. Estas tasas podrán ser diferentes en atención a aspectos tales como clase de operación, el destino de los fondos, y lugar de su aplicación. Las instituciones de crédito que cobren tasas de interés en exceso de los máximos fijados por la Junta Monetaria, estarán sujetos a las sanciones que establezca la Junta en forma general para estos casos».

Sobre dicha norma se pronunció la Corte Suprema de Justicia, la declaró ajustada a la Constitución Nacional y precisó su fundamento constitucional en el hoy numeral 15 del artículo 76, en el numeral 15 del artículo 120 y en el artículo 39 de

nuestra carta fundamental. (Sentencias de junio 12 de 1.969 y diciembre 14 de 1.973 sobre exequibilidad del literal b) del artículo 5° de la Ley 21 de 1.963 en la parte demandada, de los literales a), b), c), d), e), y finalmente i) del artículo 6° del Decreto Ley 2206 de 1.963 y de la Ley 7a. de 1.973, respectivamente. Gacetas Judiciales Tomos CXXXVII y CXLIX-CL).

De conformidad con sus términos, la Junta Monetaria tiene como función propia la de fijar las tasas máximas de interés o descuento que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda pueden cobrar sobre sus operaciones activas y dichas tasas podrán ser diferentes en atención a diferentes factores, tales como la clase de operación, el destino de los fondos y el lugar de su aplicación.

En ejercicio de dicha facultad, la Junta Monetaria profirio la resolución No. 23 de 1.978 y en su artículo 10, inciso 1° estableció la tasa máxima de interés de mora que podían cobrar las corporaciones de ahorro y vivienda hasta por un monto del 50% adicional a los intereses ordinarios.

En el inciso 2° del mismo artículo 10, consagró una excepción a la regla anterior y autorizó para determinadas operaciones, intereses superiores y como base de su liquidación la totalidad del capital insoluto.

Y en el inciso demandado dispuso que si la mora era de más de noventa (90) días calendario, además de los intereses anteriores, las Corporaciones podrán cobrar una sobretasa adicional al 50% de los intereses ordinarios.

La Sala considera que la Junta Monetaria si tenía facultad para establecer el monto de los intereses de mora que podían cobrar las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, en los términos que lo hizo ya que la norma, Decreto 2206/63, art. 6°, lit. c), transcrita le atribuye la competencia para señalar las tasa máximas de interés y prevé la posibilidad de tasas diferenciales y cuando se refiere a éste último aspecto menciona algunos factores que las justificarían, pero tal referencia es claramente ejemplificativa ya que utiliza los términos «... tales como», y no taxativa, como la considera la vista fiscal.

Si las facultades otorgadas por el decreto de ley citado a la Junta Monetaria son para fijar tasas máximas de intereses ordinarios y moratorios, y dichas tasa pueden ser diferenciales, bien podía como lo hizo, establecer una tasas general de intereses de mora y una tasa máxima diferente cuando dicha mora fuese superior a los 90 días.

El hecho de que el acto demandado lo denomine «sobretasa» no implica que se hubieren desbordado las facultades por parte de la Junta Monetaria, pues como bien lo demuestra la parte impugnadora al precisar el significado de algunos términos, «sobretasa» significa «además de la tasa» y no contiene un concepto diferente.

Por ello, cuando el acto demandado consagra una «sobretasa», simplemente está disponiendo que además de las tasas consagradas en los incisos primero y segundo del artículo, se establece una tasa diferente para los deudores con mora superior a los 90 días, para lo cual está autorizada al tener competencia para fijar diferentes tasas máximas de interés.

Por otra parte, si bien es cierto como lo anota la Señora Fiscal y está probado en el expediente que, inicialmente, en un proyecto que fue estudiado por la Junta Monetaria se había incluido una suma adicional para cobrar a los deudores morosos por concepto de gastos del cobro extrajudicial, en el texto definitivo no se estableció el cobro por dicho concepto, sino que simplemente lo que se dispuso fue una tasa diferente de interés en razón de la mayor duración de la mora, para lo cual si estaba facultada la Junta Monetaria, como ya se ha dicho.

En cuanto a los otros argumentos propuestos en la demanda, relacionados con principios generales de derecho penal, de derecho civil y de derecho comercial, la Sala observa que en el acto demandado no se concreta la violación de normas superiores que los consagren y, por lo tanto, tampoco dichos argumentos pueden prosperar.

En síntesis, el acto demandado fue expedido con base y ajustado a las facultades que a la Junta Monetaria le otorga el literal c) del artículo 6° del Decreto 2206 de 1.963, sin desconocer ninguna otra norma y por ello, las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase,

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chain Lizcano, Presidente de la Sala. Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

REGISTRO MERCANTIL / REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO / INSTITUCION FINANCIERA / SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades

Los registros ante la Superintencia Bancaria y la matrícula y Registro Mercantil ante las Cámaras de Comercio, son dos instituciones de ámbito diferente pero que no se excluyen entre si, y que por aplicación de lo dispuesto en los artículos 2033 y 2034 del Código de Comercio se deduce la subsistencia simultánea de las obligaciones a que están sometidas las entidades bancarias y financieras sujetas al control de la Superintendencia Bancaria, así la doctrina universal o la conveniencia de costos aconsejen su unificación; pero mientras ello no suceda, no puede desconocerse la realidad positiva de la ley colombiana.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. / Sección Cuarta. / Bogotá, D.E., 19 de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Ref.:: Expediente N° 1080

ACTOR: ASOCIACION BANCARIA Y OTROS CONTRA GOBIERNO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES - F A L L O

Previa reconstrucción del original destruido en el nefando asalto al Palacio de Justicia en Noviembre de 1.985, procede la Sección a decidir sobre la demanda de nulidad entablada con base en el Artículo 84 del C.C.A., contra la Circular Externa N° 1 expedida el 3 de noviembre de 1.983 en forma conjunta con el Superintendente Bancario, el Superintendente de Industria y Comercio y por el Presidente de la Comisión Nacional de Valores.

HECHOS BASICOS DE LA DEMANDA

El actor los plantea así:

«Primero.- Mediante la Circular Externa número 1 del 3 de noviembre de 1.983, el Superintendente Bancario, el Presidente de la Comisión Nacional de Valores y el Superintendente de Industria y Comercio ordenaron a todos los Directores, Presidentes, Gerentes y Revisores Fiscales de entidades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y la Comisión Nacional de Valores,que cumplan la obligación impuesta por el Código de Comercio de matricularse como comerciantes ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar de su domicilio principal y en el de sus sucursales y agencias y renovar tales matrículas dentro de los primeros tres meses del año e inscribir, además, ante las Cámaras de Comercio del país, todos los actos y documentos que conforme al Código requieren de dicha inscripción para hacerlos oponibles a terceros, so pena de la imposición de multas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, y de no ser oponibles a terceros esos actos y documentos, y reservándose tan solo la facultad de certificar acerca de la existencia y representación legal de dichas entidades con lo cual modificó el criterio expuesto desde años atrás en el sentido de que ninguna de esas personas jurídicas, sucursales y agencias, actos y documentos requerían de tales matrículas e inscripción por estar sometidas a un régimen especial impuesto por la propia naturaleza de la actividad que ejercen.

Segundo.- Con la expedición de la Circular Externa antes mencionada, la Superintendencia Bancaria y la Comisión Nacional de Valores dejan de cumplir por su parte las atribuciones que la ley les ha asignado en relación con las personas cuyo control y vigilancia ejercen, y se arroga por otra la Superintendencia de Industria y Comercio atribuciones que no le corresponden conforme a las normas legales que rigen su funcionamiento y delimitan su competencia».

EL A CTO DEMANDADO

La Circular Externa N° 1 del 3 de Noviembre de 1.983, sobre «Cumplimiento de obligaciones frente al Registro Mercantil», expedida conjuntamente por los tres organismos estatales, como ya se dijo, se inicia con la manifestación del ánimo de hacer claridad en lo que respecta a las obligaciones que deben cumplir las entidades sujetas a su control, frente al registro mercantil, en virtud de lo previsto en los Decretos 410 de 1.971, 125 de 1.976, 2920 de 1.982 y 3227 del mismo año y en síntesis, dispuso lo siguiente:

1° Matrícula Mercantil

Es obligación de todas las entidades sujetas al control de la Superintendencia Bancaria y al de la Comisión Nacional de Valores.

a) Matricularse ante la Cámara de Comercio respectiva.

b) Matricular igualmente, sus establecimientos de comercio, sucursales y agencias.

c) Renovar la matrícula mercantil de la persona y sus establecimientos, dentro de los tres primeros meses de cada año.

2° Documentos a Inscribir en el Registro Mercantil

Es obligación correlativa de todo comerciante inscribir en el registro mercantil los documentos que exige el Artículo 19 del Código de Comercio.

Sobre este punto es preciso anotar que debe entenderse el Artículo 1°, literal d, del Decreto 125 de 1.976 como exoneración para las entidades sujetas al control estatal de una obligación que nace automáticamente en el Artículo 19, numeral 2°, del Código de Comercio por el hecho de ser comerciante.

> «Así las cosas, la facultad y obligación de certificar que tiene la Superintendencia Bancaria, sobre la existencia y representación legal de las compañías vigiladas posee un alcance eminentemente probatorio, mas no suple el sistema de publicidad mercantil a cargo de las Cámaras de Comercio, de tal suerte que la oponibilidad frente a terceros de los actos sujetos a registro sólo se surte mediante la inscripción de los mismos en las entidades precitadas».

Visto lo anterior, todas las entidades sometidas a la vigilancia de los organismos estatales dichos deben inscribir en las Cámaras de Comercio los documentos que han sido sometidos a la formalidad del registro, tales como los en que conste la constitución de la compañía, las reformas estatutarias, los nombramientos de representantes legales y sus suplentes, nombramientos y remoción de revisores fiscales, designación de Juntas Directivas, los libros de contabilidad, los de registro de accionistas, actas de asambleas, etc. y los embargos y demandas civiles relacionados con derechos cuya mutación esté sujeta a registro mercantil, los demás actos, contratos, documentos y providencias judiciales y administrativas cuyo registro mercantil ordene la ley, etc.

3° Certificados

Atendiendo a las normas legales como el Artículo 1°, literal d, del Decreto 125 de 1.976, la existencia y representación legal de las entidades vigiladas se probará con el certificado del ente estatal vigilante. Sin embargo de las que se mencionan más adelante, se probará con certificado de la Cámara de Comercio: Sociedades en general cuyo objetivo comprenda el desarrollo de actividades reguladas por la Ley 66 de 1.968 y Decreto 2610 de 1.979 y las anónimas que contemplen, en su objeto social, no en forma exclusiva, las agencias de seguros.

Compete también a las Cámaras de Comercio certificar sobre los Revisores Fiscales y miembros de la Junta Directiva de dichas sociedades, como de los actos, contratos y documentos sometidos a la formalidad del registro mercantil.

Cuando se trate de actos sobre la existencia y representación legal de dichas entidades, exceptuadas las sociedades en general reguladas por la Ley 66 y el Decreto 2610 citado, las anónimas y agencias de seguro, las Cámaras certificarán el cumplimiento del registro solo para acreditar su inscripción (Artículo 30 C. de Co.), pero se abstendrán de otorgar medio de prueba sobre existencia y representación (Artículo 117 C. de Co.) que se probará con certificado de la Superintendencia Bancaria o Comisión Nacional de Valores.

LOS INTERVINIENTES

La importancia social y jurídica del tema suscitó la intervención de prestantes profesores y juristas que por tratarse de acción pública se mencionan, así:

DEMANDANTE: En su propio nombre y en el de la Asociación Bancaria de Colombia, asociación gremial sin ánimo de lucro, el doctor Hernando Tapias Rocha.

COADYUVANTES: En primer término el doctor Ramón Eduardo Madriñán de la Torre en su propio nombre y parcialmente, y también en su propio nombre, el doctor Jorge Alberto Rojas Miranda.

IMPUGNADORES: Como opositora a las pretensiones de la demanda, la doctora Patricia Murcia Páez como apoderada judicial de la Superintendencia Bancaria y como apoderados de la Comisión Nacional de Valores, los doctores Jorge Alonso Torrado Angarita, Jaime Alberto Gómez Mejía y Pablo Edgar Pinto como apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Además, actuaron como opositores el doctor Nestor Humberto Martínez Neira en representación de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, CONFECAMARAS y en su propio nombre el ciudadano Luis Fernando López Roca.

Finalmente, intervino en su condición de Agente del Ministerio Público el Fiscal Tercero de esta Corporación doctor Jaime Ossa Arbelaéz.

LA DEMANDA

Con la expedición de la Circular demandada se dejan de cumplir las atribuciones que la ley les ha asignado a la Superintendencia Bancaria y a la Comisión Nacional de Valores en relación con las entidades por ellas vigiladas y, de otro lado, se le señalan a la Superintendencia de Industria y Comercio atribuciones que no le corresponden.

La primera parte del libelo se dedica a señalar los estatutos normativos creadores de los organismos autores del acto impugnado y sus funciones primordiales, para destacar luego los principios que rigen la actividad financiera en general y poner de manifiesto la notoria diferente estructura jurídica entre esta actividad y la de las sociedades comerciales en forma tal que las disposiciones que rigen a las entidades sometidas al control estatal difiere en mucho a las que regula el Código de Comercio.

Relieva el hecho de que a la Superintendencia Bancaria le compete llevar el registro correspondiente a las modalidades propias de la naturaleza de las entidades sometidas a su inspección y control y llevar el registro pertinente para la expedición de las certificaciones sobre la existencia y representación de tales entidades.

De otro lado afirma que el Registro público, que ha de llevar la Superintendencia, no es el mismo que para todo comerciante llevan las Cámaras de Comercio, puesto que el primero es un «registro que corresponde a la peculiar naturaleza y estructura de las entidades sometidas a su control permanente».

Expresa, de igual manera, que en las circunstancias dichas la Circular viola directamente por falta de aplicación unas, por aplicación indebida otras y por interpretación errónea algunas normas de jerarquía superior.

El memorialista apunta en los numerales siguientes al 18, las disposiciones legales que, en concreto, transgrede el acto administrativo demandado, a saber:

a) Esa violación se refiere a los Artículos 1°, literal d, del Decreto 125 de 1.976, 27 del Decreto 2920 de 1.982 y 7° del 3227 de 1.982 ya que «los interpreta en el sentido de que el registro público que les corresponde llevar tiene como única finalidad la de expedir certificados sobre existencia y representación de las entidades sometidas a su control permanente, cuando lo cierto es que tales normas le imponen expedir tales certificados en función de la peculiar naturaleza y estructura de las entidades sometidas a su control y vigilancia».

b) Desconoce así mismo la Ley 45 de 1.923, en cuanto asigna a la Superintendencia Bancaria y Comisión Nacional de Valores la vigilancia y control sobre otros entes.

c) Viola, de igual manera, el mismo estatuto en cuanto permite diferenciar la existencia de la actividad financiera en relación con el Código de Comercio aplicable solo a las sociedades mercantiles y los Artículos 22 y 23 del Decreto 2920 de 1.982 que atribuyen a los órganos administrativos de control y vigilancia poderes especiales de sanción.

d) También transgrede la circular todas las normas que consagran la toma de posesión y eventual liquidación, como también los Artículos 2033 y 2034 del Código de Comercio, que descartan en esta materia la aplicación de las reglas del Código de Comercio a las entidades bajo control de la Superbancaria.

e) Infringe, por lo demás por indebida aplicación, los Artículos 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 34 del Código de Comercio referentes al registro mercantil que no está previsto para los organismos financieros sujetos a control estatal especial.

f) Por último, quebranta las normas de competencia de la Superintendencia y Comisión de Valores en relación con las personas que controlan y, los Artículos 32, 76 y 120-22, 14 y 15 de la C.N.

LOS COADYUVANTES

La intervención coadyuvante ha enriquecido la argumentación esgrimida en el escrito inicial con el aporte de las reflexiones que se destacan:

Del Abogado Madriñán de la Torre:

La obligación que impone la Circular censurada a las entidades sujetas al control o vigilancia del Estado de matricularse, como comerciantes, en la Cámara de Comercio respectiva, lo mismo que la renovación de tales matrículas, de un lado y del otro la inscripción obligatoria ante el mismo organismo de todos los actos y documentos que se exigen para las sociedades ordinarias para hacerlos oponibles a terceros, es contradictoria la jerarquía normativa.

También lo es haberse reservado tan solo la Superintendencia y la Comisión Nacional de Valores, la facultad de certificar con fines probatorios la existencia y representación legal de las instituciones financieras. La razones:

a) Se desconoce el Artículo 2033 del Código de Comercio:

El principio de la autonomía de la voluntad guió los Códigos de Comercio del siglo XIX, principio que se limitó en busca de la protección de los terceros. De otro lado estos principios se sustituyeron por los del derecho público y particularmente la Ley 45 de 1.923 reguló las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Hoy es dable distinguir, en virtud del Artículo 24 del Decreto 2920 de 1.982, los comerciantes ordinarios que se rigen por el Código de Comercio y con autonomía de voluntad de las instituciones financieras, comerciantes con estatuto excepcional, que se rigen por normas especiales y se inspiran en principios de derecho público.

Características de estos últimos están básicamente consagradas en la Ley 45 de 1.923 y 105 de 1.927.

Las del estatuto excepcional, sometidos al control del Estado, son los estableci-

mientos de crédito, almacenes generales de depósito, compañías y corredores de seguros, agencias de seguros, compañías de financiamiento comercial, bolsas de valores, etc.

A éstos se refiere, precisamente, el Artículo 2033 del Código de Comercio que reconoce la excepcionalidad de su tratamiento, «de aplicación preferencial, exclusiva y excluyente, relacionados con sus régimenes estructurales, mas no con el de los actos y contratos que son objeto de su actividad y que, como tales, es obvio, se rigen por las normas que los tipifican y regulan en los códigos de comercio y civil».

De donde no pueden confundirse las normas que regulan la aplicación de las conductas del comerciante ordinario, con las de las instituciones financieras en los contratos de seguros, con el régimen de las compañías de seguros la de los depósitos en general, con el régimen de los Almacenes Generales de Depósito. Esta distinción surge clara del Artículo 2033 del Código de Comercio.

b) Obligaciones profesionales del comerciante:

Con la expedición de la Circular censurada hubo indebida aplicación de los Artículos 19, ordinales 1, 2 y 28 numerales 1 y 2 del Código de Comercio, Artículo 16 del Decreto 1890 de 1.931 y Artículo 1° del Decreto 1946 de 1.936.

El régimen excepcional de las instituciones financieras introduce sustanciales modificaciones al régimen ordinario del Código de Comercio.

c) Constitución y reforma de las entidades financieras:

Se violaron los Artículos 29, 77 y siguientes de la Ley 45 citada y hubo aplicación indebida del numeral 2°, Artículo 19, 9° del Artículo 28, 110, 111, 112, 114 y 148 del Código de Comercio.

Se advierte en la Circular que los organismos de control consideran únicamente aplicables al registro mercantil las del Artículos 19 (numeral 2°) y 28 (numerales 1 y 9) del C. de Co. Se olvidó que su régimen está integrado por las normas que determinan el de la Superintendencia Bancaria.

Con semejante conducta se desconoce el sistema de registro público de comercio para las entidades financieras.

Para éstas no se puede exigir el registro en las Cámaras de Comercio de los documentos de constitución o reforma que, se repite, están reguladas por la Ley 45 de 1.923.

d) Posesión de Directores y Representantes Legales a las instituciones financieras:

Violación de los Artículos 92 y 104 Ley 45 de 1.923, 23 del Decreto 2870 de 1.968.

Para los Directores de Bancos se exige el acto solemne de su posesión ante el Superintendente y para los Gerentes y Subgerentes principales y de sucursales. Para complementar el régimen de publicidad debe darse noticia en el Diario Oficial.

e) No exigibilidad de matrícula a las entidades financieras:

Violación del Artículo 2033 del C de Co., Artículos 1, 2 y 100 Ley 45 de 1.923.

La matrícula se revela como medio «de información a los terceros sobre el hecho de que una persona es comerciante y sobre las circunstancias en que se desarrolla su actividad».

No ocurre lo mismo con los bancos ya que la ley es la que determina su tipo societario, su objeto social, la capacidad de sus representantes, etc. La sola utilización de su nombre como bancos, corporaciones financieras, sociedades de capitalización y ahorro, etc. otorga la información suficiente del desarrollo de su actividad comercial.

El informe de la situación financiera del comerciante ordinario corresponde al cierre del ejercicio fiscal y la de la Ley 45 se surte bajo vigilancia de la Superintendencia, en los periódicos.

Cabe destacar, de otro lado, que desde 1.931, con la expedición de la Ley 28, se exceptuó del registro público de comercio, en los términos del Artículo 29, los bancos y compañías de seguro, por estar sometidas a leyes especiales.

f) Dispersión del sistema de registro público de comercio:

Violación de los Artículos 47 del C. de Co. y literal d, del Artículo 3° del Decreto 125 de 1.976.

La pretendida unidad del registro mercantil que, por lo demás, no existe, no se rompe con las previsiones de la Ley 45. Hay registro en el campo automotor, como la hay en el aeronáutico, propiedad industrial, valores que se ofrecen al público, etc.

g) Certificación sobre existencia y representación legal de las instituciones financieras:

Violación de los Artículos 117, 901 del C. de Co. literal d, del Artículo 1° del Decreto 125 de 1.976.

El Decreto 125 citado no modificó el régimen del C. de Co., ni sustrajo de la competencia de las Cámaras de Comercio función alguna. Ese Decreto no creó un registro mercantil que antes no estuviera establecido. El registro existe en la Superintendencia Bancaria «como condición básica para poder cumplir con la función de certificar sobre la existencia y representación legal de las instituciones sometidas a su inspección y control permanente», funciones extendidas por el Decreto 1870 a las compañías de seguros, corporaciones financieras, almacenes generales de depósito, etc.

Por otra parte no se entiende cómo en la Circular se afirma que la certificación sobre existencia y representación tiene alcance eminentemente probatorio, «más no supla (sic) el sistema de publicidad mercantil a cargo de las Cámaras de Comercio, para efectos de oponibilidad frente a terceros». Con ello se desconoce que la calidad de oponible de un acto no es consecuencia de los registros de la Cámara, cuanto de una exigencia de publicidad específica hecha por la Ley (Artículo 901 del C. de Co.).

La prueba de la existencia y representación por certificación de la Superintendencia, es la mejor demostración de su oponibilidad frente a terceros.

Del Abogado Jorge Alberto Rojas Miranda:

La coadyuvancia a la demanda atrás reseñada, la concreta este tercero sobre los CERTIFICADOS en la forma siguiente:

> 1) El Código de Comercio, Artículo 19, establece como obligación de todo comerciante matricularse en el registro mercantil e inscribir en él todos los actos, libros y documentos que exija esa formalidad. De otro lado, el Artículo 117 dispone que la existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la Cámara de Comercio del domicilio principal».
>
> 2) El registro público a que se refiere el Decreto 125 de 1.976, por no tener los efectos del registro mercantil asignado a las Cámaras de Comercio, no excluye la posibilidad de que se certifique sobre la existencia y representación de las compañías vigiladas por los organismos estatales. De lo contrario se despojarían a la inscripción que se efectúa en las Cámaras de Comercio de sus efectos, esto es de certificar sobre la existencia y representación y sobre las cláusulas del contrato social.

Se desprende de lo dicho que la Circular censurada viola el Artículo 1° literal d, del Decreto 125 de 1.976 por aplicación indebida y el Decreto 410 de 1.971, en su Artículo 117, por falta de aplicación.

Los efectos de la certificación que la ley le asigna a la Superintendencia conforme la primera norma atrás indicada, se extendieron indebidamente en la Circular al excluir las certificaciones de la Cámara de Comercio para probar la existencia y representación de las entidades por aquella vigilada.

LOS IMPUGNADORES

Los impugnadores que han intervenido en este proceso y cuyas participaciones aparecen a folios 66 y 71 del expediente, exponen la siguiente argumentación tendiente a demostrar que el acto administrativo enjuiciado no adolece de vicio de ilegabilidad alguna.

Del Abogado Néstor Martínez Neira:

1) El Registro Mercantil que comprende la matrícula y las inscripciones, tiene por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, como la inscripción de los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley lo impone. Es un instituto jurídico del derecho comercial y sirve de medio para hacer públicos ciertos actos, hechos o circunstancias que deben ser del dominio de la colectividad.

2) En régimen de nacimiento a la vida jurídica de algunas entidades financieras no modifica el sistema de publicidad previsto para todo comerciante ya que, en primer lugar, las informaciones que pueden obtener los terceros de la matrícula mercantil no se logra por la personería jurídica. El mecanismo para adquirir la personería jurídica no afecta el sistema de publicidad mercantil del Artículo 26 del C. de Co. ya que las informaciones que pueden obtener los terceros, a través de la matrícula mercantil, no se logra por concesión de la personería jurídica. Este acto no asegura su publicidad.

3) Tampoco es jurídica la apreciación de que el solo enunciado de la entidad financiera, o corporación, o banco, o compañía de seguro, otorga información suficiente que en el comerciante ordinario se surte con el Registro.

Por lo tanto la circular no es violatoria del Artículo 2033 del C. de Co., «en la medida en que no existe norma alguna especial que exceptúe a las denominadas entidades financieras de la matrícula mercantíl».

Y es que no pudo prever la Ley 45 excepción alguna sobre la materia ya que la inscripción de los comerciantes en el registro público solo vino con el Artículo 30 de la Ley 28 de 1.931 la que, a su vez, fue derogada íntegramente por el Código de Comercio.

4) De otro lado, la publicidad de la concesión de la personería no suple la inscripción de la escritura de los estatutos en forma que sean oponibles a terceros (Artículo 28 y 111 C. de Co.).

La certificación de la existencia de una entidad financiera es una constancia de la expedición del acto administrativo según el sentido del Artículo 1° literal d, del Decreto 125 de 1.976, que no reemplaza la publicidad de la constitución el cual se cumple con el registro ante las Cámaras de Comercio. Esto hace posible, entonces, que pueda acreditarse la existencia de la entidad financiera, pero las cláusulas de sus estatutos no surten efectos respecto de terceros.

5) Finalmente anota lo siguiente el impugnador:

La demanda y su coadyuvancia no se refiere a los demás actos sometidos a la publicidad mercantil que se cumple con el registro encomendado a las Cámaras de

Comercio, y a los cuales también se refiere el numeral 2° de la Circular atacada, tales como nombramiento y remoción de Revisores Fiscales, apertura de sucursales, libro de comercio y otros. Luego es impropio impetrar la nulidad absoluta de todo el acto administrativo, cuando no existen argumentos sobre la violación de la ley en estos casos.

Del Abogado Luis Fernando López Roca:

1) La Ley 28 de 1.974 que revistió al Presidente de facultades extraordinarias no lo autorizó para modificar las normas del C. de Co. ni las referentes al Registro Público, «única figura dentro de nuestro derecho positivo de la cual puede emanar la publicidad y la oponibilidad de los actos, libros y documentos de los cuales la ley exige esa formalidad».

Si el literal d, del Artículo 1° del Decreto 125 de 1.976 la adscribió a la Superintendencia llevar el registro público, debe entenderse «que es únicamente para efectos de expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal, facultad conferida al Superintendente desde la Ley 45 de 1.923». De donde el Decreto dicho reiteró la previsión del Artículo 104 de la Ley, que no tiene efectos de publicidad y oponibilidad propias del registro público de comercio, como lo es el que llevan las Cámaras de Comercio según los Artículos 26, 27, 28, 29 y 901 del C. de Co.

2) La expresión «registro público» utilizada en el Decreto, debe entenderse dentro del contexto de la Ley 45 y sin perjuicio de los señalado en el C. de Co.

«Interpretar de otra manera los alcances de esta expresión, como lo hace el demandante, implicaría preferir una interpretación inconstitucional». Se aceptaría que el ejecutivo violó la ley de facultades reformando el Código de Comercio.

LAS DEMANDAS

La parte demandada concurrió al proceso por intermedio de procuradores judiciales, contestó el libelo de demanda y sustentó la defensa del acto enjuiciado.

De la Superintendencia Bancaria:

Un esmerado memorial de la abogada de la Superintendencia Bancaria apoya la Circular traída a juicio y por ende propugna la desatención jurisdiccional de su nulidad. De manera documentada desarrolla en extenso tres temas principales, con los cuales considera refutados los argumentos de la demanda:

a) Del análisis pormenorizado del régimen de constitución y funcionamiento de cada una de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria (en total doce, como bancos, corporaciones financieras, compañías de seguros, corporaciones de ahorro y vivienda, etc,) concluye que siendo un régimen especial y aún excepcional tales entidades no están excluidas de las normas generales del C. de Co. ni exoneradas de cumplir en todos los actos las previsiones del Código de Comercio.

Además de la normatividad legal de cada entidad financiera se basa y analiza principalmente los Artículos 19, 26, 28 y 2033, 2034 del Código de Comercio.

b) El registro que lleva la superintendencia Bancaria sobre permiso de funcionamiento y posesión de directivos tiene simple carácter probatorio, en tanto que el Registro Mercantil llevado en las Cámaras de Comercio tiene además, el de publicidad que reviste de fuerza vinculante al acto, que lo hace oponible.

Estas últimas características legales propias del Registro Mercantil no podían atribuírsele al Registro de la Superintendencia Bancaria mediante un Decreto como el N° 125 de 1.976 de ámbito exclusivamente administrativo en el cual no podía el Presidente excederse en las finalidades y facultades otorgadas por la Ley 28 de 1.974.

c) El Artículo 16 del Decreto 1890 de 1.931, que exoneró a los bancos y otras entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria del Registro en la Cámara de Comercio es inexistente en virtud de la derogatoria tácita de la Ley 28 de 1.931, que reglamentaba, en razón del tratamiento íntegro de la materia (Cámaras de Comercio) dado en el Código de Comercio de 1.971.

De la Comisión Nacional de Valores:

1) El abogado de este organismo estatal comienza por despejar la idea de que las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y la comisión Nacional de Valores pertenecen al género de comerciantes y sin que dejen de serlo por el hecho del control gubernamental. Su actividad se rige por las normas propias del comerciante y por aquellas que de manera especial se establecen: la norma general aplicable a todo comerciante y la especial a la entidad vigilada por el Estado.

2) El Artículo 104 de la Ley 45 regula una de las funciones que el Código de Comercio atribuye a las entidades encargadas de llevar el Registro Público de Comercio (Artículos 86 y 117 C. de Co.), pero no está establecido un sistema especial de inscripción.

3) De otro lado, el literal d, del Artículo 1° del Decreto 125 de 1.976 se refiere al «registro público» que no es propiamente el Registro Público de Comercio. Sobre el particular subraya lo siguiente:

a) El registro de que trata el Decreto 125 tiene un carácter instrumental. El registro se lleva «con el fin de expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal».

b) El carácter de público que le da el Decreto 125 al registro no le imprime a dicho registro la calidad de Registro Público de Comercio. No por el hecho de que ese registro sea público, por llevarse en una oficina pública, el registro que allí se lleva es el Registro Público de Comercio (Artículo 320 del C. de R.P. y M y 19 del C.C.A.). Si fuera la publicidad la característica esencial del Registro Público de Comercio, se haría innecesario el registro de escrituras de constitución de sociedades mercantiles. Las mismas son públicas y pueden consultarse en las Notarías.

c) Quiere decir lo anterior que no todo Registro público forma parte del Registro Público de Comercio, tal como se observa en el Artículo 3° del Decreto 1167 de 1.980 que hace público el Registro Nacional de Valores de la Comisión Nacional de Valores y el cual no forma parte del Registro Público de Comercio según se deduce del Artículo 4° del Decreto 1914 de 1.983, inciso 2°.

d) El registro que se lleva en la Superintendencia Bancaria no cumple con todas las finalidades del Registro Público de Comercio y el de La Superintendencia se centralizó en la ciudad de Bogotá en la Sección de Registro. En Italia, por ejemplo, la entidad bancaria requiere fuera de la autorización estatal previa a su ejercicio, la obligación de inscripción en el registro de empresas.

e) De todo lo dicho se colige que los registros de la Superintendencia no son los Registros Públicos de Comercio.

No hay, pues, norma que modifique los numerales 1 y 2 del Artículo 19 del Código de Comercio, de donde las entidades bajo vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, deben cumplir con la de la matricula e inscripción de los actos, libros y documentos respectivos en las Cámaras de Comercio.

Por otra parte, el abogado de la Comisión Nacional de Valores afirma que sostener la inaplicabilidad del Artículo 19 del Código de Comercio sería desconocer la obligatoriedad de la contabilidad de los bancos, también la previsión del Artículo 58 sobre la forma de llevar los libros de comercio y la multa que por su incumplimiento pueden imponer la Cámara de Comercio, la Superintendencia Bancaria o de Sociedades.

Y en cuanto a la argumentación de que el Artículo 2033 está dado por subsistentes las disposiciones del régimen estructural de las sociedades bajo vigilancia de la Superintendencia y no el de contratación de las mismas, para demostrar que las normas del Código de Comercio solo les son aplicables las que se refieren al régimen de contratación, expresa:

La palabra «régimen» es «el conjunto de disposiciones o normas que organiza, disciplina, regula y rige una determinada materia o institución». Así se habla de régimen bancario y de todo el conjunto de disposiciones que regulan su creación, actividad y determinación de los bancos, régimen sancionatorio, régimen de intervención y de liquidación administrativa forzosa, etc. La referencia que aquí se hace «no es a todo régimen bancario sino a una parte de él que conforma el régimen especial de administración».

No es dable, ni acertado, decir que el código no regule cuestiones que atañen al régimen de los bancos. Basta, a título de ejemplo, observar los Artículos 58, 1387 y 1399 de dicho estatuto.

> «...el Código de Comercio no regula de manera íntegra las materias contenidas en el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las sociedades sometidas a su control. En este sentido, hay que entender que tales normas conservaban su vigencia, salvo si dentro del mismo código existía una norma que tácitamente las deroga».

Finalmente anota también que el Decreto 1890 de 1.931, reglamentario de la Ley 28 de 1.931, está derogado por el Artículo 2033 del Código de Comercio que regula íntegramente las materias en él contenidas.

EL FISCAL

El doctor Jaime OssaArbeláez en su condición de Fiscal Tercero ante esta Corporación analiza y resume los alegatos de las partes para concluir a favor de la legalidad del acto acusado. Los principales apartes de su intervención se sintetizan en los siguientes numerales:

I. De las entidades sometidas a vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria:

> Destaca el comportamiento público del Estado en la regulación de la actividad financiera en general en razón de estar comprometida la moneda y el crédito por esa razón se diferencian de las demás entidades cuyo objeto no compromete tanto el interés general o social.
>
> Está de acuerdo con el memorialista en el sentido de que tal característica de las primeras justifica que el Presidente goce de un poder de intervención y no de simple vigilancia, lo cual se traduce en todos los aspectos del nacimiento, vida y extinción de las entidades sujetas al control de la Superintendencia Bancaria.

II. Las operaciones bancarias - actos mercantiles -:

Advierte que el grupo de demandantes tienden a extremar su tesis en el sentido de excluir a las entidades financieras, como entes regulados por normas del derecho público, de la ingerencia de las del derecho mercantil.

En el examen de este último recuerda que el Código adopto el criterio objetivo para distinguir los actos civiles de los mercantiles y dentro de este criterio no pueden negarse que aún dentro de la especialidad de la actividad bancaria ejecutan actos mercantiles y por ende están sujetas al Código de la materia.

Por ello no puede extremarse la total exclusión de las normas comerciales y con apoyo en el auto admisorio de la demanda y que negó la suspensión provisional, concluye que no puede afirmarse que del texto del Artículo 2033 del C. de Co. pueda deducirse que a las sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria no le son aplicables las normas del citado Código.

III. De las limitaciones de los Artículos 2033 y 2034 del Código de Comercio:

Dada la transcendencia que los contendores le dan a los mencionados artículos, la Fiscalía sienta su criterio a favor de la tesis de que según el C. de Co. regula las materias contenidas en él y en consecuencia deroga las normas anteriores con excepción de las que determinan el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las sociedades sometidas a su control y el capítulo sobre los bonos del Decreto 2521 de 1.950, lo que significa (como lo observó el abogado de la Comisión Nacional de Valores) que el Código no regula de manera íntegra las materias contenidas en el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las sociedades sometidas a su control, lo cual complementa el Artículo 2034 en el sentido de atribuirle a la Superintendencia la función de hacer cumplir las disposiciones del Código, en todo en cuanto no pugnen con las imperativas de carácter especial.

IV. Matrícula y Registro Mercantil de los bancos y entidades financieras:

Tras el estudio de las características de los registros en la Superintendencia y en las Cámaras de Comercio concluye que solamente el Registro Público en estas últimas cumple con las funciones de publicidad y oponibilidad a terceros, por ser el único sistema institucionalizado en el país para desempeñar tales funciones.

En consecuencia concluye que la Circular atacada «se ciñó con ortodoxia jurídica y rigor legal a las normas propias de sus institutos y así ejerció sus atribuciones de velar por el acatamiento de los Artículos del Código de Comercio aplicables a los organismos bajo su vigilancia» y sobre tal base «impetra del Consejo de Estado la declaratoria de que no prosperen las súplicas de la demanda».

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

El problema planteado y que corresponde decidir a la Sala, puede sintetizarse en determinar si las entidades bancarias y en general financieras sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de la Comisión Nacional de Valores, están o no sujetas a las obligaciones relativas al Registro Mercantil, prescritas por el Código de Comercio para todos los comerciantes en general.

Los alegatos, igualmente eruditos de las partes, se han extendido sobre los dos extremos de la controversia: para los demandantes las mencionadas entidades bancarias y financieras están sujetas solamente a su régimen especial y no las obliga la regulación común establecida para los comerciantes, en tanto que para los opositores, están sujetas simultáneamente a los registros en las dos entidades, Superintendencia Bancaria y Cámara de Comercio.

Han servido de apoyo a los demandantes importantes consideraciones históricas y doctrinarias, tales como el origen y la evolución del registro de los comerciantes y de ciertos actos de comercio, de una parte, y de otra, la naturaleza de la actividad bancaria, de estirpe pública, que conduce necesariamente a diferenciarla de la actividad comercial corriente, perteneciente al campo del derecho privado.

Ha dicho esta Sección, con apoyo en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de junio de 1.969 que la actividad bancaria en Colombia es un servicio público que puede ser prestado por los particulares, mediante la figura jurídica de la concesión, los cuales quedan sometidos a las regulaciones, limitaciones y vigilancia inmediata del Estado a través de la Superintendencia Bancaria que es el organismo señalado por la ley para cumplir tal función.

Y no hay duda de que se trate de una actividad de servicio público por cuanto consiste en el ejercicio parcial de la soberanía monetaria que corresponde al Estado quien conservando la responsabilidad de su manejo concede licencia a algunos particulares para que la desarrollen en una parte. Y los particulares autorizados conservan su libertad y demás derechos y garantías individuales, pero en el ejercicio de la actividad desde su iniciación, durante toda la época que no lo hagan, hasta su conclusión, están sometidos a las regulaciones que dicte el interés público a través de los organismos encargados de ello. Interés público que hace igualmente aplicable el régimen de vigilancia y control respecto de las demás entidades financieras, en desarrollo de la facultad interventora del Estado.

Hay pues dos campos en los que se mueven simultáneamente los particulares que realizan tales actividades; el de índole privatista y el de estirpe pública que regula aspectos especiales de la actividad financiera. Definir las fronteras de uno y otro campo es ardua tarea.

Sin embargo, la orientación y clave para dilucidar los problemas concretos que puedan presentarse entre la regulación general y la especial fue dada por el legislador de 1.971 cuando al expedir la reforma al Código de Comercio dispuso en la parte final, por un lado la derogatoria de toda la legislación comercial anterior contenida en códigos, leyes y decretos «exceptuando solamente los que determinen el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las sociedades sometidas a su control permanente...» y de otro la de mantener en cabeza de la Superintendencia Bancaria la inspección y vigilancia de las entidades que ha señalado la ley la facultad de hacer cumplir las nuevas normas, en cuanto no pugnan con las imperativas de carácter especial.

Fue así como en los Artículos 2033 y 2034 el Código de Comercio (Decreto Ley 410 de 1.971) dispuso lo que antes se resumió, al expresar:

> «ARTICULO 2033. Este Código regula íntegramente las materias contempladas en él. Consiguientemente, quedan derogados el Código de Comercio Terrestre y el Código de Comercio Marítimo adoptados por la ley 57 de 1.887, con todas las leyes y decretos complementarios o reformatorios que versen sobre las mismas materias, exceptuados solamente los que determinen el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las sociedades sometidas a su control permanente, y el capítulo XI del decreto 2521 de 1.950».
>
> «ARTICULO 2034. Corresponderá a la Superintendencia Bancaria, en relación con las sociedades cuya inspección y vigilancia ejerce, hacer cumplir las disposiciones de este libro en todo cuanto no pugnen con las normas imperativas de carácter especial».

La simple lectura de estas normas permite sacar en claro algunas conclusiones:

a) Que no obstante la manifestación de que el nuevo Código regula en forma íntegra las materias en él contempladas, en el deseo del legislador de unificar la legislación comercial en un solo estatuto, respetó y dejó intactos los relativos a:

- «los que determinen el régimen de la Superintendencia Bancaria» y

- Los que determinen el régimen «de las sociedades sometidas a su control permanente».

Lo primero es obvio pues mal podía exceder las facultades recibidas de la ley y entrar a modificar la estructura y funciones de una entidad pública, tema éste ajeno a los propósitos de la ordenación de la normatividad de los comerciantes.

En cuanto a lo segundo, la excepción se refiere solamente al régimen de las sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o sea, al régimen legal que se

relaciona con su nacimiento, su funcionamiento y su extinción como entes con personería jurídica. Temario éste diferente al régimen de los contratos que ellas desarrollan y cuya regulación fue incluida en el mismo Código y a la cual están sujetas en el ejercicio de su actividad.

En esta norma se sustenta la supervivencia de toda la legislación que ha regulado la forma como nacen a la vida jurídica las entidades bancarias y financieras en general, los requisitos, permisos y registros especiales ante el Superintendente Bancario prescritos por la Ley 45 de 1.923 y las normas que posteriormente la han adicionado y complementado. Igualmente la vigencia de la misma Ley 45 y los estatutos posteriormente dictados para regular el funcionamiento de dichas entidades , así como la forma y posibilidades de extinguirse, que ciertamente son especiales y diferentes a las prescritas en el Código para las sociedades mercantiles en general, sin que la Sala considere necesario entrar a exponer en detalle estos aspectos, como lo hicieron los intervinientes en este proceso en forma prolija.

Pero esta especialidad que el legislador conservó en su «régimen», no significa exclusividad, por la sencilla razón de que quienes ejercen tales actividades también están calificados como «comerciantes» por ser personas que profesionalmente se ocupan de alguna o varias de las actividades que la ley considera como mercantiles (Arts. 1 y 20 C. de Co.) y, en consecuencia, están sujetos a los deberes que la ley le impone a todo comerciante en el Artículo 19, dentro de los cuales se cuenta la matrícula en el Registro Mercantil y la inscripción en el mismo de todos los actos, libros y documentos, respecto de los cuales la ley exija esa formalidad.

La especialidad del régimen de las entidades bancarias y financieras no implica que estén excluídas de las normas generales prescritas en el Código de Comercio y por tal motivo el Artículo 2034 reiteró la competencia de la Superintendencia Bancaria para hacerles cumplir las disposiciones del estatuto comercial, pero en la medida en que sus normas generales «no pugnen con las normas de carácter especial». El significado de esta última parte del Artículo no es otro que el de la prelación de las normas a las cuales están sujetas las entidades a que se refieren y cuyo orden de aplicación es, a juicio de la Sala, el siguiente: en primer lugar a las normas imperativas de carácter especial y a falta de éstas o de su carácter imperativo, estarán sujetas a las normas generales del Código.

Esto es lo normal en un sistema jurídico unitario, en el cual la regulación de las áreas especiales, no puede independizarse en forma absoluta de la parte general a la cual pertenecen; se regulan, en primer término, por las normas especiales y en subsidio, por las generales.

Tal es lo que sucede con otras actividades dentro del mismo mundo comercial, como por ejemplo las relativas a la navegación acuática o aérea.

En este orden de ideas se llega al punto neurálgico de la controversia planteada sobre la exclusividad de acatamiento de las normas especiales sobre registro y si esto exonera del cumplimiento de las generales. O, planteado en los términos del Artículo 2034; si las disposiciones generales del Código sobre registro y matrícula «pugnan» con las normas imperativas de carácter especial.

Lo primero a observar es que indudablemente las normas especiales de la Ley 45 de 1.923 sobre registro en la Superintendencia Bancaria son de orden imperativo, ineludibles, pues sin ellas no es concebible el funcionamiento de la entidad, ni el ejercicio de las funciones como Gerente y otros cargos directivos, según los preceptuados por el Artículo 104.

Lo segundo es que la Ley 45 de 1.923 adscribió a la Superintendencia Bancaria el trámite de la constitución y autorización para el ejercicio del servicio bancario y como consecuencia, dicha entidad resulta ser el conducto natural y lógico de la comprobación de la vigencia de ese permiso y de la autorización a determinadas personas para ejercer la representación de las titulares del permiso.

El carácter probatorio de la existencia y representación de las entidades bancarias, atribuído por la Ley 45 de 1.923 a la certificación del Superintendente Bancario, no fue alterado por la Ley 28 de 1.974 que tan solo le concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para reorganizar a las entidades administrativas y entre ellas la Superintendencia a fin de que pudiera mejorar el cumplimiento de sus funciones. De ahí que el Decreto Extraordinario 125 de 1.976 que desarrolló tales facultades con relación a la Superintendencia Bancaria, no pueda dársele un significado distinto al que surge en forma natural de la ley de facultades y específicamente en el aspecto de las certificaciones, no puede ser distinto al que éstas tenían desde 1.923, o sea el carácter probatorio de la existencia y representación de los bancos.

Pero de esa especialidad que aún subsiste, no puede deducirse alguna de las dos características que hace inaplicables las normas generales del Código de Comercio, según las reglas contenidas en los Arts. 2033 y 2034, a saber: la exclusividad de los sistemas especiales a la incompatibilidad de las normas generales con las especiales.

Que las normas bancarias no sean excluyentes se deduce de su mismo texto, pues en parte alguna se pregona que las entidades a las cuales se refiere ese régimen especial, se rigen única y exclusivamente por sus normas especiales, como si se hubiese creado algo más que una isla jurídica, un mundo absolutamente aparte de todo lo demás. Son «comerciantes» las personas que profesionalmente se ocupan de alguna de las actividades que la ley considera «mercantiles», como son las de recibir dinero o darlo habitualmente en mutuo a interés, girar o negociar títulos valores, celebrar operaciones bancarias o desarrollar empresa de seguros o de actividad aseguradora; las empresas de depósito de mercancías, provisiones o suministros y tantas otras que ejercen las entidades vigiladas por el Superintendente Bancario y cuya

calidad de «comerciantes» es innegable y por consiguiente las cobija el cumplimiento de los deberes que señala el Artículo 19 a todo comerciante sin excepción como es el de matricularse en el Registro Mercantil, inscribir en el registro mercantil los actos, libros y documentos que requiere la ley, llevar contabilidad y otros no menos importantes.

Tampoco se observa la incompatibilidad: las instituciones prescritas en el Código para todos los comerciantes, sin distingo alguno, como la matrícula y el Registro Mercantil cumplen amplios objetivos de publicidad general, no solo sobre los dos aspectos mencionados sino sobre muchos que caracterizan al comerciante pero que la comunidad está interesada en conocer.

En tanto que el registro público de las entidades bancarias ante la Superintendencia del ramo tienen un ámbito limitado a lo que la misma Ley 45 quiso darle y que el legislador no ha ampliado en su significado, aunque sí al número y clase de entidades a las cuales se aplica.

Llama la atención que a todo lo largo de las eruditas exposiciones de los demandantes no hay cita de norma alguna que así lo hubiese dispuesto de manera clara y precisa, salvo el artículo 16 del Decreto 1890 de 1.931 sobre Cámaras de Comercio y habiendo sido éste derogado por el Código de Comercio, no puede sostenerse la vigencia de aquel, que solo tenía carácter reglamentario. Aparte de que si se examina con cuidado tal reglamento, se observa fácilmente que carecía de norma jerárquicamente superior en cual apoyarse puesto que ni la ley 28 de 1.931, ni otra alguna consagraron tal excepción.

De lo anteriormente expuesto y del estudio que ha realizado, la Sala llega a la conclusión de que los registros ante la Superintendencia Bancaria y la matrícula y Registro Mercantil ante las Cámaras de Comercio, son dos instituciones de ámbito diferente pero no se excluyen entre sí y que por aplicación de lo dispuesto en los Artículos 2033 y 2034 del Código de Comercio se deduce la subsistencia simultánea de las obligaciones a que están sometidas las entidades bancarias y financieras sujetas al control de la Superintendencia Bancaria, así la doctrina universal o la conveniencia de costos aconsejen su unificación.

Pero mientras ello no suceda no puede desconocerse la realidad positiva de la ley colombiana, a la cual, considera la Sala, se ciñó la Circular acusada, no siendo aceptables las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto y de acuerdo con su colaborador Fiscal, 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 se accede a las súplicas de la demanda de anulación de la Circular Externa N° 1 del 3 de noviembre de 1.983 expedida en forma conjunta por el Superintendente

Bancario, el Superintendente de Industria y Comercio y por el Presidente de la Comisión Nacional de Valores.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese. cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chain Lizcano, Presidente, Jaime Abella Zarate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

ACUMULACION DE PROCESOS

La facultad para resolver una petición de acumulación de procesos es una competencia reglada ya que si se dan dichos requisitos y no existe una causa legal, para negarla, el juez competente debe decretarla. No puede el juez a su arbitrio resolver si decreta o no la acumulación pedida, ya que habiéndose cumplido a cabalidad las exigencias legales debe decretarse la acumulación, sin que sean procedentes apreciaciones subjetivas al respecto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá,Noviembre vientitrés de mil novecientos noventa.

Ref. Radicación 2987.

Apelación auto de 30 de noviembre de 1.989 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra el artículo 1° de la Resolución 2647 de 2 mayo de 1.986 proferida por la Superintendencia Bancaria. Actor: Seguros del Comercio S.A. y Seguros de Vida del Comercio S.A. A U T O

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, entidad demandada, contra el auto proferido el 30 de Noviembre de 1.989 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual negó la acumulación de los procesos números "3570, 3258, 3291, 3284, 3285, 3286, 3287, 3292, 3307, 3571, 3289, 3288, 3282-Bis, 3283, 3572, 3573, 3585, 3587, 3588, 3589, 3788, 3244, 3282, 3281, 3287, 3267, 3256 y 3257" solicitada por la citada Superintendencia.

EL AUTO APELADO

El auto objeto del recurso de apelación, negó la acumulación solicitada por la SUPERINTENCIA BANCARIA en los negocios citados, en los cuales se demanda la Resolución no. 2647 Del 2 de Mayo de 1.986, mediante la cual la citada Superintendencia señaló la contribución a cargo de las entidades bajo su vigilancia, correspondiente al primer semestre de 1.986.

La decisión del *a quo* se refiere a los requisitos que exige para la acumulación, el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de conformidad con el artículo 267 del Decreto 01 de 1.984 y concluye que todos ellos se cumplen formalmente, pero no decreta la acumulación, para fundamentar lo cual, reitera la jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en auto de Agosto 15 de 1.985. Ponente Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 3029. Actor Ventura Ramos y otros. Anales del Consejo de Estado, segundo semestre de 1.985, Pág. 504, según la cual «... la acumulación está jurídicamente permitida, mas no jurídicamente ordenada ...», o sea que no basta que se cumplan formalmente los requisitos de ley, sino que además es necesario que concurran las situaciones adjetivas de certeza jurídica, economía procesal, eficacia del proceso, etc.

Y concluye:

> «De manera que, y con apoyo jurisprudencial ya transcrito, observa la Sala, que la CONTINENCIA DE LA CAUSA, en los procesos que se requiere acumulación, NO SE ROMPE de proferirse fallos separados y por el contrario, si advierte que, la GUARDA DE LA ECONOMIA PROCESAL SE RESQUEBRAJARIA, porque un acumulado de esa magnitud -28 procesos- hace lerdo el desarrollo judicial.
>
> Señaló con gran tino el legislador -artículo 149 del C.P.C.- que la acumulación de procesos no es rigurosa en su decretamiento cuando formalmente se cumplen los requisitos; indicó que, '... PODRAN ACUMULARSE...', razón legal que da gran énfasis a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ya transcrita, cuando precisó con acierto: 'LA ACUMULACION ESTA JURIDICAMENTE PERMITIDA, MAS NO JURIDICAMENTE ORDENADA'«.

EL RECURSO DE APELACION

El Señor Apoderado de la SUPERINTENDENCIA BANCARIA quien había solicitado la acumulación, interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve y para sustentarlo afirma que dicha acumulación pretende dar aplicación al principio de economía procesal y garantizar además la unidad jurídica en la decisión de los procesos, razón por la cual se solicitó con relación « a más de veinte procesos» originados de un mismo acto administrativo.

Se refiere y transcribe un aparte de la jurisprudencia citada en el auto apelado y afirma que el auto recurrido desconoce «... la filosofía que encarna la ACUMULACION DE PROCESOS, filosofía que encierra la búsqueda de la unificación de la decisión a tomarse...»

Enumera las decisiones y actuaciones que será necesario tomar y realizar si no se decreta la acumulación y finalmente cuestiona la interpretación que el *a quo* dió a lo dicho por el Consejo de Estado en la jurisprudencia citada al decir que no es jurídicamente obligatoria la acumulación para el juzgador, cuando realmente si lo es, cuando por petición de parte se haga la solicitud y se reúnan los requisitos de ley. La decisión no es potestativa para el juez, es potestativa para las partes, al no poder el juez ordenar por su propia voluntad la acumulación y cita en respaldo de su tesis el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil.

Concedido el recurso por auto del 27 de Febrero de 1.990, el proceso fue remitido por el señor Secretario de la Sección Tercera del Tribunal *a quo*, con oficio No. 90-260 del 31 de Mayo de 1.990 en el cual se lee:

> «El envio de los expedientes en mención se hace hasta esta fecha, en consideración a que la parte interesada o apelante no suministró a la Secretaría los medios de transporte requeridos, teniendo en cuenta, el volumen de los procesos, la distancia existente entre este Tribunal y el Consejo de Estado y el hecho de que, como es sabido, esta Corporación carece de medios de transporte a su servicio para estos menesteres y de fondos con que sufragarlos. Por ello, dicho valor de transporte tuvo que ser costeado por los empleados de la Secretaría».

Durante el término de traslado a las partes, el recurrente insiste en los argumentos planteados al sustentar el recurso.

En la misma oportunidad procesal, el Señor Apoderado de Colpatria Sociedad Colombiana de Capitalización S.A., Colpatria Compañía de Seguros Patria S.A. y Colpatria Compañía de Seguros de Vida Patria S.A. se opone a la prosperidad del recurso y afirma que no es cierto que la acumulación sea obligatoria para el juzgador y se remite a la jurisprudencia citada del Consejo de Estado y el texto mismo del artículo 157 del Código de Procedimiento Civil, el cual no contiene un mandato para el juez.

Anota que la acumulación solicitada es inconveniente ya que cualquier nulidad en uno de los procesos entorpecería a los demás; un recurso interpuesto en alguno de los procesos, demoraría los demás; las pruebas solicitadas en cada uno de los procesos son de muy diversa índole y su práctica podría llevarse varios años y todo lo anterior lo lleva a considerar que se atentaría contra el principio de la economía procesal.

El memorialista anexa el respectivo poder en el cual se le sustituye la representación de las citadas entidades.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con los términos del auto apelado y los argumentos propuestos por el recurrente, el punto de controversia que corresponde dilucidar a la Sala para resolver el recurso interpuesto es el relativo a si el juez competente para resolver una petición de acumulación de procesos, una vez cumplidos los requisitos formales que la ley exige para tal efecto tiene la obligación de decretarla, o si por el contrario, tiene facultades para apreciar otros aspectos específicos del caso a su estudio y puede discrecionalmente resolver sobre la misma.

Las normas que regulan la acumulación de procesos, artículo 157 y siguientes del Código de Procedimiento Civil no precisan de manera expresa hasta dónde llegan las facultades del juez competente para resolver sobre una solicitud de acumulación de procesos, en efecto, el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 2282 de 1.989, artículo 1°, modificación 88), dice en su primer inciso:

> «Podrán acumularse dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos o más ordinarios, a petición de quien sea parte en cualquiera de ellos, siempre que se encuentren en la misma instancia ...»

Aunque el término inicial «PODRAN» utilizado por la norma induce a considerar como lo hizo el Tribunal *a quo*, que la competencia para resolver sobre una solicitud de acumulación es de carácter discrecional, la Sala no comparte tal apreciación, por estimar que como bien lo anota, el Señor Apoderado de la parte recurrente, esa posibilidad que surge del término claramente potestativo utilizado por la ley, se refiere a las partes, las cuales, si se dan los requisitos exigidos en la ley bien pueden optar porque su proceso continúe tramitándose independientemente, o solicitar que se trámite conjuntamente con otros procesos, a través de su acumulación, todos los cuales serán resueltos en una sola sentencia.

La razón de ser de la figura de la acumulación está en evitar que se surtan diferentes procesos para resolver cuestiones que están relacionadas entre sí, en que se logre la eficacia procesal disminuyendo duplicidad de trámites y gastos para las partes especialmente en materia probatoria para no tener que repetir pruebas y alegatos en cada proceso, en que los pleitos sean lo más cortos posible, que no proliferen sin justificación y que se tramiten conjuntamente si ello es posible y se puedan resolver en una sola providencia. Además de que la acumulación permite que no se den fallos contradictorios, manteniéndose así vigente el principio de la cosa juzgada.

Lo anterior, ha sido unánimemente aceptado por la doctrina y encuentra su debido desarrollo en las normas que en la legislación positiva consagran la acumulación y es allí donde se recogen los principios de economía procesal, certeza jurídica, eficacia procesal, etc. a que hace referencia la jurisprudencia citada por el auto apelado.

En dichas normas, se establecen de manera expresa, los requisitos que deben cumplirse para que proceda la acumulación de procesos y el trámite del incidente a través del cual se resuelve sobre su petición (Artículo 157 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Decreto 2282 de 1.989, artículo 1o. modificación 88). Se dispone que debe citarse a las partes cuando se solicitan los otros expedientes y que debe darse traslado a las mismas una vez reunidos éstos.

Lo anterior permite concluir que la facultad para resolver sobre una petición de acumulación de procesos es una competencia reglada ya que si se dan dichos requisitos y no existe una causa legal, para negarla, el juez competente debe decretarla.

En el caso de autos, se cumplió estrictamente el trámite mencionado y ninguna de las partes a quienes se citó y dió traslado dentro de la oportunidad procesal pertinente, se opuso. En dichas condiciones no puede el juez a su arbitrio resolver si decreta o no la acumulación pedida, ya que habiéndose cumplido a cabalidad las exigencias legales debe decretarse la acumulación, sin que sean procedentes, apreciaciones subjetivas al respecto.

Lo anterior aparece claramente confirmado, en la misma legislación positiva, la cual sanciona a la parte que solicita la acumulación sin que se den dichos requisitos: el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 2282 de 1.989, artículo 1o. modificación 88) al regular el trámite de la acumulación dispone en su inciso 4o.:

> «Reunidos los expedientes, el juez decidirá sobre su acumulación. Negada ésta, se condenará al solicitante y a su apoderado a pagar sendas multas de cinco a diez salarios mínimos mensuales sin perjuicio de las costas».

Si fuera facultativo del juez decretar o no la acumulación de procesos no tendría razón de ser la sanción mencionada, ya que ésta tiene por objeto, precisamente, el que no se utilice la figura de la acumulación para desconocer la eficacia y agilidad en la administración de justicia, castigando a quien abuse de su derecho y la pide sin que se cumplan los requisitos exigidos por la ley, multa que antes se destinaba a las demás partes.

En el caso de autos el Tribunal afirma que «...se llenan a cabalidad ... los requisitos para la acumulación de procesos...» y ante dicha situación ha debido decretarse la acumulación solicitada sin que resulte válida la afirmación de que la tramitación de los 28 procesos acumulados «...hace lerdo el desarrollo judicial», ya que se trata de 28 demandas sí, pero contra un mismo acto administrativo, proferido por una entidad oficial, asignando unas sumas a cargo de diferentes entidades vigiladas, pero por un mismo concepto.

El argumento de quien se opone en el trámite del recurso, sobre la dificultad en la tramitación de las pruebas, no resulta válido, si se tiene en cuenta que a través de

la acumulación, en los procesos reunidos se da la comunidad de pruebas, según la cual las pruebas producidas en uno de ellos pueden aprovechar a los demás.

Por todo lo anterior, la Sala considera que el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia Bancaria, debe prosperar.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

RESUELVE:

Revócase el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En su lugar: decrétase la acumulación solicitada en los procesos números «3570, 3258, 3291, 3284, 3285, 3286, 3287, 3292, 3307, 3571, 3289, 3288, 3282 - Bis, 3283, 3572, 3573, 3585, 3587, 3588, 3589, 3788, 3244, 3282, 3281, 3287, 3267, 3256 y 3257» que cursan en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Reconócese personería al Doctor ALVARO EDUARDO PALACIO ARCINIEGAS, como apoderado sustituto del Doctor ALVARO ORTIZ CALA; de COLPATRIA SOCIEDAD COLOMBIANA DE CAPITALIZACION S.A., COLPATRIA COMPAÑIA DE SEGUROS PATRIA S.A. y COLPATRIA COMPAÑIA DE SEGUROS DE VIDA PATRIA S.A., según poder que obra al folio 321.

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 Zarate, Carmelo martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

ACTUACION ADMINISTRATIVA / ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACION / CADUCIDAD / Término

La remisión que hace el artículo 267 del C.C.A. al C. de P.C., no se refiere a la primera parte de los llamados «procedimientos administrativos» sino a los de la segunda. Por tanto, las normas sobre comunicación y notificación que contiene el Capítulo X del C.C.A. deben aplicarse de preferencia y dentro de ello la notificación personal y en subsidio la de edicto. En un acto común (no general) en el que se definen situaciones individuales de varias personas,se atiende a la forma como se haya notificado cada uno. El término de caducidad se cuenta a partir de la notificación individual; si fue personal será ésta y no la común que se hizo por edicto. El Código no tiene en cuenta el día de la ejecutoria del acto, sino el de la notificación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. - Bogotá, D.E., 23 de Noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Ref.: Expediente No. 2590

Consejero Ponente: *Doctor. Jaime Abella Zarate*

ACTOR: BANCO DE OCCIDENTE C/ SUPERBANCARIA Apelación Interlocutorios - AUTO -

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del BANCO DE OCCIDENTE S.A. contra el auto del 13 de abril de 1.989, mediante el cual la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda que el mismo interpuso el día 3 de octubre de 1.986 contra la Resolución # 2647 de mayo/86, de la Superintendencia Bancaria.

La inadmisión de esta demanda había sido antes motivo de estudio y debate en el mismo Tribunal, conforme lo acreditan los antecedentes, pues inicialmente fué admitida por auto de noviembre 6/86, el cual fué revocado por el de febrero 17/88 y confirmado por la Sala de decisión del 27 de junio de 1.988 y mediante el auto del 13 de abril de 1.989, objeto de este recurso de apelación, se inadmitió la demanda.

Según el memorial inicial de interposición del recurso y el de sustentación del mismo, el debate tuvo origen en la naturaleza y forma de notificación de la Resolución 2647 acusada. Mediante este acto el Superintendente Bancario señaló la contribución que deben pagar las entidades vigiladas para atender los gastos de sostenimiento de la Superintendencia durante el primer semestre de 1.986, de conformidad con el artículo 23 Ley 45/23 (Ley 57/83 sust.) y 2o. del Decreto Ley 56 de 1.951. Esta resolución que fijó el valor de la contribución a cada una de las entidades vigiladas, una vez aprobada por el Ministro de Hacienda, fue notificada personalmente a varios de los representantes legales o apoderados de las entidades, entre ellos al señor apoderado del Banco de Occidente el día 14 de mayo de 1.986 y finalmente fue notificada por Edicto fijado por 10 días, del 20 de mayo al 3 de junio del mismo año, según constancias secretariales que obran en las copias de la resolución.

La demanda con relación a la cuota fijada al Banco de Occidente fue presentada personalmente ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal por el señor apoderado del Banco el día 3 de octubre de 1.986.

Según el apoderado de la Superintendencia, con argumento acogido por el Tribunal, habiéndose surtido la notificación personal el 14 de mayo (y cumplida la ejecutoria el 21 de mayo), la presentación el 3 de octubre es visiblemente posterior a los cuatro meses de caducidad que otorga el artículo 136 del C.C.A.

Según el apelante la ejecutoria del acto administrativo es el punto de partida para la contabilización de los términos de prescripción y caducidad y deben computarse según el art. 120 del C.P.C. a partir de la fecha en que queden notificadas todas las partes afectadas y está claramente demostrado que al no ser posible la notificación personal a todos los afectados, se surtió la notificación general por Edicto.

Agrega que la inadmisión obedece «a una indebida interpretación de las normas que regulan la forma como quedan ejecutoriadas las providencias que tienen notificación mixta». Según el art. 322 del C.P.C., en concordancia con los dispuesto en los arts. 45, 62, 63 y 267 del C.C.A. y 120 del C.P.C., cuando la notificación del acto administrativo es de aquellas que tienen término común y no se logra la notificación personal a todos y cada uno de los afectados con la providencia, debe surtirse la misma por Edicto con término común a todas las personas a notificar, a efectos de darle certeza a la misma.

Sostiene que siendo el acto uno solo, aunque impuso obligaciones individuales, la notificación debía ser personal a cada afectado y no siendo posible, procedía a hacerlo por Edicto, como se hizo, pero el término para impugnarla es común para

todos los intervinientes, pues no puede ir quedando en firme por partes o agotada la vía gubernativa para unos y para otros no, o que pueda ser revocada para unos y para otros ni siquiera se definiría la vía gubernativa. Esta desigualdad o desequilibrio es el que tratan de evitar los arts. 63 y 62 del C.C.A. con base en los cuales el agotamiento de la vía gubernativa se daría cuando se hayan decidido todos los recursos interpuestos contra el acto administrativo. Dice apoyarse en fallo de la Sección Primera de esta Corporación de la cual afirma haber remitido copia que no se encuentra (Exp. 552, oct. 2/87).

Por su parte el apoderado de la Superintendencia destaca como según el art. 45 del C.C.A., la notificación que prevalece es la personal pues, la que se hace por edicto es de carácter subsidiario y de consiguiente la fecha que marca la contabilización de los términos y oportunidades «es aquella en que se realizó el noticiamiento personal» y la caducidad según el art. 136 se cuenta a partir del día de la publicación, comunicación, **notificación** o ejecución del acto, **según el caso**, «con el cual se quiere significar y resaltar la importancia de la notificación por el medio que realmente se haya llevado a cabo».

Además considera que el artículo 55 del C.C.A. refuerza esta posición, si se observa que el término para interponer el recurso de apelación en la vía gubernativa es, cuando no se hace en la misma diligencia de notificación personal, dentro de los cinco días siguientes o a la desfijación del edicto, o a la publicación «según el caso» lo que indica que se trata de oportunidades autónomas y excluyentes, no paralelas o comunes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se observa en primer lugar, que el acusado no es un acto de contenido general y abstracto sino un acto en el cual en forma común y simultánea se le concretó la situación a varias personas determinadas plenamente.

En efecto, contiene el listado, una por una, de las entidades vigiladas y la cuota individual de la contribución que le asignó la Superintendencia para atender a su sostenimiento.

La forma de notificación de esta resolución, así como la de cualquier otra providencia dictada por un organismo estatal como la Superintendencia Bancaria, necesariamente debía consultar sus propias normas especiales y a falta de ellas, las comunes prescritas por el Código Contencioso Administrativo, es decir, las que éste desarrolla en el Capítulo X del Título I, artículos 43 a 48 sobre el tema de las «publicaciones, comunicaciones y notificaciones». Bueno es aclarar que la remisión al Código de Procedimiento Civil, hecha por el artículo 267 del C.C.A. no se refiere a la primera parte del Código relativa a los llamados «procedimientos administrativos» sino a las de la segunda que regula los procesos y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa.

De las normas contenidas en el citado Capítulo X sobre comunicación de los actos administrativos, se destaca que el Código distingue los «actos administrativos de carácter general» (que se publican) de las «demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa», los cuales, según el artículo 44, «se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado». Es decir, que instituye como medio de comunicación de los actos que crean situación jurídica particular, la notificación personal.

Regula a continuación el mismo artículo 44 la forma de citación y notificación personal con indicación de los ritos propios de esta diligencia para establecer luego en el artículo 45 como forma subsidiaria, la notificación por edicto fijado en lugar público del despacho «si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco días del envío de la citación».

La Sala observa que esta ritualidad se sometió la Resolución 2647 de mayo 2 de 1.986 y el apoderado del Banco de Occidente se notificó personalmente el día 14 de mayo de 1.986, diligencia en la cual se le advirtió que tenía derecho al recurso de reposición de que trata el art. 50 «dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presente notificación», indicación sobre el recurso que a pesar de que no interpuso el Banco, indica el carácter individual del acto, puesto que los de índole general no se notifican, ni tienen recursos. De manera que la notificación por edicto que se hizo entre el 20 de mayo y el 3 de junio del mismo año, tenía efecto para todas aquellas entidades vigiladas que no recibieron notificación personal.

En consecuencia, no se trata de notificación mixta de que trata el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, ni se pude acudir a él por la vía del artículo 267 del C.C.A. como ya se dijo. Tampoco es procedente aplicar el artículo 120 del C.P.C., según el cual «todo término..... si fuere común a varias partes, será menester la notificación de todas», porque no se trata de un «término común», como no era común la acción ejercida.

En cuanto a la caducidad de la acción, concretamente respecto al tema del día a partir del cual ha de contar su término, bien sabido es que el Código de 1.984 sustituyó la norma del artículo 82 del Código anterior (Ley 167/41) que indicaba que, salvo disposición en contrario, ocurría al cabo de cuatro meses «a partir de la publicación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa .....», en la cual se basaba el cómputo a partir de la ejecutoria de los actos.

Pero el Decreto 01 de 1.984, en su artículo 136 precisó esta materia al indicar que la acción de restablecimiento del derecho «caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso». En esta última expresión se ha visto una clara referencia al caso particular del acto acusado y a la forma como fue comunicado el particular. De suerte que habiendo sido por notificación personal, es a partir de ésta y de ninguna otra que debe computarse el término de caducidad, que es individual para cada una de las personas afectadas por el acto administrativo.

Pero además, para la Sala ha sido clara que el Código no tiene en cuenta el día de la ejecutoria del acto, sino el de la notificación y por tal motivo no se les da relevancia a la argumentación en este sentido ni a la discusión sobre la fecha de ejecutoria de la Resolución acusada.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, Jaime Abella Zarate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ CONTRATO DE CONCESION/ CONCESIONARIO/ BASE GRAVABLE-Determinación

Cuando el párrafo 2° del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1.983 otorga al concesionario el beneficio de computar en la base gravable sólo los "márgenes de sus ventas de automotores", debe entenderse, necesariamente, aunque parezca redundante decirlo, que los bienes objeto del tratamiento preferencial son los automotores y, de éstos, exclusivamente los adquiridos por concesión, pues en adquisiciones por negocios jurídicos diferentes, no existe limitación alguna, ni en cuanto al precio de compra, ni respecto al valor de la reventa. Por lo mismo, es evidente que si el cuestionado beneficio es privativo del "concesionario" no es lícito extender el mismo a otras especies de distribuidores, como los agentes comerciales, factores o consignatarios, simplemente porque la norma no los menciona en parte alguna (Ejercicio fiscal de 1.983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta.- Bogotá, Noviembre veintitrés de mil novecientos noventa.(1990).

Ref.: Radicación 2642. Apelación sentencia de Octubre 13 de 1.988 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron el impuesto de industria y comercio por el año fiscal de 1.983 y la vigencia de 1.984. Actor: CARCO LIMITADA. F A L L O.

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Resuelve la Sala los recursos de apelación, interpuestos por la Sociedad CARCO, LIMITADA, la actora, y el Personero de Bogotá, contra la sentencia de 13 de Octubre de 1.988, parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de res-

tablecimiento promovido respecto de actos de determinación y discusión de los impuestos de industria y comercio, avisos y adicionales y una sanción por inexactitud, del período impositivo de 1.983, con vigencia desde el 1° de Enero de 1.984, expedidos por la Dirección Distrital de Impuestos y la Junta Distrital de Hacienda, ésta en su surtimiento del recurso subsidiario de apelación.

ANTECEDENTES:

A través de la liquidación oficial N° 51655 de 26 de Febrero de 1.986, precedida de requerimiento administrativo, se reformó la liquidación privada de los gravámenes, por adición de "ingresos no declarados", en cifra de $1.794.123 y la exclusión de "descuentos improcedentes", en cuantía de $46.345.000, correspondientes a costos incurridos en la adquisición de "vehículos vendidos por concesión de la firma Ford" ($12.115.459), "vehículos usados" ($21.092.637), "carrocerías incorporadas a vehículos automotores" ($10.276.041) y "platones" ($2.800.833).

Por resolución N° 804 de 18 de Julio del mismo año, que decidió el recurso de reposición, se confirmó el incremento de los ingresos, por no haber sido discutido, y se desecharon los costos supuestamente descontables, en el primer caso, por no estar probada la vigencia de la concesión y, en los restantes, por no darse los elementos de ésta, a términos del artículo 15, parágrafo 2°, del Acuerdo 21 de 1.983.

Finalmente, por resolución N° 195 de 29 de Diciembre subsiguiente, que desató la apelación subsidiaria, se confirmó íntegramente la anterior providencia.

LA DEMANDA:

La demandante dice transgredidos, el mismo artículo 15, parágrafo 2° delAcuerdo 21 de 1.983 y el artículo 53 ib., por las siguientes razones:

Respecto de los vehículos vendidos por concesión de Ford Motor Company sus filiales del Brasil y el Japón, porque bastaba la prueba del carácter de concesionario para que procediera el descuento del costo de los automotores enajenados, cualquiera que fuera la índole de éstos e independientemente del domicilio del concedente, pues la norma no hace distinción alguna.

El contrato de concesión se encontraba vigente de 1.983, el ejercicio en controversia, ya que, no obstante la fecha de su perfeccionamiento, estaba previsto que la rescisión tuviera lugar solo por escrito, lo que ocurrió, según notas anexas, entre los meses de Abril y Junio del precitado año, y dado que los vehículos se habían adquirido y enajenado hallándose en vigor la concesión, se debía admitir el descuento por este concepto.

En cuanto al costo de los vehículos usados, siendo que la base gravable del tributo a cargo del concesionario, está constituída por los márgenes de ventas de automotores, sin distinciones sobre la naturaleza de éstos, el rechazo del descuento viola el parágrafo 2° del artículo 15 citado.

En cuanto a las carrocerías y platones, se trata de elementos que forman una unidad inseparable del vehículo al que ensamblan, de modo que la venta de la unidad automotora así integrada, sigue la condición de los automotores del caso procedente, toda vez que la sociedad no tiene por actividad, ni la fabricación ni la venta de tales elementos, separadamente.

En relación con los ingresos adicionados por $1.774.123, habiéndose determinado, en la liquidación para reclamar, tanto el impuesto como la sanción imputables a tales ingresos, no se pude pretender que éstos se mantengan en la liquidación oficial.

Dentro del mismo orden de ideas, para lo que concierne a la sanción aplicada, si los datos declarados eran correctos y completos y la solicitud de las deducciones discutidas se basaba en la sana interpretación de las disposiciones del Acuerdo 21 de 1.983, no hay materia sancionable, pues se está en el evento de los errores de interpretación o de las diferencias de criterio sobre el derecho aplicable, que pregona la doctrina tributaria y se contempla en los artículos 27 de la ley 52 de 1.977 y 49 del Decreto 3803 de 1.982.

Como consecuencia, no cabe otra sanción que la ya liquidada y pagada por concepto de los ingresos omitidos, por no configurarse los presupuestos del artículo 53 ib., norma que resulta violada.

LA SENTENCIA APELADA:

La parte inicial del fallo, dirime la controversia en torno de los costos supuestamente descontables, así:

a) **Vehículos Vendidos por Concesión.**

Las copias autenticadas del contrato de concesión suscrito entre la sociedad Ford Motor Company y la demandante, la carta de 22 de Abril de 1.983, que ésta envió a aquélla, en la que se ratifica su decisión de dejar de distribuír los productos, el mensaje telex de 20 de los citados mes y año, a que alude la carta, que dió por terminado el contrato, y las facturas números 4781, 4782, 4783, 4784 y 4785, de 25 de Enero, 11 y 28 de Febrero y 16 y 30 de Marzo de 1.983, donde se reportan los valores de venta y costo y el margen de utilidad, prueban que la vigencia de dicho contrato se extendió al 20 de Abril de 1.983 y que los costos incurridos, hasta entonces, por los vehículos recibidos, sumaban $2.981.122, que deben reconocer como tales.

b) **Carros usados.**

Por costumbre, se llama concesionario a quien atribuya o venda vehículos salidos directamente de fábrica, y consignatario a quien reciba vehículos usados para la venta.

Podría pensarse, en principio, que el margen de utilidad se refiere sólo al concesionario de carros nuevos, ya que el mismo se establece por la diferencia entre el costo de adquisición y el valor de venta, fijados ambos por el productor; pero como el contrato de concesión es atípico, no definido en la ley, y la norma del Acuerdo 21 no distingue entre vehículos nuevos y usados, se debe concluir que, demostrada la condición de concesionario de vehículos nuevos o usados, se tiene derecho al régimen especial contemplado por aquélla.

Sin embargo, no obra en el proceso elemento alguno de juicio que demuestre que la demandante tenía tal condición, en relación con la venta de automotores usados, por los cual los cargos en este aspecto no están llamados a prosperar.

c) **Carrocerías y platones.**

Sobre el particular, se acogen íntegramente las consideraciones de la señora Fiscal Sexta de la Corporación, en el sentido de que el beneficio del parágrafo 2° del artículo 15 del Acuerdo 21, es exclusivo de los "concesionarios de automotores" y no de quienes incorporan accesorios o partes.

Por último, se ocupa el a quo de la sanción por inexactitud, a cuyo efecto, transcribe el artículo 53 del Acuerdo 21, invocado por la accionante, sin que halle que el error de apreciación o la diferencia de criterio, se contempla allí como causa exonerativa de la sanción, advirtiendo, en cambio, que el hecho de que se hubieren solicitado deducciones no demostradas, o a las que no se tenía derecho, constituye inexactitud sancionable.

De la decisión adoptada, discrepan los señores Magistrados Julio E. Correa Restrepo, Jorge E. Márquez Puentes y Cesar Uribe Botero, por estimar, en resumen, que la totalidad de los ingresos "provenientes de automotores", sean estos nuevos o usados, deben recibir el tratamiento indicado por el parágrafo 2° del artículo 15 en cuestión, no solo porque la norma no hace distinción alguna, sino porque, de otro modo, se tendría que exigir del concesionario acreditar este carácter, por cada venta, exigencia que no fluye del texto en consideración.

LOS RECURSOS DE APELACION

La parte demandada alega, en primer término, que el Acuerdo 21 de 1.983 no era aplicable a este ejercicio, pues, conforme a su artículo 120, el mismo debía regir

a partir de la sanción, la que impartió el 9 de Diciembre de 1.983, como sí lo era el Acuerdo 10 de 1.974, debiendo, por ello, revocarse la sentencia y denegarse las súplicas de la demanda, dada la "imposible transgresión de las normas alegadas".

Y, en segundo lugar, que la vigencia del contrato de concesión, por 1.983, no fue demostrada, ya que en los documentos allegados aparece que la actora figuró como concesionaria solo en 1.981, aparte de que el contrato no era a término indefinido, sino de duración señalada a cinco años prorrogables, y de que la carta de terminación no daba certeza sobre la real vigencia de la concesión pues lo único que se deduce de ella es que "a partir del 22 de Abril de 1.983, se rescindió el contrato de concesión, de donde para los meses de Mayo de 1.983 en adelante no es aplicable el parágrafo 2° del artículo (sic) 21 de 1.983.....".

Sobre las transacciones relativas a vehículos usados y platones y carrocerías, coincide, en lo esencial, con los argumentos del a quo.

Por su lado, la actora, con referencia a las ventas de vehículos por concesión, sostiene que si bien el fallo impugnado admite la existencia y vigencia del contrato de concesión, limitó los efectos de éste al lapso de su duración, ignorando que la ejecución y desarrollo del mismo y el cumplimiento de las obligaciones pendientes, van más allá de esa vigencia y se rigen por sus estipulaciones.

Y que dado que la sociedad, a tiempo de la terminación del contrato, disponía de un inventario de vehículos, con costos por $12.115.489, adquirido bajo la vigencia de la concesión, respecto del cual el concedente no había ejercido la opción de recompra, su enajenación, aún con posterioridad al 20 de Abril de 1.983, se debe regir, para cualquier efecto legal, incluso el fiscal, por las cláusulas del extinguido contrato, en cuyo caso, la reseñada partida del costo, debe ser reconocida íntegramente.

Sobre las ventas de vehículos usados, repite las argumentaciones que sustentaron el punto en la demanda y censura que no obstante haber llegado el a quo a la conclusión de que, por no hacerse distinción entre vehículos nuevos y usados, al concesionario le bastaba con probar tal calidad para acogerse al régimen especial, hubiera desestimado los pertinentes cargos, mediante una exigencia que el parágrafo 2° del artículo 15 del precitado Acuerdo 21 no hace: la de la prueba de que la venta de vehículos usados se realiza también por concesión. Manifiesta, además, compartir las salvedades de voto que tiene la sentencia.

Se ratifica, así mismo, en la deducibilidad del costo de las carrocerías y platones, con argumentos similares a los expuestos en la demanda y especial énfasis en el criterio de la cohesión natural o artificial, o de la destinación, que se dice recogido por la doctrina civil, tratándose de componentes que forman unidad.

Por otro aspecto, resalta el hecho de que el a quo hubiera omitido, en el cómputo de los tributos y sanciones a cargo de la sociedad, los pagos efectuados conforme a la liquidación para reponer.

De la sanción por inexactitud, reafirma la no configuración de los supuestos de hecho del artículo 53 del Acuerdo 21 de 1.983, a saber, que se hubieran suministrados datos incompletos, incorrectos o inexistentes, y que de ello derivara un menor impuesto por pagar, excepto en el caso de los ingresos no declarados, pero respecto de los cuales se pagaron el gravamen y la sanción correspondientes.

Insiste en que la eventual disminución del impuesto, provendría, a lo sumo, de la disparidad de interpretaciones del derecho aplicable, que no debe ser motivo de sanción, pues, no sólo en materia tributaria, sino en cualquier otro campo del derecho y de la actividad humana, son previsibles los errores de interpretación y en diferencias de criterio, sin embargo excusables por el principio "error comunis (sic) facit jus", según se habría entendido en la jurisprudencia tributaria y la legislación, de ésta, específicamente, los artículos 27 de la ley 52 de 1.977 y 49 del decreto 3803 de 1.982, de aquélla, las sentencias de esta Corporación, de 5 de Septiembre de 1.964, con ponencia del señor Consejero Guillermo González Charry, y de 25 de Febrero de 1.983, con ponencia del señor Consejero Enrique Low Murtra.

Añade, que si bien el artículo 53 citado no exonera expresamente el error de apreciación o la diferencia de criterio, tampoco erige éstos como sustento de la sanción, de modo que de los mismos no cabría inferir causales de sanción, por ser éstas taxativas.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La actora reproduce en su alegato los principales aspectos del Recurso. La parte contraria presentó un escrito por fuera del término señalado al efecto.

EL CONCEPTO FISCAL:

El señor Fiscal Tercero de esta Corporación se pronuncia sobre las diferentes cuestiones de la controversia, así:

a) **El contrato de concesión**

Sorprende que en la sentencia se hubiera tenido por probado el contrato en cuestión, cuando lo que obra en el expediente, en lugar de la "copia autenticada" que allí se menciona, no es más que la copia informal reproducida a su vez de otra copia, de un contrato en el que figura como contraparte, no la sociedad Ford Motor Company, sino la Fábrica Colombiana de Automotores, S.A., "COLMOTORES".

De otro lado, la carta de 22 de Abril de 1.983, supuestamente cursada por la demandante a la empresa Ford, "no demuestra nada y menos la vigencia de un (...) contrato de concesión entre estas dos compañías (....). En el expediente tampoco existe copia del 'telex' y si esa copia obrara en el proceso, el sentido común indica que no servirá para demostrar la existencia ni el contenido y vigencia del alegado contrato de concesión.....".

No demostrado, pues, el costo cuyo reconocimiento se pretende, la decisión del a quo debe ser revocada.

b) **Los vehículos usados.**

En anexo de la declaración del período, se relaciona la venta de vehículos usados de diversas marcas, sin que respecto de éstas la actora haya probado el carácter de "concesionaria". Y como el parágrafo 2° del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1.983, "se refiere a la base gravable de los concesionarios de automóviles', no es procedente el reconocimiento del costo de los vehículos usados.....".

c) **Las carrocerías y platones.**

Se comparten totalmente los planteamientos de la Administración al respecto, expresados en la resolución N° 804 de 18 de Julio de 1.986.

d) **La sanción por inexactitud.**

Del mismo modo, a este respecto, se debe estar de acuerdo con el a-quo, en cuanto dice que, "el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1.983, no consagra como causa que exonere de la sanción el error de apreciación o la diferencia de criterio y, por lo mismo, se debe concluír que la sociedad fue inexacta al solicitar deducciones que a la postre no pudo demostrar, o a las cuales no tenía derecho, por lo cual, la sanción por inexactitud sobre las deducciones rechazadas debe mantenerse.....".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1o.- Se debe precisar, como asunto previo, que la apelante de la Administración carece de razón, en cuanto afirma que el acuerdo 21 de 1.983 no era aplicable a este ejercicio, toda vez que, tratándose de impuestos de período, como lo es el discutido, cuya liquidación y pago se debieron efectuar en la anualidad subsiguiente, esto es, la de 1.984, tales actuaciones se debían regir por las reglas del acuerdo, en virtud de los principios del efecto y vigencia de la ley en el tiempo. (Código de régimen Político y Municipal, 52).

1. **Sobre la naturaleza y efectos de la conclusión.**

La figura contractual de la concesión, si bien formalmente atípica o innominada, ya que no cuenta con regulación expresa en la ley civil o comercial, obedece, con todo, a determinadas reglas de los contratos de servicios autónomos, en la especie de los de suministro de cosas de los artículo 968 a 980 del Código de Comercio, caracterizados, principalmente, por la bilateralidad y onerosidad, la periocidad y continui-

dad de las prestaciones recíprocas y la ausencia del elemento intermediación, que es propio, tratándose de las relaciones entre productores y distribuidores, de la agencia comercial o pacto análogos.

No obstante la independencia negocial y mercantil del llamado concesionario, está sujeto éste a precisas disposiciones contractuales y legales, en cuanto a la individualización de la especie, cantidad y cuantía de los bienes objeto de los suministros periódicos, las modalidades de comercialización de los mismos y los márgenes de utilidad predecibles, de acuerdo con las normas y pautas del productor o concedente, en forma que no cabría entender el carácter de concesionario, sino refiriéndolo a los bienes específicos de cada concesión, si no fuere distribuidor exclusivo, y a las cláusulas del respectivo contrato.

Según el artículo 15 del Acuerdo 21 de 1.983, la base imponible del impuesto de industria y comercio y complementarios, se determina, según el "promedio mensual de ingresos brutos" por actividad gravable, salvo en el caso de los "concesionarios de automotores" que, por mandato del parágrafo 2° ib., en relación con "sus ventas de automotores", solo están obligados a computar, en dicha base, los beneficios líquidos que reporten éstas, aparte de los ingresos brutos por otros conceptos.

La excepción se explica, porque es ostensible que los "ingresos brutos" por la reventa de automotores adquiridos por concesión, se perciben, de hecho, por el productor o concedente de los mismos, y no por el concesionario, cuyos ingresos se contraen exclusivamente a las márgenes de utilidades que aquél le permita.

No sería razonable, en efecto, que si es concedente vende por "diez" y el concesionario, a su turno, por "doce", éste deba aclarar y tributar sobre el importe total de la reventa, es decir, "doce", no habiendo quedado a su arbitrio, ni la elección del coste más favorable, ni la opción del mejor precio de reventa.

Por ello, cuando el parágrafo citado otorga al concesionario el beneficio de computar en la base gravable solo los "márgenes de sus ventas de automotores", deba entenderse, necesariamente, aunque parezca redundante decirlo, que los bienes objeto del tratamiento preferencial son los automotores y, de éstos, exclusivamente los adquiridos por concesión, pues, en adquisiciones por negocios jurídicos diferentes, no existe limitación alguna, ni en cuanto al precio de compra, ni respecto del valor de la reventa.

Por lo mismo, es evidente que si el cuestionado beneficio es privativo del "concesionario", no es lícito extender el mismo a otras especies de distribuidores, como los agentes comerciales, factores o consignatarios, simplemente por que la norma no los menciona en parte alguna.

2. **Sobre la deducibilidad de los costos discutidos.**

Según la declaración tributaria del ejercicio, los "costos en compras" cuyo descuento se pidió, sumaron $166.236.914, discriminados en adquisiciones de "vehículos Chevrolet" ($119.891.914), "Vehículos Ford" ($12.115.489), "Vehículos Usados" ($21.092.637), "carrocerías" ($10.276.041) y "platones" ($2.860.833).

La primera partida parcial, no solamente no es objeto de controversia, sino que, de hecho, no ofrece ningún motivo de reparo, toda vez que en el cuaderno de antecedentes obra copia autenticada del contrato de concesión suscrito entre la demandante, como concesionaria, y la Fábrica Colombiana de Automotores, S.A. "COLMOTORES", como concedente, para la venta, no exclusiva, de vehículos marca "Chevrolet" producidos por ésta, que se encontraba vigente en el citado ejercicio.

No cabe decir lo mismo, en lo que respecta a la segunda partida toda vez que, como bien se anota en el concepto fiscal, en el proceso no obra original o copia del contrato de concesión con la sociedad Ford Motor Company o sus filiales. Y si con la contestación del requerimiento administrativo se anexaron copias autenticadas del registro, en la Cámara de Comercio de Bogotá, de una "credencial" que acreditaba a la actora como "concesionario autorizado" de Ford Motor Company, y de sendos certificados expedidos por filiales de ésta en el Japón y en Brasil, lo cierto es que los mismos datos de 1.981 y no prueban, por tanto, la vigencia de la concesión en 1.983, el ejercicio cuestionado.

Tampoco son admisibles como prueba de la existencia y vigencia del contrato, las cartas o mensajes cruzados entre la demandante y la supuesta proveedora o concedente, puesto que se trata de documentos privados, de contenido meramente declarativo, no ratificado conforme a la ley y, de suyo, desprovistos de autenticidad (artículo 252, Código de Procedimiento Civil).

De otro lado, si bien la facturación anexa demuestra el hecho de haberse efectuado determinadas transacciones con vehículos de la marca Ford, no acredita, en cambio, que éstos hubieren sido adquiridos por la accionante en desarrollo de un contrato de concesión con dicha compañía.

En conclusión, no demostrada la existencia y vigencia de la concesión de Ford Motor Company a sus filiales, el recurso de la Administración, en consonancia con la vista de fondo del Ministerio Público, está llamado a prosperar, debiendo revocarse el fallo atacado en este punto.

En lo que atañe a las restantes partidas del costo incurrido, esto es, las correspondientes a "vehículos usados" y "carrocerías y platones", ya se explicó suficientemente que el beneficio del descuento, que se prevé en el parágrafo 2° del artículo 15 del Acuerdo 21 invocado, opera sólo en virtud de un contrato tal que permita tener al distribuidor como "concesionario", y únicamente en relación con las ventas de los "automotores" materia de la concesión. Por consiguiente, no habiendo probado la demandante el carácter de concesionaria de vehículos usados, ni siendo admisible que el ítem de "automotores" se incluyan las carrocerías y platones, no cabe un pronunciamiento estimatorio de sus pretensiones, y en este aspecto, se debe confirmar el fallo apelado.

En efecto, la hipótesis de que ciertos componentes sigan la condición de la unidad principal a la que acceden, es inobjetable, en el caso en examen, pero siempre

que la «unidad automotora» así integrada hubiera sido suministrada originalmente por el productor o concedente, no cuando el concesionario, por su cuenta y riesgo, decide incrementar sus costos (y probablemente sus beneficios), por adiciones o mejoras del automotor no previstas en el contrato de concesión y por las cuales, obviamente, no responde el primero, ni tiene por qué aducirlas como costos suyos, teniendo en cuenta, además, que el eventual margen de utilidad sería exclusivo del concesionario.

3.**Sobre la sanción por inexactitud.**

Dada la nitidez del texto y contenido implícito del parágrafo 2° del artículo 15 de que se habla, en el sentido de que "concesionario" es quien obra en virtud de un contrato de concesión y de que la locución "venta de automotores" no es susceptible de entenderse sino como la transferencia, a título de venta, de los bienes así denominados, no son previsibles los errores de interpretación, o las diferencias de criterio.

Contrariamente, de que al vocablo "concesionario" se le asigne el significado genérico de "distribuidor", o cualquier otro, o de que se llame "Automotores" a unas carrocerías y platones, así se hubieren integrado a éstos, surge la distorsión del sentido convencional y legal que, para el caso específico, tienen tales palabras.

No justificados los yerros ni, por tanto, el hecho de que, en la práctica, se hubieren suministrado datos manifiestamente incorrectos que se tradujeron en un menor impuesto a cargo, se debe mantener la sanción.

De otro lado, es pertinente anotar que en la cuantificación de éste, solo se computó **una vez** el impuesto atribuíble a los ingresos omitidos ($1.794.123) luego es correcta su liquidación, conforme a los artículos 44 y 53 del Acuerdo 21 de 1.983.

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 parcialmente la sentencia apelada.

En su lugar, se mantiene en todas sus partes la liquidación oficial N° 51655 de 26 de Febrero de 1.986, expedida por la Dirección de Impuestos Distritales, tal como fue confirmada por las resoluciones números 804 y 195 de 18 de Julio y 29 de Diciembre del mismo año, de la misma Dirección y la Junta Distrital de Hacienda.

Como consecuencia, fíjase en la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS ($2'241.356)

el valor total de los impuestos de industria y comercio, avisos y adicional, y de la sanción por inexactitud que debe pagar la Sociedad CARCO, LTDA., Nit.: 60.000.189, por ejercicio fiscal de 1.983, con vigencia desde el 1° de Enero de 1.984.

En los demás, se confirma el fallo recurrido.

La diferencia entre la cantidad dineraria anteriormente señalada y los anticipos y pagos o abonos en cuenta efectuados por los conceptos y período antes indicados, se deben pagar junto con los intereses que haya lugar a liquidar.

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 Zarate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

DERECHO DE DEFENSA/PRINCIPIO DE CONTRADICCION/SANCION POR DESENCAJE/ENCAJE BANCARIO/POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA/SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades

Las características especiales del mecanismo de encaje y de las inversiones obligatorias, entre otras razones, explican y justifican que los redactores de la Ley 45/23 concibieron esta facultad de sancionar del Superintendente de los artículos 32 y 47 como algo especial, sin someterla al requisito de las explicaciones previas. Las garantías del artículo 26 de la Constitución, de aplicación no sólo en los procedimientos judiciales, sino en las actuaciones administrativas de índole sancionatoria, son desarrolladas por los artículos 2° y 5° de la Ley 58/82, primera parte del Decreto 01/84 en especial el principio de contradicción.

POLICIAADMINISTRATIVA ECONOMICA/DERECHO PENALADMINISTRATIVO

Estando las normas penales dirigidas a tipificar y sancionar las conductas delictivas de las personas dentro del concepto del derecho penal moderno de la "culpabilidad" sin que Colombia haya intentado cobijar en ellas a las personas jurídicas, todas las disposiciones del Código Penal obviamente se refieren a los actos cometidos por las personas naturales y no por las jurídicas. De éstas no se pude predicar culpabilidad penal, en ninguna de sus formas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta. -Bogotá, D.E., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zarate.*

Ref.: Expediente No. 1916. ACTOR: BANCO GANADERO C/ SUPERBANCARIA. Recurso Extraordinario de Anulación - FALLO -

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado de la Superintendencia Bancaria, contra la sentencia proferida en única instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de julio de 1.987. Mediante la sentencia acusada el Tribunal accedió a la pretensión del BANCO GANADERO de anular la Resolución 2830 del 4 de julio de 1.984 que le impuso una sanción de $109.696 por haber incurrido en desencaje en el mes de febrero de 1.984.

ANTECEDENTES.

Sin haber interpuesto el recurso de reposición a que tenía derecho, el Banco acudió en demanda directamente a la jurisdicción alegando violación de las siguientes normas:

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

Artículos 5o., 8o., 35 y 375 del Código Penal.

La sentencia parte de la consideración (reforzada por la exposición del constitucionalista Francisco de Paula Pérez) de que los principios contenidos en el artículo 26 de la Constitución, también son aplicables a las contravenciones de policía administrativa en el sector financiero y, en consecuencia, para imponer las sanciones se requiere:

- Ley preexistente que defina la contravención y la respectiva sanción.

- autoridad competente para conocer de ellas.

- Observancia de las ritualidades en todo su alcance.

Aceptando que las dos primeras se cumplieron en el caso por la vigencia de la Resolución 48 de 1.981 de la Junta Monetaria y del artículo 9o. del Decreto 1.963, no así la tercera por las siguientes razones que se sintetizan:

- La norma que consagra las ritualidades correspondientes y dentro de ellas la solicitud de explicaciones es el artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982 que no se cumplió, en cuanto no pidió previamente explicaciones.

- Ya desde la Ley 45 de 1.923 existía la obligación de pedir explicaciones según interpretación que hace del artículo 47.

- Esta obligación la repitió el art. 22 del Decreto 2920 de 1.982 y luego el 3o. del Decreto 1393 de 1.986 (sic) y,

- Finalmente, después del 1o. de mayo de 1.984 a falta de norma especial, serían aplicables las normas de la primera parte del Decreto 01 de 1.984 (C.C.A.) de las cuales también se deduce la misma obligación.

Con base en todas estas normas de naturaleza legal no mencionadas por el actor, el Tribunal concluyó que hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por haber desconocido la Superintendencia el derecho de defensa y el debido proceso.

EL RECURSO.

El memoralista observa que las disposiciones legales (últimamente mencionadas) "en ningún momento fueron invocadas por el actor como violadas, lo cual implica un fallo extrapetita desde el punto de vista del juzgamiento del acto administrativo, puesto que el juzgado por "cargos" que no fueron formulados por el actor, ni en la debida oportunidad (demanda)".

Concreta los cargos contra la sentencia recurrida y expone en cada aparte la violación de normas en los siguientes argumentos:

1o. Indebida aplicación del artículo 47 de la Ley 45 de 1.923, 22 del Decreto Ley 2920 de 1.982 y 3o. del Decreto 1939 de 1.986.

2o. Falta de aplicación de la Resolución 48 de 1.981 (art. 1o.) de la Junta Monetaria y por ende del literal a) del art. 23 de la ley 7a. de 1.973.

3o. Falta de aplicación de los artículos 2o. y 5o. de la Ley 58 de 1.982 y de la primera parte del Decreto 01 de 1.984.

4o. Interpretación errónea del art. 26 de la Constitución Nacional.

EL FISCAL.

La Fiscal Sexta Dra. Dolly Pedraza de Arenas, opina que no debe prosperar el recurso extraordinario de anulación propuesto por la Superintendencia en resumen, por encontrar incorrectamente formulados los cargos o contrarios a la técnica del recurso extraordinario de anulación.

Encuentra la Fiscalía que el Tribunal apoya sus consideraciones en las normas citadas pero que en definitiva la anulación no la funda en ella sino en el art. 26 de la C.N., no dándose así el factor de conexidad entre las normas que se dice transgredidas y la resolución final.

Tampoco comparte la apreciación de que se hubiere presentado inaplicación de la Ley 7a./73 y la Resolución No. 48 de la Junta Monetaria por la misma razón de que el fundamento de su determinación anulatoria fue la transgresión del art. 26 de la C.N. y tampoco puede examinarse el cargo de violación de normas que contienen principios generales como las de la Ley 58 de 1.982 (arts. 2o. y 5o.) y la primera parte del Decreto 01 de 1.984 sin precisar las que los desarrollan.

Y en cuanto al de infracción al art. 26 de la C.N., tampoco se considera técnicamente bien plantado porque afirma que el recurrente lo "describe como el error facti in judicando en que incurrió el juez al estimar vulnerado el derecho de defensa del actor, sin tener en cuenta las oportunidades que tuvo el Banco para ejercer su derecho, antes de la sanción y luego de notificada ésta".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

1o. Sobre el recurso extraordinario de anulación.

Comienza la Sala por analizar el cargo de interpretación errónea del artículo 26 de la Constitución Nacional, por ser en definitiva esta norma el sustento principal de la argumentación de la sentencia al considerar que la Superintendencia no observó las ritualidades apropiadas para imponer la sanción, en especial por no haber solicitado previamente explicaciones a la entidad bancaria sancionada.

No comparte la Sala todas las apreciaciones de la señora Fiscal sobre la incorrecta formulación del recurso de anulación, puesto que si bien es cierto que en el memorial existen apartes que conducirían al análisis de algunas circunstancias de hecho sobre si la Superintendencia impuso la sanción sobre los mismos datos suministrados por el Banco y si éste tuvo doble oportunidad de contradecir sin que lo hubiera hecho, circunstancias que conducirían a un análisis de la prueba de los hechos, lo cual no es de recibo en este recurso extraordinario, también es cierto que en su conjunto, el recurso de anulación está estructurado sobre el cargo principal de interpretación errónea del art. 26 de la Constitución, apoyado en la interpretación también errónea o indebida aplicación de las distintas normas legales que invocó la sentencia, sin que las hubiere planteado el demandante.

Sin incurrir pues en el enfoque del error facti in judicando, ni aceptar como válida la violación indirecta como lo sugiere el recurrente, se considera que el recurso planteado permite analizar la sentencia recurrida desde el exclusivo punto de vista de la causal del art. 197 del C.C.A., o sea, de la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, en los siguientes términos:

Parte la Sala del supuesto de que las garantías procesales consagradas en el art. 26 de la Constitución Nacional como derechos sustanciales a favor de personas, son de aplicación no sólo en los procedimientos judiciales, sino en las actuaciones administrativas de índole sancionatorio, aspecto en el cual no hay diferencia de criterio con el *a-quo.*

Pero en este último campo, o sea en el de la actuación administrativa pública, la Sala considera indispensable tener en cuenta que además influyen los principios también de rango constitucional que rigen esta actividad, en virtud de los cuales los funcionarios públicos sólo pueden actuar dentro de su órbita legal (art. 63) y son responsables no sólo por la infracción de las leyes sino por la extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (art. 20). En ellos se sustenta además de la presunción de legalidad de sus actos, la obligatoriedad de cumplir con las funciones que les ha encomendado la ley.

Las garantías del art. 26 de la C.N. que deben respetar en su actividad, tienen un primer desarrollo en 'los principios' consagrados en el art. 2o. de la Ley 58 de 1.982 que están vertidos con mayor precisión en el art. 3o. del Decreto 01 de 1.984, dentro de los cuales se destaca, para los efectos de este análisis, el principio de contradicción en virtud de la cual «los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por **los medios legales** (se subraya).

Esta disposición hace de esta manera una clara referencia a la garantía del artículo 26 de la Constitución, en cuanto a la observancia de "la plenitud de las formas propias de cada juicio", sin olvidar los artículos 20 y 63 que dan sustento en el campo administrativo a los límites de la actividad de los funcionarios públicos competentes, a la forma, términos y requisitos que deben guardar en su actuación. La oportunidad de conocer y controvertir las decisiones de éstos, no pueden ser otras que las consagradas a través de los "medios legales".

Y cuáles son éstos?. El mismo Decreto 01 de 1.984, se encarga de establecer su prelación al instituir que los procedimientos administrativos regulados por las leyes especiales se regirán por éstas y en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de la primera parte, que sean compatibles (art. 1o.).

Es por este camino como lo plantea el recurrente, y no por el simple probatorio que se llega al análisis de las normas que oficiosamente invocó el Tribunal para soportar su decisión de transgresión del art. 26 de la Constitución, bajo el supuesto de que éste consagra "las explicaciones previas" como integrantes de la garantía constitucional del debido proceso, a saber:

- el art. 47 de la Ley 45 de 1.923

- el art. 22 del Decreto Ley 2920 de 1.982

- el art. 3o. del Decreto 1939 de 1.986 (erróneamente mencionado con el No. 1393) y,

- la primera parte del Decreto 01 de 1.984.

Sobre el artículo 47 de la Ley 45 de 1.923, el recurrente recordó cómo conforme a jurisprudencia de esta Sección de 1.984 y reiterada en 1.987, no cabía la interpretación dada por el Tribunal pues había dicho sobre el punto concreto y después de examinar las normas pertinentes, que ".....cuando la entidad de inspección y vigilancia concluye, a partir de los informes.....() que se presenta una situación transgresora de los preceptos legales, debe imponer de manera inmediata las sanciones pertinentes, sin necesidad de solicitar explicación alguna, por cuanto la sociedad vigilada misma está dando fé de su propia pretermisión legal a través del balance presentado" (Expediente No. 6805 fallo de julio 22/84 Consejeros Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Gustavo H. Rodríguez R., Carmelo Martínez Conn).

Esta, que ha sido la jurisprudencia reiterada de la Sección, indicaba la inaplicabilidad del art. 47 en el sentido tomado por el a-quo en el negocio sometido a su conocimiento. Máxime cuando la demanda ni siquiera se mencionó tal disposición, ni tampoco entró el Tribunal a examinar el artículo 32 también de la ley 45 de 1.923 que era más pertinente en forma directa.

En cuanto al artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982, claramente surge de su texto que por ser norma genérica que consagra la facultad de imponer multas de $500.000 a $2'000.000 cuando el Superintendente "se cerciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido". Es comprensible que esta facultad sancionaria puede ejercerse cuando no exista una sanción específica, pues de lo contrario cabría la posibilidad de la doble sanción, una por la norma especial y otra por la general del art. 22, lo cual es inadmisible.

De suerte que esta facultad del Superintendente que pude ejercer "después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia" es diferente a la que en este proceso ejerció el Superintendente para sancionar los defectos de encaje. Por tanto, no le era aplicable esa norma.

Como no lo era tampoco el art. 3o. (letra n) del Decreto 1939 de junio 19 de 1.986 (y no el 1393 como erróneamente lo citó el Tribunal) por la sencilla razón de haberse expedido después de realizado el acto que se imputa, después de haberse dictado la resolución sancionatoria y aún después de haberse presentado la demanda. Juzgar la actividad del Superintendente a la luz de la ley inexistente fué un manifiesto error del Tribunal.

Y en cuanto al cargo de la indebida aplicación de las normas contenidas en la primera parte del Decreto 01 de 1.984, ciertamente por la forma genérica como se planteó no es aceptable en la técnica del recurso de apelación. Pero no puede dejar de

comentarse el apoyo que en ellas hizo la sentencia resulta ilegal dado su carácter supletorio frente a la existencia de normas especiales que son de preferente aplicación. Con este criterio, en primer lugar eran aplicables la Resolución 48 de 1.981 y la Ley 7a. de 1.973. Considerar que en el procedimiento consagrado en éstas para imponer sanciones por desencaje, existen "vacíos" por no contemplar el requerimiento previo de explicaciones, es una interpretación errada, puesto que el "medio legal" para el trámite específico en materia sancionatoria a cargo de la Superintendencia Bancaria es el que está dado específicamente por la Ley 45 de 1.923 y sus normas complementarias.

La Sala reitera su opinión expresada en otras ocasiones en el sentido de que el ejercicio de la función policiva en forma permanente y continua sobre entidades vigiladas con el fin primordial de conservar el orden público económico y la confianza en el sistema financiero, así como las características especiales del mecanismo del encaje y de las inversiones obligatorias, su importancia en el mercado monetario y por ende en la economía general del país, la velocidad de los acontecimientos que regulan, la necesidad de que las disposiciones de la Junta Monetaria se obedezcan sin dilación alguna, todo ello explica y justifica que los redactores de la Ley 45 de 1.923 maestros en estas materias, concibieron esta facultad de sancionar del Superintendente de los artículos 32 y 47 como algo especial, sin someterla, como sí lo hizo con relación a otras conductas prohibidas, al requisito de las explicaciones previas.

Adicionalmente se consignan algunas observaciones con relación a otros aspectos que se han mencionado en este debate, a saber:

La adopción de los balances y estado financieros presentados por la misma entidad vigilada como prueba de la infracción, tiene por fundamento la misma Ley 45/23 que autoriza al Superintendente para solicitar informes periódicos y el valor probatorio de ellos descansa en la Ley 145 de 1.960 que revisten de presunción de veracidad a los estados financieros firmados por contador público y los que para estos efectos presentan las entidades vigiladas, además de la firma del representante legal, ostentan las de Revisor Fiscal y Contador, ambos necesariamente contadores públicos.

Es por ello que la Superintendencia les da credibilidad en forma íntegra, es decir, tanto en lo favorable como en lo desfavorable. No se requieren pruebas adicionales para aceptar las cifras con las cuales el banco afirma estar cumpliendo los cupos del encaje legal; por ello, correlativamente, tampoco se necesitan cuando la misma entidad establece el desencaje y muestra en forma fidedigna las bases y datos que colocan en la conducta sancionable del desencaje.

Si fué la Ley 45 de 1923, en consideración a estas especiales razones de política monetaria, la que estableció este procedimiento sería esta ley la infractora de la Constitución, mas no la Resolución del Superintendente que la utilizó con un criterio que el Consejo de Estado ha considerado correcto en reiterada jurisprudencia.

Y, menos aún puede aceptarse que esta actuación del Superintendente resulta anulable con la invocación oficiosa por parte del Tribunal de disposiciones que no fueron mencionadas en la demanda de nulidad.

Con base en lo anteriormente expuesto, se concluye que la sentencia merece ser anulada por interpretación errónea del art. 26 de la Constitución Nacional.

2°. Sobre la demanda.

La Sala procede a examinar la demanda inicial, sus pretensiones y fundamentos.

Como se relató al comienzo, la solicitud de anulación de la Resolución sancionatoria se funda en la transgresión del artículo 26 de la Constitución Nacional; del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y de los artículos 5, 8, 35 y 375 del Código Penal.

En cuanto al primer planteamiento está dicho que no se encuentra transgredido el art. 26 de la Constitución.

En cuanto a la violación de las normas del Código Penal y de Procedimiento Penal, reitera su criterio de no ser aplicables en el campo administrativo.

Estima, que estando las normas penales dirigidas a tipificar y sancionar las conductas delictivas de las personas dentro del concepto del derecho penal moderno de la "culpabilidad" sin que Colombia haya intentado cobijar en ellas a las personas jurídicas, todas las disposiciones del Código Penal obviamente se refieren a los actos cometidos por las personas naturales y no por las jurídicas. De estas no se puede predicar algunos de los tres grados de culpabilidad que indica el art. 35 del Código Penal : el dolo, la culpa o la preterintención. Aún no se ha explicado en qué forma una persona jurídica puede tener estas manifestaciones exclusivas de la inteligencia y la voluntad humanas y estas diligencias tratan de sanciones a una entidad bancaria como persona jurídica que es, no a sus directores o funcionarios como personas naturales.

Por estas razones, que no es del caso ampliar, la Sala no ha compartido el criterio penalista del demandante con el convencimiento de que el estudio y desarrollo del Derecho Administrativo permiten encontrar soluciones a problemas del manejo de la cosa pública.

Sobre el particular ha dicho esta Sala :

> ".... Ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control judicial de la medida sancionadora permiten ver en esa materia una cuestión de naturaleza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se vé que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones contra conductas lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de la libertad personal ....."

(Exp. 1035 Sentencia del 24 de julio de 1.987, Sección Cuarta, Ponente : Dr. Hemán Guillermo Aldana Duque).

«Además el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico.

«Para implantar sus políticas, el estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de ahorro de valor constante que solamente puede hacerse a través de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento de culpabilidad, en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de las personas naturales (Exp. 1028 Sentencia de junio 26 de 1.987 Sección Cuarta. Ponente : Jaime Abella Zárate).

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:

Declárese nula la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de julio de 1.987 en el Expediente 2066 Actor : BANCO GANADERO.

En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente - Salva el voto - Jaime Abella Zarate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

DEMANDA-Requisitos/ **COPIA DEL ACTO/ ANALOGIA**-Improcedencia

Si bien en la demanda, no aparece un capítulo especial que se refiere a los "actos demandados", en el capítulo titulado "Hechos y Omisiones", se identifican suficientemente cada uno de los diversos actos administrativos expedidos en la vía gubernativa y a través de los cuales se precisó el gravamen cuestionado, lo cual a juicio de la Sala es suficiente para que se entienda cumplido el requisito que al efecto exigen los artículos 137 y 138 del Decreto 01 de 1.984. La parte actora ni acompañó oportunamente la copia del acto demandado ni solicitó que se obtuviera por el ponente, lo cual constituye una omisión que impide al juzgador, por expreso mandato legal un pronunciamiento con base en las citadas disposiciones, no probadas en el proceso. Las nulidades procedimentales de los actos que determinan un impuesto son taxativas, razón por la cual no es posible aplicar por analogía, a un impuesto distrital, las normas que regulan un impuesto diferente de carácter nacional, más cuando el vacío legislativo que pretende llenar el apelante no existe, sino que al proceso no se aportaron las normas locales pertinentes invocadas en la demanda.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo .- Sección Cuarta. -Bogotá, Diciembre siete de mil novecientos noventa.

Ref.: Radicación 2721. Apelación sentencia de 17 de Julio de 1.989 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra la operación administrativa que determinó el impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1.983. Actor: J. Glottmann S. A. F A L L O.

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado, por la Sociedad J. GLOTTMANN S.A., la actora, contra la sentencia de primer grado, de

17 de Julio de 1989, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido en relación con actos de determinación y discusión de lo impuestos de industria y comercio y avisos y sanción por inexactitud, del período impositivo de 1.983, expedidos por la Dirección Distrital de Impuestos y la Junta Distrital de Hacienda.

ANTECEDENTES:

A través de la liquidación oficial N° 52583 de 26 de Febrero de 1.986, se determinaron diferencias, a favor de tesorería, por concepto de los impuestos del ejercicio y una sanción por inexactitud, en cuantías de $16.489.669 y $23.556.672, respectivamente, por causa de "ingresos no declarados" y "deducciones improcedentes".

Por resolución N° 941 de 1° de Agosto de 1.986, que desató el recurso de reposición interpuesto, se denegaron las pretensiones de nulidad del acto liquidatorio, fundadas en las alegadas ausencia de motivación de las modificaciones introducidas y desestimación de la prueba documental anexa a la contestación del requerimiento previo, por estimarse suficiente la explicación sumaria, pero comprensible, inserta en dicho acto, y al contrario, deficientes la prueba aportada y la declaración tributaria misma. Con todo, se accedió a revocar una parte de la sanción por inexactitud.

La resolución N° 134 de 24 de Abril de 1.987, que decidió la apelación subsidiaria, confirmó íntegramente la providencia apelada.

LA DEMANDA:

El libelo sustenta las nulidades del proceso gubernativo que, a continuación, se extractan:

a) **"Por silencio administrativo positivo"**, de conformidad con el artículo 64 del Acuerdo 21 de 1.983, en conexión con el artículo 77, letra b), del Acuerdo 9 de 1.985, por cuanto la notificación edictal de la providencia que resolvió la apelación subsidiaria, excedió el término de seis meses contemplado en el primero, más es de tres meses de suspensión, previsto en el segundo, provocado éste por el decreto de prueba, generándose la nulidad de tal providencia y de los actos ahí confirmados, en virtud del silencio administrativo.

Sobre el particular, se explica que habiéndose sustentado "ab initio" el recurso subsidiario, el plazo de que disponía la Junta Distrital de Hacienda para resolverlo, se debía contar desde la notificación de la resolución apelada, cumplida el 8 de Agosto de 1.986, y extenderse, como máximo, al 8 de Mayo de 1.987, sin embargo de lo cual, la decisión pertinente, contenida en la resolución 134 de 24 de Abril del mismo año, solo se vino a notificar el 25 de Mayo subsiguiente.

b) **"Por falta de explicación sumaria (....) en la liquidación oficial"**, con fundamento en el artículo 47, numeral 11, del precitado Acuerdo distrital 21 de 1.983, por tratarse de un requisito sustancial del acto de liquidación, de origen constitucional, que en ningún caso podría entenderse satisfecho, como lo pretende la Administración Distrital, por la colocación de "una X frente a dos o tres conceptos generales preimpresos en una forma elaborada por un computador .....".

Así, la motivación tendría que haber expresado, "como raciocinio jurídico", por qué no se había admitido, o se había admitido sólo en parte, la prueba documental esgrimida entonces, no en acto separado, sino dentro del mismo texto de la liquidación, omisión ésta que habría dado lugar, además, a la causal 4a. de nulidad del artículo 57 de la ley 52 de 1.977, aplicable por analogía en materia tributaria.

c) **"Por ilegal calificación de la prueba contable"**, en términos del artículo 73 del mismo Acuerdo 21 de 1.983, en conexión con el artículo 98 de la ley 9a. de 1.983, supuesto que, con la contestación del requerimiento administrativo, se había acompañado un certificado del revisor fiscal de la Compañía, donde se discriminaba el valor de los ingresos brutos del ejercicio, correspondientes a Bogotá y el resto del país, así como la cuantía de las devoluciones en cada caso, los aportes patronales y los ingresos por enajenación de activos fijos, del cual, únicamente se tuvieron en cuenta los actos concordantes con otros medios de prueba aportados.

Seguiríase de ello una pretensión exorbitante de la Administración, en lo tocante a la carga de la prueba, pues, a más del certificado de contador público o de revisor fiscal y de las relaciones anexas, se estarían exigiendo medios complementarios que conciernen a la inspección y peritazgo contables, restándole mérito a las atestaciones del contador que, por sí solas, constituyen prueba suficiente.

O, en otros términos, que de no ordenar la Administración la inspección y peritazgo, debe aceptar el certificado del contador o revisor fiscal expedido con las formalidades legales, ya que la inspección y pericia no se pueden trasladar al contribuyente, como carga de éste, para que presente su contabilidad a los funcionarios impositivos, directamente o en copias.

EL FALLO APELADO:

Habiéndose propuesto, por la parte demandada, la excepción de inepta demanda, con fundamento en el artículo 141 del decreto 01 de 1.984, en razón de no haberse acompañado a aquélla, o solicitado como prueba en la misma, la copia hábil de las disposiciones de alcance meramente local citadas como violadas, esto es, las de los acuerdos distritales 21 de 1.983 y 9 de 1.985, el a quo estima, sin embargo, que la inobservancia de dicho precepto no es causa de la ineptitud aducida, cuando se alegue, como en el caso, la infracción de otras normas aplicables que permitan al juez un pronunciamiento de mérito.

Niega, pues, prosperidad a la excepción, mas sin perjuicio de que respecto de los cargos fundados en la violación de disposiciones de alcance no nacional, se abstenga de un estudio específico.

Desoye, igualmente, el alegato de la misma parte, sustentado en la supuesta falta de individualización de los actos acusados, conforme al artículo 138, numeral 2°, ib., por observar que en la demanda aparecen identificados, sin excepción, todos los actos "que conforman (la) operación administrativa, lo cual es suficiente para que la Sala considere cumplido el requisito en cuestión .....".

En lo atañedero a las nulidades impetradas en la demanda, que remiten al "silencio administrativo positivo", la "falta de explicación sumaria" y la "ilegalidad de la calificación de la prueba", halla que, fuera de los preceptos de alcance no nacional citados, la demandante invoca los artículos 57 de la ley 52 de 1.977, 98 de la ley 9a. de 1.983 y 26 de la Constitución Nacional.

Advierte, con todo, por una parte, que según lo "reiterado (por) este Tribunal en numerosos fallos (...) las nulidades de los actos administrativos liquidatorios de impuestos son taxativas y no pueden decretarse aplicando las normas que las consagran mediante una interpretación extensiva o analógica, a casos no previstos en ellas en forma específica" y, por otra, que los aludidos preceptos regulan la determinación del impuesto nacional de renta y, por la misma razón anterior, no son aplicables al impuesto distrital de industria y comercio.

Así mismo, que el artículo 26 de la Constitución, que "consagra el principio general del debido proceso", solo es quebrantable, "en cuanto tal proceso se halle específicamente consagrado en la ley .....".

En consecuencia, deniega las peticiones de la demanda.

El fallo tiene la aclaración de voto de la Magistrada Miren de la Lombana de Magyaroff, para quien, en suma, la carga de probar normas de alcance no nacional no es presupuesto formal de la demanda y, por tanto, la consecuencia de que tal prueba no se aporte, no es la ineptitud de la demanda, sino la negativa de las pretensiones de ésta.

LA APELACION:

Las siguientes son, en síntesis, las razones expuestas para recurrir:

c) La sentencia debió tener por cumplido el cuestionado requisito de la aportación, o petición, de copias de las disposiciones de alcance local, ya que, previamente, de conformidad con los artículos 143 y 207 del decreto 01 de 1.984, se había admitido la demanda, sin que se le señalaran defectos, lo que implicaba el saneamiento

implícito de éstos; con mayor razón tratándose del conocimiento del derecho, así no fuera éste de carácter nacional, pues su ignorancia no exime del cumplimiento del mismo a ningún ciudadano, menos al ponente y a los magistrados del Tribunal del conocimiento encargados de decidirlo, para quienes unos acuerdos expedidos y frecuentemente demandados en su propia sede, constituían hecho notorio, al punto de que si les hubiera sido solicitado expresamente el acopio de su texto, bien podrían haber prescindido de esa formalidad, sin dar lugar a una decisión inhibitoria, o a una sentencia, como la impugnada, limitada solo al examen de una norma de carácter nacional (el artículo 57 de la ley 52 de 1.977) que contradictoriamente denegó la aplicación analógica fundada en el vació normativo, para lo cual necesariamente tuvo que examinar el acuerdo 21 de 1.983 para verificar tal vacío.

b) Respecto de la nulidad impetrada, por violación del artículo 47, numeral 11, del Acuerdo 21 de 1.983, en concordancia con el artículo 35 del decreto 01 de 1.984, cabe la analogía con la causal 4a. del citado artículo 57 de la ley 52, dado el vacío en el punto del acuerdo municipal, conforme a lo estatuido en el artículo 8° de la ley 153 de 1.887, toda vez que, por el principio de la reserva de la ley, no es aplicable la analogía en materia sustancial tributaria, ni en lo penal, pero sí en lo que concierne a lo procedimental.

Además, las nulidades en el juicio de impuestos, dicen relación con cualquier ilegalidad sustancial o procedimental en que hubiera incurrido la Administración, así aquélla no estuviere expresamente contemplada en la ley como causa de nulidad o de revocación.

Lo anterior, sin perjuicio de las restantes nulidades no estudiadas por al a quo pero también denegadas.

Al escrito de apelación se anexó copia del Acuerdo 21 de 1.983.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La representante judicial de la parte opositoria dice, en resumen:

a) De la nulidad "por silencio administrativo positivo", que si bien la notificación de la providencia que decidió el recurso de apelación, se notificó por fuera del término señalado en el artículo 64 del Acuerdo 21 de 1.983, más el lapso de suspensión del artículo 77, literal b), del Acuerdo 9 de 1.984, debido a que no se pudo hacer la notificación personal, no obstante haberse intentado varias veces ésta, no se entiende cómo podría pretenderse la nulidad de un acto, con base en la propia renuencia de la interesada a notificarse, debiendo, en cambio, exigirse responsabilidad de la misma por tal conducta.

b) De la nulidad "por falta de explicación sumaria", que habiéndose notificado previamente un requerimiento donde se hizo saber a la contribuyente que las modifi-

caciones de su liquidación privada obedecían a "ingresos no declarados y deducciones improcedentes", no era dable alegar el desconocimiento de los motivos así expuestos.

c) De la nulidad "por ilegal calificación de la prueba contable", que de conformidad con el artículo 72 del Acuerdo 21 de 1.983, la contribuyente estaba obligada a probar los factores declarados por los que se le requiriera, lo que no hizo.

Por último, respecto del fallo impugnado, que se debe confirmar el mismo, pues las razones en que se sustenta, son las mismas aducidas en su alegato de conclusión en la primera instancia.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Señora Fiscal Sexta de la Corporación, se pronuncia por la confirmación de la sentencia apelada, por considerar que si bien la ausencia de los elementos de juicio en cuestión no implicaba ineptitud de la demanda, "la falla probatoria obliga a que se denieguen las súplicas por no haberse probado los cargos de violación .....".

Y por lo que hace a la infracción del artículo 57 de la ley 52 de 1.977, que, como lo dijo el Tribunal a quo, se trata de disposición que gobierna procedimientos específicos en materia de la determinación de impuestos nacionales, no confrontable con las especiales atinentes a la liquidación de impuestos distritales.

"La analogía que reclama la accionante - añade - no es de recibo, pues se trata de nulidades procedimentales que han sido consagradas taxativamente para ritualidad distinta y menos aún cuando el vacío normativo que pretende llenarse no ha sido probado por quien lo alega .....".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- La Sala comparte plenamente la decisión del a quo mediante la cual desecha la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y la petición de fallo inhibitorio en razón de que no se dió cumplimiento al artículo 141 del Decreto 01 de 1.984 que exige se adjunten las normas de alcance no nacional y porque no se individualizaron debidamente los actos demandados, según la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá.

En efecto, en relación con el último aspecto, si bien en la demanda, no aparece un capítulo especial que se refiere a los "ACTOS DEMANDADOS", en el capítulo titulado "HECHOS Y OMISIONES", se identifican suficientemente cada uno de los diversos actos administrativos expedidos en la vía gubernativa y a través de los cuales se precisó el gravamen cuestionado, lo cual a juicio de la Sala es suficiente para que se entienda cumplido el requisito que al efecto exigen los artículos 137 y 138 del Decreto 01 de 1.984.

Y en cuanto a la omisión en que incurrió la parte actora al no allegar copia de los Acuerdos 21 de 1.983 y 9 de 1.985 del Concejo Distrital, es cierto como lo sostiene el *a quo*, que no implica la ineptitud sustantiva de la demanda, toda vez que las pretensiones de la misma, se fundan además, en la violación de otras normas.

Por lo anterior la excepción de inepta demanda no podía prosperar, tal como lo decidió el *a quo*.

2.- De conformidad con el artículo 141 del Decreto 01 de 1.984, cuando se invocan como violadas normas de alcance no nacional, el demandante deberá acompañar su texto debidamente autenticado o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente.

En el presente caso, la parte actora ni acompañó oportunamente la copia, ni solicitó que se obtuviera por el ponente, lo cual constituye una omisión que impide al juzgador, por expreso mandato legal un pronunciamiento con base en las citadas disposiciones, no aprobadas en el proceso.

El hecho de que el Magistrado Sustanciador, hubiere admitido la demanda no implica como lo pretende el apelante el saneamiento de la citada omisión, la cual surge directamente de una exigencia legal y por ello ante dicha disposición expresa tampoco es aceptable el argumento de que los Magistrados del Tribunal a quo conocen la norma en cuestión, toda vez que no se trata de que la conozcan o no, sino del cumplimiento de una exigencia legal que obliga a la parte actora a «probar» las normas invocadas de alcance no nacional.

Y la presentación de la citada copia, en la oportunidad del recurso de apelación, resulta claramente extemporánea, en cuanto ya se había proferido la sentencia del *a quo*.

Por todo lo anterior, el recurso de apelación no puede prosperar en este aspecto, toda vez que la transgresión de las normas locales no se encuentra probada procesalmente.

3.- Y en cuanto a la aplicación por analogía del artículo 57 de la ley 52 de 1.977, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal y la vista fiscal, en el sentido de que las nulidades procedimentales de los actos que determinan un impuesto son taxativas, razón por la cual no es posible aplicar, por analogía, a un impuesto distrital, las normas que regulan un impuesto diferente de carácter nacional, más cuando en el caso de autos, el vacío legislativo, que pretenden llenar el apelante no existe, sino que al proceso, no se aportaron las normas locales pertinentes invocadas en la demanda.

Por todo lo anterior el recurso de apelación no puede prosperar.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

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 Zarate, Ausente, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

SUPERINTENDENCIA BANCARIA- Facultades/ **POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA/ DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO/ CADUCIDAD/ PRESCRIPCION/ SANCION POR DESENCAJE**

Ciertamente la Sala ha reafirmado la naturaleza administrativa y no penal de la función de vigilancia y control atribuida por la Constitución Nacional a la Superintendencia Bancaria. Los parámetros de las facultades del Superintendente están delineados claramente (D. 2920 de 1.982, arts. 22 y 23) y no es necesario acudir al código penal para escudriñar su sentido; si fuere necesario, hoy basta consultar los principios consagrados en la primera parte del Decreto 01 de 1.984. Ni es dable confundir el fenómeno de la prescripción de la acción penal a la cual se refiere el artículo 9° de la Ley 2ª de 1.984 (del 16 de enero) con la caducidad de la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas establecida por el artículo 38 del Decreto 1 de 1.984 (enero 2) a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta. -Bogotá, D.E., Diciembre siete (7) de mil novecientos noventa (1.990).

Ref.: Expediente No. 2463. Actor: BANCO DE CREDITO. AUTORIDADES NACIONALES. F A L L O

Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zarate

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del BANCO DE CREDITO, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 17 de noviembre de 1.988, que denegó las pretensiones de la demanda contra los actos administrativos que impusieron la obligación de pagar a la Nación, como sanción la suma de $750.000.

ANTECEDENTES

Previas solicitudes presentadas a la Superintendencia Bancaria el 9 de septiembre y el 16 de octubre de 1.980, el BANCO DE CREDITO obtuvo autorización para construir un edificio para su propia sede, por un valor aproximado de $400 millones; licencia que le fue comunicada mediante oficio DB-3984/41393 el 5 de noviembre de 1.980 y en el cual se anotó: "Teniendo en cuenta que la operación cumple los fines previstos en el literal a) del numeral 16 del artículo 85 de la Ley 45 de 1.923, y que se han cumplido por parte de la entidad los requisitos exigidos para el efecto, este Despacho aprueba su petición".

El 14 octubre de 1.982, el Banco de Crédito, por medio de oficio No. 10184 comunicó a la Superintendencia que había iniciado las obras de construcción, y solicitó autorización para adelantar la obra a través de una sociedad de responsabilidad limitada, en la cual el Banco tendría una participación en su capital.

El 22 de agosto de 1.983, el Banco ratificando que la obra solo pudo empezar en 1.982, porque la licencia de construcción solo fué aprobada el 10 de julio del mismo año, solicitó autorización para exceder el presupuesto inicial aprobado de $400 millones hasta $1.100, como consecuencia de la inflación existente en el país y del incremento en los costos de la construcción; y en cumplimiento de los dispuesto en la Circular Externa Nò. DAB-039 de 1.982, adjuntó copia del acta de la Junta Directiva, donde se impartió la autorización para invertir dicho exceso.

El 27 de enero de 1.984, y con el fin de tomar una decisión definitiva sobre la petición formulada, la Superintendencia solicitó al Banco información adicional, la que fue suministrada en comunicación que dirigió el 22 de febrero del mismo año y en la que la entidad reiteró la solicitud de ampliación de la inversión.

El 31 de mayo de 1.984 en comunicación radicada bajo el número 031225 dijo el Banco: "Como hasta ahora esa Superintendencia no se ha pronunciado al respecto, (petición de ampliación inversión) me permito informarle que la obra ha continuado su curso normal, pues, además de que hemos tenido capacidad financiera para ello y al mismo tiempo atender adecuadamente los requerimientos de crédito de nuestra clientela, la suspensión de la construcción en su estado actual ocasionaría al Banco graves perjuicios económicos y de prestigio".

Previo requerimiento del 27 de noviembre de 1.984, la Superintendencia expidió la Resolución No. 1068 del 19 de marzo de 1.985. Impuso al Banco de Crédito la obligación de pagar a la Nación como sanción, la suma de setecientos cincuenta mil pesos, como quiera que sin contar con su autorización, excedió en forma sustancial el monto de la inversión inicialmente autorizada, comprometiendo recursos más allá de los considerados razonables, dada la estructura financiera de la entidad con flagrante violación del oficio No. DB6216/00151 del 4 de enero de 1.983, según el cual se le autorizó para construir una sociedad de responsabilidad limitada cuyo objeto exclusivo sería el de adelantar la construcción del edificio parte para el acomodo de

sus oficinas de Bogotá y parte para enajenar, con un presupuesto que no podía exceder en ningún momento de la suma de $400 millones de pesos. Además de que también violó las disposiciones contenidas en la Resolución 609 de 1.968 y la Circular DAB-057 de 1.978, expedidas en desarrollo del numeral 16 del artículo 85 de la Ley 45 de 1.923.

Interpuesto el recurso de reposición contra la citada providencia la Superintendencia, como los mismos argumentos que sirvieron de fundamentación para la expedición de la impugnada, confirmó en todas sus partes su decisión a través de la Resolución No. 3204 de junio 5 de 1.986.

Agotada la vía gubernativa demandó el actor ante la jurisdicción la nulidad del artículo 1° de la Resolución No. 1068 del 19 de marzo de 1.985 e igualmente la nulidad de la Resolución No. 3204 de junio de 1.986, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó la devolución inmediata de la cantidad de setecientos cincuenta mil pesos ($750.000) más los intereses de mora, a la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria, desde la fecha de la presentación de la demanda hasta el día en que se verifique el pago.

Insiste el demandante en síntesis, que las circunstancias que determinaron el mayor valor vinculado a la construcción no tipifican de manera alguna un desconocimiento de las normas que la agencia gubernamental invoca fueron violadas por la entidad.

El Banco solicitó autorización inicial para invertir en forma previa a la suscripción de los respectivos contratos, agrega, y fué por un valor aproximado, no incluía intereses ni en general costos indirectos, ni tenía límite en el tiempo.

Para invertir el exceso sobre el monto inicialmente autorizado, anota, "bastaba por enviar a la Superintendencia Bancaria una solicitud con copia del acta de la junta directiva del Banco en donde se imparte la respectiva autorización y así procedió oportunamente el Banco.

La conducta de la entidad crediticia estuvo a fin, ajustada a derecho, cumplió con todos los requisitos que reglamentan la construcción de inmuebles por entidades financieras y se encuentra "justificada en la necesidad de continuar y concluir una obra que de haber sido paralizada hubiera causado inevitablemente una pérdida mucho mayor para la institución".

Por último alega el fenómeno de la prescripción.

Citó como disposiciones violadas las siguientes: Art. 85, numeral 16 de la Ley 45 de 1.923; Circular DAB-57 de 1.978; Resolución 609 de 1.968; Circular Externa DAB-039 de 1.982 de la Superintendencia Bancaria; Artículo 45 de la Constitución Nacional y 1°, 4° y 6° del Decreto 2733 de 1.959 entre otros.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo negó las pretensiones de la demanda. Dijo el *a-quo* en resumen: La Superintendencia fué clara al expresar en el oficio DB-3984 de noviembre de 1.980, que la inversión total del Banco, incluídos los aportes de capital y créditos otorgados a la sociedad no podían exceder en ningún momento de $400 millones, así que como el Banco invirtió una suma superior, sin autorización previa de la Agencia gubernamental, actúo desconociendo la orden impartida por ésta.

Admite que la Superintendencia actuó negligentemente al no resolver oportunamente la petición formulada por el Banco, pero "ello no desvirtúa la legalidad de los actos acusados, por cuanto evidentemente el Banco de Crédito hizo inversiones por una suma superior a la autorizada por la entidad de vigilancia, lo cual le permitía a ésta imponer una sanción como la que impuso".

Ratifica que la sanción se aplicó por la Superintendencia con fundamento en la falta de autorización para invertir el exceso autorizado, no porque se hubiera operado el silencio administrativo negativo.

En lo atinente al cargo que hace la demandante de que hubo una aplicación indebida de la Circular DAB-057 de 1.978 y de la Resolución 609 de 1.968 al considerar que aquellas reglamentan lo pertinente para la solicitud inicial de la inversión y nada establecen para el hecho de que se presenten excesos sobre el presupuesto originalmente aprobado y por lo tanto la norma aplicable era la Resolución No. 2678 de 1.982, anota la sentencia objeto de apelación que la disposición aplicable es la Instrucción 11 de la Circular Externa DAB-039 de 1.982 de la Superintendencia, como quiera que la Resolución 609 citada alude a la solicitud inicial y la Circular Externa DAB-057 si bien es cierto contiene una instrucción para construcción, adquisición y adiciones y mejoras superiores al 20% del costo de compra de bienes inmuebles por parte del Banco, la realidad es la que tiene carácter general frente a la especial de la Circular Externa DAB-039 que regula precisamente el caso materia de controversia, pero el hecho de que se hubiera invocado como fundamento para la imposición de la sanción aquella regulación legal y no la última Circular citada, no significa que estén viciados de nulidad los actos administrativos que la aplicaron.

Concluye al *a-quo* advirtiendo que la sanción impuesta es de naturaleza administrativa y no penal como pretende la entidad demandante y que la caducidad de la facultad para imponer la sanción no se dá porque cuando ésta se impuso no había precluído el término de tres años establecido en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

DE LA APELACION

La parte actora insiste en sus reclamaciones. No está de acuerdo con la sentencia porque ésta asignó carácter administrativo y no penal a la sanción impuesta por la

Superintendencia Bancaria; e igualmente invoca jurisprudencia emitida por la Corporación sobre el particular.

PARTE OPOSITORA

La apoderada judicial de la Superintendencia Bancaria se opone a las pretensiones de la apelante y solicita se confirme la sentencia apelada. No define ni justifica la actuación negligente de la entidad representada y, en cambio adhiere a lo expuesto por le Tribunal sobre este particular.

CONCEPTO FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación solicita se confirme la sentencia objeto de apelación y se ponga en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, las irregularidades de morosidad y quebrantamiento de los principios de economía, celeridad y eficacia de la actuación administrativa que originó la demanda e imputable a la Superintendencia Bancaria.

Critica el Ministerio Público, la conducta negligente de la Administración, entidad que paradójicamente tiene como función vigilar y aplicar sanciones disciplinarias al sector financiero del país.

Resalta el hecho de que la solicitud de autorización para exceder el presupuesto inicialmente aprobado, se haya formulado el 22 de agosto de 1.983, y tan solo el 27 de enero de 1.984, ésto es cinco meses después, y mas aún en noviembre del mismo año, la entidad vigilante solicitara informaciones y explicaciones al Banco, para tener elementos de juicio con que decidir sobre su petición, no obstante la premura que siempre manifestó el ente crediticio sobre un pronunciamiento oficial.

Del estudio jurídico de las objeciones que se le hacen a la sentencia del Tribunal *a-quo* el Ministerio Público concluye así:

Es claro que la autorización para invertir $400 millones de pesos, no significaba asentimiento administrativo para efectuar una inversión superior, no obstante las explicaciones del incremento en el precio por causa de la inflación.

Es cierto que la inversión complementaria hasta por la cantidad de 1.000 millones de pesos se efectuó dentro de las directrices legales de la Superintendencia Bancaria, pero esto no significaba que el Banco quedara habilitado para continuar la ejecución de una obra cuyo presupuesto se había autorizado hasta por $400 millones de pesos.

De donde resulta que el Banco infringió la ley, "no es dable a la jurisdicción estructurar sobre la morosidad y desidia de la Administración, una fórmula sancionatoria del acto administrativo en sí y erigirlo en causal de nulidad".

En cuanto a la acusación de la indebida aplicación de la Circular DAB-057 de 1.978 y la Resolución 609 de 1.968 de la Superintendencia Bancaria, respecto a la afirmación del desconocimiento de principios rectores del Código Penal sobre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y sobre el fenómeno de la prescripción también invocada por la demandante, comparte las motivaciones del Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En síntesis la apelación se sustenta en haber desconocido el Tribunal el carácter penal de la función sancionatoria ejercida por la Superintendencia Bancaria, carácter que había reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado y que el *a-quo* modifica al acoger los planteamientos expresados en la sentencia del 30 de mayo de 1.987 de esta Sección y que conduce a desconocer los principios de legalidad, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y favorabilidad que constituyen la columna vertebral del Derecho Penal.

Causa sorpresa de la apelante que se haya acogido tal criterio frente a la expresa manifestación de la ley cuando en al capítulo III del Decreto 2920 de 1.982 estatuye un conjunto de disposiciones orientadas a la "Protección penal de la confianza en el sistema financiero" y dentro de ellas la multa de que trata el artículo 22 que fue impuesta.

Esa falta de considerar el carácter penal de la actividad de la Superintendencia condujo a que el fallo desestimara que la conducta del Banco estuvo **justificada** en los términos del numeral 5° del artículo 99 del Código Penal, refiriéndose al artículo 29 que trata de las causales de la justificación del hecho punible, pues afirma que la suspensión de la obra del edificio le hubiera causado un grave perjuicio no solo patrimonial sino de prestigio ante los clientes y el público en general. Y la falta de culpa del Banco está además demostrada con la orden de comunicar al Ministerio Público para invertir la conducta negligente de los funcionarios de la Superintendencia.

Igualmente ese criterio, apartado del lineamiento penal, condujo a desconocer el término de prescripción de un año consagrado en el artículo 9° (inc. 2) de la Ley 2a. de 1.984.

Ciertamente la Sala ha reafirmado la naturaleza administrativa y no penal de la función de vigilancia y control atribuida por la Constitución Nacional a la Superintendencia Bancaria. Es así como en fallo del 23 de marzo de 1.990 (exp. 1952) se dijo que:

"La Superintendencia Bancaria ejerce una función de vigilancia que tiene el carácter de policía administrativa respecto de las entidades financieras, la cual ejerce de manera **permanente e ininterrumpida**, a través de diferentes instrumentos, los cuales van desde la simple presentación de informes hasta la toma de posesión de la entidad vigilada, y con la previsión de mecanismos coercitivos y sancionatorios".

"Dentro de este contexto, la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria forma parte de los mecanismos con que ella cuenta para mantener aquellas condiciones propias del sector financiero que le dan características de confianza y seguridad ante los asociados".

Y en la misma providencia descartó la aplicabilidad de varias normas del Código Penal reiterando jurisprudencia anterior, así:

"Aunque la sentencia apelada no se pronuncia con relación a la violación del los artículos 5, 8, 35 y 375 del Código Penal y 215 del Código de Procedimiento Penal, y a su aplicabilidad en materias administrativas, en cuanto sí lo plantea el recurrente, la Sala reitera su criterio de considerarlas no aplicables en el campo administrativo, tal como lo ha sostenido en diferentes providencias cuando dijo:

"Ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control judicial de la medida sancionadora permite ver en esa materia una cuestión de naturaleza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del Legislador, por no ser sancionados contra conductas lógicamente penales castigadas en medidas restrictivas de la libertad personal". (Exp. 1035. Sentencia 24 de julio de 1.987, Sección Cuarta, Ponente Hernán Guillermo Aldana Duque).

"Además el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico.

""Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe de ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de ahorro de

valor constante que solamente puede hacerse a través de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento de culpabilidad, en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de las personas naturales". (Exp. 1028, Sentencia de junio 26 de 1.987 Sección Cuarta. Ponente Jaime Abella Zárate).

Ahora, en cuanto al argumento del carácter penal dado por el legislador en el capítulo III del Decreto 2920 de 1.982 y para el caso en estudio la invocación de su artículo 22, la Sala observa que dicho título ciertamente se refiere a "la protección **penal** de la confianza en el sistema financiero", para los cual los artículos 18 y 19 erigen en delitos algunas conductas de "los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las instituciones financieras" es decir, como personas naturales sometiéndolas a penas de prisión y el artículo 20 erige en delito, castigado con prisión de 2 a 6 años a **"quien"** capte dineros del público sin autorización, es decir, tenga o no la condición de directivo financiero, pero en todo caso son normas de índole penal aplicables a las personas naturales o físicas únicas susceptibles de sufrir prisión y cuya causa le compete seguirla al "Juez del Circuito del domicilio de la respectiva empresa o persona", pudiendo la investigación iniciarse de oficio, o por denuncia del Superintendente o de cualquier persona. (art. 21).

Por estas últimas características pude afirmarse que esas son las normas del capítulo que ostentan en estricto rigor carácter penal pues se refiere a los tres "delitos", así calificados expresamente, de los artículos 18, 19 y 20 que salen del conocimiento de la Rama Ejecutiva del poder público hacia la Rama Jurisdiccional. De no haberse previsto en esa forma el sistema de este Decreto hubiera sido inconstitucional.

En tanto que las sanciones contempladas en los artículos 22 y 23 son de competencia del Superintendente, no de Juez alguno. En nada alteran las funciones, ni la naturaleza administrativa de la Superintendencia; esencialmente no se distinguen estas multas de las demás que está autorizada a imponer dicha entidad.

Las previsiones contempladas en los artículos 22 y 23 del Decreto 2920 de 1.982 están fijando las causas y los cauces de la actividad policiva del Superintendente Bancario para sancionar a funcionarios y a instituciones financieras por las infracciones en ellos señaladas. Obligan al Superintendente a pedir previamente explicaciones y a «cerciorarse» de los hechos (es decir, asegurarse así mismo de la verdad) y a graduar a su juicio la sanción dentro de un mínimo y un máximo. Los parámetros de las facultades de Superintendente están allí delineadas claramente y no es necesario acudir al Código Penal para escudriñar su sentido; si fuere necesario, hoy basta consultar los principios consagrados en la primera parte del Decreto 01 de 1.984 y las normas especiales que delimitan la actividad y la responsabilidad del Superintendente.

En el caso que se debate, prácticamente a dos aspectos más importantes se concentra la impugnación de la apelante que pasan a analizarse, son: la culpabilidad y la prescripción.

LA CULPABILIDAD

Dentro del criterio expuesto no es aceptable profundizar en el sentido de la causal 5a. de justificación del hecho punible que consagra el artículo 29 del Código Penal (conocido como estado de necesidad y que implica que el agente no se haya colocado en él por su imprudencia o su intención). Para la Sala el análisis pormenorizado y sistemático que realizó el *a-quo* en la sentencia apelada de todas las circunstancias que influyeron en los hechos, la referencia a los distintos documentos probatorios de origen oficial o del Banco, la valoración que de ellos hizo y la confrontación con la decisión impugnada, constituyen una labor ajustada estrictamente a la función juzgadora de la actuación del Superintendente y comparte sus conclusiones, dentro de las cuales destaca las más importantes, a saber:

-"No es cierto que el Banco demandante hubiese actuado ajustado a derecho cumpliendo con todos los requisitos que reglamentan la construcción de inmuebles por parte de las instituciones financieras.... pues actuó en contradicción con los dispuesto en instrucciones y órdenes de la Superintendencia Bancaria».

-"Es cierto que la Superintendencia Bancaria se demoró en forma injustificada en resolver la petición que le hizo el Banco de Crédito para que le autorizara el aumento de la inversión para la construcción del edificio destinado a su sede, ...pero ello no desvirtúa la legalidad de los actos acusados, por cuanto evidentemente el Banco de Crédito hizo inversiones por una suma superior a la autorizada por la entidad de vigilancia, lo cual le permitía a ésta imponer una sanción, como la que impuso. La omisión injustificada de la administración no autorizaba al Banco demandante a obrar en la forma como lo hizo, así corriera el riesgo de sufrir los perjuicios por la paralización de la obra y por consiguiente, esa circunstancia, como lo reconoció la misma Superintendencia, puede ser atenuante mas no eximente de la responsabilidad".

-"Este retardo de la Superintendencia Bancaria en resolver la petición del Banco de Crédito podría dar lugar a la imposición de una sanción disciplinaria.....".

En consecuencia, no prospera el cargo de falta de aplicación de las normas sobre culpabilidad y justificación del hecho punible alegados con fundamento en el Código Penal y por el contrario, la Sala aprueba en análisis que realizó el Tribunal de los hechos y las normas invocadas por la Superintendencia para aplicar la sanción.

LA PRESCRIPCION

No es dable confundir el fenómeno de la prescripción a la acción penal a la cual se refiere el artículo 9° de la Ley 2a. de 1.984 (del 16 de enero) con la caducidad de

la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas establecida por el artículo 38 del Decreto 1° de 1.984 (del 2 de enero) a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

No solo por razón de las fecha de expedición de los anteriores decretos sino por especialidad de las materias de que tratan, las normas aplicables son las administrativas por las cuales se rige la actividad del Superintendente Bancario y no por las que se refieren a las contravenciones penales de competencia de las autoridades de policía señaladas en el artículo 3° de la Ley 2a. de 1.984.

Pero además, como lo anotó el *a-quo*, tratándose de una falta continuada que terminó cuando ya estaba vigente el Decreto 01 de 1.984, es el artículo 38 la norma aplicable al caso, concluyéndose que la sanción fue impuesta dentro del término de 3 años que éste establece.

Por último, observa la Sala que habiendo fijado la Superintendencia la multa en marzo de 1.985 en $750.000 es equivalente a la **mínima** de $500.000 que fijó el Decreto 2920 en octubre de 1.982 (con facultad de ajustarla anualmente a indices del DANE) lo cual, además de que se trata de un aspecto que queda a juicio del Superintendente, no revela desproporción a los hechos analizados, ni a la finalidad de las normas que lo autorizan, por todo lo cual merece la confirmación de esta Corporación.

Finalmente, en cuanto a la comunicación al Ministerio Público (para la investigación de una posible sanción disciplinaria de los funcionarios de la Superintendencia por negligencia en el cumplimiento de sus deberes) y que solicita también el señor Fiscal Tercero, la Sala está de acuerdo y respalda la disposición del Tribunal de comunicar a la Procuraduría General de la Nación para los fines pertinentes.

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 que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de noviembre de 1.988 en el juicio No. 86-D-3259 actor BANCO DE CREDITO.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, Jaime Abella Zarate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/ **ENCAJE BANCARIO/ DERECHO DE DEFENSA/ SANCION POR DESENCAJE/ POLICIAADMINISTRATIVA ECONOMICA**

La consulta de los artículos 26 y 63 de la C.N. resulta indispensable para comprender lo que en el ámbito de la actividad administrativa debe entenderse como "las formas propias de cada juicio" que garantiza el artículo 26 y que vienen a ser en este campo los procedimientos administrativos o gubernativos a los cuales están sometidos los funcionarios, con una mayor responsabilidad. Es posible que exista un procedimiento especial en el cual no se requiere previa explicación o amonestación, apreciándose que ellos tienen por justificación el carácter preventivo de la función policiva que ejerce la Superintendencia, en desarrollo de la cual por ser elementales y ampliamente conocidas las prohibiciones y las normas que las establecen, no requieren previa amonestación, siendo suficiente como lo establece el articulo 35 del Decreto 01 de 1.984, dar oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta. - Bogotá, D.E., diciembre siete (7) de mil novecientos noventa (1.990).

Ref.: EXPEDIENTE N° 1951

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zarate*

ACTOR: BANCO GANADERO CONTRA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. AUTORIDADES NACIONALES - F A L L O

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictada el 16 de julio de 1.987 en este proceso, en la cual accedió a las súplicas de la demanda y decretó la nulidad de la Resolución 1560 de abril de 1.985 del Superintendente Bancario que impuso una sanción pecuniaria por defectos consecutivos de encaje en que incurrió el Banco Ganadero en el mes de junio de 1.983.

ANTECEDENTES

Fundamentalmente la controversia ha versado sobre la posibilidad legal del Superintendente Bancario de sancionar directamente con base en los propios informes de la entidad vigilada y sin requerimiento previo de explicación en razón de los defectos de encaje. El actor consideró dicha actuación violatoria del derecho de defensa y de los principios que consagra el estatuto penal.

La demanda señaló como normas infringidas el Artículo 26 de la Constitución Nacional, el Artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y los Artículos 5, 8, 35 y 375 del Código Penal; y en cuanto a prescripción el Artículo 9 de la Ley 2a. de 1.984 y los artículos 79, 83 y 84 del Código de Procedimiento Penal.

La sentencia aceptó el cargo relativo a la violación del Artículo 26 de la Constitución Nacional por considerar que evidentemente "la Administración no hizo ningún esfuerzo para darle oportunidad al Banco de indicar porque presentó tal defecto en el encaje, con el fin de que tuviera oportunidad mediante el debido proceso o actuación administrativa previa de defenderse como lo señala el Artículo 26 de la Constitución Nacional".

Apoya la anterior conclusión considerando que desde la Ley 45 de 1.923 se contemplaba la solicitud de explicaciones en el Artículo 47 y se ratificó en el Artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982 y en Decreto 1939 de 1.986, Artículo 3, literal n), normas que fueron infringidas por la Superintendencia en el acto acusado, como lo expuso el mismo Tribunal en el fallo del 19 de mayo de 1.987 del cual transcribe varios apartes.

Por la prosperidad de ese cargo no analizó lo relativo a la prescripción, ni los fundados en los citados artículos del Código Penal y del Procedimiento Penal.

LA APELACION

El apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria critica la sentencia por haberse salido del marco señalado por el demandante en la cita de normas y concepto de la violación en que fundamentó los cargos, atentando así contra el principio de defensa al condenar a un demandado por un cargo que no le ha sido formulado o que no fue formulado en la forma que se tiene en cuenta la sentencia.

Recuerda, con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que a la violación de los preceptos y principios de la Carta no puede llegarse sino a través de la violación de disposiciones de la ley, que no pueden entenderse sino como desarrollo de las normas constitucionales. Hubo una falla en la demanda al pretender enjuiciar un acto administrativo frente a una norma constitucional que solo contiene un principio, faltando la normal legal concreta que permitiera efectuar la confrontación que supone el control de legalidad. Esta falta de la demanda la suplió el Tribunal al basarse en normas no invocadas como el Artículo 47 de la Ley 45 de 1.923 y el 22 del Decreto 2920 de 1.982, etc., las cuales no podían ser tenidas en cuenta por el fallador sin incurrir en un fallo *extra petita.*

En cuanto al derecho de defensa sostiene que ante la confesión de la infracción hecha por el Banco en sus propios informes y confirmada en las liquidaciones del desencaje, la Superintendencia al aplicar la respectiva sanción tan solo dió cumplimiento al Artículo 1° de la Resolución 48 de 1.981 de la Junta Monetaria, sin que con ello se violara el Artículo 26 de la Constitución Nacional como lo sentó el Consejo de Estado en fallo del 24 de julio de 1.987.

Fallo en el cual también demostró la inaplicabilidad del Artículo 47 de la Ley 45 de 1.923 al caso de las sanciones por desencaje informados por la misma entidad vigilada.

Y la no aplicación del artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982 y el 3° del Decreto 1939 de 1.986 (también citado por el Tribunal) por referirse a eventos en que la transgresión no tenga prevista una sanción específica, supuesto diferente al contemplado en el Artículo 1° de la Resolución 48 de 1.981 de la Junta Monetaria que al darle cumplimiento la Superintendencia se ajustó a las prescripciones de los artículos 28, 34 y 35 del C.C.A., pues lo contrario implicaría actuar en contra de la ley.

Finalmente, con apoyo en jurisprudencia de esta Sección (fallos de marzo 6 y junio 26 de 1.987 - Exp. 290, 1028 y otros) critica la invocación de las normas del Código Penal para juzgar actuaciones de la Superintendencia que como administrativas que son se encuentran reguladas en su integridad por los principios orientadores contenidos en la primera parte del Decreto 01 de 1.984.

REPLICA DE LA PARTE ACTORA

El señor apoderado de la parte actora se opone el recurso de apelación en extenso estudio en el cual comienza por reiterar los argumentos expuestos en el alegato de conclusión y los adiciona y amplia con los siguientes:

1. La violación de un precepto constitucional sí puede implicar la nulidad del acto administrativo, en el sentido de que el principio del respeto al derecho de defensa (Artículo 26) aún cuando no haya descendido al plano de la legalidad representa

un límite a la dinámica de la administración por ser un principio universal que repercute en todas las materias.

2. Que no incurrió la sentencia en fallo extra petita pues la mención de los Artículos 47 de la Ley 45 de 1.923 y 22 del Decreto 2920 de 1.982 fue de manera ilustrativa.

3. La nulidad constitucional por ausencia del derecho de defensa, considera el actor que el principal problema que se ha planteado es el de resolver si los principios rectores de la ley penal colombiana (tipicidad, derecho de defensa y culpabilidad) son o no aplicables a las contravenciones administrativas. Dentro de su tesis de aplicabilidad al campo de las contravenciones financieras reitera y amplía la fundamentación hecha en las normas que citó como violadas desde el inicio del proceso, a saber: el Artículo 26 de la Constitución Nacional, los Artículos 5, 8, 35 y 375 del Código Penal, 215 del Código de Procedimiento Penal y 1, 2, 28, 34 y 35 del C.C.A. y da por aceptado que el poder sancionatorio del Estado solo puede ejercerse con la previa explicación y prueba de la culpa del infractor.

Con respaldo en una providencia de la Corte precisa que el recurso de reposición no es garantía del derecho de defensa porque es posterior al acto que impone la pena y en la práctica tiende a despacharse desfavorablemente. Que la oportunidad de la defensa debe ser previa, la deduce del texto constitucional que dice que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, principio que han considerado importantes autores nacionales y extranjeros también aplicable al campo administrativo. Exalta el derecho de defensa como derecho esencial desarrollado en el C.C.A. en los Artículos que consideró violados.

4. Con apoyo en citas del profesor A. Gordillo insiste en que aplicar el "derecho de defensa" en el derecho administrativo, no supone desconocer su autonomía porque esa garantía constitucional no es exclusiva de la función jurisdiccional.

5. Al no haberse investigado y reiterado la culpabilidad del Banco se transgredieron los Artículos 375 y 5 del Código Penal, razón suficiente para considerar el acto como irregularmente producido y digno de su anulación como lo reconoció el Tribunal sin entrar a considerar más argumentos que el de la violación del Artículo 26 de la Constitución Nacional porque no hubo derecho de defensa.

6. Los balances que se presentan ante la Superintendencia no tienen el carácter de confesión.

Finaliza su alegato con una invocación a los principios del derecho penal para que primen en la aplicación de sanciones en los diversos campos de la actividad estatal.

La Superintendencia Bancaria a través de su apoderado reitera en alegato final la legalidad de la actuación administrativa como ceñida al debido proceso y respeto

al derecho de defensa el cual no ejerció en dos oportunidades que tuvo el Banco: al momento de presentar sus informes y al notificarse de la sanción. El requerimiento previo no está consagrado dentro del procedimiento administrativo y lo que importa es que haya oportunidad de defensa y discusión frente a la propia administración. Critica con apoyo en la jurisprudencia de la Sección la aplicación del Artículo 47 de la Ley 45 de 1.923, así como la del Artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982 y 3° del Decreto 1939 de 1.986 y en general amplía los argumentos expuestos al interponer recurso.

CONCEPTO FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez como Fiscal Tercero en general comparte los planteamientos del actor y solicita la confirmación de la sentencia. Acerbamente critica la actuación de la Superintendencia y llega a calificar el procedimiento utilizado de sorpresivo con desmedro del derecho de defensa sin importar que el Artículo 26 de la Constitución Nacional pregone el juzgamiento de acuerdo a normas preexistentes y para considerar indispensable el requerimiento previo se apoya en los ya mencionados Artículos 47 de la Ley 45 de 1.923, 22 del Decreto 2920 de 1.982 y 3° del Decreto 1393 de 1.986 y prohija en todas sus partes el análisis que hizo el Tribunal en la sentencia apelada, pero no acepta (como tampoco el Tribunal) el apoyo en las normas del Código Penal por estimar desacertado entrar al fenómeno del dolo y culpa, figuras que no son de recibo en estas actuaciones.

No entró al estudio de la ocurrencia de la prescripción por estimar estructurada la violación del Artículo 26 de la Constitución Nacional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En atención a que el tema planteado en este proceso es similar al que se ha debatido en otros negocios con argumentos iguales de parte y parte, la Sala considera suficiente adoptar lo expresado en el fallo del 23 de marzo de 1.990, con ponencia de la Consejera Consuelo Sarria Olcos en el proceso No. 1952, actor: Banco Ganadero, al cual amplía y agrega algunas consideraciones complementarias:

1. SOBRE EL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

En cuanto a la interpretación del Artículo 26 de la Constitución Nacional se anota que si el ámbito de aplicación de los principios consagrados en él, además del judicial, comprende el de las actuaciones o procedimientos administrativos, es necesario relacionar dicha disposición con las que regulan la actividad de la administración pública y especialmente con el Artículo 63 conforme al cual los funcionarios públicos solo pueden actuar dentro de la órbita legal de su competencia y el Artículo 20 según el cual son responsables no

sólo por infracción de las leyes sino por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.

La Consulta de estas dos normas constitucionales resulta indispensable para comprender lo que en el ámbito de la actividad administrativa debe entenderse como «las formas propias de cada juicio» que garantiza el Artículo 26 y que vienen a ser en este campo los procedimientos administrativos o gubernativos a los cuales están sometidos los funcionarios, con una mayor responsabilidad pues abarca no sólo la infracción sino la extralimitación y la omisión de funciones.

El legislador ha desarrollado esos principios constitucionales de la actividad administrativa con el respeto debido a las garantías consagradas en el Artículo 26.

Es así como la Ley 58 de 1.982 enmarcó la actividad administrativa en principios propios como los de economía, celeridad y eficacia, pero además en principios comunes con otras áreas como la judicial, como es el principio de la imparcialidad, en forma armónica dentro de este criterio señalado en el Artículo 3° dentro de los objetivos de la gestión administrativa, además de la adecuada prestación de los servicios públicos, "la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley".

Este mismo enfoque se encuentra luego desarrollado en el Decreto Extraordinario 01 de 1.984, dictado con base en las facultades otorgadas por la ley anterior, estatuto cuyo Artículo 3° consagra entre otros como principio rector de la actividad administrativa, el principio de contradicción en virtud del cual, "los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir esas decisiones por los medios legales".

Y cuales son estos "medios legales"?. El mismo Decreto 01 de 1984 se encarga de señalar el orden de prelación de normas a las cuales están ceñidos los funcionarios en cuanto a los procedimientos para su actuación: dispone el Artículo 1° que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas y en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de la primera parte, que sean compatibles, es decir, los Artículos 1 a 81.

El derrotero de la actividad administrativa está pues señalado a partir de la Constitución, desarrollado en la Ley 58 de 1.982 y el Decreto 01 de 1.984 en lo no previsto en los "procedimientos administrativos regulados por las leyes especiales". De tal suerte que es preciso acudir primero al análisis de estas normas, sus principios rectores, sus objetivos, la intención del legislador al establecerlos, etc., (en todo lo cual resumen los objetivos y razón de ser del llamado derecho Administrativo, como rama especial) antes de acudir a otros campos como el penal.

La actuación administrativa será anulable en la medida en que transgrede las leyes especiales que hayan señalado los derechos de los administradores o el procedimiento y estas últimas lo serán en la medida en que violen la Constitución, y no parece que el Decreto 01 de 1.984 le haya violado al consagrar el principio de contradicción que dispone dar a los administradores oportunidad "de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales". O sea, conocer para no sorprender y controvertir esas "decisiones", es decir no antes, sino después, pues la controversia es ya sobre las decisiones, no sobre las etapas previas.

Aún más, el mismo Artículo 35 que se ha invocado en algunos procesos como violado, lo que dispone es que antes de adoptar las decisiones se le de "oportunidad a los interesados de expresar sus opiniones" y esa oportunidad puede darse de muchas maneras no solo con el requerimiento previo, como se puede observar al repasar las distintas formas de procedimiento que utiliza la Ley 45 de 1.923.

2. SOBRE LAS SANCIONES BANCARIAS Y SU PROCEDIMIENTO

Como una de las normas en que apoyó su interpretación del Artículo 26 de la Constitución Nacional fue el Artículo 47 de la Ley 45 de 1.923 la Sala recuerda que de tiempo atrás ha considerado que no necesariamente requiere para la validez de la imposición de la sanción por desencaje el requerimiento previo de explicaciones. En tal sentido ha aprobado el procedimiento seguido por la Superintendencia en distintas épocas como consta en las sentencias de agosto 14 de 1.981 (Banco Panamericano, exp. 3909), julio 27 de 1.984 (Colpatria, exp. 6805), junio 6 de 1.987 (Davivienda exp. 1835) y otras. Y, como la del 23 de marzo de 1.990 (exp. 1952 Banco Ganadero) en la cual se apoya y adopta en su integridad esta providencia, como ya se dijo.

Y además, el repaso de la Ley 45 de 1.923 y algunas de sus normas complementarias enseña que el legislador si ha adoptado procedimientos para imponer las distintas sanciones, pero consultando la naturaleza y modalidades de las conductas prohibidas. En términos generales, pueden distinguirse las siguientes modalidades:

PRIMER GRUPO: Las sanciones que surgen de un previa investigación ordenada por el superintendente y en cuyo desarrollo la entidad bancaria tiene la oportunidad de dar explicaciones, debatir con los funcionarios inspectores y presentarles descargos (tal como lo exige hoy el Artículo 35 del Decreto 01 de 1.984).

Corresponden a este tipo procedimental las sanciones que se originan en los hechos previstos en el Artículo 86 de la Ley 45 de 1.923 en sus numerales 5, 6 y 7 y otras similares que prohiben a los bancos hacer préstamos con las finalidades allí mismo descritas y cuya violación genera una multa igual al monto del préstamo.

De similar naturaleza es la prohibición a los directivos de pertenecer a otras instituciones, establecida en el artículo 7° de la Ley 5a. de 1.947 y cuya violación genera multas que pueda imponer el Superintendente previa investigación y comprobación de los hechos.

SEGUNDO GRUPO: Sanciones con previo requerimiento previsto en la ley y con otorgamiento de un plazo para que cumpla las órdenes del Superintendente.

Ejemplo típico de este procedimiento es el que se establece en el Artículo 87 de la Ley 45 de 1.923 para hacer que los bancos conformen sus métodos de contabilidad a las órdenes del Superintendente. Previa verificación de los hechos y disposiciones adoptadas por dicho funcionario el establecimiento bancario que rehuse o descuide la orden -dice la ley- ...."después de un aviso del Superintendente en que se le dé una tregua razonable para ello, estará sujeto a una multa de cien pesos por cada día de renuencia o descuido".

Este mismo sistema en el prescrito en el Artículo 100 para sancionar a las personas que artificialmente utilicen a sus establecimientos o correspondencia comercial el nombre de BANCO pues quedan sujetos a la multa allí prevista por cada día en que persistan en la violación "después que el Superintendente la haya notificado que debe suspender tal práctica". Similar sistema es el prescrito por el Artículo 120 para quien utilice la palabra AHORRO.

Este si es el sistema típico en donde expresamente utiliza el requerimiento previo como obligatorio y aunque está diseñado para la mayoría de los casos de conductas prohibidas, no lo está en todos.

TERCER GRUPO: Sanciones que se causan sin previo requerimiento, por la sola ocurrencia del hecho generador, debidamente establecido.

Se justifica por la sencillez o claridad de los hechos siendo suficiente verificar su acaecimiento, como suceda en los siguientes casos en que la ley no menciona, como en los anteriores, una orden previa de advertencia o la concesión de una tregua razonable, sino que directamente la ley autoriza imponer la sanción prevista.

Así, el Artículo 41 de la Ley 45 de 1.923 autoriza al Superintendente para exigir informes respecto a la situación económica; pero si el banco deja de rendirlo dentro de diez días de la fecha fijada o deja de incluír algún asunto requerido por el Superintendente...."éste podrá imponer a tal establecimiento una multa a favor del Tesoro Nacional, por la suma de cien pesos por cada día que el informe haya sido demorado o en que se deje de informar el asunto omitido....".

En igual forma el Artículo 35 cuando autoriza cobrar a título sancionatorio intereses del 10% anual cuando dejen de pagar cualquier gravamen a su cargo y en otros eventos allí previstos.

Es decir, en estos casos la ocurrencia de la "mora" o el simple incumplimiento, causa la sanción, sin necesidad de requerir previamente. Y, el Artículo 10 del Decreto 1562 de 1.973 que impone a los establecimientos la obligación de "demostrar" al finalizar cada trimestre el incumplimiento de la inversión en Título de Fomento Agropecuario de la Clase A (Ley 5a. de 1.973) y en caso contrario, ésto es, no haciendo la correspondiente demostración, queda sujeto el establecimiento a las respectivas sanciones. Si se desea preguntar en qué forma se hace la demostración de la inversión, basta recordar que el informe detallado del balance mensual debe mostrar el movimiento de las inversiones en valores mobiliarios en las que se registran todas las inversiones voluntarias u obligatorias, sin que sea necesaria ninguna otra prueba puesto que el informe del balance certificado por el Revisor Fiscal se tiene por verdadero.

Y si llega así el Artículo 32 que consagra la multa por no mantener el encaje legal exigido sobre los promedios de deficiencia en los primeros veinte días a razón de un porcentaje y uno más alto pasados esos veinte días.

No hace en este Artículo 32 ninguna referencia a previa amonestación, ni a plazo para que se encaje, entre otras razones, porque resultaría absolutamente fuera de la realidad comercial y contable que el Superintendente pudiera estar enterado oportunamente de que los establecimientos bancarios (además de todos los entes financieros a los cuales se les aplica también el sistema de encajes) hubieran incurrido en deficiencia y amenazaren persistir en ello por veinte a más días en un mes determinado y esto en forma permanente y continua. Y el Artículo 47 tiene operancia cuando el Superintendente "juzgue que el encaje está por debajo del requerido..." caso en el cual "podrá pedir explicaciones...", evento bien diferente a cuando no corresponde a un juicio de apreciación del Superintendente sino a una manifestación certificada por Contador Público de que la Institución estuvo en situación de desencaje durante varios días anteriores.

Dentro de este contexto "procedimental" era necesario comprender el mandato de la Resolución 48 de 1.981 de la Junta Monetaria, cuando fijó la sanción en el 2.5% sobre los defectos diarios "sobre el total de los días hábiles del respectivo mes", es decir una vez establecidos éstos.

Y no debe olvidarse que esta Resolución era norma que el Superintendente estaba obligado a vigilar su cumplimiento por parte de los bancos, obligación en la cual estaba comprometida su responsabilidad por omisión (Artículo 20 de la Constitución Nacional).

CONCLUSIONES

Puede concluirse del resumen anterior, que las diferencias de procedimiento en los casos mencionados obedecen a la naturaleza de los hechos o conductas prohibidas, a la forma de establecerlas y a la mayor o menor gravedad de ellas.

Se concluye también que es posible que exista un procedimiento especial en el cual no se requiere previa explicación o amonestación, como surge de los textos legales citados, apreciándose que ellos tienen por justificación el carácter preventivo de la función policiva que ejerce la Superintendencia, en desarrollo de la cual por ser elementales y ampliamente conocidas las prohibiciones y las normas que la establecen, no requiere previa amonestación, siendo suficiente como lo establece el Artículo 35 del Decreto 01 de 1.984, dar oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones.

Y es elemental que cuando las entidades presentan sus estados financieros en virtud de la solicitud de informes, pueden expresar sus opiniones y explicar en ese momento la causa de determinada situación que refuercen las cifras de su contabilidad.

3. SOBRE LOS ENCAJES BANCARIOS

En esta materia sabido es que las dos instituciones que están destinadas a regular el flujo monetario de manera más inmediata, son los encajes y las inversiones forzosas. Puede afirmarse que ambas corresponden a una misma institución y se distinguen solamente por el medio utilizado para realizar la congelación o retención de fondos; mientras que en los encajes es en efectivo, en las otras, es mediante la adquisición de los valores que indique la autoridad monetaria. Ambas tienen por finalidad primordial regular el flujo monetario, controlar la expansión por los efectos de creación secundaria del crédito; los encajes cumplen también el papel de ser garantías inmediata para los depositantes y las inversiones esta misma garantía, pero además la de alimentar con esos recursos ciertos frentes de la actividad económica según las necesidades del momento, dentro de las cuales se cuenta inclusive, las presupuestales del Gobierno.

Los encajes, y también las inversiones forzosas, constituyen la herramienta más eficaz y de efecto más inmediato con que cuentan las autoridades monetarias para poner en práctica la política aconsejada en determinado momento.

Por eso universalmente se les ha reconocido su similitud con una «llave», con la cual se regula el flujo monetario de un país.

Pero si esas son a grandes rasgos algunas de sus características a nivel general y público, conviene recordar que a nivel particular y privado los encajes constituyen factor decisivo en la vida diaria de los bancos.

Las medidas sobre encaje determinan en la entidad bancaria el volumen de sus disponibilidades para otorgar créditos y siendo éstos la principal fuente de sus ingresos, es obvio que su comportamiento es vital para su funcionamiento. De ahí que las medidas oficiales sobre encajes son observadas y estudiadas con mayor cuidado por directivas y funcionarios bancarios y en no pocas ocasiones gestionadas por ellos mismos ante el Gobierno, de manera que las conocen y esperen de antemano.

Siendo las disponibilidades dinerarias la materia prima de la industria bancaria, su conocimiento, su control, su manejo prudente o audaz, constituyen factores de preocupación cotidiana de sus directores. Por eso no hay banco cuyo tesorero no esté en la obligación de informar diariamente el comportamiento de las disponibilidades y de presentar proyecciones semanales o de mayor período, para que las directivas puedan otorgar o no créditos y orientar la actividad comercial de la institución.

De todas esas características públicamente conocidas que forman parte de los elementales conocimientos profesionales del sector, surge como consecuencia natural que mal puede arguirse como factores exculpatorios de las sanciones por desencaje el desconocimiento de las normas o la sorpresa de la actuación oficial o la falta de advertencia o solicitud de explicaciones, o falta de oportunidades para expresar sus opiniones. Desconocer este ambiente es pecar de ingenuidad.

Puede comprenderse que también de tales características y la forma como funciona en la práctica el control de los encajes dentro de las instituciones financieras, surgió el sistema de su control, que no puede ser previo sino a posteriori, o sea, una vez expedida y divulgada la medida que lo fija, los bancos deben ajustarse a ella de inmediato. El obedecimiento o la transgresión quedan registrados en sus estados financieros y éstos son su prueba tanto a favor como en contra puesto que son tomados de los libros por el propio Revisor Fiscal. El valor probatorio de los formularios presentados por el Banco al Superintendente nace no solo de su propia naturaleza de informe impuesto por la Ley 45 sino del respaldo que a éste le dan el Contador y el Revisor Fiscal y por tanto gozan del valor probatorio que a las certificaciones de esta clase de profesionales les da la Ley 145 de 1.960. Por ello prueba también a favor de la entidad bancaria en la parte en que está encajado pues ésta no debe completarla con otras probanzas. La Superintendencia se limita a examinarlos y con base en los propios informes que igualmente constituyen "la explicación" de la entidad queda establecido si cumplió o no la orden y es evidente que allí tuvo oportunidad de expresar sus opiniones (Artículo 35 Decreto 01 de 1.984).

No puede atribuirse a la Ley 45 de 1.923 ignorancia o descuido de tales características: precisamente por ser sus autores maestros en la materia es que puede entenderse que el redactar el Artículo 32 establecieron la posibilidad de sancionar sin previo requerimiento o sin treguas prudenciales.

Es comprensible, entonces, que el derecho de defensa en estos casos queda salvaguardiado con los recursos contra la providencia sancionatoria, oportunidad en la cual cabe discutir las bases, los porcentajes adoptados, las circunstancias que forzaron a incurrir en desencaje, etc., respetándose así el derecho a "controvertir las decisiones" como lo enseña el principio de contradicción.

Pero si la entidad inclusive no hace uso de estos recursos, como ha sucedido en varios procesos que han llegado a la jurisdicción, mal pueden atribuirle a la Superintendencia el cargo de ser violadora del derecho de defensa, cuando la propia desidia de los bancos no les permitió ejercer el recurso que le otorga la ley. Nadie

puede alegar en su favor su propia dejadez o torpeza, decía el conocido aforismo romano, cuya aplicación en los casos referidos, debería traducirse por lo menos en la no aceptación de ese argumento.

La situación real y comercial es que aún sin el propósito de incurrir en situación de desencaje, no siempre las proyecciones de la semana futura pueden cumplirse o preveerse en su totalidad, bien por variaciones de la situación económica o de la regulación intempestiva o drástica de la Junta Monetaria. Pero aún en el evento de caer en desencaje existen remedios inmediatos si no para evitarlo o neutralizarlo del todo, por lo menos para reducirlo y con ello sus consecuencias: queda a la mano cerrar el crédito, que es la forma buscada por el Gobierno o queda prestar dineros por fuera (en las mesas de dinero) y otras resoluciones que los banqueros conocen o, en último término, se prefiere pagar la multa y continuar en posición de desencaje, lo cual depende de su costo, porque la «sanción» al fin y al cabo tiene para el banquero un factor de costo financiero que evalúa en sus operaciones comerciales y con criterio comercial.

Es precisamente en esta última hipótesis en donde juego un papel preponderante la habilidad de quienes manejan la marcha del Banco, pues el cálculo de los costos viene a constituírse en el factor determinante de la actuación futura, que se rige bajo la directriz de que mientras los dineros colocados generen un mayor rendimiento que la sanción, es preferible soportar ésta y más si se permite discutirla y demorar su pago.

Esta demora, constituía un estímulo adicional dando por resultado que para obedecer las normas de encaje, pues en el peor de los casos, podía concluír en la «condena» de pagarla con moneda devaluada.

Estas son las consideraciones complementarias a las expuestas en la sentencia del 23 de marzo de 1.990 en el expediente 1952 en la que fue demandante el mismo Banco y que soportan la revocatoria del fallo del Tribunal, en cuanto al tema debatido.

LA PRESCRIPCION

El cargo contra la resolución sancionatoria la presenta el señor apoderado del Banco sustentada en el Artículo 9° de la Ley 2a. de 1.984 para concluir que según el término de prescripción establecido para contravenciones "la acción penal prescribe en un año", o sea, que habría vencido en julio de 1.984 en razón del desencaje del mes de junio de 1.983.

Este planteamiento de apariencia sencilla encierra problemas que no fueron analizados: en primer lugar se observa una indebida utilización del régimen de la prescripción de la acción penal como derecho (cuyo principal titular es la víctima a quien le prescribe por el transcurso del tiempo) confundiéndolo con el régimen de

caducidad de las autoridades para poder ejercer válidamente algunas de sus funciones.

Es en este último campo donde era necesario ubicar el problema y en tal sentido, se observa que existía otro problema que no fue dilucidado por el actor: era el relativo al tránsito de legislación pues del Decreto 2733 de 1.959 se pasó al Decreto 01 de 1.984, el 1° de marzo, y del silencio de aquel se pasó al término de tres (3) años que les otorgó el Artículo 38 a las autoridades administrativas para imponer sanciones.

La Ley 2a. invocada es del 16 de enero de 1.984, el Decreto 01 (especial para procedimientos administrativos) entra a regir el 1° de marzo del mismo año. El actor no analiza estos aspectos y como esta jurisdicción es rogada no entra a ello, estando indebidamente formulado el cargo, por lo cual no se acepta.

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

Revócase la sentencia del 16 de julio de 1.987 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso # 85-D-2555, Actor: BANCO GANADERO, objeto de recurso de apelación.

En su lugar deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, Salva el voto, Jaime Abella Zarate, Carmelo Martínez Conn, Aclara voto, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

Nota de Relatoría. En igual sentido puede consultarse la sentencia de diciembre 7 de 1990, exp. 2427, actor: Banco Ganadero, Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate.

En cuanto a la Aclaración de Voto su texto dice lo siguiente: "La aclaración al voto es más exactamente a una posición mía anterior, en la que compartí el punto de vista del Doctor Guillermo Chahín Lizcano, con la finalidad de buscar una definición sobre un punto de derecho como es el cuestionado en la demanda presentada por el Banco Ganadero contra las Resoluciones de la Superintendencia Bancaria que le impusieron sanción por desencaje. Pero advertí, entonces, que para facilitar la evacuación de los numerosos negocios que cursan en la sanción de las entidades financieras contra actos de la Superintendencia Bancaria sancionándolos por desencaje, acogería el criterio mayoritario. Es por esta razón que ha votado favorablemente la sentencia que puso fin al proceso".

POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites/ **SUSTRACCION DE MATERIA**-Improcedencia

Mediante el uso de la potestad reglamentaria, el ejecutivo no puede modificar el texto ni el sentido de la ley, pues su competencia conforme al artículo 120-3 de la Constitución es sólo para expedir "las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes y no para modificar una obligación impuesta en un decreto con fuerza de ley. Es de conocimiento público, que la disposición del artículo 16 del Decreto 1189/88, demandada, no tiene existencia jurídica al momento de fallar; pero ha sido invariable doctrina de esta Sala hacer el pronunciamiento pedido en la demanda porque pueden existir procesos pendientes de una decisión cuyo origen se encuentra en la norma del carácter general cuya anulación se demanda.

ANULASE EL ARTICULO 16 DEL DECRETO REGLAMENTARIO No. 1189 DE 1.988, que dice: "Se entenderá cumplido el suministro de información a que se refiere el inciso 2 del artículo 20 del Decreto 2503 de 1.987 manteniendo dentro de la contabilidad del comisionista de bolsa la información allí solicitada".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., diciembre siete (7) de mil novecientos noventa (I.990)

Consejero Ponente: *Dctor Carmelo Martínez Conn*

Ref.: Expediente No. 2324 ACTOR: PEDRO SILVIO PULIDO PINTO C/ LA NACION AUTORIDADES NACIONALES F A L L O

En ejercicio de la acción pública de nulidad, el ciudadano PEDRO SILVIO PULIDO PINTO instauró demanda para que previo el procedimiento legal, se decla-

re la nulidad del artículo 16 del Decreto Reglamentario 1189 de 1.988, por ser contradictorio con el artículo 20 del Decreto 2503 de 1.987. Solicitada por el demandante la suspensión provisional fué decretada por auto de 16 de febrero de 1.989 del sustanciador, la que recurrida en súplica por el apoderado de la Bolsa de Bogotá fue confirmada en providencia de 9 de junio siguiente, suscrita por los restantes Consejeros de la Sala de Decisión.

La norma cuya nulidad se pide decretar, expresa:

«DECRETO REGLAMENTARIO No. 1189 DE 1.988, ARTICULO 16»

"Se entenderá cumplido el suministro de información a que se refiere el inciso 2o. del artículo 20 del Decreto 2.503 de 1.987 manteniendo dentro de la contabilidad del comisionista de libros la información allí solicitada".

Y el artículo 20 del Decreto Extraordinario 2503 de 19 de diciembre de 1.987 dictado en uso de facultades extraordinarias conferidas en el artículo 20 de la Ley 75/86, dice:

"Artículo 20. Información de las Bolsas de Valores y de los Comisionistas de Bolsa".

"A partir del año de 1.989, las bolsas de valores deberán informar anualmente dentro de los plazos que indique el Gobierno Nacional, los apellidos y nombres o razón social y nit de cada uno de los comisionistas de bolsa inscritos con indicación del valor acumulado de las transacciones durante el año gravable inmediatamente anterior".

"A partir del mismo año, los comisionistas de bolsa deberán informar anualmente, los apellidos y nombre o razón social y nit de cada una de las personas o entidades que durante el año gravable inmediatamente anterior efectuaron a través de ellas enajenaciones o adquisiciones de acciones y demás papeles transados en bolsa, cuando el valor anual acumulado en cabeza de una misma persona o entidad exceda de diez millones de pesos ($10'000.oo), con indicación del valor total acumulado de dichas operaciones".

Para dictar la suspensión provisional, en el auto de 16 de febrero de 1.989 el Consejero Sustanciador (fl. 11) dijo:

" A juicio de la Sala Unitaria la suspensión provisional es procedente. En efecto, mientras el legislador extraordinario en el inciso 2° del artículo 20 ya transcrito, le ordena al agente de bolsa que "a partir del mismo", es decir, de 1.989, "deberá informar anualmente, los apellidos y nombres, o razón social y

nit de cada una de las personas o entidades que durante el año gravable inmediatamente anterior efectuaron a través de ellos enajenaciones o adquisiciones de acciones y demás papeles transados en bolsa cuando el valor anual acumulado en cabeza de una misma persona o entidad exceda de diez millones de pesos ($10'000.000.oo), con indicación del valor total acumulado de dichas operaciones", el decreto reglamentario en el artículo 16 cambia la obligación de informar al Gobierno Nacional las transacciones de una misma persona que pasen de $10'000.000.oo, en un año, por la de mantenerla dentro de su contabilidad al decir, que "se entenderá cumplido el suministro de información a que se refiere el inciso 2° del artículo 20 del Decreto 2503 de 1.987, manteniendo dentro de la cantidad del comisionista de bolsa la información allí solicitada".

Suplicado el auto anterior por el apoderado de la Bolsa de Bogotá, la Sala lo rechazó por cuanto la Bolsa de Bogotá no acreditó tener el carácter de parte.

Surtido el trámite del proceso, al agente del Ministerio Público, Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Jaime Ossa Arbelaez, conceptuó:

"En efecto, mientras el precepto reglamentario dispone que los comisionistas de bolsa deberán presentar anualmente un informe que contenga "los apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades que durante el año gravable inmediatamente anterior efectuaron a través de ellos enajenaciones o adquisiciones de acciones y demás papeles transados en bolsa, cuando el valor anual acumulado en cabeza de una misma persona o entidad exceda de diez millones de pesos ($10'000.000.oo), con indicación del valor total acumulado de dichas operaciones", la norma reglamentaria establece una excepción a la obligación de presentar el mencionado informe. Del precepto reglamentario se desprende que los comisionistas de bolsa que mantengan dentro de su contabilidad los datos que señala el artículo 10, inciso 2o., del Decreto 2503 de 1.987, no están obligados a presentar el respectivo informe, pues en este caso se presume cumplida esta formalidad".

"Como se dice en el auto de suspensión provisional, el ejercicio de la potestad reglamentaria debe limitarse a la expedición de "órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes y en manera alguna para restringir y modificar el alcance o los términos de una norma sustantiva como sucede en el caso *sub-lite*".-

"La extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria es manifiesta, se aprecia al hacer una simple confrontación entre las disposiciones del artículo 20, inciso 2o., del Decreto Ley 2503 de 1.987 y el artículo 16 del Decreto 1189 de 1.989; (sic) por lo tanto, la norma acusada debe ser anulada, tal como lo solicita la demanda".-

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Es ya un lugar común reiterar una vez mas que mediante el uso de la potestad reglamentaria, el ejecutivo no puede modificar el texto ni el sentido de la ley, pues su competencia conforme al artículo 120 #3 de la Constitución es sólo para expedir "las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", y no para modificar una obligación impuesta en un decreto con fuerza de ley.-

Es de conocimiento público que la disposición del artículo 16 del Decreto 1189 de 1.988, cuya nulidad se pide no tiene existencia jurídica al momento de escribir esta providencia, pero ha sido invariable doctrina de esta Sala hacer el pronunciamiento pedido en la demanda porque puede existir procesos pendientes de decisión cuyo origen se encuentre en la norma de carácter general cuya anulación se demanda.-

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, oído el Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1°.- Anúlase el artículo 16 del Decreto Reglamentario #1189 de 1.988, que dice: "Se entenderá cumplido el suministro de información a que se refiere el inciso 2o. del artículo 20 del Decreto 2503 de 1.987 manteniendo dentro de la contabilidad del comisionista de bolsa la información allí solicitada".

2°.- Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

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, Salvó voto, *Jaime Abella Zarate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

Nota de Relatoría: El salvamento de voto del Consejero Doctor Guillermo Chahín Lizcano refiere su conocida posición sobre la procedencia de la sustracción de materia, lo que genera un fallo inhibitorio y no de mérito.

ACCION DE NULIDAD/ CADUCIDAD/ACCION DE LESIVIDAD/ IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/ DEVOLUCION/ IMPUESTO DESCONTABLE

El artículo 66 de la Ley 167/41 establecía la acción de simple nulidad, es en el 67 *ibídem* en el que se daba la llamada entonces acción de plena jurisdicción, pero el artículo 72 excluye esta acción del ámbito de nulidad en él, puesto que explicítamente se refiere a las acciones que la ley consagra en los artículos 62 a 66 de simple nulidad. La caducidad en cuanto limita el ejercicio del derecho de acción, debe estar expresamente consagrada, observándose al efecto que el artículo 72 de Ley 167/41 no contiene ninguna limitación en su ejercicio. Al excluir el Artículo 72 la acción derivada del artículo 67, se está indicando, por oposición, que la acción instituida en él en favor de la administración, es la de simple nulidad no sujeta a término de caducidad. Ninguna de las regulaciones de la ley en relación con la declaración o la solicitud de devolución de impuestos descontables, fue cumplida por la sociedad, las cuales son de obligado cumplimiento y por lo mismo insoslayables, por lo cual su inobservancia no puede producir ningún derecho.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta. -Bogotá, D.E., diciembre siete (7) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Ref.: Expediente No. 1064 ACTOR: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS FISCAL 6° DEL CONSEJO DE ESTADO C/ ADMINISTRACION DE IMPUESTOS NACIONALES.- AUTORIDADES NACIONALES (Reconstrucción) FALLO.-

Se decide la acción especial de nulidad (lesividad) consagrada en el artículo 72 de la ley 167/41, invocada por la Fiscal Sexto de la Corporación, doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, contra la Resolución No. R-000393-V de 1° de octubre de 1.982, suscrita por Juan Guillermo Franco Mejía, Jefe de la Sección de Ventas e Indirectos que la proyectó, y Jeannethe Rubio de Rosario, Jefe de la Sección de Documentación, la que revocó la Resolución No. A-000349-P de 1° de abril de 1.982, reconoció y ordenó devolver a la sociedad KAWAI INTERNATIONAL EMERALD CO. LTDA., NIT. 60.024.307, domiciliada en Bogotá, la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES TRECE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS M/CE ($459.013.986.oo), proferida por la Sección de Recursos de Ventas e Indirectos de la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales. El expediente fué reconstruído mediante auto de 30 de junio de 1.988 (fl. 70 cuaderno No. 2).-

ANTECEDENTES:

La sociedad Kawai International Emerald Co. Ltda, identificada fiscalmente con Nit. 60.024.307 presentó declaración de impuesto a las ventas por períodos fiscales bimestrales comprendidos en los años 1.975 a 1.980 y febrero y marzo de 1.981, el 29 de abril de 1981, radicada bajo el No. 0004957-557-DIN-BOGOTA.- La sociedad manifestó declarar por primera vez, y haberse constituído por escritura pública No. 4.642 otorgada en la Notaria 7a. de Bogotá el 23 de octubre de 1.968. Denunció como actividad económica, la exportación de esmeraldas talladas y ser comerciante exportador no responsable del impuesto a las ventas y solicitó devolución por el saldo a favor de $450.013.986 desde 1.975 a 1.981 enero y marzo, sin suministrar el informe del impuesto pagado (fls. 187 a 204, cuaderno No. 2).-

VISITA CONTABLE:

Por auto comisorio No. 005 del 25 de enero de 1.982 le fué practicada visita especial, como expositor no responsable y en razón de pedir devolución de impuesto sobre las ventas como ya se dijo, por los años 1.975, 1.976, 1.977, 1.978, 1.979, 1.980 y enero, febrero y marzo de 1.981, y, para verificar "cuándo se efectuó la contabilización de los descuentos por valor de $459.013.986, cuyas facturas de compra se relacionan dentro del expediente de devolución del impuesto de ventas radicado con el No. 386 de junio 23 de 1.981".-

CONCLUSION DE LA VISITA:

Los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales llegaron a la siguiente conclusión: "La contabilización de los descuentos se efectúo a partir del 31 de marzo de 1.981 con motivo de la reclasificación de las cuentas del mayor. Se abrió una cuenta denominada "CUENTAS POR RECIBIR" y una subcuenta "IMPUESTOS A LAS VENTAS POR RECUPERAR", en la cual el único asiento efectuado hasta la fecha de visita, corresponde a $459.013.986" (fl. 209 cuaderno No. 2).

Anexaron fotocopia de documentos existentes en el libro auxiliar, comprobantes de diario, nota de contabilidad 81007, hojas 78 y 79 del libro diario, facturas, comprobantes anexos a cada factura, comprobantes de pago (fls. 211 a 289, cuaderno No. 2).-

PROVIDENCIAS DE LA ADMINISTRACION DE IMPUESTOS NACIONALES DE BOGOTA.-

Resolución No. 0056 de 9 de febrero de 1.982.- Mediante esta providencia se negó la devolución de la suma de $459.013.986 por exportación de esmeraldas entre los años 1.975 a 1.981, enero, febrero y marzo disponiéndolo en élla que, conforme a los artículos 15 del decreto 2815/74 en concordancia con el artículo 9° del decreto 422/78 y el artículo 9° del decreto 3045/78, los comerciantes exportadores no responsables,deben presentar declaración de ventas dentro del mes siguiente al correspondiente período bimestral dividiendo el año en 6 bimestres de (2) meses cada uno, y expresó que el artículo 19 del decreto 2815/74 obliga a los exportadores no responsables a presentar, dentro del mes siguiente al respectivo período, una declaración de sus exportaciones con inclusión de la liquidación privada de los impuestos descontables que tengan derecho a devolución; de llevar la cuenta impuesto de ventas por pagar como lo dispone el artículo 23 del decreto 1494/78, el cual transcribe; y manifiesta que en el bimestre febrero, marzo de 1.981, la sociedad peticionaria efectuó una serie de contabilizaciones correspondientes a situaciones concluídas desde 1.975, advirtiendo la doble irregularidad de tipo contable y fiscal, existiendo imposibilidad jurídica para alterar la contabilidad con posterioridad, o hacer los ajustes y correcciones del caso luego de concluído el bimestre respectivo.-

Para finalizar, advirtió el incumplimiento del artículo 25 parágrafo 2o. del decreto 2815/74, al no presentar la relación pormenorizada de facturas, sino una lista de comprobantes de pago (fls. 294 a 296 cuaderno No. 2), al igual que la falta de cumplimiento de lo exigido en el artículo 11 del decreto 2803 de 1.975 sobre presentación de guías aéreas o conocimientos de embarque para comprobar la realidad de la exportación, por todo lo cual negó la devolución solicitada.

RECURSO DE REPOSICION CONTRA LA RESOLUCION 056 DE 9 DE FEBRERO DE 1.982:

En escrito de 16 de febrero de 1.982 (fls. 302 a 303 cuaderno No. 2) la peticionaria interpuso recurso de reposición y alegó, con fundamento en el artículo 25 del decreto 1988/74 que: "En el caso de los artículos que se exporten, solamente puede solicitar devolución del impuesto quien figure como exportador, aunque no fuere responsable. El Ministerio de Hacienda determinará por medio de Resolución los términos en que los no responsables deben hacer la solicitud de devolución". Agrega que al no ser responsable del impuesto, el comerciante exportador no está incluído en la enumeración taxativa del artículo 10 del decreto legislativo 1.988/74 ni es suje-

to de las obligaciones enumeradas en el artículo 12 ibídem, ni está obligado a llevar cuenta corriente. Se apoya, además, en el artículo 15 del C.C. que no exige plazo alguno para solicitar la devolución, no obstante lo cual en el período febrero, marzo de 1.981 registró en los libros de contabilidad el crédito a su favor por el impuesto pagado desde 1.975 hasta marzo de 1.981 y en abril del mismo año presentó la declaración de sus exportaciones y efectuó liquidación privada del crédito.-

RESOLUCION No. A-00349-P DEL 1° DE ABRIL DE 1.982:

Por medio de esta providencia se falló en la vía gubernativa contra la resolución 056 de 9 de febrero de 1.982 confirmándola en todas sus partes; apoya su decisión en la no contabilización en la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas, como lo ordenan los artículos 26 y 27 del decreto 1988/74 en concordancia con la circular #0011 del 8 de abril de 1.976 y el artículo 14 del decreto 1494/78. Se fundamentó en la calidad de productor de bienes sujetos a gravamen, conforme aparece en el certificado de la Cámara de Comercio, porque adquirió la calidad de responsable del impuesto sobre las ventas como lo señala el artículo 2° del decreto 1988/74 (fls. 313, cuaderno No. 2).-

APELACION RESOLUCION No. A-000349-P DE 1° DE ABRIL DE 1.982:

La sociedad apelante formula reparos a la providencia, así: Considera inexacto el fallo al decir que la solicitante presentó declaración de ventas y agrega: "Lo presentado fue, repito, informe de exportaciones, porque el comerciante exportador no tiene sobre sí ninguno de los deberes formales establecidos en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1.988 de 1.974 para los sujetos que enumera el artículo 10 *ibídem*: "Repite lo afirmado en el recurso de reposición y transcribe el 2o. inciso del artículo 25 del decreto 1988/74 que dispone: "El Ministerio de Hacienda determinará por medio de Resolución los términos en que los no responsables deben hacer la solicitud de devolución".-

Manifiesta que como comerciante exportador no responsable, no le son aplicables normas establecidas para los responsables del impuesto sobre las ventas. Argumenta que la resolución apelada viola el artículo 26 de la Constitución Nacional pues aplica los artículos 12 y 27 del decreto legislativo 1.988/74 a sujeto no incluído en el artículo 10 *ibídem*, obligando al comerciante exportador no responsable a presentar declaración tributaria de ventas dentro de la periodicidad que deben hacerlo los obligados a ello.-

En cuanto a la obligación de llevar cuenta corriente argumenta que al no ser responsable del impuesto, en ningún momento tiene gravamen a su cargo del que pueda descontarse otro, de lo cual concluye que los no responsables siempre tienen un crédito a su favor.-

Respecto a lo anotado en los estatutos referente a la fabricación de joyas, dice que esto no ha ocurrido efectivamente, como puede constatarse en el acta de visita practicada por los funcionarios de impuestos la que pide que tenga como prueba.-

RESOLUCION No. R-000393-V DE 1° DE OCTUBRE DE 1.982:

La providencia hace un recuento pormenorizado de los puntos materia de inconformidad esbozados ante las oficinas de impuestos, lo mismo que de las pruebas aportadas al expediente.- En el punto B, Evaluación normativa (fls. 59 a 60, cuaderno No. 2), dentro de la interpretación de las normas legales, expresa que tanto en la etapa gubernativa como en la contenciosa, se debe llegar a la misma conclusión, pues una sola es la ley y una sola su hermenéutica jurídica, porque al resolver los aspectos de derecho se debe tener en cuenta el principio de la economía procesal. Dice que el legislador ha dividido a los comerciantes en exentos, responsables y no responsables, para los cuales existe una situación de liberalidad que impone el cumplimiento de requisitos sin los cuales no son reconocidos sus derechos. En cuanto a las cargas procesales y probatorias, manifiesta que no se deben confundir las correspondientes a los responsables con las de los no responsables, y no trasladar las de uno a otros en forma contraria a la ley.-

Estudia los sujetos del impuesto y los divide conforme al capítulo V del Decreto 1988/74 en responsables, y transcribe para ello el artículo 10 de dicha norma, que considera como tales al productor, al importador, al que presta un servicio, el que efectúa un contrato de obra y los vinculados económicamente a tales personas, entre los cuales no se encuentran los comerciantes exportadores, en razón de la enumeración taxativa, que no admite dudas ni ambigüedades, imposibilitando al fallador para adicionar o complementar la norma legal. Afirma que es política del Gobierno, para dar estímulo a los exportadores, otorgarles el derecho a solicitar la devolución de los saldos créditos originados en impuestos cancelados en las compras de elementos constitutivas de costos y gastos de producción, administración y venta de los productos (Arts. 21 Dcto. 1988/74 y 10, 18 y 19 Decreto 2815/74).-

Manifiesta que los comerciantes exportadores productores, tienen las obligaciones de los responsables del impuesto (Art. 12, Dcto. 1988/74) no así los simples comerciantes exportadores no productores, para quienes las cargas son distintas. Transcribe los artículos 26 y 27 del citado decreto sobre las obligaciones de los responsables del impuesto sobre las ventas y procedencia del descuento de los impuestos pagados por compras, importaciones o devoluciones de mercancías, las que no se dan para el comerciante exportador no productor, quien no expide facturas, sino los productores a quienes les compran las mercancías, ni están obligados a liquidar impuesto a las ventas en el trámite de exportación.-

De lo anterior infiere la importancia de la relación de facturas que debe acompañarse al pedir devolución como lo exige el artículo 25 del decreto 2815/74 y que son la base para demostrar el pago de lo no debido. Afirma (fl. 75 parte final) que

las fotocopias de los comprobantes de pago allegadas por los Auditores están firmadas por los vendedores (terceros) las que deben aceptarse como prueba.

Considera a los no responsables, como no obligados a llevar cuenta corriente en sus libros de contabilidad, por no aparecer como deudores de la Administración por concepto de impuestos, en razón de existir imposibilidad para reunir los requisitos que deben llenar los sujetos involucrados en la relación de cuenta corriente.-

Concluye que a los no responsables no les obliga hacer la solicitud de devolución "a más tardar en la declaración que corresponda a los dos períodos siguientes a la fecha de compra o importación" (Art. 27 Dcto. 1988/74), porque dada su condición de exportadores fueron excluídos de los capítulos VI y IX del decreto 1988/74, porque la devolución es una gestión de cobro que puede ejercitarse en cualquier tiempo por quien reúne los requisitos de acreedor, mandatario o cesionario. Insiste en que la solicitud de devolución a que se refiere el artículo 27 del decreto 1988/74 rige para los casos de descuentos, como lo dispone el inciso 2o. de la norma precitada y debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 11 del decreto 2803/75 previo el cumplimiento de lo enseñado en el artículo 22 del decreto reglamentario 1494 de 1.978 relacionado con la presentación de la solicitud de devolución una vez vencido el término de adición consagrado en el artículo 23 de la Ley 52/77, y si se puede antes, previa renuncia al derecho de adicionar. Si se adiciona, se debe renunciar en el formulario corregido previa exhibición al momento de recibir la solicitud para que se deje la constancia de las verificaciones pertinentes.-

Concluye expresando que la condición de responsable o no del impuesto, la consagra la ley por razón de la realidad de la actividad del comerciante, mas no porque así lo dispongan los estatutos de la sociedad en forma abstracta. La providencia termina revocando en forma total la resolución apelada, reconociendo la procedencia de la devolución a favor de la peticionaria por la suma de $459.013.986 y ordenando a la oficina de cuentas corrientes efectuar, previos los trámites legales, la devolución de la suma mencionada.

ACCION DE NULIDAD (Art. 75, LEY 167/41):

La Fiscalía Sexta de la Corporación instauró, mediante escrito de 29 de abril de 1.983 (fls. 1 a 42 cuaderno No. 2), acción de nulidad contra la Resolución No. R-000393-V del 1° de octubre de 1.982 proferida por la Sección de Recursos de Ventas e Indirectos de la Dirección General de Impuestos Nacionales que revocó la resolución No. A-000349-P del 1° de abril de 1.982 y reconoció la procedencia de la devolución de la suma de $459.013.986 por impuestos pagados solicitada por la sociedad Kawai International Emeral Co. Ltda. y ordena a la Sección de Cuentas Corrientes de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, previos los trámites de ley, que devuelva la suma anterior.-

HECHOS Y OMISIONES:

1.- La sociedad mencionada aduciendo la calidad de comerciante que compra en plaza pública artículos manufacturados con el fin de exportarlos, radicó, en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, el 29 de abril de 1.981, un informe de exportaciones realizadas en los períodos fiscales bimestrales 1.975 a 1.980 y enero, febrero y marzo de 1.981 incluyendo además, la liquidación de impuestos descontables por $459.013.986;

2.- La sociedad no declaró operaciones por los períodos bimestrales anteriores;

3.- El 23 de junio de 1.981 radicó la solicitud de devolución de la suma antes indicada, a la cual acompañó una relación pormenorizada de las facturas de compras correspondientes a bienes exportados durante el lapso a que se refiere la solicitud;

4.- Practicada visita se constató que "La contabilización de los descuentos se efectuó a partir del 31 de marzo de 1.981 con motivo de la reclasificación de las cuentas del Mayor. Se abrió una cuenta denominada "CUENTAS POR RECIBIR" y una subcuenta "IMPUESTO A LAS VENTAS POR RECUPERAR", en la cual el único asiento efectuado hasta la fecha de la presente visita corresponde a$459.013.986.oo";

5.-Al exigir -por muestreo- la exhibición de algunas facturas, presentan comprobantes de pago, cuya enumeración corresponde a la relación que obra dentro del expediente" de la devolución;

6.- Por Resolución No. 056 de 9 de enero de 1.982 le fue negada la solicitud de devolución por la Sección de Auditoría Interna del Impuesto sobre las Ventas, la que fué impugnada y confirmada por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por Resolución No. A-000349-P del 1° de abril de 1.982.-

7.- LA Dirección General de Impuestos Nacionales, revocó la resolución apelada, reconoció la procedencia de la devolución a favor de KAWAI INTERNATIONAL EMERALD CO. LTDA. NIT 60.024.307 por la suma de $459.013.986 y ordenó a la Sección de Cuentas Corrientes de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, previos los trámites del caso ante la Contraloría General de la República, devolver a la peticionaria la suma referida;

8.- La solicitante había pedido como costo, en las declaraciones del impuesto sobre la renta correspondientes a 1.975 a 1.980, la totalidad del valor de las compras de los bienes exportados, con el fin de rebajar la base gravable del impuesto de renta.-

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

En la demanda el Ministerio Público transcribe las disposiciones violadas: artículo 19 del Decreto 2815/74; 10 del Decreto 422/78; 9o. del Decreto 001/79; 9o. del Decreto 3045/79; y el 9o. del Decreto 3219/80 que obligan a los exportadores no responsables: a) A declarar dentro del mes siguiente al respectivo período (Art. 15 Dcto. 2815/74, literal b) que impone a los exportadores no responsable la obligación de declarar por bimestres como lo ordenan las normas citadas, lo que no hizo la sociedad peticionaria. Los impuestos descontables que se refiere la solicitud 386 de 23 de junio de 1.981 corresponde a los bimestres de 1.975 a 1.980 y 1° de 1.981, es decir más de cinco -5 años- por lo que debió presentar las respectivas declaraciones como lo ordenan las disposiciones mencionadas, por lo que al no presentar declaración del impuesto sobre las ventas por cada uno de los bimestres de 1.975 a 1.980 y presentar solo una relación de exportaciones incluído el primer bimestre de 1.981, que no es declaración de ventas, violó las normas antedichas.-

OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR DEVOLUCION:

Artículo 25 del Decreto 1988/74.- Prevee esta norma que en el caso de ventas exentas, los productores que figuren con saldo a su favor en la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas, pueden pedir la devolución siguiendo las normas reglamentarias, y el exportador aunque no fuere responsable, también puede pedir la devolución. Por otra parte, el artículo 19 del Decreto 2815/74, norma invocada como violada, establece la obligación para los comerciantes exportadores no responsables de presentar "dentro del mes siguiente al respectivo período en la Administración de Impuestos Nacionales correspondiente donde se encuentre el asiento principal de sus negocios, una declaración de sus exportaciones donde se efecturá una liquidación privada de los impuestos descontables y **conjuntamente podrán presentar la correspondiente solicitud de devolución de dichos impuestos**". Igualmente transcribe el artículo 12 del decreto 2803 de 1.975 que establece para los interesados de que tratan los artículos 18, 19, 20, 42 y 43 del decreto 2815 de 1.974 y 7° del decreto 584 de 1.975, la posiblidad de presentar la solicitud de devolución dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo que la ley les concede para modificar su respectiva declaración, y el artículo 22 del decreto 1.494 de 1.978 que autoriza la solicitud de devolución vencido el término de adición consagrado en el artículo 23 de la ley 52 de 1.977.-

En resumen: Los preceptos vigentes entre 1.974 y 1.978 señalan claramente que para poder presentar solicitud de devolución de impuestos, ha debido previamente formularse la declaración de ventas correspondiente, porque solo desde ese momento nace la posibilidad legal de formular la petición.

Como la peticionaria no presentó las declaraciones de ventas bimestralmente, sino en marzo de 1.981 presentó una "relación" de exportarciones por los años 1.975 a 1.981, es ilegal, por relacionar exportaciones realizadas en bimestres correspon-

dientes a más de cinco (5) años; y la resolución de la Dirección General de Impuestos Nacionales al ordenar la devolución de los impuestos solicitados, violó las normas citadas a las que la solicitante no había dado cumplimiento.-

PRECLUSION DEL TERMINO PARA SOLICITAR DEVOLUCION:

Manifiesta la actora que el artículo 12 del decreto 2803/75 expresa que los interesados de que hablan los artículos 18, 19, 20, 42 y 43 del decreto 2815/74 del decreto 584/75, solo podrán presentar la correspondiente solicitud de devolución **dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo que les conceda la ley para modificar su respectiva declaración**. Así mismo conforme al artículo 23 de la ley 52/77 los datos básicos del formulario podían modificarse dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar. Por tanto, desde el 19 de diciembre de 1.975 hasta el 21 de julio de 1.978 la ley señaló un término máximo para pedir devolución del impuesto sobre las ventas aplicable a los exportadores no responsables, por que la norma se refirió de manera expresa al artículo 19 del decreto 2815 de 1.974. Por esta razón, quien formula la petición después del mes siguiente al plazo para adicionar, pierde el derecho a ejercitar o pedir la devolución. Como la peticionaria solo presentó la relación de exportaciones en abril de 1.981, aún tomando tal relación como declaración, había perdido el derecho por haber precluído el término de un mes señalado por el artículo 12 del decreto 2803/75 para ello.-

EL SALDO CREDITO NO CORRESPONDE AL BIMESTRE POR EL CUAL SE SOLICITA:

Repite lo dispuesto por el artículo 12 de decreto 2803/75 en el sentido de que la solicitud de devolución debe formularse dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo que concede la ley para modificar su respectiva declaración y antes del vencimiento de dicho plazo cuando hayan renunciado al derecho de adición, como lo prevee el artículo 7o. del decreto 2821/74, siempre que el hecho conste en la declaración presentada inicialmente o en el formulario de corrección que deberá exhibirse en el momento de la recepción de la solicitud con el fin de que el funcionario deje las constancias de las verificaciones del caso. En la misma forma el artículo 21 de la Ley 52/77 al afirmar que las declaraciones corresponderán al período o ejercicio gravable, está indicando que la oportunidad para formular la solicitud de devolución debe estimarse individualmente para cada declaración, respecto a los impuestos descontables incluídos en la liquidación privada conforme lo ordena el artículo 19 del decreto 2815/74. Y como solo se presentó una declaración por 37 períodos fiscales y siendo bimestral la declaración una por cada período, al obtener la devolución en forma irregular, se incurrió en inexactitud en la relación presentada por el primer bimestre de 1.981 y a la vez violación de los artículos 12 del decreto 2803/75, 22 del decreto 1494 de 1.978, 15 y 18 del decreto 2815/74 y 21 de la ley 52/77.-

IRREGULARIDADES EN EL MANEJO CONTABLE DEL IMPUESTO:

Se refiere este acápite a la violación de los artículos 52 y 53 del Código de Comercio, el primero de los cuales se refiere a la elaboración del inventario y el balance general a cargo del comerciante para conocer de manera clara y completa su situación patrimonial; y la segunda hace referencia a la obligación del comerciante de asentar en orden cronológico tanto las operaciones mercantiles como todas aquellas que pueden influir en su patrimonio con referencia de los comprobantes de contabilidad que respaldan los asientos y a la definición de lo que es comprobante de contabilidad. También hace referencia a la violación del artículo 9o. del decreto 528/75 que ordena al interesado a ajustar su cuenta corriente hasta que el saldo quede en "cero" en el evento de presentar solicitud de devolución. Lo mismo prescribe el artículo 23 del decreto 1494/78 sea o no responsable el comerciante. Al no contabilizar el impuesto en la forma indicada por las normas legales tanto el certificado del revisor fiscal como la Administración al saber de la inexistencia de la cuenta corriente anotada cronológicamente, violaron los artículos 52 y 53 del Código de Comercio.-

RELACION DE FACTURAS INEXISTENTES:

La demanda transcribe el parágrafo 2o. del artículo 25 del decreto 2815/74 que exige: "presentar con la solicitud de devolución una relación pormenorizada de las facturas de compras correspondientes a los bienes exportados":....."Esta norma armoniza con el artículo 944 del Código de Comercio que se refiere al derecho del comprador a exigir del vendedor una factura de las mercancías vendidas con indicación del precio y de la forma de pago. No obstante la afirmación de la peticionaria de haber presentado relación de facturas de compra de "los bienes exportados durante el tiempo a que se refiere la solicitud", practicada la visita contable, al exigirle a la sociedad exhibición de facturas por muestreo, no las presentó, y , en cambio exhibió comprobantes de pago con la numeración correspondiente a la relación de facturas; la violación entonces, alega la actora, es doble, por parte de la sociedad al relacionar como facturas documentos que no lo son, y por parte de la Administración, al aceptar en vez de facturas,comprobantes de pago que es documento diferente.-

IMPROCEDENCIA DE DEVOLUCION DE IMPUESTOS CALCULADOS PARA COMERCIANTES EXPORTADORES NO RESPONSABLES:

Alega la violación de los artículos 24 del decreto 1988/74 y 9o. del decreto 194/78, porque estas normas limitan en cuanto a las personas y a los bienes materia del impuesto calculado, y no se refieren al comerciante exportador no responsable, pues éste nada agrega a los bienes que exporta, ya que están terminados; y, además porque el exportador no responsable, solo tiene derecho a pedir devolución de los impuestos descontables como lo señala el parágrafo 2o. del artículo 25 del decreto 2815/74, esto es, los que aparezcan en las facturas de compra y que correspondan a

los bienes exportados. Al devolver una suma correspondiente a impuestos calculados, a una persona jurídica que no tenía derecho a devolución por no ser productor de los bienes vendidos, la Administración violó los artículos 24 del decreto 1988 de 1.974; 9o. del 1494/78 y 25 del 2815/74.-

DOBLE BENEFICIO FISCAL SOBRE UN MISMO HECHO:

Manifiesta que la devolución ordenada por la Dirección de Impuestos Nacionales quebranta los artículos 19 de la ley 52/77 sobre datos básicos y derivados, 27 y 28, ibídem, sobre hechos constitutivos de inexactitud y porcentaje base para su determinación; 16 del decreto 2815/74 sobre los impuestos a tomar en cuenta en el impuesto sobre las ventas "para liquidar sanciones y practicar liquidaciones oficiales". Afirma que en las declaraciones de renta correspondientes a 1.975 a 1.980, **se llevó como costo, el valor de compra de los bienes exportados**, con lo cual se afectaron los ingresos brutos para determinar la renta gravable de tales años disminuyéndose el impuesto sobre la renta por las anualidades referidas. Con lo anterior se propuso la peticionaria obtener un doble beneficio fiscal disminuir el impuesto de renta solicitando costos, y en el impuesto sobre las ventas, acumular la misma suma hasta conformar el monto solicitado como devolución. En este caso se configura inexactitud, pues pugna con el sentido del artículo 26 del decreto 1988/74 y en el impuesto de renta la solicitud de descuentos puede considerarse como inexistente por pugnar con el artículo 27 de la ley 52/77.- (Lo subrayado es de la Sala).-

INDEBIDO PROCEDIMIENTO:

Considera la demanda que la Administración violó directamente los artículos 24 y 25 del decreto 1494/78 que le señalan el trámite a seguir cuando se presentan solicitudes de devolución de impuesto sobre las ventas y previene a la Administración para que por medio de sus funcionarios, verifique el estricto cumplimiento de los requisitos exigidos en dicha norma al no exigir una verdadera declaración de ventas por el primer bimestre de 1.981 al momento de solicitar la devolución de la millonaria suma, se violaron igualmente los artículos 25 del decreto 2815/74; 8° del decreto 584/75 y 11 del decreto 2803/75. Al darle curso a la solicitud sin el cumplimiento de requisitos anteriores, violó el artículo 24 del decreto 1494 de 1.978, por cuanto ha debido devolverla en vez de darle curso.-

Por último la demandante pidió con fundamento en los artículos 193 de la Constitución Nacional y el 94 del Código Contencioso Administrativo la suspensión provisional de la resolución acusada por violación de las normas positivas reseñadas y por haberse agraviado el interés público al pedir la devolución. Agrega que la acción de lesividad no tiene término de caducidad ni hay ley que la prohiba.-

Por auto de mayo 31 de 1.983 (folios 43 a 45, cuaderno No. 2) se admitió la demanda pero no se accedió a suspender provisionalmente la resolución acusada. El

apoderado de la INTERNATIONAL EMERALD CO. LTDA., antes KAWAI INTERNATIONAL EMERAL CO. LTDA. interpuso recurso de súplica y pidió que se resolviera en Sala Plena conforme al artículo 1°, inciso 2°, de la ley 11 de 1.975, (fls. 46 a 48, cuaderno No. 2) el que fué resuelto en Sala Unitaria en forma desfavorable por ser improcedente lo pedido.-

ALEGATO DE CONCLUSION DE INTERNATIONAL EMERALD CO. LTDA.:

A través de apoderado legalmente constituído la peticionaria presentó alegato de conclusión (folios 16 a 37, Cuaderno No. 1). divide su alegato en dos partes así: la. **La Acción:** Expresa que no puede acudirse a una institución española, como la acción de lesividad, para pretender convertir una acción de plena jurisdicción en acción de simple nulidad.-

Expresa qué tal acción fue instituída, por el artículo 1° de la ley 130 de 1.913, el cual transcribe, para cuyo ejercicio hay un término de noventa (90) días cuando además se trata de acción de restablecimiento del derecho. Transcribe asimismo lo dicho por el Doctor Carlos Betancur Jaramillo en su libro Derecho Procesal Administrativo, en el sentido de que cuando la Administración busca algún pronunciamiento sobre sus propios actos debe someterse al régimen general, pero respetando los términos de caducidad señalados por la ley para el ejercicio de las diferentes acciones. Igualmente lo dicho por el Doctor Miguel González Rodríguez en su Obra Derecho Administrativo en el sentido de que: "...en lo que hace relación a los ordenamientos procesales, está sometida en su integridad a ellos, como si se tratara de un litigante particular". Hace un recuento de la acción de lesividad en el derecho español citando al tratadista Jesús González Pérez, para el cual "el proceso de lesividad ...es aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma" (Jesús González Pérez. Derecho Procesal Administrativo). Observa que el citado autor en el libro referido, página 165, manifiesta que el proceso de lesividad en el derecho español "debe iniciarse en el plazo de dos meses aplicando las reglas del proceso ordinario". En resumen, alega, que esta acción tiene término de caducidad, por lo "que habiendo sido presentado la demanda el 29 de octubre de 1.983 (sic) contra la resolución No. R-000393-V del 1° de octubre de 1.982 ...que fue notificada el 5 de octubre de 1.982 con renuncia a la ejecutoria", la acción intentada está fuera del término previsto en el C.C.A.-

LEGALIDAD DE LA RESOLUCION DEMANDADA:

Argumenta que para el caso de que la Sala concluya que no se trata de acción de plena jurisdicción, pide que se acepte el principio de favorabilidad porque: a) ningún comerciante es responsable del impuesto sobre las ventas, salvo que tenga vinculación económica con un responsable; b) por consiguiente, ningún comerciante tiene la obligación que la ley establece para los responsables; y, c) no está sometido a ningún término de los citados por la ley (Dcto. 1988/74, art. 12 parágrafo) y, d)

aunque la administración Tributaria está facultada para fijar "los responsables del gravamen deben hacer la solicitud de devolución", si no la hacen, ello ni indica que violan el derecho a solicitar la devolución porque el término se ha establecido solo para los responsables. De ahí que la prescripción es la de 10 años y consecuencialmente no son aplicables las normas sobre cuenta corriente y puede solicitarse la devolución en cualquier tiempo. Agrega que la única disposición con fuerza de ley aplicable a comerciantes exportadores no responsables, es el artículo 25 del decreto 1988/74 del cual surge el único nexo de acreedor del fisco. Sostiene que no siendo responsable del impuesto, no está obligado a cumplir el artículo 12 del decreto 1988/74 y puede pedir la devolución en cualquier tiempo, sin necesidad de llevar cuenta corriente por ser esta sola obligación de los responsables. En resumen, se repite lo dicho en la resolución No. R-000393-V de 1° de octubre de 1982 sobre la obligación de declarar e insiste en que la peticionaria es acreedora del erario público.-

Respecto a la oportunidad para solicitarla devolución afirma que ella puede hacerse dentro del término señalado en el artículo 2512 del Código Civil en razón de ser no responsable del impuesto. Argumenta que la actora al tratar sobre la cantidad por devolver corresponde a más de dos meses, pide aplicación de normas para los responsables, mas no es así porque tenía 10 años para pedir devolución y por eso presentó una sola información sobre sus exportaciones desde 1.975 a 1.980 sin sanción por no ser responsable del impuesto, ni aplicables las disposiciones por inexactitud. En cuanto a la contabilización del crédito (fl. 31 cuaderno No. 1) dice que conforme al artículo 57 del Código de Comercio: "cualquier error u omisión se salvará con un nuevo asiento en la fecha en que se advierte". Por eso solo lo hizo en 1.981 no estando prescrito el crédito. Por tanto, no se violaron las disposiciones que se dicen infringidas, sino que al hacer la corrección se les dió cumplimiento: En lo referente a la relación de facturas inexistentes (fl. 32, cuaderno No. 1) expresa que en aspectos tributarios prevalece el hecho económico ocurrido realmente y que si no se acompañaron las facturas de compra, en cambio se informó sobre comprobantes de pago formalmente equivalentes a ellas a los cuales la administración les dió verdadero valor. Ataca el punto referente al cálculo del monto por devolver y expresa que el vendedor no responsable, no tiene obligación de expedir facturas de las que enumera el artículo 12 del decreto 1988/74.-

En cuanto al comprador o destinatario de la factura, sí es responsable del impuesto, pero a éste no se lo detalló el vendedor también responsable y tiene derecho a que la Administración le reintegre ese gravamen como lo indica la segunda parte del artículo 24 del decreto 1988/74 aplicando la tarifa correspondiente al 75% del precio, e imponiendo al vendedor que no cumple, la sanción del 10% como lo ordena el artículo 15 del decreto 2368/74.-

Encuentra que si el responsable del impuesto tiene derecho a que se le reintegre el impuesto que pagó al adquirir los bienes, con mayor razón le asiste derecho al comerciante exportador no responsable del gravamen que vende para su consumo en el exterior. No está de acuerdo con la petición de la actora de que los no responsables solo tienen derecho a la devolución de los impuestos facturados, porque el artículo

24 del decreto 1988/74, segunda parte, ordena que se aplique a todo aquél que esté interesado en el rientegro del impuesto de ventas causado en la adquisición de bienes o servicios. Respecto del doble beneficio fiscal (fl. 35, cuad. 1), considera que la demandante confunde los responsables del impuesto con los excluídos de él para sostener que el comerciante exportador no responsable tiene obligación de presentar declaración de impuesto a las ventas como lo ordena el artículo 12 del decreto 1988/74, con las relaciones e informaciones de exportaciones que puede o no presentar el exportador y si lo hace es para pedir la devolución lo que puede hacer dentro de los 10 años fijado en el artículo 2512 del Código Civil.

La acusación cita como violadas por la administración normas que no podían serlo por inaplicables.

Resume su defensa en cuanto al cargo ocho, argumentando que carece de base para ser atendido. Por último, en cuanto al indebido procedimiento (fl. 36, cuad. 1) afirma que lo allí sostenido demuestra que el comerciante exportador no responsable a quien se favoreció en la Resolución demandada sí cumplió con las normas pertinentes para obtener la devolución.-

Concluye que el Ministerio de Hacienda ha eludido efectuar la devolución no obstante estar ejecutoriado el auto que lo ordena. Pide que se declare probada la excepción de caducidad de la acción, y, subsidiariamente que se nieguen las súplicas de la demanda.-

Dictamen Pericial: Por auto de 28 de septiembre de 1.987, se decretó como prueba de oficio con el fin de completar las existentes una inspección judicial con peritos contadores públicos sobre los libros de contabilidad de la demanda (fls. 75 y 76) con expresión de los puntos materia del dictamen e indicación de los nombres de los contadores públicos designados para desempeñar el trabajo ordenado en el auto referido. A folio 125 a 130 obra el dictamen sobre los puntos materia del interrogatorio formulado por las partes.-

La demandada expresa en escrito de 8 de septiembre de 1.988 que debido a la destrucción total de los archivos y por no haber sido posible aportar al expediente el alegato presentado oportunamente, "se agreguen al proceso copias que estoy adjuntando de la sentencia de noviembre 20 de 1.987 proferida en el expediente No. 099 y el auto de 22 de junio de 1.984 expediente 10.751, en los cuales la Sección Cuarta definió los temas centrales debatidos en el proceso de la referencia: la ilegalidad de un acto similar al aquí demandado y la naturaleza de la acción incoada".-

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Fiscal Tercero, Doctor CARLOS OCTAVIO RODRIGUEZ VASQUEZ, luego de transcribir la comunicación del Ministerio de Hacienda para demandar en acción de nulidad (art. 75, ley 167/41), la resolución No. R-00393-V del 1° de octubre de 1.982 por encontrarla contraria a derecho, y la petición de caducidad de la acción formulada por los apoderados de la demandada, copia los fundamentos de la excep-

ción de caducidad expuestos en el alegato de conclusión, hace un recuento de la acción de nulidad establecida en la ley 167/41, y de la facultad de la administración para pedir la nulidad de sus propios actos apoyada en el ius postulandi, mas cuando ellos son irregulares; analiza el artículo 62 de la ley 167/41 que comprende la facultad genérica para demandar ante la jurisdicción contenciosa los actos de las autoridades por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. El artículo 63 ibídem que se refiere a la demanda de los actos provenientes de autoridades departamentales; la anulabilidad de los actos de Intendentes y Comisarios (arts. 64 y 65) y el artículo 66 que faculta para solicitar la nulidad de los actos a que se refieren los artículos 62 a 65 y hace luego un estudio de la acción de nulidad para decir que esta es la acción que ha debido instaurar el Ministerio Público (demandante) dentro del término de cuatro meses de que habla la ley de conformidad "con la jurisprudencia del Consejo de Estado de los motivos y finalidades", toda vez que lleva ínsito el restablecimiento del derecho de la Administración para que el acto presuntamente irregular dictado a favor de la peticionaria se anulara y se operará automáticamente el restablecimiento del derecho de la Administración de no pagar la suma ordenada. Concluye de lo anterior que la acción invocada el 29 de abril de 1.983 está caducada sin que pueda la jurisprudencia Contencioso Administrativa entrar a juzgar el fondo de la acción impetrada.-

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

1°.- Sea lo primero definir la naturaleza de la acción que la ley 167 de 1.941 daba a la Administración Pública para solicitar la anulación de sus propios actos. Lo anterior, por cuanto la demanda que ahora se decide, fué instaurada bajo su vigencia y la parte demandada ha propuesto como argumento central de la defensa, entre otros, la caducidad de la acción, asimilándola a la de carácter privado que dicha ley establecía en el artículo 67.- Para la Sala la acción regulada en el artículo 72 de la ley 167/41, es la misma de nulidad regulada en el artículo 66 ibídem, por las siguientes consideraciones:

a) En la ley 167/41, se estableció básicamente dos tipos de acciones, a saber:

a) La de simple nulidad o pública, instituída en interés del orden jurídico, cuya finalidad era la de mantenerlo incólume; y,

b) La dirigida a proteger los derechos patrimoniales de las personas, conocida como de restablecimiento del derecho, en la legislación actual, y de plena jurisdicción en la ley 167/41.

Dentro del marco anterior cabían otras como la electoral, que puede considerarse como acción mixta, ya que por una parte, se le incluía como acción popular y por ello de interés público, pero que mediante su ejercicio se procuraba la satisfacción de un interés particular, el del candidato derrotado en el escrutinio.

La acción indemnizatoria por hechos de la Administración era, y es, acción privada, como igualmente era la que podía ejercer por la negativa a otorgar cartas de naturaleza a ciudadanos extranjeros.-

La acción del artículo 72 de la Ley 167/41, es la de simple nulidad, como fluye en los términos en que fue concebida.- Dice el citado artículo:

> "También la Administración. por conducto del respectivo agente del Ministerio Público, **podrá solicitar la anulación de los actos a que se refieren los artículos 62 a 66 de esta ley**, por los motivos en ella señalados". (Lo subrayado es de la Sala).-

El artículo 66 de la ley 167/41 establecía la acción de simple nulidad; es en el 67 *ibídem* en el que se daba la llamada entonces acción de plena jurisdicción, pero el artículo 72 excluye esta acción del ámbito de nulidad en él, puesto que explícitamente se refiere a las acciones que la ley consagra en los artículos 62 a 66, de simple nulidad.- En efecto, el capítulo 7° que reglamenta las acciones, titulado "de la jurisdicción contra los actos de la administración", en el artículo 62, establece la posibilidad de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de los Decretos. Resoluciones y otros actos de gobierno, Ministros y demás funcionarios por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad; y también en los de contenido particular emitidos por funcionarios del orden Nacional; el 63, establecía acción de nulidad contra las Ordenanzas de las Asambleas Departamentales por violación de la Constitución, de la ley o el reglamento ejecutivo.-

Igualmente autorizaba la acción Contenciosa contra los Decretos y demás actos de los Gobernadores por los mismos motivos y además, por violación de las Ordenanzas. En el artículo 64 se establecía acción contra los actos administrativos de Intendentes y Comisarios y en el artículo 65 contra los acuerdos de los Concejos Municipales.

Pero es en el 66 *ibídem* donde se establecía la acción de simple nulidad "de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ella expresados", haciendo expresa referencia a los artículos 62 a 65.

Por su parte, la llamada entonces acción privada, por oposición a la pública del artículo 66, fué instituída en el artículo 67, es decir, "La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además, de la anulación del acto se le restablezca en su derecho".

"La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho".

Por lo demás, la caducidad, en cuanto limita el ejercicio del derecho de acción, debe estar expresamente consagrada, observándose al efecto que el artículo 72 de la ley 167/41 no contiene ninguna limitación en su ejercicio.- Cabe observar además, el precepto contenido en el 83 *ibídem*, a cuyos términos la acción -encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares- presente, salvo disposición legal, al cabo de cuatro (4) meses; y la acción del artículo 72 no está referida a la

satisfacción de intereses particulares, sino a la preservación del interés público y del ordenamiento jurídico.- Son pues, dos situaciones muy distintas por su finalidad; por lo mismo son distintas sus regulaciones de orden legal.

Al excluír el artículo 72 la acción derivada del artículo 67, que es la de restablecimiento en el derecho o privada, se está indicando, por oposición, que la acción instituída en él en favor de la Administración, es la de simple nulidad no sujeta a término de caducidad; se decide en consecuencia que no hay caducidad.-

2°.- El acto administrativo cuya nulidad se pide es la Resolución No. R-000393 de 1° de octubre de 1.982, proferida por la Sección de Recursos de Ventas e Indirectos de la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la División General de Impuestos Nacionales, la que revocó la Resolución No. 000349 de abril 1° de 1.982 emanada de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y reconoció la procedencia de la devolución a Kawai International Emerald Co. Ltda. de la suma de $459.013.986.

3°.-Al presentarse la solicitud de devolución se ordenó una visita a la contabilidad de la sociedad, en la cual se constató que hasta el 31 de marzo de 1.981 no se había registrado en la contabilidad ninguna cuenta por impuestos pagados a proveedores que deberían ser devueltos; la sociedad abrió en esa fecha una cuenta denominada "Cuenta por Recibir" y una subcuenta denominada "Impuestos a las ventas por recuperar» y en ésta el último asiento contable correspondía precisamente a la suma cuya devolución se pedía por el valor indicado de $459.013.985.- Los funcionarios les pidieron que les mostraran las facturas relacionadas, las que no fueron presentadas, presentándoles en cambio, comprobantes de pago "cuya enumeración corresponde a la relación que obra del expediente".-

4°.- Prescriben las normas de derecho vigente en esta época sobre el particular:

«DECRETO 2815/74: Artículos 15 y 25 en su orden:

«ARTICULO 15: "La declaración de ventas deberá presentarse dentro del mes siguiente al correspondiente período bimestral"

a) Para responsables:
Primer período: Enero-febrero
Segundo período: Marzo-abril
Tercer Período: Mayo-junio
Cuarto Período: Julio-agosto
Quinto Período: Septiembre-octubre
Sexto Período: Noviembre-diciembre

b) Para exportadores no responsables:
Primer Período: Febrero-marzo
Segundo Período: Abril-mayo
Tercer Período: Junio-julio
Cuarto Período: Agosto-septiembre
Quinto Período: Octubre-noviembre
Sexto Período: Diciembre-enero

«ARTICULO 25: "Cuando por razón de la naturaleza de las ventas y la cuantía de los descuentos haya lugar a la devolución de que trata el artículo 25 del Decreto 1988 de 1.974, y artículos 10, 16, 18 y 19 de este decreto y el interesado presenta la solicitud, **deberá presentar simultáneamente una relación de las facturas** o descuentos que dieron origen al descuento con indicación de sus números, fechas, descripción de los bienes adquiridos, nombre del proveedor, NIT, valor de cada operación y cuantía del correspondiente gravamen.- Esta relación deberá ser firmada por el interesado y autenticada por el Revisor Fiscal de la empresa o por un contador público, según el caso.-

PARAGRAFO: "....."

PRAGRAFO 2°: "Los exportadores no responsables deberán presentar con la solicitud de devolución **una relación de las facturas de compra correspondientes a los bienes exportados** con indicación de los datos de que trata el inciso primero de esta artículo, debidamente firmada por el peticionario y autenticada por el Revisor Fiscal de la empresa o por un Contador Público, según el caso (subraya la Sala).

PARAGRAFO 3°: "En el caso de los exportadores **responsables o no, deberán presentar con cada solicitud de devolución una relación de licencias y manifiestos de exportación donde conste el número de documentos, su fecha, valor y cantidad de la mercancía que deberá ir firmada por el declarante y autenticada por el Revisor Fiscal de la empresa o por el contador público, según el caso**". (Lo subrayado es de la Sala).

En su parte el artículo 25 del decreto Reglamentario 1988 de 20 de septiembre de 1.974, por el cual se introdujeron modificaciones al impuesto sobre las ventas, en el artículo 25, expresa: «.....»

ARTICULO 19 DTO 2815/74:

"Los comerciantes exportadores no responsables **deberán presentar dentro del mes siguiente al respectivo período en la Administración de Impuestos Nacionales correspondientes al lugar donde se encuentre el asiento**

principal de sus negocios, una declaración de sus exportaciones".- (Lo subrayado es de la Sala).

El Decreto 3015/79, estableció en el artículo 9° para los exportadores no responsables, que "en el impuesto sobre las ventas deben presentar declaración dentro del mes siguientes al correspondiente período bimestral las siguientes personas:

"a) Los exportadores y los comerciantes exportadores no responsables del impuesto".

En el mismo artículo se estableció para los comerciantes exportadores no responsables los siguientes períodos bimestrales:

PRIMER PERIODO: Febrero-marzo

SEGUNDO PERIODO: Abril-mayo

TERCER PERIODO: Junio-julio

CUARTO PERIODO: Agosto-septiembre

QUINTO PERIODO: Octubre-noviembre

SEXTO PERIODO: Diciembre-enero

En el mismo sentido se pronunció el artículo 9° del Decreto 3219/80 en cuanto a los períodos de la declaración de impuestos.-

Ninguna de las regulaciones de la ley en relación con la declaración o solicitud de devolución de impuestos descontables, fueron cumplidas por la sociedad Kawai Intemational Emerald Co. Ltda., las cuales son de obligado cumplimiento y por lo mismo insolayables; por lo cual su inobservancia no puede producir ningún derecho.- Por esta razón fundamental, el acto administrativo que reconoció la existencia de un derecho que no tiene respaldo en la ley, deviene igualmente nulo, imponiéndose su declaratoria judicial como se hace a continuación.- Por lo demás la sociedad en sus declaraciones de renta pedir y obtener el reconocimiento de lo pagado en la compra de gemas como deducción de la renta; no puede por tanto pretender que se reconozca el mismo valor como deducción para pagar menos impuesto y que se le devuelve igual valor por otros conceptos.

Por último y en relación con el argumento de la sociedad, de que los errores contables se pueden subsanar en cualquier tiempo, la Sala observa:

No está claro y por ello no puede aceptarlo, que a título de simple "corrección de error" la compañía haya creado en un solo acto en el mes de mayo de 1.981 un cuantioso activo a su favor representado en un crédito a cargo del Tesoro Nacional, sin que constituya simultáneamente renta de la sociedad y de los socios del mismo año.- En efecto, si el crédito se originó en impuestos pagados que jugaron como costos de las ventas en los ejercicios anteriores y por ende disminuyeron las utilidades, significa que al reversarse tal tratamiento constituyen una recuperación de tales costos, que se vuelven renta del ejercicio en que ello sucede.

Este fenómeno no solo sería de índole contable, sino que incidiría en la vida social puesto que los socios se vieron afectados en sus utilidades distribuídas en los ejercicios anteriores y que la "corrección de error" en mayo de 1.981 debió traducirse en una participación extraordinaria o adicional a su favor que ha debido ser materia de especial tratamiento por la Asamblea de Socios o por lo menos de explicación de los administradores.

Sin embargo nada de ello se ha mencionado siquiera para respaldar el argumento de que trató de una corrección de error contable que no era tan simple, como se pretende presentar, por sus múltiples incidencias.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Anúlase la Resolución No. R-000393-V del 1° de octubre de 1.982, proferida por la Sección de Recursos y Ventas e Indirectos de la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales que ordenó devolver a Kawai International Emerald Co. Ltda., la suma de $459.013.986.oo, pesos moneda corriente, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada en la Sala de la sesión fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, Jaime Abella Zarate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A Torrado Torrado, Secretario

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ NULIDAD PROCESAL/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

No es exacto que, tratándose del impuesto sobre la renta, haya nulidades propias del proceso gubernativo, regidas exclusivamente por el artículo 57 de la Ley 52/77, y otras que se prediquen sólo del juicio contencioso. En uno y otro procedimiento son alegables tanto las infracciones directas o indirectas de la ley, como los errores de fondo y los vicios relativos a la forma, de éstos. Dado que la administración se pronunció sobre la consulta antes de haber concluído la notificación por edicto y, por supuesto, la ejecutoria del acto consultado, ciertamente obró sin competencia funcional, dando lugar a causal de nulidad. Debido a la nulidad del acto que quiso poner término a la vía gubernativa, se configura el silencio administrativo positivo (Ejercicio fiscal de 1.980).

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta. -Bogotá, Diciembre catorce de mil novecientos noventa (1990).

Ref. Radicación 2731. Apelación sentencia de 8 de Septiembre de 1.989 del Tribunal de Antioquia, en juicio de restablecimiento del derecho contra la operación administrativa que determinó el impuesto sobre la renta y complementarios, por el año fiscal de 1.980. Actor: Compañía Suramericana de Seguros S.A. F A L L O.

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

El delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales, doctor LUIS FERNANDO GIRALDO ESTRADA, obrando en término, apela a la sentencia de 8 de Septiembre de 1.989, favorable a las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio de restablecimiento promovido por la sociedad COMPAÑIA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. contra actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta y sanciones

del período impositivo de 1.980, a saber, la liquidación de revisión No. 2098 de 30 de Septiembre de 1.983 y las resoluciones Nos. 607 y 239 de 11 de octubre y 5 de noviembre de 1.985, expedidas, las dos primeras, por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, y la última, en grado de Consulta, por la Subdirección Jurídica, División Delegada de Medellín de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Mediante la liquidación impugnada, a la que había precedido un acta de inspección contable y el requerimiento especial, se adicionaron, simultáneamente, los *ítems* de patrimonio e ingresos brutos declarados por la suma total de $957.232, correspondiente al valor de un salvamento, en cifra de $878.726, y de una renovación de póliza, en cuantía de $78.506, no contabilizada ni denunciada fiscalmente por la inspeccionada, habiéndose aplicado, además, las sanciones por libros de contabilidad ($1.510.945) e inexactitud ($765.786).

Las adiciones del patrimonio y la renta, no se reflejaron, sin embargo, en un mayor impuesto a cargo debido a los descuentos tributarios a que tenía derecho la contribuyente.

A su vez la providencia que desató el recurso gubernativo, luego confirmada por la que dirimió la consulta, si bien desecho las pretensiones de nulidad de la reclamante, basadas en la "incompetencia del funcionario por ausencia de materia revisable y por pretenderse reabrir un proceso legalmente concluído", así como las argumentaciones y comprobaciones aducidas con miras a desvirtuar las adiciones del activo y la renta y la sanción por libros, accedió, en cambio, a revocar la sanción por inexactitud, con apoyo en el artículo 49 del decreto 3803 de 1.982, citado por la reclamante, en cuanto de las omisiones reportadas no derivaban, ni un menor impuesto ni un mayor saldo a favor, en la liquidación de aquélla.

LA DEMANDA

Se refiere en primer lugar, a las causales de nulidad alegadas en la vía gubernativa, y se resume así:

a) Según el artículo 15 de la Ley 52 de 1.977, la liquidación de revisión tiene por objeto modificar, por una vez, la liquidación privada, excepto que, en ésta la cuantía del tributo aparezca determinada correctamente, porque, en tal caso, culmina ahí el proceso de determinación y se agota la competencia de la administración al efecto.

Y puesto que, en el asunto que se discute, la liquidación impugnada fijó exactamente los mismos valores de la privada, o sea, que se carecía de materia revisable o modificable, la práctica de aquélla dió lugar a las causales 1a. y 5a. de nulidad del artículo 57 ib., por falta de competencia del liquidador y la reapertura de un proceso legalmente concluído.

Por lo demás, no es válido el argumento de la administración, en el sentido de que la liquidación de revisión sirviera, además de reforma de la privada, para imponer la sanción por inexactitud, pues sin modificación del impuesto no puede haber sanción, como se admitió en la resolución del recurso gubernativo.

b) Dado que los graves errores del acta de visita, al extremo de haberse reportado en ella ingresos adicionables por más de 58 millones de pesos que tuvo que desestimar el liquidador, le restaban cualquier credibilidad, se pidió su aclaración, con fundamento en el artículo 59 ib., sin que la administración se hubiese pronunciado en ningún sentido, configurándose así la causal 6a. de nulidad del artículo 57 ib.

c) La notificación por edicto de la resolución 607 de 11 de octubre de 1.985, que decidió el recurso de reconsideración, principió el martes 29 de octubre subsiguiente, no siendo hábiles los días sábado 2, domingo 3 y lunes 4 de noviembre, festivo, de suerte que cuando se profirió la resolución de la consulta, la No. 239 de 5 de noviembre de 1.985, la primera llevaba solo 4 días notificándose, en contravía de lo dispuesto en los artículos 38 del decreto 3803 de 1.982, 50 y 52 del decreto 1651 y 323 del Código de Procedimiento Civil, en materia de la notificación y ejecutoria de las providencias, incurriéndose, pues, en las causales 3a. y 6a. de nulidad del mismo artículo 57, ésta, en conexión con el artículo 152-9 del Código de Procedimiento Civil, y también en la 1a. del citado artículo 57, por ausencia de competencia del funcionario que asumió anticipadamente el conocimiento de la consulta.

La nulidad de estas resoluciones, carentes, de suyo, de efecto jurídico, de conformidad con el artículo 48 del decreto 01 de 1.984, apareja la configuración del silencio administrativo positivo de que trata el artículo 9o. de la ley 8a. de 1.970.

En cuanto a los asuntos de fondo, se afirma:

a) En lo que hace al salvamento, es cierto que la compañía pagó íntegramente, en 1.980, un siniestro a un asegurado (Industrias Búffalo), habiendo adquirido aquélla la propiedad de dicho salvamento.

Pero como, según normas de la Superintendencia Bancaria, éste solo ingresa al patrimonio del asegurador cuando se ha liquidado y enajenado, negociación que se perfeccionó con el propio asegurado en enero de 1.981, era por este ejercicio que debía declararlo la compañía, idependientemente de que, de hecho, el asegurado lo hubiera usado o consumido antes.

De otro lado, no es cierto, como se dice en el acta de visita, que la compañía hubiera autorizado al comprador, el 30 de septiembre de 1.980, para usar el bien objeto del salvamento, primero, porque no existe prueba de ello en el proceso, y segundo, porque aunque así hubiere sido, el ingreso se causaría, según el artículo 16 del decreto 2053 de 1.974, solo cuando naciera el derecho a exigir el pago, o sea, en enero de 1.981, cuando se perfeccionó la transacción. Del hecho de que el comprador, equivocadamente, hubiera contabilizado el salvamento en 1.980, no se deduce igual carga pera la compañía, así esta hubiera reportado mayor beneficio fiscal, ya que en nada habría variado su impuesto por tal año, con o sin la declaración de salvamento.

b) Referente a la renovación de póliza, se cumple el mismo principio de causación, pues, a términos del artículo 1066 del Código de Comercio, disponiendo el tomador del seguro de un lapso de diez días para pagar la prima, que se cuenta desde la expedición de la póliza, o de sus certificados y anexos, se configura una modalidad de contratación a crédito, como lo reconoció la comisión visitadora, en la cual, el pago es exigible solo a la expiración del plazo.

Y dado que, según lo dicho por la misma comisión, la cuestionada renovación se efectuó el 29 de diciembre de 1.980, sin duda el importe de la misma, como ingreso, se causó en 1.981.

FALLO APELADO

El a quo niega que se hubieran estructurado las nulidades procesales esgrimidas, por considerar que, (a) el liquidador tenía competencia para determinar la sanción por libros en la liquidación de revisión, de acuerdo con el artículo 58 del decreto 3803 de 1.982; (b) no es cierto que la administración hubiera guardado silencio en torno de la petición de aclarción del acta de inspección, sino que la consideró inoficiosa, por las razones expuestas en la providencia que absolvió la consulta, aparte de que las nulidades en el procedimiento tributario son taxativas; (c) las providencias que decidieron el recurso y pusieron término a la vía gubernativa, se notificaron en forma oportuna; (d) ya que la reconsideración se había presentado el 29 de noviembre de 1.983 y la resolución 239 de 5 de noviembre de 1.985, que dirimió la consulta, se notificó por edicto desfijado el 28 de noviembre del mismo año, no se produjo el fenómeno del silencio administrativo positivo impetrado.

En cuanto al salvamento, estima "aceptables" las explicaciones suministradas, en el punto, por la actora y el contador de Industrias Búffalo, las de éste, consignadas en la «comunicación de julio 21 de 1.983".

Respecto de la renovación de la póliza, admite, igualmente, los argumentos de la demandante, habiéndo transcrito el artículo 1066 del Código de Comercio citado por éste, y remitido al artículo 16, num. 2o., inciso final, del decreto 2053 de 1.974,

teniendo en cuenta, además, que las sumas discutidas, son realmente pequeñas, si se los (sic) compara con la renta bruta declarada», y que la sociedad «se encontraba sobrada de descuentos tributarios, por lo que el total a cargo no resultaría afectado...».

Accede, en consecuencia, a la totalidad de las pretensiones, en el sentido de anular los actos administrativos demandados y declarar en firme la liquidación privada presentada por la demandante, aunque nada dice sobre la sanción por libros.

SUSTENTACION DE LA APELACION

Sobre los bienes de que constaba el salvamento, el apelante, fundado en el informe de la comisión visitadora y lo dispuesto en el artículo 754 del Código Civil, sostiene que si la aseguradora, previo acuerdo en el precio de aquéllos, había permitido el asegurado la aprehensión y consumo de los mismos, hecho que indujo a éste a contabilizarlos por el ejercicio fiscal de 1.980, como se desprende de la constancia expedida por su contador, se debe entender que la enajenación y, por ende, la causación del ingreso para la aseguradora, se produjeron también antes del 31 de diciembre de dicho ejercicio, debiendo haber hecho ésta, igualmente, las contabilizaciones pertinentes.

En cuanto a la prima por renovación, afirma que, precisamente, por el principio de la causación contable, en consonancia con lo dispuesto, en materia del perfeccionamiento del contrato de seguros, por el artículo 1036 del Código de Comercio, el derecho a exigir el pago de aquélla había nacido en el momento de la renovación, que fue automática, con prescindencia del plazo otorgado al efecto, pues, de otro modo, se daría la ilegal situación de que el amparo del seguro cesara durante el lapso.

Por otro aspecto, censura que el fallo atacado se sustenta en «consideraciones de índole extralegal», como la exigüidad de las sumas controvertidas, o la abundancia de los descuentos tributarios de la contribuyente, que no inciden en la realidad fiscal de ésta, ni justifican las irregularidades de la información tributaria.

Finalmente, pide también la reconfirmación de la sanción por libros que, dice, no fue objeto del análisis en la sentencia, por estar dados los presupuestos legales para su imposición, invocados por la administración.

ALEGATOS DE LAS PARTES

La parte recurrente reitera los argumentos planteados al sustentar el recurso y la parte demandante se reafirma en los cargos de nulidad formulados en la vía gubernativa y la primera instancia del juicio, con el propósito de que el fallo de instancia se mantenga, e insiste en:

a) El artículo 58 del decreto 3803 de 1.982, no pertenece al capítulo de la determinación del tributo, sino al de las sanciones, y por ello, no revive el primitivo sistema donde las liquidaciones oficiales se limitaban a repetir la privada, debiendo haberse impuesto la sanción en providencia separada.

b) No todas las causales de nulidad del proceso tributario se describen en los artículos 57 de la ley 52 de 1.977, pues su numeral 6o. remite a las del artículo 152 del proceso civil, que, por tanto, hacen parte de aquél.

c) El edicto que notificó la resolución 607 de 11 de octubre de 1.985, se desfijó el 5 de noviembre del año citado, que es la misma fecha en la que se expidió la resolución 239 absolutoria de la consulta; luego, ésta se produjo sin que se hubiera terminado de notificar y ejecutoriar aquélla y sin que el funcionario consultado hubiera adquirido competencia para tal fin.

d) Conforme el artículo 16 del decreto 2053 de 1.974, se debe distinguir entre el nacimiento de la obligación y el del derecho a exigir el pago, que son conceptos bien distintos, regla aplicable tanto al caso del salvamento como al de la renovación de prima, de conformidad con lo cual se efectuaron las contabilizaciones de la compañía.

Como consecuencia, surge, asimismo, la ilegalidad de la sanción por libros, por ausencia de materia sancionable.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa:

"LA DECLARACION DE RENTA". Sobre la pretensión de que los funcionarios administrativos, con facultad para practicar liquidaciones de revisión, solo disponen de competencia para producir éstas cuando haya "materia revisable", no se indica el precepto legal que así lo disponga, y por ello, no cabe un pronunciamiento al respecto.

Se debe aclarar, sin embargo, que dicha competencia no emana de circunstancias de hecho, sino de las normas legales, para el caso, el artículo 89 de la ley 9a. de 1.983, según el cual, los funcionarios allí mencionados, competentes para practicar liquidaciones y otros actos, lo son, igualmente, para imponer sanciones, incluso la de libros de contabilidad.

Por otra parte, si la "materia revisable" fuera, realmente, condición legal de la competencia, tal condición se encontraría aquí más que cumplida, pues la "materia revisable" no se refiere, como lo cree el apoderado de la actora, solo al monto de los impuestos, sino, además, a los factores declarados, los anexos, las pruebas, los requisitos de forma, las operaciones aritméticas, etc. Si se utiliza el "método" del señor apoderado, deberá concluírse que, en lo de litis, sí había "materia revisable", ya que

la renta gravable y el impuesto antes de los descuentos, son distintos en las liquidaciones privada y de revisión, aparte de lo modificable por ingresos y valores patrimoniales omitidos.

"...LAADMINISTRACION GUARDO SILENCIO". El silencio frente a la solicitud de certificación que debía expedir la comisión visitadora, no limitó el derecho de defensa, fuera de que tal certificación, mediante la cual se quería probar la fecha de contabilización, por la actora, de la prima por renovación, resultaba supérflua, pues ésta admitió, según lo había reportado la comisión, que la contabilización se había realizado en 1.981.

"IRREGULAR NOTIFICACION". Se aclara, que unas son las causales de nulidad de los actos administrativos, en particular, de los relacionados con el impuesto de renta, que se rigen por el artículo 57 de la ley 52 de 1.977, y otras las de los procesos ante la jurisdicción.

De otro lado, tanto la fijación como la desfijación del edicto que notificó la resolución 607, no discutidas, se ajustan a las prescripciones legales y hacen eficaz la providencia, eficacia que no se altera por el hecho de que la resolución 239 se haya expedido el mismo día de la desfijación del edicto de la primera, aparte de que la segunda, surgió a la vida jurídica posteriormente, también por notificación edictal.

"SILENCIO ADMINISTRATIVO". Según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, el silencio alegado solo se configura transcurridos dos años después de la fecha de interposición del recurso, sin que la administración se pronuncie, que no es el caso de la demandante.

"NEGOCIACION CON INDUSTRIAS BUFFALO". La sentencia apelada, no contiene una razón jurídica que sustente la decisión favorable, toda vez que, por parte alguna, aparece demostrado que la operación se hubiera realizado efectivamente en 1.981, y no en 1.980, como lo sostiene la administración.

La carta del señor Hipólito Rivera, de 21 de julio de 1.983, en que el a quo se funda, no prueba nada, aunque existiera certeza de que realmente provenía de Industrias Búffalo, ya que la de simple afirmación de un particular, sin respaldo probatorio, que no desvirtúa unos verdaderos actos administrativos, que lo son el acta de inspección contable y el requerimiento especial.

En cuanto a la segunda "prueba", también atendida en el fallo, se trata de una "certificación" del revisor fiscal de la actora, en la que éste dice que "en su opinión", el salvamento "no se había enajenado a diciembre 31 de 1.980, hecho este que solo sucedió en enero 20 de 1.981 ..." (subrayas en el texto).

Y como la "opinión" no menciona los libros, registros y comprobantes en que debió apoyarse, carece de mérito para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos causados.

"NEGOCIACIONES CON PREPARACIONES DE BELLEZA LTDA.". Se parte de la base de que la actora tiene contabilidad por causación, en cuyo caso, en materia de ingresos, le es aplicable el artículo 16 del decreto 2053 de 1.974.

Si el contrato de seguros se perfecciona, según el artículo 1036 del Código de Comercio, «desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza», es claro que desde entonces nacen los derechos y obligaciones de los contratantes, entre ellos, el derecho del asegurador a percibir y a exigir el pago de la prima, así esto último, la exigencia del pago, se haga posteriormente, de modo que habiendo nacido, en el presente caso, el derecho el derecho a exigir el pago, el día 29 de diciembre de 1.980, en tal fecha se causó y debió contabilizarse por la aseguradora el ingreso discutido.

Para terminar, el señor Fiscal pide a la Sala revocar la sentencia apelada y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se ha dicho que un acto administrativo es violatorio de la ley, en forma directa, cuando se ignora la regla de derecho aplicable, se da a ésta un alcance que no tiene, o se elige una disposición no aplicable al caso (errores de derecho), y de modo indirecto, porque la decisión se funde en un hecho falso o materialmente inexacto (error de hecho).

Y también, que los errores de contenido o de juicio (errores "in judicando"), que hagan revocable el acto, son diferentes de los vicios de forma (errores "in procedendo"), de los que derive la anulabilidad del mismo y estén sujetos al principio de la especificidad.

De acá que no sea exacto, según se da a entender en la sentencia recurrida y el concepto fiscal, que, tratándose del impuesto sobre la renta, haya nulidades propias del proceso gubernativo, regidas exclusívamente por el artículo 57 de la Ley 52 de 1.977, y otras que se prediquen solo del juicio contencioso. En uno y otro procedimiento son alegables tanto las infracciones directas o indirectas de la ley,como los errores de fondo y los vicios relativos a la forma, de éstos.

Ahora bien, de las nulidades procesales alegadas en el presente asunto, es manifiesto que las que tocan con la supuesta incompetencia del liquidador por falta de "materia revisable" y la ausencia de un pronunciamiento de la administración en torno de la petición para que la comisión visitadora certificara sobre la fecha de contabilización de un ingreso, carecen de todo fundamento, habidas las ponderadas reflexiones del señor Fiscal Tercero de la Corporación, que se comparten.

No así la que se sustenta en la irregular notificación de las providencias que desataron el recurso gubernativo y la consulta, referente a la cual, cabe dar razón a la demanda.

En efecto, por virtud de lo dispuesto, por los artículos 354 y 386 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de la apelación y la consulta, el superior solo adquiere competencia para conocer de éstas a partir de la notificación y ejecutoria de la providencia que conceda las mismas. Y dado que, como lo sostiene la actora y consta en el proceso, el funcionario de la División Delegada de la Subdirección Jurídica se pronunció sobre la consulta antes de haber concluído la notificación por edicto y, por supuesto,la ejecutoria del acto consultado, ciertamente obró aquél sin competencia funcional para el señalado propósito y dió lugar a que se configurara la causal 1a. de nulidad del artículo 57 de la ley 52 de 1.977, invocada en la demanda.

Por lo tanto, debido a la nulidad del acto que quizo poner término a la vía gubernativa, se configura el silencio administrativo positivo, también alegado en la demanda, con fundamento en el artículo 9o. de la ley 8a. de 1.970.

Así las cosas, puesto que la decisión que profiriera la Sala, evidentemente no podría ser otra que la de una declaración de nulidad de los actos administrativos atacados, con prescindencia de particulares consideraciones acerca de las cuestiones de fondo, se debe confirmar la sentencia atacada, aunque se difiera sustancialmente de los motivos esgrimidos en ésta para un pronunciamiento idéntico, no estando así llamado a prosperar el recurso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, en discrepancia con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

Confírmase íntegramente la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, Jaime Abella Zarate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos/**POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA/SUPERINTENDENCIA BANCARIA** - Funciones/**ENCAJE LEGAL/ JUNTA MONETARIA** - Facultades/**SUSTITUCION DE BASE LEGAL**

Los efectos cumplidos con base en actos administrativos con base en normas declaradas inexequibles o nulas, y que no se hayan sujetos a controversia judicial, guardan su intangibilidad, dado que la declaratoria de nulidad cuando el fallo culmina en proceso desatado en ejercicio de una acción pública de ese tipo, no tiene, en principio, efectos retroactivos, y que la desaparición del precepto obra ex nunc o sea hacia el futuro, por lo que en adelante no puede tomarse decisión fundamental en el mismo, dada que su inexistencia a partir de la fecha en que la sentencia que lo declaró injurídico adquiera firmeza. Es función de la Junta monetaria regular todo lo relacionado con el encaje de las instituciones jurídicas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, Octubre 12 de mil novecientos noventa (1990).

Ref.: Radicación 1846. Apelación sentencia de Abril 29 de 1987 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de las resoluciones 1664 y 5663 de 1984 de la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco Central Hipotecario. F A L L O.

Consejera Ponente : Doctora CONSUELO SARRIA OLCOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por el Banco Central Hipotecario contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 29 de Abril de 1987 mediante la cual negó las pretensiones de la demanda tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones # 1664 y 5663 del 30 de Abril y 9 de Noviembre de 1984, de la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES :

Con fundamento en el artículo 3° del Decreto 252 de 1980 y mediante la Resolución # 1664 del 30 de Abril de 1984, la Superintendencia Bancaria impuso una sanción de $28.908.718.54 al Banco Central Hipotecario, Sección de Ahorro y Vivienda, por los defectos de encaje presentados durante el mes de Diciembre de 1983.

El Banco Central Hipotecario interpuso recurso de reposición contra dicha decisión el cual le fue resuelto desfavorablemente mediante la Resolución #5663 del 9 de Noviembre de 1984.

Las dos resoluciones citadas fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en el libelo citan como violadas las siguientes normas: artículos 2, 16, 20, 23, 26, 28, 32, 55, 76 numeral 1° y 120 numeral 14 de la Constitución Nacional; artículo 1° del decreto ley 100 del 23 de Enero de 1.980; artículo 84 inciso 2° del Decreto Ley 01 de 1.984 en cuanto consagra la incompetencia como causal de nulidad de los actos administrativos; artículo 215 de la Constitución Nacional por falta de aplicación por parte de la Superintendencia Bancaria.

En el aparte relativo al concepto de violación de las citadas normas, el actor se refiere a los cuestionamientos que en su oportunidad se hicieron al artículo 3° del decreto 252 de 1.980 y a las consideraciones que tuvo en cuenta el Consejo de Estado para declarar su inconstitucionalidad en sentencia del 23 de Noviembre de 1.984 y con relación al "acto administrativo complejo acusado" concluye ".....y teniendo en cuenta que la sanción económica impuesta a la entidad bancaria actora, tuvo su fundamento legal -desde el punto de vista competencia de la Superintendencia Bancaria- en el susodicho artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, no cabe llegar a otra conclusión diferente, a la de que la sanción igualmente está viciada de nulidad por inconstitucionalidad, por cuanto la pena o sanción igualmente está viciada de nulidad por inconstitucionalidad, por cuanto al pena o sanción repito, no está prevista en ley, es decir, en acto del Congreso Nacional y, por consiguiente tampoco tenía esa competencia sancionadora la Superintendencia Bancaria".

Agrega que el acto administrativo acusado perdió su fuerza ejecutoria por desaparición de un fundamento de derecho.

EL FALLO APELADO:

Luego de referirse a la sentencia del 23 de Noviembre de 1.984 del Consejo de Estado mediante la cual se declaró la nulidad del citado decreto 252 de 1.980, y de la desinexequibilidad del acto legislativo #1 de 1.979 y precisar los efectos de dichas decisiones jurisdiccionales al Tribunal *a quo* anota que:

".....se debe tener en cuenta que la declaratoria de nulidad del artículo 3° del Decreto 252 de 1.980 se produjo con posterioridad a la expedición de los actos que impusieron la sanción a la demandante y al agotamiento de la vía gubernativa, aunque con anterioridad a la presentación de la demanda que dió lugar a este proceso, la cual se hizo oportunamente y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho. Esto significa que en realidad la situación jurídica no se había consolidado con anterioridad a la declaratoria de nulidad, pues, de una parte, a la fecha de la sentencia no había caducado la acción de restablecimiento del derecho y, de otra, la demandante hizo uso del recurso establecido en la vía gubernativa aduciendo los mismos argumentos que expuso en este proceso y en el que dió lugar a la mencionada nulidad y, por lo mismo, esa decisión anulatoria trae como consecuencia evidente la que los actos acusados no podían tener como sustento jurídico el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980. Esta conclusión emerge de la siguiente distinción que se hace en la doctrina sobre las situaciones jurídicas consolidadas o no consolidadas: a). Las situaciones jurídicas creadas con base en una norma que posteriormente sea declarada nula se consolidan en el evento de que no se haga uso de la vía gubernativa, o que si se hace no de los resultados esperados, o en el de que no se haya utilizado oportunamente la vía jurisdiccional para impugnar los correspondientes actos; b). Si por el contrario en el momento de la declaratoria de nulidad de la norma legal que le sirve de sustento a aun acto, aún no se ha agotado la vía gubernativa o vencido la oportunidad para acudir a la vía jurisdiccional en impugnación de dicho acto, la realidad es la de que la situación jurídica no se ha definido o consolidado".

El Tribunal acepta la posibilidad de sustitución de la base legal, anota que las resoluciones cuestionadas invocan en términos generales, las atribuciones legales y encuentra que el citado y anulado artículo 3° del decreto 252 de 1.980 contiene el mismo texto del artículo 4° de la Resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, para concluir que ".....Por tanto, los resultados de la aplicación de una u otra en el caso controvertido no difieren, por cuanto, en ambos casos, la determinación del desencaje, el porcentaje aplicable como sanción, el total de la suma liquidada como sanción y el funcionario encargado de imponerla son unos mismos y coinciden en su totalidad".

Luego analiza la competencia de la Junta Monetaria para regular el encaje bancario, el de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, así como para establecer sanciones por defectos de encaje, y se refiere finalmente a las excepciones de inconstitucionalidad del artículo 23 de la ley 7 de 1.973 y de las resoluciones 30 y 65 de 1.979, para concluír que no prosperan por lo siguiente:

"a).- Como lo tiene establecido la jurisprudencia y la doctrina, para que proceda la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el art. 215 de la Constitución

Nacional se requiere que surja una violación manifiesta, ostensible, de una norma de la Carta por parte de una norma de inferior jerarquía, en forma tal que la infracción sea inobjetable, no ofrezca ningún motivo de duda, y en el caso del art. 23 de la Ley 7a. de 1.973 en cuanto le asignó la función de establecer sanciones a la Junta Monetaria por defectos en el encaje, no se aprecia una contradicción de esa magnitud como para proceder a aplicar la excepción y deducir consecuencialmente que el Superintendente Bancario debía aplicar esa excepción y no podía imponer la sanción cuestionada con fundamento en la mencionada resolución.

"b).- Si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia al declarar la exequibilidad del artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973 mediante sentencia del 14 de diciembre de 1.973 no examinó el cargo relativo a la inconstitucionalidad al delegar la facultad de establecer sanciones o penas en un organismo dependiente del Gobierno, sino otros motivos, la deducción es la de que la alegada inconstitucionalidad no es manifiesta, ostensible, pues, de lo contrario, el Juez Constitucional la hubiere declarado.

"c).- Si bien en las citadas sentencias del Consejo de Estado no se examinó el punto relativo al establecimiento de sanciones por la Junta Monetaria, pues los artículos acusados no regulaban ese aspecto, esa Corporación sí tuvo oportunidad de resolver sobre la nulidad de una norma que si contempla ese aspecto como lo es el artículo 9º de la Resolución número 50 de 1974 de la Junta Monetaria y en sentencia de Septiembre 28 de 1984, expediente Nº 8048, Sección Cuarta, cuyo ponente fue el Consejero Dr. CARMELO MARTINEZ CONN, tampoco declaró la nulidad, como bien pudo hacerlo en el caso de que hubiese advertido la violación aducida, sobre todo tratándose del motivo de la incompetencia que puede declararse en forma oficiosa.

"De otra parte en cuanto al planteamiento del apoderado de la actora en el sentido de que las Resoluciones números 30 y 65 de 1979 de la Junta Monetaria no son obligatorias por no haberse publicado en el Diario Oficial, conforme a lo establecido en el artículo 43 del C.C.A., se puede anotar que el requisito sobre la publicación debió quedar suficientemente claro en los procesos de nulidad que se adelantaron en el Consejo de Estado con respecto a las Resoluciones 30 y 53 de 1979 y 50 de 1974 y que concluyeron con sentencia de mérito, y, por tanto, no es del caso buscar una prueba distinta sobre ese punto".

EL RECURSO DE APELACION :

Argumenta el recurrente que los actos demandados no se fundaron en las resoluciones # 30 y 65 de 1979 de la Junta Monetaria sino en el artículo 3º del Decreto 252 de 1980, declarado nulo.

Propone la excepción de inconstitucionalidad de las citadas resoluciones y del artículo 23 de la ley 7 de 1973 y afirma al respecto:

"El a-quo, en la sentencia recurrida, no acepta la excepción de inconstitucionalidad que planteé contra el art. 23, literal a), de la Ley 7ª de 1973, porque dice que esa inconstitucionalidad no es manifiesta, ni ostensible, y que si así

"La Sección en providencia de 23 de noviembre de 1984 declaró nulo el artículo 3° del Decreto 252 de 1980.

"Los actos administrativos dictados con base en el precepto previamente a su anulación conservan su presunción de legales y deben ser aplicados, salvo el derecho de quienes las hayan impugnado debidamente ante esta jurisdicción».

"Pero si, con ocasión de ejecución, se propone contra ellos la excepción de inconstitucionalidad de acto base, es claro que no puede sostenerse la juridicidad de aquellos por la desaparición de este último.

"Así las cosas, como la acción de nulidad no tiene en principio efecto retroactivo, el acto administrativo produce la plenitud de sus efectos anteriores y sólo con posterioridad a su anulación pueden considerarse ilegales los dictados con base en él.

"La Sala aprovecha la ocasión para precisar cómo los efectos cumplidos con base en actos administrativos con base en normas declaradas inexequibles o nulas, y que no se hallan sujetos a controversia judicial, guardan su intangibilidad, dado que la declaratoria de nulidad cuando el fallo culmina en proceso desatado en ejercicio de una acción pública de este tipo, no tiene, en principio, efectos retroactivos, y que la desaparición de precepto obra *ex nunc* o sea hacia el futuro, por lo que en adelante, no puede tomarse decisión fundamental en el mismo, dada su inexistencia a partir de la fecha en que la sentencia que lo declaró injurídico adquiera firmeza».

"Ahora bien, con relación al acto concretamente demandado, la actora propuso su declaratoria de nulidad por virtud de la inconstitucionalidad del acto base, art. 3° del Decreto 252 de 1.980.

"Anulado como se halla este precepto, debe entenderse que él no sirve de soporte al acto acusado en este proceso.....Pero ha de entenderse que la normatividad sustituída por el artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, no perdió vigencia y por ello la legalidad del acto acusado ha de examinarse a la luz de tales preceptos. (Expediente 1035 Sentencia del 24 de Julio de 1.987, actor DAVIVIENDA, Ponente Doctor Hemán Guillermo Aldana Duque).

En el fallo apelado se acogieron los anteriores criterios y en desarrollo de los mismos se consideró que por encontrarse vigente la resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, la cual contenía la misma previsión del derogado y anulado artículo 3° del Decreto 252 de 1.980, se daba la sustitución de la base legal.

Pero este último planteamiento hecho por el a quo, no resulta válido ya que para la fecha en que se incurrió en el desencaje sancionado por los actos demandados, no estaba vigente la citada resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria, es decir no había norma que permitiera afirmar la sustitución de la base legal.

En efecto, el desencaje sancionado ocurrió en el mes de Diciembre de 1.983 y la resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria había sido derogada expresamente por la Resolución 100 del 16 de Noviembre de 1.983, lo cual lleva a la conclusión de que dicha Resolución 65 de 1.979, no puede considerarse como fundamento de los actos demandados, ante la derogatoria y anulación del citado artículo 3° del decreto 252 de 1.980

Por lo anterior los actos demandados deberán anularse, como consecuencia de la anulación de la norma que les sirvió de base y ante la ausencia de norma por la cual sustituír su base legal.

Aunque lo hasta aquí expuesto sería suficiente para resolver la presente controversia, la Sala considera pertinente analizar los demás aspectos cuestionados por referirse a controversias de interés doctrinario.

2°. **Inconstitucionalidad del artículo 23 de la ley 7 de 1.973.**

Aunque este argumento no se esgrimió en la demanda, lo cual sería suficiente para desechar el cargo, la Sala procede a analizarlo en cuento sí fue objeto de análisis en el fallo recurrido y se plantea nuevamente con motivo del recurso de apelación.

Considera el recurrente que aunque la Corte Suprema de Justicia declaró la exequibilidad del citado artículo 23 de la ley 7a. de 1.973, mediante sentencia del 14 de Diciembre de 1.973, en dicha oportunidad no se cuestionó como ahora él lo plantea, la constitucionalidad de la norma enfrente al ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional el cual a su juicio resultó vulnerado, en cuanto en la citada ley se otorgan facultades propias del Congreso a un ente que no constituye gobierno, de acuerdo con el artículo 57 de la Constitución Nacional y por un tiempo indefinido.

Al respecto, **La Sala considera:**

Mediante sentencia del 14 de Diciembre de 1.973, la Corte Suprema de Justicia declaró la exequibilidad del artículo 23 de la ley 7a. de 1.973, mediante el cual se adicionaron las funciones de la Junta Monetaria y en su literal a) estableció como competencia de dicha Junta la de:

"a) Fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorro, corporaciones financieras y, en general, de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término de establecer encajes diferenciales de acuerdo con las clases de activos que se quiera fomentar o desalentar; señalar los sistemas de cómputo para liquidar los encajes y establecer y definir las infracciones a las normas sobre encaje, así como establecer las sanciones por el incumplimiento de las mismas.

"Las sanciones correspondientes a las infracciones sobre las disposiciones de encaje, deberán aplicarse por la Superintendencia Bancaria".

4. **Publicación de las resoluciones 20 y 65 de 1.979, proferidas por la Junta Monetaria.**

En contra de la afirmación hecha en el recurso, encuentra la Sala, que las citadas resoluciones si fueron publicadas así:

Resolución 30 de 1.979 en el Diario Oficial # 35269 del día Jueves 17 de Mayo de 1.979, página 583. Resolución 65 de 1.979 en el Diario Oficial # 35445 del día 29 de Enero de 1.980, página 314.

Lo anterior hace inaceptable este argumento.

5. **Violación del derecho de defensa.**

El desconocimiento del derecho de defensa por los actos demandados, lo plantea la parte actora recurrente, en su último memorial del alegato de conclusión, en la tramitación del recurso.

Como no fue planteado en la demanda y por ello, tampoco fue objeto de pronunciamiento en el fallo recurrido, encuentra la Sala improcedente considerarlo en esta oportunidad procesal, ya que la demanda en el proceso Contencioso Administrativo es el acto procesal introductorio, que como tal, debe llenar determinados requisitos formales y de fondo.

En efecto, la demanda es el instrumento para precisar la acción ejercida formular pretensiones y fijar el marco jurídico del proceso y por lo tanto de la sentencia. Es por ello, que el artículo 137 del Decreto 01 de 1.984 establece lo que debe contener la demanda y exige la precisión de los fundamentos de derecho de las pretensiones y si se trata de la impugnación de un acto administrativo también se deben indicar las normas violadas y el concepto de la violación.

Pero, todo lo anterior, que son los aspectos que definen los límites jurídicos del proceso, debe precisarse en la demanda y no posteriormente, así como tampoco puede modificarse con motivo de un alegato de conclusión.

De acuerdo con lo planteado, el recurso debe prosperar con fundamento en lo establecido en el punto 1° de las consideraciones.

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:

Revócase la sentencia apelada.

Anúlanse las resoluciones números 1664 y 5663 del 30 de Abril y 9 de Noviembre de 1.984 respectivamente.

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 Zarate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos, Bernardo Ortiz Amaya, Conjuez

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

A las anteriores conclusiones llega la sentencia luego de realizar un pormenorizado examen de la legislación aplicable, sobre todo en procura de determinar si se dió la llamada sustitución de la base legal.

EL RECURSO DE APELACION

La delegada del Superintendente Bancario solicita a esta instancia la revocación de la sentencia centrando su argumentación en el hecho de que, independientemente de la derogatoria y posterior anulación del Decreto 252 de 1.980, la conducta sancionada ya era objeto de sanción por parte del legislador. Explica que la norma aplicable a una determinada infracción es la que exista para la época en que se comete y que en el caso presente regía el artículo 3° del decreto 252 de 1.980 cuando se realizó el defecto del encaje (mayo de 1.984), toda vez que su derogatoria y posterior anulación se produjeron en octubre y noviembre de 1.984, y agrega:

> «Como no escapara al ilustre criterio del Honorable Consejero, para la Superintendencia Bancaria era absolutamente imposible suponer que con posterioridad a la imposición de las respectivas sanciones al demandante el Consejo de Estado declararía la nulidad de la disposición que sirvió de base para expedir las correspondientes providencias sancionatorias. Es así como, ajena a dichas predicciones y teniendo en cuenta que los actos administrativos son de obligatorio cumplimiento o ejecución mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la entidad que represento procedió, como era su deber, a imponer la multa el Banco Central Hipotecario». (fl. 155).

Manifiesta que no comparte la afirmación del Tribunal en el sentido de que entre el 16 de noviembre de 1.983 (fecha en que fueron derogadas las Resoluciones 30, 53 y 65 de 1.979 de la Junta Monetaria), y el 5 de octubre de 1.984 (fecha en que entró a regir la Resolución 75/84 de la Junta Monetaria), se haya presentado un vacío normativo en materia de encaje, por cuanto durante ese lapso estuvo rigiendo el decreto 252 citado.

Aduce también la apelante que si bien es cierto cuando se resolvió el recurso de reposición (Nov. 9/84) ya no regía el decreto 252 de 1.984, en cambio si estaba en vigencia la resolución 75 de octubre 5 de 1.984 de la Junta Monetaria que dió apoyo normativo a la sanción, toda vez que en ella se recogieron los mismos elementos conformativos de la infracción contemplados en el decreto anulado y en las disposiciones de la Resolución 65 de 1.979 de la Junta Monetaria.

Finalmente, invoca la apelante la doctrina de esta Sala (fallo de 3 de abril de 1.987) en que se sostiene la tesis en situación fáctica similar, de que si existía respaldo legal para los actos administrativos de sanción por defectos de encaje.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la señora Fiscal Sexto del Consejo de Estado, doctora Dolly Pedraza de Arenas que la sentencia recurrida acierta en dos sentidos; de una parte al considerar que la declaratoria de nulidad del artículo 3° del decreto 252 de 1.980 tiene incidencia sobre las situaciones jurídicas no consolidadas, y de otra, cuando se encuentra un vacío normativo por razón de que la Resolución 65 de 1.979 fue derogada expresamente por la Resolución 100 de 1.983 y la Resolución 75 de 1.984 solo rige a partir del 5 de octubre de dicho año, y concluye:

> «Del artículo 26 de la Constitución Nacional, que dispone que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y ante Tribunal competente, se deduce que mientras las normas aplicables sobre competencia son las vigentes al momento del juzgamiento, las normas de conducta siempre deben ser las preexistentes al acto imputado».
>
> «De manera que en tratándose de disposiciones que describen conductas reprochables o señalan sanciones, deben acudirse a la legislación vigente al momento de la comisión del hecho antijurídico. Al efectuarse este análisis en el caso que nos ocupa, encuentra la Fiscalía que la conducta que dió lugar a la sanción que se impugna tuvo ocurrencia en los días 18, 30 y 31 de mayo de 1.984, y para entonces la única norma que señalaba la sanción por defectos de encaje en que incurrieran las corporaciones de ahorro y vivienda era el artículo 3° del D. 252 de 1.980».
>
> «La resolución 65 de 1.979 en cuyo artículo 4° se había señalado igual sanción ya había perdido su vigencia por derogatoria expresa que dispuso la resolución 100 de 1.983, y la resolución 75 de 1.984 que la reprodujo no había sido expedida. En este orden de ideas la anulación del artículo 3 del D. 252 de 1.980 en el que tuvieron fundamento jurídico los actos acusados da lugar a la anulación de éstos sin que pueda el juez contencioso administrativo como en otros casos, sustituir la base legal invocada por la Superintendencia, pues como ya vimos, ninguna otra disposición regía en ese entonces la conducta imputada». (fls. 173 y 174).

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Sea la primera establecer con toda precisión que la sanción impugnada fue impuesta el 31 de agosto de 1.984 mediante la resolución No. 3971 la cual fue recurrida en reposición por el actor dentro del término legal. Se desató el recurso el 9 de noviembre de 1.984 mediante la resolución 5664, también objeto de la demanda contenciosa.

Igualmente precisa la Sala que, de una parte, el Consejo de Estado anuló el artículo 3° del decreto 252 de 1.982 mediante sentencia de noviembre 23 de ese año

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

Ref.: Radicación 2234. Actor: Banco Central Hipotecario.

Aunque la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, al sustentar su recurso de apelación invoca la tesis de la Sección Cuarta del Consejo de Estado (Fallo del 3 de Abril de 1.987), según la cual en situación fáctica similar se sostuvo que sí existía fundamento legal para los actos administrativos de sanción por defectos de encaje, en el caso que se resuelve, no es posible sostener la misma tesis.

En efecto, los actos demandados en el presente proceso sancionaron una situación de desencaje ocurrida en el mes de Mayo de 1.984, fecha para la cual solo se encontraba vigente, como norma reguladora de la conducta sancionable y de la respectiva sanción, el artículo 3o. del Decreto 252 de 1.980.

Y ante su anulación (Consejo de Estado 23 de Noviembre de 1.984) no se encuentra norma que sirva como fundamento jurídico de los actos cuestionados.

Por lo anterior aunque se trata de casos similares, en razón de la fecha en que ocurrió la conducta sancionada, no opera la sustitución de la base legal, que la Sala ha sostenido en otras oportunidades.

Fecha ut supra

Consuelo Sarria Olcos.

DEMANDA-Requisitos/**PARTES**-Designación / **PERSONAS DE DERECHO PUBLICO**-Representación

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 CCA.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Ref.: Expediente No. 2897. ACTOR: INDUSTRIAS PASTEURIZADORA Y LECHERA «EL POMAR S.A.» APELACION 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 el año gravable de 1.985.-

Por las consideraciones anteriores el 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 Zarate, (Aclara Voto), *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* (Aclara Voto), *Bernardo Ortíz,* (Conjuez).

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

SECCION

QUINTA

en los artículos 5º de la Ley 78 de 1.986, modificado y adicionado por el artículo 1°, parágrafo 2º, de la ley 49 de 1.987, toda vez que el señor Garzón Saavedra fue encargado de la alcaldía de «El Guacamayo», los días 15, 16, 17, 18, 29 y 30 de noviembre y 1° de diciembre de 1.989, dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección, el 13 de marzo de 1.990.

La demanda fue admitida y en la misma providencia el Tribunal *a-quo*, decretó la suspensión provisional del acto demandado, considerando que, como el elegido ejerció funciones de alcalde encargado en «El Guacamayo», los días mencionados, al tenor de los artículos 128, 130 y 132 del C.R.M. también ejerció autoridad civil y política, concluyendo, que el señor Garzón Saavedra estaba inhabilitado para ser elegido alcalde el 11 de marzo de 1.990. Apelada esta decisión fue revocada por esta Sala, al encontrar que, confrontando el acto electoral demandado y los medios de prueba aportados con la demanda con las disposiciones señaladas en el escrito sustentatorio de la medida cautelar, no evidenciaban prima facie la transgresión alegada.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander consideró que la elección del alcalde municipal de «El Guacamayo», estaba probada, al igual que la circunstancia de su desempeño en calidad de encargado del mismo despacho, pero únicamente para que atendiera asuntos relacionados con barandilla.

Para determinar el contenido y alcance de la única función para la que fue encargado el demandado, citó el artículo 201 de la Constitución Nacional, según el cual la ley determinará las inhabilidades e incompatibilidades, así como las faltas absolutas o temporales y la forma de llenarlas; por su parte el artículo 19 de la Ley 78 de 1.986, en su inciso segundo, dispuso que las faltas temporales de los alcaldes deben ser suplidas -salvo suspensión- por uno de los secretarios del despacho, mediante encargo hecho por el propio alcalde, pero de no ser posible, el Secretario de Gobierno o de la alcaldía asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de los secretarios, sin que la norma permita limitar el encargo a ciertas cuestiones ni aluda a los casos de barandilla, y como el legislador no distinguió no puede hacerlo el intérprete ni el encargado de aplicar la norma (art. 27 C.C.); por otra parte, el inciso 2º del artículo 13 del Decreto referido, indica cuáles son las faltas temporales y señala entre ellas las comisiones oficiales.

Las resoluciones números 038 y 041 del 12 y 26 de noviembre de 1.989, respectivamente, dan cuenta de que la razón del encargo del señor Alirio Garzón Saavedra, obedeció al cumplimiento de una comisión oficial por parte del titular del despacho, los días 15 a 18, 29 y 30 de noviembre y 1º de diciembre de 1.989, y, por disposición de las normas referidas, debía reemplazarlo el secretario de la alcaldía; siendo así, el encargo se cumplió en orden a reemplazar al alcalde en todas sus funciones, pues la ley no permite delegar en estos casos para determinadas labores.

Estando regladas las actividades de las autoridades, ya que todo empleo debe tener previstas sus funciones en la ley o reglamento (art. 63 C.N.), no es admisible que cada alcalde a su arbitrio señale cuales de sus facultades delega en el encargado cuando deja transitoriamente sus funciones.

El alcalde es el jefe de la administración municipal (art. 200 C.N.); y los artículos 132 y 133 del C.R.M., les señalan sus funciones las cuales debe desempeñar en su totalidad y ya que la ley no le da posibilidad de escoger, debe delegarlas totalmente por lo menos en cuanto se refiere a los asuntos de la administración que deben cumplirse en la sede municipal.

Y con base en las anteriores consideraciones brevemente resumidas, el Tribunal de primera instancia resolvió declarar nula el acta parcial de escrutinios del 13 de marzo de 1.990, mediante la cual la comisión escrutadora declaró la elección del señor Alirio Garzón Saavedra como alcalde del municipio de «El Guacamayo», para el período constitucional 1.990-1.992.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandada, manifiesta que no comparte el fallo del *a-quo* ni el concepto del Fiscal, de quien dice, desconoce la vigencia del Decreto 1950 de 1.973, en su artículo 34 que expresa «Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir **total o parcialmente**, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular desvinculándose o no de las propias de su cargo» (Subrayas del texto). Y en cumplimiento de este mandato el titular del despacho encargó al secretario, limitando sus funciones a las denominadas de barandilla, a la vez ejercía las de secretario, y, obedeciendo el mandato de su superior, no profirió acto que comprometiera al titular ni al municipio.

En cuanto al encargo con plenas facultades, asegura que es atribución que le compete al Gobernador, cuando el titular, se aparta temporalmente o definitivamente y el encargado asume totalmente las funciones de éste; define las funciones de barandilla como «aquellas que permiten que el municipio continúe con su dinámica sin una parálisis administrativa», y agrega que cuando la ley habla de encargos parciales o totales le da al titular la posibilidad de entregar temporalmente algunas o todas sus funciones a un subalterno que debe obedecer, situación que no puede entenderse como inhabilidad cuando se le señalen funciones limitadas al encargo.

De aceptarse que no existen encargos parciales, se llegaría al administrativo, pues el funcionario encargado ocuparía el cargo con afanes políticos o burocráticos; tampoco una interpretación puede contrariar un sistema unipersonal del alcalde popular, pues con ello se llegaría a considerar que el encargo limitado da lugar a la configuración de dualidad de funcionarios, uno por mandato popular y otro por mandato otorgado del titular.

A. POLITICAS.- En desarrollo de esta función, el alcalde debe acoplar la actividad municipal con los lineamientos y actividades gubernamentales a niveles nacional y departamental, poniendo en marcha, de manera precisa y en el tiempo indicado, los planes y programas trazados por las autoridades nacionales y departamentales; de igual manera, debe cumplir y asegurarse de que en su municipio se cumplan la constitución, las leyes, las ordenanzas, los acuerdos y decretos que estén en vigor, según reza el artículo 132-1 del C.R.M.

B. ADMINISTRATIVAS.- El alcalde es el jefe de la administración municipal (atrs. 200 de la C.N. y 128 del C.R.M.) y en tal calidad no solo tiene las atribuciones específicas señaladas en el artículo 132 del C.R.M.; también tiene a su cargo las señaladas en la Ley 12 de 1.986 que se refieren a los recursos adicionales que se giran a los municipios por concepto del IVA, destinados exclusivamente para inversión (art. 86 y siguientes), destino este que no puede ser cambiado por el Concejo, para lo cual el alcalde debe ejercer el control necesario, objetando, de ser preciso, los proyectos de Acuerdos que se aparten de tal precepto.

El ejercicio de algunas de las funciones administrativas citadas, no puede ser aplazado sin que se entrabe la gestión local a causa de la interpretación caprichosa que de la ley hagan los alcaldes, pues, lejos de constituirse en cabeza de la administración terminan siendo obstáculo de su propio programa de trabajo.

C) FUNCIONES POLICIVAS.- Estas funciones se ejercen cuando los alcaldes conocen y resuelven procesos civiles preventivos de policía, v.gr. de amparo domiciliario, posesorios sobre aguas, etc.; también se ejercen, cuando deben reemplazar a la autoridad judicial como cuando reciben denuncias, capturan a presuntos autores o partícipes en los caos de flagrancia, etc., siendo por demás absurdo prohibir mediante acto administrativo el ejercicio siquiera temporal de tales funciones a un alcalde encargado, pues, dada su gravedad, exigen la aplicación siempre urgente de medidas que impidan su desbordamiento y a la vez garanticen tranquilidad a la comunidad.

4. Cuando el apelante define sin llegar a precisar las que funciones de barandilla como «..aquellas que permiten que el Municipio continúe su dinámica sin una parálisis administrativa», está aceptando implícitamente el ejercicio de todas aquellas funciones administrativas sin cuyo desarrollo, la administración local estaría avocada, si no a la parálisis administrativa, si a un statu quo en cada falta temporal del alcalde, permaneciendo así hasta que este funcionario asumiera de nuevo funciones, contando además con que el ejercicio de las funciones administrativas y políticas conlleva ejercicio de autoridad civil y política por parte de quien se desempeñe como jefe de la administración municipal (titular o encargado), pues para resolver infracciones menores, no es necesario encargar al Secretario de la alcaldía, ya que ellas pueden ser atendidas por funcionarios del mismo despacho, aún cuando bajo la supervisión del alcalde.

Finalmente, no sobra aclarar que el alcalde tiene facultad para encargar al Secretario del despacho cuando se presenten las faltas temporales señaladas en

el inciso 2°, artículo 13 de la Ley 78 de 1.986; esta atribución así reglada,impide que mediante la figura del encargo se inhabilite a los secretarios de la alcaldía e igualmente impide a estos asumir las funciones del alcalde cuando no se presenten las ausencias temporales de los titulares, señaladas en el artículo 13 del Decreto citado.

Lo anteriormente expuesto, permite inferir que si el señor Alirio Garzón Saavedra, se desempeñó en dos oportunidades como alcalde encargado del municipio de «El Guacamayo», entre el 15 y 18 de noviembre, 28 y 29 del mismo mes, y 1° de diciembre de 1.989, es decir, dentro de los seis meses que antecedieron se elección, el 13 de marzo del corriente año, se encuentra incurso en la cuasal de inhabilidad prevista en el literal e) artículo 5° de la Ley 78 de 1.986, modificado por el artículo 1°, parágrafo segundo de la Ley 49 de 1.987, pues, aún cuando los actos mediante los cuales se hicieron los encargos, limitaran sus funciones, en la práctica ellas debían ser ejercidas a plenitud, -según se desprende del artículo 19 de la Ley 78 de 1.9876- para lo cual debía ejercer autoridad civil y política.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Comntencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Administrativo de Santander el 30 de julio de 1.990.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada en la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

como Primer Vicepresidente, Mendelson Ruiz Vence; y como Segundo Vicepresidente, Lázaro Calderón Garrido, quienes enseguida entraron a ejercer sus funciones, conforme se observa del Acta 003 de 5 de octubre de 1.989, posteriormente traída al proceso en fotocopia autenticada vista a folios 113 a 118 del expediente.

Y que en sesión ordinaria efectuada el 1o. de noviembre de 1.989, transcurrido apenas un mes de la primera elección y menos de ese término de la segunda, en cumplimiento del «...punto tercero (sic) del orden del día, se llevó a cabo una nueva elección de Mesa Directiva de la honorable Asamblea Departamental del Cesar, elección que recayó en los honorables diputados Alvaro de J. Castro Castro, como Presidente; Mendelson Ruiz Vence, como Primer Vicepresidente; y Lázaro Calderón Garrido, como Segundo Vicepresidente... o simplemente se ratificaron los dos últimos», según consta en el Acta 013 de 1o. de noviembre de 1.989, aportada como anexo de la demanda en fotocopia autenticada que obra a folios 1 a 4 del expediente.

Por lo que atañe a los fundamentos del derecho, cita el actor como disposiciones transgredidas, el artículo 20 de la Ordenanza 004 de 29 de noviembre de 1.977, «Por la cual se determina el Reglamento Interno de la Asamblea del Cesar», y el artículo 192 de la Constitución Política, retomado por el artículo 85 del Decreto Ley 1222 de 1.986, actual Código de Régimen Departamental.

La primera norma aludida, reza:

> «El período de la Mesa Directiva será de un (1) año. Esta continuará en ejercicio hasta cuando sea elegida la nueva, y sus miembros podrán ser reelegidos. Se entiende que ejercerán el cargo de Presidente y Vicepresidentes los últimos de las sesiones ordinarias, en las sesiones extraordinarias si fuere del caso».

La segunda, es del siguiente tenor:

> «Las ordenanzas de las Asambleas y los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Acto Legislativo número 1 de 1.945, artículo 85)».

Refiriéndose al concepto de violación, manifiesta el demandante respecto del artículo 20 de la Ordenanza 004 de 29 de noviembre de 1.977, que al haber procedido la H. Asamblea Departamental del Cesar «...a desplazar...» de los cargos de Presidente y Vicepresidente a los elegidos en la sesión inaugural del 1o. de octubre de 1.989, mediante una nueva elección efectuada el 1o. de noviembre del mismo año, desconoció la previsto en el Reglamento Interno citado, que fija en un año, y no en un mes como se ha querido entender, el período de la Mesa Directiva de la Corporación, «...lo que quiere decir, que la H. Asamblea del Cesar pierde su facultad nominadora para elegir Mesa Directiva una vez la haya realizado, y sólo la recupera cuando haya transcurrido el período de un año, o por la muerte de los miembros de la

Mesa Directiva, de su renuncia aceptada, o por la nulidad de la elección por autoridad competente. Por lo tanto, la Asamblea Departamental del Cesar no tiene facultad de cambiar su Mesa Directiva cuando ella lo estime conveniente y menos aún en base a acuerdos políticos como sucedió el día 1o. de noviembre de 1.989, cuando los honorables diputados determinaron hacer cambios en la Mesa Directiva de la Corporación, sustentando este hecho en la celebración de nuevos acuerdos políticos, los que provocaron el desconocimiento de la norma que regula la organización y funcionamiento de la Asamblea Departamental del Cesar» (fl. 8).

Además, alega el accionante que el desconocimiento del artículo 20 de la Ordenanza 004 de 1.977, explícito en el acto impugnado, implica, también, el quebrantamiento ostensible del artículo 192 de la Constitución Nacional. «Los honorables diputados de la Asamblea Departamental del Cesar, tienen la obligación de acatar lo establecido en las ordenanzas que ellos mismos expiden y más aún cuando se trata de la norma que regula y determina los procedimientos y organización de la Corporación (fl. 8)».

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA. El demandado Alvaro Jesús Castro Castro sostuvo que no es acertado aseverar que el acto acusado es violatorio de los artículos 20 de la Ordenanza 004 de 1.977 y 192 de la Carta Política, por cuanto aquella norma «...señala un período de un mes para la Mesa Directiva y no de un año como lo afirma el actor»; además, que «Cuando se eligió la nueva Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar el 1o. de Noviembre de 1.989, se hizo después de haber renunciado la anterior directiva que cumplió el período del primer mes...», argumentos con los que pide se niegue la pretensión del actor.

Apoyando su afirmación respecto a que el período de la Mesa Directiva de la Asamblea del Cesar es de un mes y no de un año, el señor Castro Castro aporta al proceso fotocopia autenticada de proyecto de Ordenanza sin número de 4 de noviembre de 1.976 (fls. 75 a 101), y fotocopia autenticada de la edición 115 de la Gaceta del Cesar, correspondiente al 30 de enero de 1.978, en la que se publica la Ordenanza 004 de 20 de octubre de 1.977, «Porla cual se determina el Reglamento Interno de la Asamblea del Cesar» (fls. 102 a 109).

III. LA SENTENCIA RECURRIDA. En su concepto, el colaborador Fiscal del *a-quo* estimó que siendo indubitable que el período reglamentario de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar es de un año, por cuanto «..la Ordenanza vigente es la número 004 de noviembre 29 de 1.977...», y emergiendo claramente de la probanza aportada que los dignatarios renunciantes fueron los elegidos ilegalmente en la sesión del 5 de octubre de 1.989 y no los legítimos elegidos en la sesión inaugural del 1o. de ese mismo mes, resulta, como corolario, que la Mesa Directiva elegida el 1o. de noviembre de 1.989 «...es nula», por lo que «...debería despacharse favorablemente a la pretensión del demandante» (fls. 147 y 148). La sentencia de primera instancia, acogiendo ese criterio, resuelve «Declarar nula la elección de los señores diputados Alvaro J. Castro Castro, Mendelson Ruiz Vence y Lázaro Calderón Garrido, como

Departamental del Cesar, la cual fue realizada el día 1o. de noviembre de 1.989 por la mencionada Corporación Administrativa».

Al efecto consideró el Tribunal que, conforme lo dispone el artículo 20 de la Ordenanza 004 de 1.977, constitutiva del Reglamento Interno de la H. Asamblea Departamental del Cesar, el período de la Mesa Directiva de esa Corporación es de un año, ordenamiento que es de imperativo acatamiento al tenor del artículo 192 de la Carta, por cuando no esta probado que haya sido modificado, derogado, suspendido o anulado por autoridad competente.

«Si ello es así, emerge manifiestamente la violación del artículo 20 de la Ordenanza 004 de 1.977, al elegir el día primero (1o.) de noviembre de 1.989 nueva mesa directiva cuando ya la Asamblea había agotado esa facultad al haber elegido el día primero (1o.) de octubre de 1.989, porque el período de la mesa directiva primeramente elegida abarcaba el lapso de un año y porque no existe prueba de que los integrantes de esa mesa directiva hubiesen fallecido, renunciado o declarado nula la elección de los mismos por autoridad competente o por cualesquiera otras circunstancias que imposibilitaran el ejercicio normal de sus funciones» (fls. 151 a 158).

IV.- EL RECURSO INTERPUESTO. En oportunidad, el demandado Alvaro Jesús Castro Castro apeló de la sentencia en referencia, sustentando el recurso en la reiterada afirmación de que el artículo 20 de la Ordenanza 004 de 1.977 fija el período de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar en un mes, y no en un año como lo sostiene el actor y lo acoge el *a-quo*, como se ve en la copia «...auténtica la (sic) Ordenanza No. 004 de 1.977 y la publicación hecha en la Gaceta Departamental..». Y agrega: «El error procede de un folleto publicado por la Asamblea Departamental, pero sin las formalidades de ley y allí existe un lapsus al apuntar el artículo 20 de la citada publicación que el período de la Mesa Directiva es de un año'»;»La corrección esta planteada en los documentos que fueron anexados al hacerme parte en el proceso por cuanto es el documento original que supera ampliamente en claridad al folleto publicado posteriormente con algunos yerros» (fls. 160 y 161).

V. PETICION DEL ACTOR. El demandante, favorecido en su pretensión con la sentencia recurrida, solicitó de esta Corporación inadmitir la apelación interpuesta por uno de los demandados, «...por no haberse sustentado en la forma establecida por la ley»; «...el recurrente no hace ver la contrariedad de la decisión tomada por el Tribunal con el derecho. No explica por qué considera que el folleto que contiene la Ordenanza a la cual da valor probatorio el Tribunal `no reune las formalidades de ley', o por qué es 'el original', o por qué `supera ampliamente en calidad al folleto publicado posteriormente', o por qué este tiene `algunos yerros'. Se limita precisamente a utilizar palabras abstractas, a calificar de ilegal la providencia recurrida, a utilizar términos tan vagos que ni siquiera implícitamente muestran las razones de su inconformismo con las `deducciones lógico-jurídicas' a que llegó el Tribunal» (fls. 172 a 175).

VI. EL CONCEPTO FISCAL. En la tramitación de la segunda instancia rindió concepto el señor Fiscal Octavo colaborador, refiriéndose, en primer lugar, a la petición del actor a que se alude en el aparte precedente, tema que dilucida así: «...el recurso de apelación si fue fundamentado, como se puede apreciar en el escrito contentivo del mismo, pues ahí se indican los motivos de la inconformidad con el fallo citado». Y respecto al meollo de lo debatido en el proceso, objeto del recurso interpuesto, estima el señor agente del Ministerio Público que «...de acuerdo con lo expuesto por el señor Procurador Departamental del Cesar y por el Tribunal Administrativo , que como la Ordenanza 004 de 29 de noviembre de 1.977 tiene fecha posterior a la que aparece en la Gaceta Departamental, es la que se encuentra vigente en las normas sobre hermeneútica jurídica sobre el particular, y por consiguiente, el período de la Mesa Directiva es de un año y no de un mes, como sostiene la parte demandada». «De acuerdo con lo anterior, estima esta Agencia del Ministerio Público que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, de 8 de junio del corriente año, debe confirmarse como así lo solicita al Consejo de Estado» (fls. 182 a 185).

CONSIDERACIONES.-

Previo al examen de la cuestión debatida se impone observar, con motivo de la solicitud dirigida a esta Corporación por el actor para que inadmitiera la apelación interpuesta «...por no haberse sustentado en la forma establecida por la ley...», que pretender que la dicha sustentación debe constituir toda una construcción lógico-jurídica de la materia de que se trata, es pecar por exceso.

Si por sustentar ha de entenderse, lisa y llánamente, según el sentido natural del vocablo, defender o sostener determinada opinión, es de admitir que ese requisito se satisfizo por el recurrente cuando expresó, aunque sin ponderable técnica, los fundamentos de hecho y de derecho que dan apoyo a su inconformidad con la sentencia objetada.

El recurso «...si fue fundamentado, como se puede apreciar en el escrito contentivo del mismo, pues ahí se indican los motivos de la inconformidad con el fallo citado», que bien lo advierte en su concepto el señor Fiscal colaborador, acorde con el más sano y amplio criterio respecto de ese aspecto procesal.

Es que la sustentación a que se refieren las normas procesales, y mas específicamente en artículo 57 de la Ley 2a. de 1.984. exige del recurrente, sobre todo en tratándose de procesos con acción popular, como la de nulidad electoral, en los que no se requiere la intervención de profesionales del derecho, «...cuando más, una breve exposición sobre los aspectos de la sentencia que no comparte y la razón de ello...», pues de lo contrario, además, «...no se comprendería para qué es el término que más adelante se ordena dar a las partes para alegar de conclusión», según autorizado criterio del tratadista, catedrático y Consejero de

Estado doctor Miguel González Rodríguez («Derecho Procesal Administrativo», tomo II, pág. 484, 7a. ed. 1.989, Librería Jurídicas Wilches).

Entonces, para iniciar el examen de fondo de la cuestión *sub lite*, en pocas palabras cabe decir que esta se reduce a establecer si la elección de Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar, recaía en las personas de los señores diputados Alvaro Jesús Castro Castro, como Presidente, Mendelson Ruiz Vence, como Primer Vicepresidente, y Lázaro Calderón Garrido, como Segundo Vicepresidente, acto llevado a cabo en sesión ordinaria de 1° de noviembre de 1.989 de la citada Corporación, plasmado en el punto séptimo del Acta 013 correspondiente a la misma, está viciada de nulidad como lo estima la parte actora.

El demandante impugna ese acto de elección por considerar que, de acuerdo con el artículo 20 de la Ordenanza 004 de 29 de noviembre de 1.977, constitutiva del Reglamento Interno de dicha Asamblea, el período de los directivos es de un año, y que habiéndose elegido en la sesión inaugural de 1o. de octubre de 1.989, Mesa Directiva integrada por los diputados Dario Quintero Patiño, como Presidente, Oscar Armando Moreno Aparicio, como Primer Vicepresidente, y Johnny Concepción Perez Oñate, como Segundo Vicepresidente, se quebrantó aquella norma ordenanzal y, de contera, el artículo 192 de la constitución Nacional, a su vez reproducido por el artículo 85 del Decreto 1222 de 1.986, actual Código de Régimen Departamental, en cuanto que dispone que las Ordenanzas de las Asambleas son obligatorias, mientras no sean anuladas o suspendidas por la jurisdicción de la Contencioso Administrativo.

La disposición ordenanzal aducida, el artículo 20 de la 004 de 1.977, aprobada el 29 de noviembre de ese año y sancionada el 1o. de diciembre de 1.978, cuyo texto en folleto publicado por la Asamblea, autenticado en cada una de sus páginas con la firma y sello del Secretario de la Corporación se acompañó a la demanda, llevó al *a-quo* a acoger la súplica única de la demanda, considerando que «No existe en el proceso prueba alguna que indique que la Ordenanza 004 de 29 de noviembre de 1.977 citada, haya sido modificada y en tal sentido que hubiese variado el lapso señalado para la mesa directiva de la Asamblea».

Y en relación a la existencia en autos de copias de un proyecto de Ordenanza sin número datado a 4 de noviembre de 1.976, de una Ordenanza publicada en la Gaceta Departamental del Cesar con número 004, aprobada a 20 de octubre de 1.977 y con constancia de ese mismo mes, pero sin indicar el día, de la sanción, y de una tercera de igual número 004 fechada a 29 de noviembre de 1.977 y sancionada el 1o. de diciembre de 1.978, sostiene el *a-quo* que siendo esta última posterior en el tiempo ha de aplicarse con preferencia a las anteriores, según las reglas de la hermenéutica jurídica.

Sin embargo, subsiste en el proceso, hasta ahora de manera insalvable, incertidumbre respecto de cuál de los distintos textos de la Ordenanza 004 de 1.977, aportados por las partes en copias debidamente autenticadas por

funcionario competente, es el que realmente corresponde al Reglamento Interno de la H. Asamblea del Cesar vigente para la época en que se produjo el acto de elección demandado, pues incluso el publicado en el folleto aportado por el actor exhibe una fecha de sanción que, como es fácil de advertir, resulta errónea. También se anota por la Sala que la Ordenanza por la que se expide el reglamento de una Asamblea departamental no requiere sanción ejecutiva, sino que esa decisión corresponde tomarla al Presidente de la Corporación. Así está dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 11 de 1.913, reproducido en el artículo 34 del Decreto 1222 de 1.986.

Lo anterior a guisa de mero comentario, pues estudiando detenidamente las piezas expedientales emerge de las mismas una verdad incontrovertible y que transforma en inocuo cualquier debate en torno al período de la cuestionada Mesa Directiva de la Asamblea del Cesar.

En efecto, sea de un mes o de un año el antedicho período, lo cierto es que la Asamblea Departamental del Cesar procedió en su sesión ordinaria de 1o. de noviembre de 1.989 a la elección de nueva Mesa Directiva, por «...renuncia ...» expresa, comunicada verbalmente y por escrito, de los anteriores designatarios, sin que tampoco importe ahora desentrañar o examinar los motivos que los llevaron a tomar esa determinación.

Por ello no corresponde a la realidad lo afirmado por el demandante, en el sentido de que los miembros de la anterior Mesa Directiva fueron «... desplazados ...» de sus cargos, puesto que, como está probado con la copia del Acta 0013 correspondiente a la sesión ordinaria de 1o. de noviembre de 1.989, fueron los dignatarios quienes renunciaron, abriéndole campo a la H. Asamblea para que procediera a la elección de los nuevos directivos que habrían de llenar las vacantes dejadas, sólo que únicamente reemplazó al Presidente Johnny Pérez Oñate, una vez aceptada su renuncia, pues a los Vicepresidentes primero y segundo, Mendelson Ruiz Vence y Lázaro Calderón Garrido, los ratificó en sus respectivos cargos directivos.

No fue esa, por lo demás, una situación prevista en el orden del día de aquella fecha en el punto tercero, como lo afirma el actor de la demanda, sino que, al menos formalmente, se dió como circunstancia nueva en el curso de la sesión, en la medida que tuvo ocurrencia en desarrollo del punto séptimo del orden del día, destinado a «Lo que propongan los honorables diputados», como consta en el Acta 013 del 1o. de noviembre de 1.989, aportada en fotocopia autenticada por el actor y obrante a folios 1 a 4 del expediente.

El hecho de la renuncia de los dignatarios que venían dirigiendo las actividades de la Asamblea hasta el 1o. de noviembre de 1.989 fue advertido por el demandado con oportunidad, en la contestación de la demanda, ocasión en la que atinó a expresar: «Cuando se eligió la nueva mesa directiva de la Asamblea Departamental del Cesar el 1o. de noviembre de 1.989, se hizo después de haber renunciado la anterior directiva ...» (fl. 73), alegación que por consultar la realidad

procesal y constituir el fundamento de legalidad del acto acusado, no puede ser desconocido ahora por la Corporación. Pero también el actor observó en su libelo que de darse la renuncia de los dignatarios podía la Asamblea Departamental del Cesar elegir nueva Mesa Directiva. Así se lee en la hoja número 3, párrafo inicial, de la demanda, aludiendo a los elegidos del 1o. de octubre de 1.989 y sin atender a la circunstancia de que ellos no fueron reemplazados en sus dignidades por la elección del 1o. de noviembre, sino por la efectuada el 5 del mismo mes de octubre, acto administrativo ese que no es materia de examen en este pronunciamiento. Por ello, se debe revocar el fallo apelado para, en su lugar, denegar la pretensión de la demanda.

Basta lo expuesto para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal Octavo colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVOCAR la sentencia de fecha 8 de junio de 1.990, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Cesar y, en su lugar, DENEGAR la súplica única de la demanda.

Cópiese y notifíquese. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONCEJAL -Inhabilidades/EMPLEADO PUBLICO

No podía el afectado inscribirse como aspirante a concejal ni ser válidamente elegido como miembro de corporación municipal alguna, por hallarse dentro de la situación de inhabilidad prevista en el artículo 83 del D.L. 1333 de 1.986, para quienes han sido empleados oficiales dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección. La inhabilidad, en el caso que nos ocupa, se refiere únicamente al cómputo del tiempo transcurrido entre el retiro definitivo del servicio y la fecha de elección.

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

Bogotá, D.E., veintitrés (23) de Octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: Doctor Jorge Penen Deltieure

Ref.: Expediente No. 0435. ACTORA: GLORIA MARIA CARDONA SANTAMARIA

Procede la Sección Quinta de la Sala de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a decidir el recurso de apelación propuesto en su propio nombre por el demandado, Concejal Nicolás Arturo Pineda Gómez, contra la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia el 13 de julio de 1.990.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública electoral, la ciudadana Gloria María Cardona Santamaría en demanda presentada el 18 de abril del año en curso, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones:

«PRIMERA: Que es nula la elección hecha en favor del señor NICOLAS PINEDA G., como Concejal Principal, por la circunscripción electoral del Municipio de SANTUARIO, para el período constitucional de 1.990-1.992, la cual se consignó en el Acta de escrutinios de los votos, para el Concejo Municipal del Municipio de SANTUARIO y de la cual aportó copias auténticas.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del Acta de escrutinios del 13 de marzo de 1.990, correspondiente a la Jurisdicción de SANTUARIO, en lo que atañe al Concejo Municipal.

TERCERA: Que se ordene la cancelación de la respectiva credencial de Concejal Principal del Municipio de SANTUARIO, al señor NICOLAS PINEDA G.» (fls. 9 y 10).

La demandante estima que el señor Nicolás Pineda Gómez estaba inhabilitado y era inelegible, pues al momento de su inscripción como aspirante al Concejo Municipal de Santuario era empleado público al servicio de las Empresas Públicas de Medellín, y continuaba siéndolo tanto en la fecha de la elección como al momento de ser declarado Concejal electo del mencionado Municipio, violando por ello el artículo 83 del Decreto Ley 1333 de 1.986. A la demanda acompañó prueba documental y dentro del término de ley para su corrección presentó la certificación sobre el monto del presupuesto del Municipio de Santuario correspondiente al año de 1.990.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Vencido el traslado para formulación de alegatos, sin intervención de las partes y oído el concepto del señor Fiscal Primero, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia el 13 de julio del año en curso. Luego de analizar el contenido de los artículos 223 del Código Contencioso Administrativo, 54 de la Ley 11 de 1.986, que corresponde al artículo 83 del Decreto Ley 1333 de 1.986, y la prueba documental, declaró nulo el acto de elección del Concejal Nicolás Pineda Gómez, ordenó la cancelación de la respectiva credencial y negó las demás pretensiones de la demanda, referentes a la nulidad del Acta de escrutinios del 13 de marzo de 1.990 del Concejo Municipal por Circunscripción Electoral del Municipio de Santuario, por estimar que la causal se refiere únicamente al Concejal Pineda Gómez.

Se apoya el Tribunal en la categoría de establecimiento público del orden municipal que tienen las Empresas Públicas de Medellín, donde elabora el señor Pineda Gómez, y en la clasificación que hace el artículo 292 de la Ley 1333 de 1.986 de los empleados oficiales vinculados a las entidades públicas locales, y deduce que «... Para la Sala no cabe ninguna duda que para el 13 de marzo del año en curso el señor Nicolás Arturo Pineda Gómez ostentaba la calidad de empleado público, la misma que también tenía dentro de los seis (6) meses anteriores a esa fecha» (fl. 31).

EL RECURSO

En el acápite «FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO» del escrito por medio del cual el señor Nicolás Pineda interpuso el recurso de apelación, pretende demostrar que su vinculación a las Empresas Públicas de Medellín no puede tipificar el motivo de inhabilidad aceptado por el *a-quo* para declarar nulo el acto de su elección como Concejal. Aduce que no era contratista «... en ninguna modalidad con el Municipio de Santuario dentro de los dos (2) años anteriores como lo preceptúa el artículo 54 de la Ley 11 de 1.986, (art. 83 Dcrto. Ley 1333/86, Código de Régimen Municipal)», y que las mencionadas Empresas Públicas Municipales no prestan servicio al Municipio de Santuario, por lo que el espíritu de la precitada Ley no fue desconocido, porque no se rompió la imparcialidad en el ejercicio del derecho del sufragio, pues mal podía su vinculación con las mencionadas Empresas «... influir o presionar la voluntad del electorado ...», pues nada podía dar o prometer «... como contraprestación del favor de su voto ...». Que actuó de buena fe, con «... el ánimo de servir a la comunidad santuareña ...», que lo eligió Concejal no por su calidad de Funcionario de las Empresas Públicas de Medellín sino por su actividad cívica «... frente al Municipio» de Santuario. Y agrega:

> «3.- El aforismo de *Summun Jus, Summa Injuria* (El derecho estrictamente aplicado, es una injusticia suma), contrarresta el efecto de otro que expresa *«Dura Lex Sed Lex»* (Dura es la ley pero como ley debe aplicarse). Frente a la conjugación armónica de estos dos principios me pregunto como simple ciudadano que respeta profundamente el sistema jurídico institucional: Qué es más importante, el espíritu de la norma o la norma misma?. ¿Qué es más importante el ritual litúrgico o la Fe y la creencia que lo motiva?.
>
> El cargo de Concejal en el régimen Colombiano es un servicio cívico que no recibe contraprestación alguna, fuera de satisfacer esa voluntad de servicio a una comunidad en concreto, acorde con una actividad ideológico-política y programática, y según los recursos y necesidades de cada Jurisdicción sin salirse de las atribuciones Constitucionales y legales vigentes para la época.
>
> No se puede aplicar el principio de jurídico de *Dura Lex, Sed Lex,* y que donde la ley no distingue no le es dado a su (sic) intérprete distinguir, porque soy conocedor de Jurisprudencias del Honorable Consejo de Estado que se han salido del marco legal para dar camino abierto a decisiones del sujeto nominador por encima de expresa normatividad como en el caso de los artículos 26, concordante con el artículo 61 del Decreto 2400 de 1.968, cuando se refieren a la desvinculación de empleados públicos de libre nombramiento y remoción, en que la autoridad nominadora debe dejar constancia, en la respectiva hoja de vida del empleado desvinculado, del hecho y de las causas que la llevaron a tomar la decisión de desvinculación, so pena de que si no lo hiciere, el artículo 61 de este mismo decreto, señala que el acto administrativo de desvinculación es nulo.

mismo decreto, señala que el acto administrativo de desvinculación es nulo.

El Honorable Consejo de Estado, no obstante el expreso mandato legal de nulidad, y omitiendo el fundamento probatorio de la controvertibilidad del Acto Administrativo que exige el mismo código (sic) contencioso (sic) administrativo (sic), no ha dado aplicación a la nulidad legalmente predicada, acatando el espíritu de la discrecionalidad que la ley concede a la entidad o funcionario nominador, cuando se trata de funcionario del (sic) libre nombramiento y remoción.

Por analogía, el pueblo como poder primario constituyente es autoridad nominadora, elige libremente al ciudadano para que en su calidad de edil Municipal lo represente ante el cabildo. Luego es de acuño que se pueda aplicar para mi caso la no nulidad, siguiendo el ejemplo de la Jurisprudencia citada» (fl. 35 y 36).

Luego de insistir en que el espíritu de la disposición que establece la inhabilidad tiende a evitar presiones indebidas sobre el electorado, termina por afirmar que tampoco se da incompatibilidad alguna en cuanto a la percepción de doble remuneración a cargo del Tesoro Público. Finalmente, pide la revocatoria de la providencia recurrida «... invocando el Sagrado principio de la democracia, a través del respeto al poder primario constituyente materializado en la voluntad de los electores de Santuario».

EL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Séptima del Consejo de Estado en su concepto de fondo pide que se declare la nulidad de la elección del señor Nicolás Pineda y se ordene la cancelación de la respectiva credencial, apoyándose en que el demandado era empleado oficial dentro del término de inhabilidad prescrito por el artículo 83 del Decreto 1333 de 1.986 y a pesar de ello, fue elegido Concejal del mencionado Municipio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De manera general, la actuación de los empleados oficiales, ya sean empleados públicos o trabajadores oficiales, se encuentra precisada y delimitada por un conjunto de normas jurídicas, algunas de las cuales relativas a disposiciones sobre inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos.

En cuanto al régimen de inhabilidades, son situaciones jurídicas en que se hallan empleados oficiales que, en virtud de su cargo, no pueden ser válidamen-

te elegidos presidente de la república, senadores, representantes, alcaldes, diputados, concejales, etc., sino después de terminada su función y luego de haber transcurrido un determinado período de tiempo, contado desde el momento en que el empleado oficial dejó de serlo.

En síntesis, son imposibilidades u obstáculos para ejercer una función representativa.

También, distintas leyes se ocupan de las relaciones entre la administración pública y sus servidores; y una de ellas es el Decreto Ley 1333 de 1.986, cuyo artículo 292 dispone:

> «Los servidores municipales son empleado públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.
>
> Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos».

Las pruebas documentales visibles a folios 2 a 3 del proceso, demuestran claramente que el señor Nicolás Arturo Pineda Gómez participó en la contienda electoral del 13 de marzo de 1.990, siendo elegido Concejal Principal del Municipio de Santuario para el período constitucional 1.990-1.992. Que, además, en la época anterior a las elecciones, tenía la condición de empleado público, vinculado a las Empresas Públicas de Medellín desde el 7 de abril de 1.987 y continuaba laborando allí sin solución de continuidad, es decir, sin interrupción, hasta el 19 de abril de 1.990, fecha en la cual el Jefe de Personal de esa entidad certificó sobre la vinculación y cargo del mencionado ciudadano. (fl. 21).

En consecuencia, no podía inscribirse como aspirante a concejal ni ser válidamente elegido como miembro de corporación municipal alguna, por hallarse dentro de la situación de inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto Ley 1333 de 1.986, para quienes han sido empleados oficiales dentro de las seis meses anteriores a la fecha de elección. La inhabilidad, en el caso que nos ocupa, se refiere únicamente al cómputo del tiempo transcurrido entre el retiro definitivo del servicio y la fecha de la elección.

Analizadas las razones expuestas por el demandado en su memorial de apelación, es forzoso concluir que ninguna de ellas sirve para desvirtuar la calidad de empleado público que al momento de su elección tenía y, por consiguiente,

para hacer desaparecer la inhabilidad que le impedía participar como candidato en el debate electoral y ser elegido concejal.

Alegar que no existe incompatibilidad por doble erogación del Erario Público por ser el cargo de concejal un servicio gratuito, es asunto que no puede ser materia de discusión en este proceso, porque la prohibición contenida en el artículo 64 de la Constitución Nacional está enmarcada dentro del régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos como una incapacidad subjetiva para desempeñar ciertas funciones y con consecuencias jurídicas distintas.

Tampoco es pertinente la alusión a su buena fe, que se presume, no acerca de sus calidades humanas ni profesionales, ni la referente a la libre decisión de su electorado, que serían materias para ser discutidas en otra clase de litigios.

Por lo que hace a la inhabilidad descrita en el mismo artículo 83 del Decreto 1333 de 1.986, consistente en haber sido contratista con el respectivo Municipio dentro de los dos (2) años anteriores a la elección como concejal, nada tiene que ver con la inhabilidad que se le atribuye en este proceso al señor Nicolás Arturo Pineda Gómez, pues en ningún momento se ha mencionado dentro de él.

En cuanto a la inhabilidad consistente en haber sido empleado oficial dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección, para que se de no es necesario demostrar mala fe en quien se inscribió y resultó elegido, basta simplemente el haber tenido esa calidad independientemente de motivos o razones de carácter subjetivo. Tampoco es necesario que esa calidad se haya tenido por el desempeño de cargos en oficinas publicas del municipio para el cual se pretende ser concejal, es suficiente, como ya se dijo, el haber sido empleado público bien sea a nivel nacional, departamental, municipal o de los territorios nacionales.

En este proceso con la certificación que obra al folio 21, está plenamente probado que el señor Nicolás Arturo Pineda Gómez venía vinculado desde el 7 de abril de 1.987 a la Empresas Publicas de Medellín cuando se produjo su elección como Concejal del Municipio de Santuario. Se trata de documento público expedido por autoridad en ejercicio de funciones y atribuciones.

La Sala, por tanto, considera que el fallo de primera instancia merece aprobación en lo referente a las peticiones de primera y tercera de la demanda, declarar nulo el acto de elección en favor del señor Nicolás Arturo Pineda Gómez como Concejal del Municipio de Santuario y de ordenar la cancelación de la respectiva credencial.

También acoge la Sala el criterio del *a-quo* y las razones que tuvo para rechazar la segunda pretensión del libelo, en el sentido de negar la práctica de nuevos escrutinios para Concejo Municipal, pues la causal de nulidad afecta exclusivamente al concejal electo y no ataca el Acta general de escrutinios.

FALLA:

PRIMERO: Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia con fecha trece (13) de julio de mil novecientos noventa (1.990), que declaró nulo «... el acto de elcción hecho en favor del señor NICOLAS ARTURO PINEDA GOMEZ como concejal (sic) por la Circunscripción Electoral del municipio (sic) de Santuario, para el período constitucional 1.990-1.992» y ordenó la cancelación de la respectiva credencial.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al la Oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

NULIDAD ELECTORAL-Improcedencia/**AUTO ADMISORIO/NOTIFICACION POR EDICTO**

Como se trata de demanda del acto de declaratoria de elección de concejal principal y de prosperar la súplica formulada en la memoria con que se inició el proceso no hay lugar a practicar nuevos escrutinios, sino que simplemente entraría a desempeñar el cargo de suplente, el *a quo*, al ordenar solamente la notificación por edicto del auto admisorio de la demanda, dio estricto cumplimiento al ordenamiento procesal, y no se encuentra, por consiguiente, la nulidad procesal planteada.

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

Bogotá, D.E., octubre veintitrés (23) de mil novecientos noventa (1.990).

Ref: Expediente # 0449. Actor: GLORIA MARIA CARDONA SANTAMARIA

El ciudadano LUIS ALBERTO GUTIERREZ MEJIA, quien actúa en el proceso en su condición de demandado-impugnador, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 9o. del artículo 140 de; C. de P.C., aplicable por remisión al proceso contencioso-administrativo, plantea la nulidad procesal consistente en la falta de notificación en legal forma del auto admisorio de la demanda al mismo, en su condición de concejal principal del Municipio de Montebello (Antioquia) elegido para el período legal en curso, según declaratoria realizada por medio del acto administrativo electoral acusado.

Considera el demandado-impugnante de la acción y apelante de la sentencia del *a-quo* por medio de la cual se declaró la nulidad de su elección como concejal

principal, que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 314 y 315 del C. de P.C., la "demanda" (sic) debió de notificársele PERSONALMENTE, mas no se hizo así y en consecuencia, "la demanda" (sic) hubo de notificársele por Edicto, al tenor del artículo 318 del C. de P.C., con lo cual se le ha cercenado el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Política.

Para resolver, se considera:

I. En el proceso contencioso-administrativo, sea este ordinario o especial como el que regula las contenciones de carácter electoral, no tienen aplicación los artículos 314, 315 y 318 del C. de P.C. sobre notificación personal del auto admisorio de la demanda al demandado y emplazamiento por medio de edicto al mismo cuando no se conozca su domicilio o no se pudiere realizarse la notificación personal del auto indicado, ya que en esa materia existen en el C.C.A. disposiciones concretas como las contenidas en los artículos 150 (notificación del auto admisorio de la demanda al representante legal de la entidad pública o privada que ejerza función administrativa, demandadas), 207 (sobre notificación personal del auto admisorio de la demanda proferido en proceso ordinario al mismno representante y a la persona o personas, que según la demanda o los actos acusados, tengan interés directo en el resultado del proceso, o emplazamiento por edicto y designación de curador ad-litem en caso de no comparecencia a notificarse personalmente de dicha providencia) y 233 (sobre notificación por edicto o personal al elegido o nombrado por acto administrativo electoral que se demanda), y el artículo 267 del C.C.A. es claro en aurotizar la aplicación, por remisión, de las normas del C. de P.C. solo cuando se presenten casos -aspectos- no contemplados o regulados por ese Código y siempre, que, por otra parte, las disposiciones del C. de P.C. sean compatibles con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a esta jurisdicción.

II. El precitado artículo 233 del C.C.A., que regula lo referente al auto admisorio de la demanda proferido en el proceso electoral, solo dispone la notificación personal del auto admisorio de la demanda a la persona nombrada o elegida "por junta, consejo o entidad colegiada", que no es el caso del concejal principal a quien se le demandó la elección en este proceso. En este evento de personas elegidas popularmente para una corporación pública, o para desempeñar el empleo de Presidente de la República o Alcalde Municipal, la norma precitada ordena la notificación por edicto de la providencia que admite la demanda y si, por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, la notificación a los demandados por medio de edicto que se fijará en la secretaría de la corporación jurisdiccional y se publicará por una sola vez en dos periódicos de amplia circualción en la circunscripción electoral respectiva.

III. Como en el presente caso, se trata de demanda del acto de declaratoria de elección del señor Gutierrez Mejía como concejal principal del municipio de Montebello (Antioquia) y de prosperar la súplica formulada en la memoria con que se inició el proceso no hay lugar a practicar nuevos escrutinios, sino que simplemente entraría a desempeñar el cargo de suplemente, el *a-quo*, al ordenar solamente

la notificación por edicto del auto admisorio de la demanda, dio estricto cumplimiento al ordenamiento procesal, y no se encuentra, por consiguiente, la nulidad procesal planteada, razón por la cual habrá de negarse la solicitud pertinente.

Lo anterior no obsta para que la Sala observe que en casos similares de conocimiento de la Sección Quinta en única instancia, para evitar que en el curso del proceso puedan alegarse nulidades procesales como la relativa a la falta de notificación personal del auto admisorio de la demanda, ha observado la práctica o costumbre de ordenar la notificación personal, o por edicto si ella no pudiere efectuarse, al congresista elegido o al funcionario público nombrado, así la ley, se repite, no lo haya dispuesto expresamente, probablemente para garantizar el principio de celeridad que informa y rige el proceso contencioso-electoral.

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

RESUELVE:

No declarar la nulidad procesal propuesta en este proceso por el ciudadano Luis Alberto Gutiérrez Mejía.

Notifíquese y cópiese.

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, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

PRUEBAS-Práctica/**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**

La excepción de inconstitucionalidad del artículo 215 de la Carta, no se consagra en relación con los elementos de prueba, sino para los casos de incompatibilidad entre la Carta y la ley; desde sus orígenes en el Derecho norteamericano así lo ha sido. Las resoluciones solicitadas en el *sub lite* como pruebas de las partes, sirven como elementos de prueba y su práctica es legal porque está autorizada, no es ineficaz, impertinente ni superflua.

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

Bogotá, D.E., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Referencia: Expediente Nº 0411. ACTOR: CARLOS ARTURO ROMERO. RECURSO DE SUPLICA

Resuelve la Sala el recurso de súplica interpuesto oportunamente (fl. 233 vto.) por el señor apoderado de la parte impugnadora contra el auto del 10 de octubre del año en curso, mediante el cual el señor Consejero Ponente en Sala Unitaria dispuso el decreto y práctica de unas pruebas y los negó para otras.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente expresa su desacuerdo con la providencia aludida en los siguientes términos:

"Dijo el auto suplicado a folio 218, numeral 12:

"No se ordena solicitar el envio de las resoluciones números 1943 del 22 de mayo de 1.990,la 1.942 de la misma fecha y la 2818 de julio 18 del año en curso, **por cuanto ellas ya obran en el expediente autenticadas, aportadas por el demandado**" (Subrayas del texto transcrito).

"En esta forma, pues, el *a-quo* (sic) apreció la prueba solicitada por el actor y la decretó sin resolver su contenido de inconstitucionalidad que le enunció la parte impugnadora para que ella no fuera decretada".

Posteriormente transcribe el aparte de la contestación de la demanda en el que solicita la inaplicabilidad de las resoluciones referidas en caso de ser tenidas como pruebas.

Sostiene que el señor Consejero conductor del proceso, apreció la legalidad de las pruebas pedidas por la parte actora, rechazando las que consideró ilegales y en relación con las solicitadas por la parte impugnadora decretó y tuvo como tales las resoluciones aportadas, que lo fueron para que sobre ellas se apreciara su exequibilidad y no para que se le decretaran a la parte actora por ser abiertamente inconstitucionales.

Asegura que el ponente apreció la legalidad pero no la constitucionalidad de las pruebas, tal como ella, en calidad de parte impugnadora, se lo solicitó en la contestación de la demanda, fundamentándose en el artículo 215 de la Carta; alega la existencia de una incompatibilidad entre dos normas que califica aplicables: de un lado la presunción de legalidad de las resoluciones y de otro su contenido inconstitucional, dada la incompetencia del Registrador Nacional para proferir nulidades en inscripciones de cédulas el 19 de mayo y el 18 de julio de 1.990, cuando ya había ocurrido el debate electoral el 11 de marzo de 1.990, pues dicha atribución es de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

En sentir del recurrente, la apreciación de la constitucionalidad es aún más importante que su legalidad y la oportunidad procesal para hacerlo era la apertura de pruebas y no la de la sentencia porque el principio de preclusividad ataría al juzgador impidiéndole que una prueba decretada por él y tenida como legal y constitucional dentro del proceso fuera declarada inaplicable al momento del fallo.

Finalmente, solicita que se revoque el auto suplicado y, en su lugar, se ordene que, con fundamento en el artículo 215 de la Carta y por ser inexequibles, son inaplicables en este proceso todas las resoluciones proferidas por el señor Registrador Nacional del Estado Civil que anularon las inscripciones de cédulas con posterioridad a las elecciones del 11 de marzo de 1.990, citadas como fundamento de las nulidades impetradas en este proceso.

II. CONSIDERACIONES:

El recurrente no esta en desacuerdo con la forma como a su contraparte se le decretó la práctica de una prueba documental, sino con el hecho de que el auto suplicado no hizo manifestación alguna en cuanto hace a la excepción de inconstitucionalidad planteada por la parte impugnadora en relación con las resoluciones números 1943, 1942 del 22 de mayo y 2818 del 18 de julio, todas del año en curso; ello se infiere de su afirmación en cuanto expresa: "En esta forma, pues, el *a-quo* apreció la prueba solicitada por el actor y **la decretó sin resolver su contenido de inconstitucionalidad que le enunció la parte impugnadora para que ella no fuera decretada**" (Subrayas de la Sala).

Esta circunstancia por si sola torna improcedente el recurso de súplica, en cuanto éste sólo es admisible contra el auto que **deniegue** algunas de las pruebas, y no contra el que, como en este caso, las decretó aun cuando no en la forma como fueron solicitadas.

Pero si en gracia de discusión, se aceptara su viabilidad, esta Sala observa las siguientes inconsistencias y contradicciones en los fundamentos del recurso objeto de estudio, que igualmente impedirían su prosperidad:

1.- Tanto en la adición de la demanda (fl. 127) como en la contestación de la misma (fls. 212 y 213) las partes coincidieron en solicitar que se decretaran y tuvieran como pruebas las resoluciones números 1943, 1942 del 22 de mayo y 2818 del 18 de julio, todas de 1.990, las mismas que fueron aportadas debidamente autenticadas por la parte impugnadora con el escrito de contestación de la demanda (fls. 158 a 162, 163-164 y 169-170, cdo. N° 1).

Ambas solicitudes fueron atendidas por el Consejero Sustanciador, según se lee en los numerales I-12 y II-1 del auto impugnado; en el primero de ellos se abstuvo de solicitar su envío porque dichas resoluciones obraban en el expediente, pues fueron aportadas por el demandado y en estas condiciones, resultaba innecesaria su práctica, contando, además, con que se refiriera a hechos que pretendiera probarse o infirmarse con ellas; igualmente lo serían sin importar que las resoluciones fueron allegadas al expediente acogiendo la solicitud de una y no de ambas partes, pues en busca de la verdad real, el juez valora las pruebas en su conjunto, sin consideración a la parte que las produce, menos aún absteniéndose de tomarlas en cuenta, cuando lejos de desvirtuar, sirven a los propósitos de la parte contra quien se aducen y esto como es obvio, no depende del fallador ni del decreto de pruebas sino de la cautela que deben tener las partes cuando elaboran sus peticiones; y en el segundo, expresamente decretó la prueba solicitada por el recurrente. Con esta razón, la Sala rechaza el argumento del recurrente, según el cual, él aportó las resoluciones para que sobre ellas se apreciara su exequibilidad y no para que se le decretaran a la parte actora por ser abiertamente inconstitucionales.

2.- En relación con la excepción de inconstitucionalidad, es suficiente acotar que el artículo 215 de la C.N., citado por el recurrente, no la consagra en relación con los elementos de prueba, sino para los casos de incompatibilidad entre la Carta y la Ley; desde sus orígenes en el derecho Norteamericano así lo ha sido.

El mérito de las resoluciones aludidas debe ser calificado al momento de proferir la sentencia, pues de hacerse en el decreto de pruebas, podía constituír, anticipándose a la decisiones de la sentencia, un prejuzgamiento en detrimento de los derechos de la parte actora. Y ello como cree el suplicante, no implica transgresión del principio de preclusión, una de cuyas situaciones se presenta, cuando ejecutado válidamente un determinado acto procesal, agota la posibilidad de realizar otros actos de la misma naturaleza, y no lo transgrede en este caso, dado que el conjunto de preceptos procesales que regulan la acción pública electoral, en parte alguna imponen al fallador la obligación de evaluar el mérito probatorio como condición procesal previa para decretar la práctica de las pruebas solicitadas por las partes; tampoco consagran prohibición en el sentido de que dicho análisis no se efectúe en la sentencia; antes bien, la ley ordena exactamente lo contrario, es decir que los procesos se decidan sobre las pruebas regular y oportunamente allegadas a ellos, para lo cual, la omisión del análisis de éstas no solo es imposible, sino que resulta indispensable.

3.- El recurrente incurre en contradicción al sustentar la que denomina excepción de inconstitucionalidad. pues, la plantea primero en la contestación de la demanda, para el caso de que las resoluciones tantas veces mencionadas **fueron tenidas como pruebas** y entonces solicita su "inaplicabilidad al caso *sub-judice*"; después, en el recurso de súplica, reclama un pronunciamiento sobre dicha excepción, buscando esta vez que dichas pruebas **no fueran decretadas**.

La inaplicabilidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones números 1942, 1943 y 2818, es un aspecto susceptible de resolverse en la sentencia, cuando el fallador, como se dijo antes, debe valorar las apruebas, dado que para decretarlas sólo debe tener en cuenta las previsiones de los artículos 175 y 187 del C.P.C., el primero de los cuales enumera los medios que sirven como pruebas así: la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, **los documentos**, los indicios y cualesquiera otros medios que sea útiles para la formación del convencimiento del juez. Por su parte el segundo de los artículos citados, dispone que "... Las pruebas debe ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in límine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas". La práctica de un elemento prohibido o no autorizado por la ley produce una prueba ilícita en cuanto es atentatoria no sólo de la ley, sino de la dignidad y el respeto que merecen las personas, tal es el caso de inspecciones en documentos sobre los cuales exista reserva, o el testimonio rendido con violación del secreto profesional; cuando el elemento probatorio no acredita hechos que interesan al proceso, entonces se dice que la prueba es inconducente, pero cuando su práctica se hace innecesaria porque dentro del

proceso obran otros elementos que brindan pleno convencimiento en relación con un hecho determinado, la prueba es superflua.

Aplicados los artículos 175 y 187 a este caso, se tiene que las resoluciones números 1942, 1943 y 2818, solicitadas como pruebas por las partes, según el primero de los preceptos enunciados, sirven como elementos de prueba, y según el segundo de ellos, su práctica es legal porque está autorizada (art. 175 C.P.C.), y de acuerdo con lo analizado antes, no es ineficaz, impertinente ni superflua, por lo tanto, la decisión de su decreto como en efecto dispuso la Sala Unitaria, se encuentra ajustado a derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Quinta, Sala de Decisión,

RESUELVE:

Por ser improcedente, se inadmite el recurso de súplica presentado por la parte impugnadora contra el auto del 10 de octubre de 1.990, proferido por el señor Consejero Sustanciador, doctor José Joaquín Camacho Pardo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia fue leída y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONGRESISTA-Inhabilidades/**NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal

Del inciso 2 del artículo 111 de la Constitución Nacional se desprende que a la ley y no a otro acto jurídico le ha sido deferido el encargo de determinar cuáles negocios son los que cuya gestión produce el impedimento o inhibición para ser elegido congresista y de señalar, además, la prueba especial mediante la cual se demuestra dicha gestión. Esta determinación solo puede hacerla el legislador, y nó el administrador ni juzgador. Mientras el legislador no ejerza esta competencia atribuida por el constituyente, el mandato queda en suspenso, como simple proposición jurídica incompleta que requiere para su operancia práctica la existencia de ley que complemente el contenido del citado artículo 111.

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

Bogotá, D.E., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Doctor. José Joaquín Camacho Pardo.*

Proyectó: Dr. Noel Marulanda Posso.

Ref: Expediente No. 0357. Demanda de nulidad del acto de declaratoria de elección del ciudadano JOSE ELIAS GUERRA DE LA ESPRIELLA como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento de Sucre, para el período constitucional 1.990-1.994. ACTOR: LUZ MARINA CULMA YARA.

Luz Marina Culma Yara, actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción electoral, instauró demanda para que, previo el trámite del respectivo

proceso, esta Corporación declare que es nula la decisión contenida en el Acta General de Escrutinio del 18 de marzo de 1.990, efectuado por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral para la circunscripción del Departamento de Sucre, con ocasión de las elecciones del 11 de los mismos mes y año, en cuanto por dicho acto se declaró elegido como Representante a la Cámara, principal, por la aludida circunscripción y para el período 1.990-1.994, al señor José Elías Guerra de la Espriella; como consecuencia de esta declaración le cancele la respectiva credencial expedida, y, consiguientemente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 226 del C.C.A. se llame a ocupar el cargo al primer suplente de la lista encabezada por aquél, determinación esta que habrá de comunicarse, pide, a las autoridades correspondientes para efectos de su cumplimiento.

Los hechos de la demanda se sintetizan así:

El día 11 de marzo de 1.990 se realizaron en el Departamento de Sucre las elecciones para escoger Senadores, Representantes a la Cámara, Diputados, Concejales y Alcaldes Municipales, así como para seleccionar el candidato del partido liberal.

El señor José Elias Guerra de la Espriella encabezó una lista de candidatos para la Cámara de Representantes, pero dicho ciudadano no era apto para ser candidato al Congreso de la República, pues estaba inhabilitado para ser miembro de las Cámaras Legislativas por estar interviniendo al momento de la elección y haber intervenido durante todos los seis (6) meses anteriores a ésta en la "gestión de negocios con el Gobierno", y que aún a la fecha (se refiere a la de la presentación de la demanda) continúa ejecutando, ya que había suscrito como persona natural y propietario de la emisora RADIO COSTANERA, contrato de concesión (el 0002 del 20 de junio de 1.983) con el Estado Colombiano -Ministerio de Comunicaciones- para la prestación del servicio de radiodifusión, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley 222 de 1.983, que es el estatuto básico de la contratación administrativa del orden nacional.

No obstante lo anterior, la lista que encabezó el demandado Guerra de la Espriella obtuvo 50.380 votos y como consecuencia le fue asignado uno de los cargos que le corresponde a la circunscripción electoral de Sucre en aquella Corporación.

Señala como normas violadas el artículo 111 de la Constitución Política, el 223-5 del C.C.A., el 228 del mismo código, el numeral 4° del artículo 1° del Decreto 2241 de 1.986 (Código Electoral).

Concepto de la violación.-

Se destacan y resumen a continuación los aspectos pertinentes:

Refiriéndose al artículo 111 de la Constitución Política dice que es lógico que en todos los casos en que se olvide esta norma nos hallaremos con una transgresión directa y frontal de la voluntad constitucional a la que no puede alegarse falta de reglamentación especial o particular cuando nuestras leyes se han ocupado con gran frecuencia de la inelegibilidad, las incompatibilidades y los impedimentos; y que de la simple comparación entre los hechos descritos y las normas citadas se deduce la nulidad alegada por cuanto el señor José Elías Guerra de la Espriella quien ostenta la condición de contratista del Estado, gestor o participante en negocios ante el mismo y en su propio interés, no podrá ser válidamente elegido para el Congreso de la República, pues es evidente que en esta oportunidad se trata de un caso descrito como causal de inelegibilidad por el artículo 111 de la Carta Fundamental.

En respaldo de esta tesis trae a colación apartes de la sentencia proferida el 23 de febrero de 1.987 en el expediente número E-011, donde fue actor Manuel Barcha Garcés y Consejero Ponente el doctor Miguel Betancourt Rey (q.e.p.d.), la que en esencia sostiene que este precepto constitucional ha de aplicarse con toda la amplitud que trae su texto, mientras no se delimite con la ley reglamentaria mencionada en el inciso 2°.

El demandado al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del actor. Y en cuanto a los hechos aceptó algunos y negó otros. Categóricamente rechazó que al tiempo de la elección o dentro de los seis (6) meses anteriores a ella se encontraba interviniendo en la gestión de negocios con el Gobierno, y dijo que el contrato al cual se refiere la parte actora se celebró con una anterioridad superior a los seis meses a que se refiere el artículo 111 de la Constitución Política, por lo cual no se configuraba ninguna inhabilidad para ser elegido Representante a la Cámara del Congreso de la República.

Practicada las pruebas pedidas y decretadas, las partes presentaron sendos alegatos en defensa de sus respectivas, disímiles y opuestas tesis en oportunidad procesal.

CONCEPTO FISCAL

Por su parte, la señora Fiscal Séptimo de la Corporación en su concepto de fondo, con apoyo en el criterio jurisprudencial consignado en fallo de 23 de febrero de 1.987, expediente No. E-011 en que fue Consejero Ponente el doctor Miguel Betancourt Rey, que sostiene que el artículo 111 de la Constitución Nacional no puede quedarse sin aplicación por falta de un desarrollo legal, al apreciar el acervo probatorio concluyó que al no aparecer demostrado que a la fecha de las elecciones se hubiera transferido el contrato No. 0002 de 20 de junio de 1.983 por su contratista José Guerra de la Espriella a favor de Inversiones Costanera Ltda., como se lo había propuesto desde el 12 de septiembre de 1.985 cuando presentó ante el Ministerio de Comunicaciones la respectiva solicitud (folio 13, cuaderno No. 3), aquel tenía, entonces la calidad de contratista con la nación, y al resultar elegido Representante a la

H) La División de Personal de la Superintendencia de Notariado y Registro remitió constancia relacionada con los servicios prestados por el demandado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, como jefe de la División Jurídica desde el 1° de julio de 1.987 hasta el 3 de junio del presente año; y a partir del 4 de junio, Registrador Principal. (fls. 158 y 159 fte).-

IV.- Alegatos de las partes.

Del respectivo término solo hizo uso el apoderado del demandado, para proponer, inicialmente, se profiera sentencia inhibitoria, por falta de la debida integración del litis consorcio necesario, indispensable en la formación del contradictorio, por cuanto habiéndose dirigido la demanda contra la Nación, representada por el señor Ministro de Justicia y/o la Superintendencia de Notariado y Registro, esta última como ente público y autónomo y con personería jurídica, y el Dr. Edgar Villamizar Bueno, el auto admisorio de la demanda no se notificó a las dos personas jurídicas por conducto de sus respectivos representantes.- Ello, en concepto del memorialista, implica la ausencia de un presupuesto procesal de la acción "... cual es la integración debida de la parte demandada y no pudiéndose retrotraer la actuación con aplicación de la causal de nulidad del Art. 140 del C. de Procedimiento Civil, por ser de fondo y no meramente de forma el problema planteado "... que tiene que ver con la legitimación en la causa pasiva ...", se debe proferir el fallo indicado.-

Luego aduce que la demanda no debió proponerse por pretensa violación del Art. 17 del Decreto 0033 de 1.990, que en cuanto a los requisitos mínimos para el cargo de Registrador Principal se remite al artículo 60 del Decreto 1250 de 1.970, siendo los artículos 14 y 15 del primero de esos estatutos los que establecen equivalencias para algunos de tales requisitos.-

Por consiguiente, si al expedir esas normas excedió el ejecutivo las atribuciones del Art. 120, numeral 3° de la Carta, la demanda se debió dirigir contra el citado Decreto 0033 de 1.990 ante la Sección competente del Consejo de Estado, máxime porque en el presente proceso no fueron citadas como normas violadas esos dos artículos, deduciendo de allí que no podría ocuparse la Sala de su pretensa infracción.-

Reitera los argumentos de la contestación de la demanda, en cuanto expresa que no es dable tener en cuenta los requisitos establecidos en el Decreto 960 de 1.970 respecto de la función pública de Registrador Principal de Instrumentos Públicos, por ser anterior al Decreto 1250 del mismo año, de donde concluye que por efecto de la irretroactividad de la Ley, las previsiones de este estatuto, "De registro de instrumentos públicos", no son legalmente complementables con las del 960.- Y que de podérselo hacer, por aquello de la remisión expresa que al Decreto 960 de 1.970 hace el Art. 60 del 1250 del mismo año, se encuentra que sus disposiciones no están contradichas por los artículos 14 y 15 del Decreto 0033 de 1.990, que, consiguientemente, están vigentes.-

del señor Ministro de Comunicaciones, de 3 de julio de 1.990, el cual obra a folios 6, 7 y 8 del cuaderno No. 3.

6- Con la certificación expedida por el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Comunicaciones el 10 de Julio de 1.990, la cual obra al folio 45 del cuaderno No. 2, se establece que "con posteridad a la fecha de la celebración del contrato No. 0002, especialmente el lapso comprendido entre el 11 de septiembre de 1.989 al 11 de marzo de 1.990, el señor José Guerra de la Espriella no ha celebrado con el Ministerio de Comunicaciones, contrato de Concesión o de cualquier otra naturaleza, como persona natural o como propietario de la emisora Radio Costanera".

Obran, igualmente, en autos (en los cuadernos números 2 y 3), documentos (oficios, peticiones, etc.) cruzados entre el Ministerio de Comunicaciones, el señor Guerra de la Espriella e Inversiones Costanera Limitada, que revelan el desarrollo del trámite administrativo tendiente a legalizar la cesión o transferencia que el concesionario se propone hacer a esta última de los derechos que había adquirido con ocasión del contrato No. 0002 de 20 de junio de 1.983, y a efecto de que esta sociedad pudiera hacer la explotación comercial de la emisora de conformidad con las normas técnicas y administrativas que regulan el "CONTRATO DE CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO DE RADIODIFUSION", contenidas en el Decreto-Ley 222 de 1.983, decretos reglamentarios y resoluciones del Ministerio del ramo.

De lo anterior se concluye que entre el Ministerio de Comunicaciones y el señor Guerra de la Espriella no se celebró ningún contrato que significara o no negociación con el Gobierno o la Administración Pública en general, ni al momento de su elección como parlamentario, ni dentro de los seis meses anteriores a ella, y que el contrato de concesión a que se ha aludido reiteradamente, venció antes del 11 de septiembre de 1.988, es decir, antes de la fecha inicial del término de inhabilidad señalado en el artículo 111 de la Constitución Política, y no fue prorrogado ni en su favor ni en el del presunto cesionario (Inversiones Costanera Ltda.).

No dándose estos presupuestos fácticos, ilógico resulta pensar siquiera en una posible "gestión de negocios con el Gobierno", quedando, así, sin piso la argumentación del actor.

Pero aunque la gestión de negocios hubiera sido probada, la pretensión del actor carecería de fundamento jurídico. Su invocación medular es el precepto del artículo 111 de la Constitución, que expresa:

> "No pueden ser elegidos miembros del Congreso los ciudadanos que a tiempo de la elección, o dentro de los seis meses anteriores a ella, están interviniendo o hayan intervenido en la gestión de negocios con el gobierno, en su propio interés o en interés de terceros distintos de las entidades o instituciones oficiales.

> La ley determinará la clase de negocios a que sea aplicable esta disposición y la prueba especial para demostrar el hecho".

El inciso 2° de este texto constitucional se desprende que a la ley y no a otro acto jurídico le ha sido deferido el encargo de determinar cuales negocios son los que cuya gestión produce el impedimento o inhibición para ser elegido congresista y de señalar, además, la prueba especial mediante la cual se demuestra dicha gestión. Esta determinación solo puede hacerla el legislador, y no el administrador ni el juzgador.

Mientras el legislador no ejerza esta competencia atribuida por el constituyente, el mandato queda en suspenso, como simple proposición jurídica incompleta que requiere para su operancia práctica la existencia de ley que complemente el contenido del citado artículo 111.

Apenas dos años después de la reforma constitucional de 1.936 en que se incorporó el precepto constitucional pretranscrito, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad, con ocasión del ejercicio de la acción ciudadana consagrada en las leyes vigentes de aquel entonces, de pronunciarse sobre la aplicación de dicha norma. Al efecto dijo:

> "El Congreso Nacional hasta esta fecha no ha expedido ley alguna en desarrollo de este mandato, y por tanto, no existe base legal para aplicarlo.
>
> Es evidente que mientras la ley no exista y determine la clase de negocios a que es aplicable el principio constitucional citado, y las pruebas necesarias para demostrar el hecho, el juzgador no puede aplicarlo" (sentencia de 10 de febrero de 1.938, anales N° 263, págs. 90, 91 y 92).

Posteriormente, este fallo de 24 de septiembre de 1.974, dictado en proceso en que fue actor José Francisco Pérez Cristancho y Ponente el Consejero Dr. Eduardo Aguilar Vélez, la Corporación dijo:

> "Sea lo primero en observar que en el Consejo de Estado, en distintas oportunidades, ha expresado que la norma constitucional transcrita (en el mismo 111 de la Carta) es una proposición jurídica incompleta, vale decir, que no tiene aplicación práctica hasta tanto no sea reglamentada por el legislador, puesto que en ella misma se dispone que sea la ley la que determine la clase de negocios a que sea aplicable y la prueba específica para demostrar el hecho. Por ello, piensa la Sala, mientras que no se expida una norma legal que le de efectividad al citado artículo, no puede el juzgador darle ninguna aplicación".

Y en sentencia de 25 de septiembre del mismo año dictada en proceso electoral en que fue actor Carlos Silva Ramírez y Consejero Ponente el doctor Gabriel Rojas Arbeláez, el Consejo se expresó así:

«El artículo 111 no habla de contratos, sino genéricamente de "negocios con el Gobierno"», y señala en seis meses el tiempo anterior a la elección durante el cual opera el impedimento. Pero como defiere a la Ley la determinación de los negocios a que sea aplicable, la disposición, lo mismo que la de la prueba especial para demostrar el hecho, y esa Ley no ha sido dictada, no tiene alcance ninguno un precepto como éste, sometido a tan perentoria condición suspensiva".

Doctrinantes colombianos han acogido el mismo criterio acabado de señalar. El constitucionalista Copete Lizarralde sobre este particular expresa:

"Ha sostenido con razón el Consejo de Estado que esta disposición no es aplicable hasta tanto no se haya dictado la ley que la reglamenta. Siempre que una norma constitucional defiere a la ley la manera como ha de aplicarse, su ordenamiento permanece en suspenso hasta que el legislador haga uso de la atribución conferida. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho de huelga, cuyo ejercicio debe ser reglamentado por el legislador. Si no existiera la ley reglamentaria, el derecho de huelga no tendría aplicación práctica. Si este principio es exacto en todos los casos constitucionales de igual número, el que acabamos de ver no admite ninguna duda, puesto que justamente se deja al legislador la determinación de la prueba que ha de acreditar el hecho" (Copete Lizarralde, Alvaro, Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano, Edición de 1.951, Bogotá, Págs. 144 y 145).

El tratadista Francisco de Paula Pérez, en su obra Derecho Constitucional Colombiano, Quinta Edición, Bogotá, 1.962, págs. 313 y 314, expresa así su opinión:

"Naturalmente que no todos los negocios celebrados con el estado pueden incapacitar a un individuo para futuras elecciones, en un lapso de seis meses, posterior a la fecha en que se realizó el negocio. En esta materia se tienen que admitir grados, porque de otro modo se dificultaría en extremo la práctica de la disposición.

Organismos oficiales tienen a su cargo servicios públicos respecto a los cuales el individuo celebra verdaderos contratos con agentes del gobierno que representan al estado. En el ramo de transportes, en el de comunicaciones cablegráficas y telegráficas, en instrucción pública y en otros más, el ciudadano realiza convenios que tienen fuerza de contratos, con las distintas entidades oficiales del orden nacional.

Resultaría absurdo que, por ese motivo, la lista de los inhabilitados para una elección comprendiera estos casos. El espíritu del constituyente no pudo ser otro que referirse a negociaciones de importancia, cuyo carácter especial impusiera la medida como salvaguardia de la soberanía y de los intereses nacionales.

En consecuencia, dejó al congreso la obligación de determinar la clase de negocios a que debía ser aplicada la disposición constitucional. Si no hubiera sido esa su intención, carecería de objeto el atribuir a la ley la potestad necesaria en dicho sentido. Sobraría la segunda parte del artículo y habría bastado la primera".

En conclusión, ha sostenido esta Sala, acorde con lo dispuesto en el artículo 1° numeral 4° del Decreto-Ley 2241 de 1.986, en reiterada y uniforme jurisprudencia que no ha sido revocada ni modificada, que las causales de inelegibilidad por inhabilidad producen sus efectos jurídicos, exclusivamente dentro del término al cual se refiere la respectiva disposición que las establece, en este caso, según el artículo 111 de la Constitución Nacional, dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección de los miembros del Congreso.

Así pues, en casos como el que ocupa la atención de esta Sala, la inhabilidad se produce por la comprobada intervención del Representante elegido "en la gestión de negocios con el Gobierno, en su propio interés o en interés de terceros, dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección", lo cual, según se deduce de los elementos de juicio examinados, no ocurrió en este caso.

De otra parte, según las tesis expuestas por los tratadistas que se han citado, lo mismo que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial antes reseñado, corresponde a la ley reglamentar el artículo 111 de la Constitución Nacional, para que tenga aplicación práctica dicha norma, por cuanto se dispone allí que es la ley la que debe determinar la clase de negocios a los cuales se aplica dicha norma, en el entendimiento de que el precepto constitucional no habla de contratos sino "genéricamente de negocios con el Gobierno".

Es así como el negocio con el Gobierno que le dio origen al surgimiento de este proceso, se refiere a una concesión para la prestación del servicio de radiodifusión, lo cual indica que se trata de un acto jurídico complejo, en el que el concesionario se equipara a un agente público, en cuanto que presta por su cuenta y riesgo, en forma temporal, un servicio a cargo de la administración, por lo que no se trata de un contrato privado.

Lo anterior indica que se hace necesario aún más en estos casos, la reglamentación del artículo 111 de la Constitución Nacional, para que sea la ley, como allí se dice, la que se encargue de determinar "la clase de negocios a que sea aplicable".

Cabe observar, por último, que le asiste razón al señor apoderado del demandado, cuando en su alegato de conclusión anota que "la sentencia invocada en la demanda, dictada por la extinguida Sala Contenciosa Electoral el 23 de febrero de 1.987, dentro del expediente No. E-011, actor Manuel Barcha Garcés con ponencia del doctor Miguel Betancourt Rey, no guarda similitud con el caso aquí controvertido, pues como lo podrán observar los honorables Consejeros de

Estado que integran la Sección Quinta de esa Corporación, en ese caso sí se demostró que el demandado sí había suscrito contratos de obras públicas dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección, razón por la cual no puede tenerse en cuenta dicho proveído como referencia de este proceso ..." (pág. 356, cuaderno principal).

Efectivamente, el caso no es el mismo, aunque se trate también de gestión de negocios con el Gobierno, como causal de inhabilidad, por cuanto en la sentencia de 23 de Febrero de 1.987, el Consejo de Estado se refiere a contratos de obras públicas, celebrados dentro del término a que alude el artículo 111 de la Constitución Nacional, en tanto que, en este caso, se estableció que durante dicho término, el contrato de concesión se encontraba vencido, "debido a que no se prorrogó la concesión", según afirmación hecha bajo la gravedad de juramento por el señor Ministro de Comunicaciones, en el oficio que obra a folio 319 del expediente.

Lo anterior indica que la sentencia del 23 de febrero de 1.987 no viene al caso en cuanto tiene como fundamento fáctico una situación diferente, como ya se ha dicho.

Con fundamento en lo que queda dicho, la Sala llega a la conclusión de que las pretensiones del actor no tienen vocación de prosperidad.

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

FALLA:

PRIMERO: Niéganse las súplicas formuladas en la demanda.

SEGUNDO: Archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

ACUMULACION DE PRETENSIONES

Generalmente depende de la voluntad del demandante la procedencia de la acumulación de pretensiones, fijándose por la ley, como únicas limitantes a ese arbitrio, que el juez sea competente para conocer de todas, que a todas corresponda el mismo procedimiento y que no se excluyan entre si, esto es, que puedan coexistir, que se relacionen por alguno de sus elementos o que exista entre ellas cualquier factor de conexidad como los sujetos, la causa o el objeto. En el caso de examen el objeto de las pretensiones es el mismo, pues que versan con la nulidad del acto declaratorio de elección de dos concejales del municipio de Arauca para el período de 1.990-1.992.

DEMANDA ELECTORAL-Requisitos/ INDIVIDUALIZACION DELACTO

No es dable olvidar el carácter popular de la acción de nulidad electoral, ejercitable por cualquier ciudadano y ajena, por lo mismo a estrictos formulismos en su presentación. Siendo indudable que la observancia de las normas procesales es elemento indispensable del principio de legalidad procesal, no se le debe extremar hasta exigir expresiones sacramentales en la demanda, cuando del contexto de sus peticiones y también de la "*causa pretendi*" se infiere, sin lugar a equívocos, el "*petitum*".

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

Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente Nº 0456. Apelación auto que decreta una suspensión provisional. Actor: Efraín A. Varela Noriega.-

Conforme al inciso final del artículo 155 del C.C.A., modificado por el artículo 33 del Decreto 2304 de 1.989, se decide de plano el recurso de apelación interpuesto en oportunidad por uno de los demandados, como también por su apoderado, y debidamente sustentado por este último, contra el auto calendado a 4 de julio del corriente año, proferido por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, pero sólo en cuanto decretó la suspensión provisional "... de los actos acusados...", en lo que atañe a la elección como concejal principal de Arauca, capital de la Intendencia del mismo nombre, del señor Luis Alfredo Colmenares Chía.-

ANTECEDENTES:

I.- La demanda, la solicitud de suspensión provisional y las pruebas aportadas.

1.- Mediante escrito presentado el 6 de abril del año en curso, ante la Secretaría del Tribunal Administrativo de Boyacá, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano Efraín Alberto Varela Noriega pide se decrete "... la nulidad de las actas de escrutinio extendidas por la Comisión Escrutadora Municipal de Arauca, Intendencia de Arauca, y el acto expedido por la Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil en el Municipio de Arauca, Intendencia de Arauca, por medio de las cuales, con fecha Marzo 13 de 1.990, se determinó y se declaró..." la elección, como concejales de la citada capital intendencial, de los señores Marco Antonio Ataya Arias y Luis Alfredo Colmenares Chía, por el partido Liberal y el Movimiento Nueva Generación Liberal, respectivamente, para el período constitucional 1.990-1.992, y que, en consecuencia, "... se ordene la cancelación de las credenciales..." y "... se llame a desempeñar los cargos a los suplentes correspondientes" (fl. 17).-

2.- También solicitó el demandante, "... que las actas de escrutinio extendidas por la Comisión Escrutadora Municipal de Arauca, Intendencia de Arauca, y el acto expedido por la Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil en el mismo Municipio, por medio de los cuales se estableció y declaró la elección como concejales de los señores Marco antonio Ataya Arias y Luis alfredo Colmenares Chía en el Municipio de Arauca para el período constitucional de 1.990 a 1.992 sean suspendidos provisionalmente en sus efectos, como lo establece el artículo 152 del C.C.A. ...".-

Al efecto aduce, que "... el señor Marco Antonio Ataya Arias tenía celebrados varios contratos con el Municipio de Arauca dentro de los seis (6) meses anteriores

a Marzo 11 de 1.990, entre los que aparece el distinguido con el N° 142 como contrato de obra pública con objeto de estabilizar la vía de acceso al barrio San Carlos y al sector aduanal del Municipio de Arauca".- "Y, por su parte, el señor Luis Alfredo Colmenares Chía, ocupó el cargo de Secretario de Obras Públicas de la Intendencia de Arauca hasta el día 05 de Enero de 1.990, es decir, fué funcionario público dentro de los seis (6) meses anteriores al 11 de marzo de 1.990".-

"...lo anterior significa que se hallaban incursos en la causal de inhabilidad consagrada en los artículos 54 de la Ley 11 de 1.986 y 83 del Decreto 1333 del mismo año, por lo que su elección está viciada de nulidad por disposición de lo establecido en los artículos 223 del C.C.A. (17 de la Ley 62 de 1.988) y 228 del mismo Código" (folio 12).-

3.- El actor acompañó a la demanda los siguientes documentos, solicitando se los tuviera como prueba:

a) Fotocopias, debidamente autenticadas, de las hojas N°s 2, 3 y 4 del formulario E-28, o acta parcial de escrutinio de los votos emitidos en las elecciones del 11 de marzo último para Concejo Municipal deArauca, período constitucional 1.990-1.992, acta levantada a 13 de marzo de 1.990 y suscrita por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal.- La hoja N° 4 del formulario E-28 es contentiva del acto de declaratoria de elección de concejales (fls. 2 a 4).-

b) Fotocopia autenticada de la constancia de que fueron recibidas, por los concejales elegidos, las respectivas credenciales (fls. 5 y 6).-

c) Certificación expedida por la señora Jefe de Personal de la Intendencia Nacional deArauca, firmada y sellada, de fecha 22 de marzo del corriente año, en la que se precisa que el señor Luis Alfredo Colmenares Chía, con cédula de ciudadanía N° 19'439.485 de Bogotá, se desempeñó como Secretario de Obras Públicas de esa sección político-administrativa, en el lapso comprendido entre el 30 de mayo de 1.989 y el 5 de enero de 1.990 (fl. 1).-

II.- El auto objeto del recurso.

El H. Tribunal Administrativo de Boyacá admitió la demanda mediante auto de 4 de julio de 1.990, y en lo atinente a la suspensión provisional impetrada en el mismo libelo, la decretó respecto de la elección de Luis Alfredo Colmenares Chía y la denegó en lo referente a Marco Antonio Ataya Arias, fundamentando la decisión en los siguientes términos:

> "En el caso de autos, se tiene que cuando Luis Alfredo Colmenares Chía, fue elegido Concejal Principal, por el partido Nueva Generación Liberal del Municipio de Arauca, Intendencia de Arauca, se hallaba inhabilitado para desempeñar dicho cargo, pues según constancia que obra al folio

primero de estas diligencias, se había desempeñado en la Intendencia de Nacional de Arauca, como Secretario de Obras Públicas, desde el 30 de mayo de 1.989, hasta el cinco de enero de 1.990, y de esta última fecha, a cuando se produjo la elección, sólo habían transcurrido dos meses largos, luego su elección es claramente violatoria del artículo 83 del Decreto 1333 de 1.986, que recogió el artículo 54 de la Ley 11 de 1.986, normas estas que rigen la organización y el funcionamiento de la administración municipal".

"... siendo suficiente en estos casos que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda y que haya manifiesta violación de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos allegados con la solicitud, requisitos estos que se han cumplido en el caso presente y como resulta manifiesto que el señor Luis Alfredo Linares (sic) Chía era empleado público dos meses antes de su elección como Concejal del Municipio de Arauca, la violación de la ley aparece de manera ostensible y por ende, es preciso decretar la suspensión provisional del acto acusado, lo mismo que la credencial expedida al elegido, debiendo comunicarse tal determinación al representante del Municipio, al Presidente del Consejo (sic) y a la Delegación Departamental del Estado Civil, enviándoles una copia de esta providencia.

"No sucede igual respecto de Ataya Arias Marco Antonio, pues respecto de él se dice que tenía celebrados contratos con el Municipio, entre otros, el número 142, situación que no está debidamente probada en estas diligencias, pues únicamente obra la manifestación hecha por el demandante, o sea, que no se dan los requisitos señalados en la ley, y a que hemos hecho mención anteriormente, para decretar la suspensión provisional solicitada, respecto del concejal Ataya Arias Marco Antonio, debiendo en consecuencia, ser negada" (fls. 58 a 63).-

III.- Los fundamentos del recurso.

Contra ese auto, en cuanto decretó "... la suspensión provisional de la credencial de mi demandante...", recurrió en apelación el apoderado judicial de Luis Alfredo Colmenares Chía, después de que este también lo hizo al momento de surtirse la notificación personal, "... con el objetivo de solicitarle a la Sala Electoral del Honorable Consejo de Estado, se digne revocar esta determinación..".-

Sustenta su disentimiento argumentando, en síntesis, que la demanda en referencia "... adolece en su trámite de una indebida acumulación procesal, ya que se ha pretermitido la aplicación de lo establecido en los artículos 237, 238 y 239 del C.C.A., que prevén el debido procedimiento para acumular demandas o procesos factibles de ello ...".-

"... Adolece el libelo de técnica procesal, ya que el mismo actor, en lo citado, confunde acumulación procesal con la acumulación de pretensiones, figuras procesalmente diferentes, ya que en mi criterio estas demandas se debieron formular por separado ...", por lo que, considera, mal hizo el Tribunal cuando admitió la demanda y decretó la medida cautelar solicitada, sin que previamente hubiera ordenado los correctivos procedimentales del caso.- "Aparte de todo lo anterior, el artículo 229 del C.C.A., establece como presupuesto de la acción popular electoral 'la individualización del acto acusado', requisito no dado en la demanda, ya que esta es baga (sic), imprecisa en establecer el acto administrativo materia de la demanda y en consecuencia de la misma petición de suspensión ..." (fls. 82 a 84).-

CONSIDERACIONES:

En realidad, ninguna objeción de fondo plantea el recurrente a la suspensión provisional decretada, fundamentada en la comparación que hizo el *a-quo* del acto electoral acusado y la causal de inhabilidad prevista en los artículos 83 del Decreto 1333 de 1.986 y 54 de la Ley 11 del mismo año.-

El recurso se apoya, exclusivamente, en lo que el señor apoderado del demandado Luis Alfredo Colmenares Chía califica de tamaños errores procedimentales y carencia de técnica procesal en la formulación de la demanda y la solicitud de suspensión provisional, vicios que sin el debido y oportuno saneamiento le restan, en su criterio, toda vocación de prosperidad a las pretensiones del actor, enervando, a su vez, la viabilidad de la medida precautelar impetrada, por lo que, considera, el Tribunal debió inadmitir la demanda "... para que fuera subsanada, o proceder a darle el saneamiento procesal oportuno ...".-

Destaca el apelante, como primer aspecto de inconformidad, indebida acumulación procesal en la presente actuación, pues que se pretermitió el trámite señalado a ese efecto en los artículos 237 a 239 del C.C.A., aplicables en este evento porque, a su juicio, el actor debió formular sus pretensiones en demandas separadas, no conjuntamente como lo hizo y equivocadamente se le admitió.-

Contestando a ese argumento, es importante observar que no tienen vigencia aquí, como cree el recurrente, las normas citadas, pues es obvio que no se está en frente a un fenómeno de acumulación procesal, ni al mismo tiene que llegarse, sino que se trata de un evento de acumulación de pretensiones, como con sobrada claridad lo distingue el actor en aparte especial del libelo demandatorio, lo cual es procedimentalmente válido a mérito de lo previsto en el artículo 82 del C. de P.C., aplicable por virtud de la remisión ordenada por el artículo 267 del C.C.A.-

En efecto, el prementado artículo 82 contempla cuatro clases de acumulación de pretensiones, a saber: a) Acumulación de pretensiones de un demandante contra el demandado; b) acumulación de pretensiones de varios demandantes contra

un demandado; c) Acumulación de pretensiones de un demandante contra varios demandados; y d) Acumulación de pretensiones de varios demandantes contra varios demandados, denominándose la primera clase bilateral y objetiva y las restantes plurilaterales o subjetivas, debiendo cumplir todas con las mismas exigencias o conexidades a que se alude la norma en cita, constituyéndose esta figura en una excepción al principio de Derecho Procesal que enseña que al ejercicio de cada pretensión corresponde un proceso independiente, obedeciendo aquélla a razones de economía, celeridad e inmediación.-

Generalmente depende de la voluntad del demandante la procedencia de la acumulación de pretensiones, fijándose por la ley, como únicas limitantes a ese arbitrio, que el juez sea competente para conocer de todas, que a todas corresponda el mismo procedimiento y que no se excluyan entre si, esto es, que puedan coexistir, que se relacionen por alguno de sus elementos o que exista entre ellas cualquier factor de conexidad, como los sujetos, la causa o el objeto.- En el caso en examen el objeto de las pretensiones es el mismo, pues que versan con la nulidad del acto declaratorio de elección de dos concejales del Municipio de Arauca, para el período 1.990-1.992.-

Y como es indubitable que en el caso presente no se ha desconocido esa preceptiva sino, más bien, a ella se acomoda estrictamente, ninguna razón jurídico-procesal le asiste al recurrente en la objeción que por ese aspecto plantea al proveído objeto de alzada.-

Lo propio puede afirmarse respecto del segundo motivo de inconformidad del recurrente, referido a la supuesta vaguedad o imprecisión en la individualización del acto acusado de que, dice, adolece la demanda y por consiguiente la petición de suspensión provisional.-

No es dable olvidar, al respecto, el carácter popular de la acción de nulidad electoral, ejercitable por cualquier ciudadano y ajena, por lo mismo, a estrictos formulismos en su presentación.-

Precisamente aludiendo a la obligación que incumbe al juzgador de interpretar razonablemente la demanda, con miras a desentrañar la intención del actor, con ponencia del Consejero conductor de esta instancia, en ocasión anterior expresó la Sala:

> "... siendo indudable que la observancia de las normas procesales es elemento indispensable del principio de legalidad procesal, no se la debe extremar hasta exigir expresiones sacramentales en la demanda, cuando del contexto de sus peticiones y también de la *causa pretendi* se infiere, sin lugar a equívocos, el *petitum* ...".

Con mayores veras en el caso de autos, cuando sin ponderable técnica pero sobrada claridad el actor manifiesta en la parte segunda del acápite "peticiones" del libelo demandatorio:

"Que se declare la nulidad de las actas de escrutinio extendidas por la Comisión Escrutadora Municipal deArauca, Intendencia deArauca, y del acto expedido por la Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil en el Municipio de Arauca, Intendencia de Arauca, por medio de las cuales se estableció, con fecha marzo 13 de 1.990. la declaración de la elección como Concejal del Municipio de Arauca, Intendencia de Arauca, al señor Luis A. Colmenares Chía por el Movimiento Nueva Generación Liberal, para el período constitucional de 1.990 a 1.992".-

Así, entonces, pese a la fórmula que para determinar el *petitum* usa el accionante, lo innegable es que el debate gira en derredor de la solicitud de nulidad de la elección del señor Luis Alfredo Colmenares Chía como Concejal Principal de la capital intendencial de Arauca, para el período constitucional 1.990-1.992, para no hacer referencia sino a una de las pretensiones acumuladas, la que se relaciona con la suspensión provisional apelada, acto acusado ese cuya declaración consta en la hoja N° 4 del formulario E-28, correspondiente a parte del acta parcial de escrutinio de los votos para Concejo Municipal, que se acompañó a la demanda en fotocopia debidamente autenticada, y allegada a los autos en su totalidad a solicitud del magistrado conductor del proceso, atendiendo pedimento que en tal sentido formuló el actor.-

Así, pues, aunque la demanda se haya encaminado a obtener la nulidad "... de las actas de escrutinio ..." y "... del acto expedido por la Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil ...", es verdad inobjetable que la acción se ejercitó para obtener la anulación del acto declaratorio de elección, como concejales deArauca, de los señores Marco Antonio Ataya Arias y Luis Alfredo Colmenares Chía, acto del cual obra en el expediente, como se dijo, pruebe legal y oportunamente allegada.-

De ese modo lo entendió el *a-quo* al resolver de la solicitud de suspensión provisional, sin que la decisión tomada merezca el más mínimo reproche, puesto que consulta la realidad procesal y se ajusta rigurosamente al derecho invocado y al procedimiento que regula la materia.-

Entonces, como en el caso de autos la medida precautelar recurrida se apoya en documento público debidamente aportado, para demostrar el quebrantamiento de normas superiores en derecho, los artículos 54 de la Ley 11 de 1.986 y 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 fecha de elección hayan sido empleados oficiales, se impone su confirmación.-

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

RESUELVE:

Confirmar los puntos segundo (2°) y tercero (3°) de la parte resolutiva del auto de 4 de julio de 1.990, proferido por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante los cuales se decretó la suspensión provisional del acto declaratorio de la elección del señor Luis Alfredo Colmenares Chía como concejal principal de la capital intendencial de Arauca para el período constitucional 1.990-1.992, y se dispuso comunicar esa determinación a las autoridades correspondientes.-

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.- Cúmplase.

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.-

Miguel González Rodríguez, Presidente de Sala, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

ALCALDE -Inhabilidades/**PERSONERO MUNICIPAL/AUTORIDAD CIVIL/ CAPACIDAD ELECTORAL**

Mediante las inhabilidades el legislador limita la capacidad electoral pasiva, la de ser elegido, atendiendo a la circunstancia de que el desempeño de ciertos empleos o la gestión o celebración de contratos con la administración puede influir en la voluntad de los electores, que, dicho sea de paso, debe ser esencialmente libre. La inhabilidad consagrada en el artículo 108 de la Carta atañe exclusivamente a la elección de congresistas y diputados, sin que exista razón jurídica valedera que permita su aplicación, por extensión o analogía, a la elección de alcaldes, instituida por el Acto Legislativo 1/86, desarrollado parcialmente por las Leyes 78/86 y 49/87. El personero municipal es un funcionario público que ejerce autoridad civil y, en consecuencia, la persona que ha ejercido tal empleo dentro de los seis meses anteriores a su elección como alcalde, esta inhabilitada por mandato legal, para poder ser elegida para tal empleo.

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

Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente Nº 0434.- Apelación de sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 31 de julio de 1.990.- Actor: José Agustín Saavedra Espítia.-

Tramitada la segunda instancia en legal forma y no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado del demandado (fl. 71) contra la sentencia de la referencia, mediante la cual el H. Tribunal Administrativo de Santander anuló el acto declaratorio de la elección del señor Jorge Alberto Rivera Torres como alcalde de Contratación, para el período 1.990-1.992.-

ANTECEDENTES:

1.- La acción y sus fundamentos

1.1.- Mediante apoderado y en ejercicio de la acción pública electoral, el señor José Agustín Saavedra Espitia demandó la declaratoria de nulidad de la elección aludida, sustentando esa pretensión en alegada inhabilidad del señor Jorge Alberto Rivera Torres para ser elegido alcalde en los comicios del 11 de marzo del año en curso, por haber ejercido autoridad civil y jurisdicción en los seis meses anteriores al día de la elección.- Solicitó, igualmente, la cancelación de la credencial que la comisión escrutadora municipal expidió el 13 de marzo de este año, para acreditar en el elegido su calidad de alcalde.-

1.2.- Como fundamentos de hecho de la demanda se aduce que el señor Alberto Rivera Torres, en calidad de personero municipal suplente de Gámbita (S), ante la ausencia del principal y por la negativa del alcalde a darle posesión de dicho cargo, lo hizo ante testigos el 19 de marzo de 1.989, ejerciéndolo de modo ininterrumpido hasta el 10 de diciembre siguiente, cuando presentó renuncia del mismo con carácter de irrevocable, no obstante lo cual debió ejercerlo hasta el 16 siguiente, cuando se produjo la posesión del nuevo personero.-

Se agrega que, en las elecciones del 11 de marzo del año en curso, el señor Jorge Alberto Rivera Torres fué elegido alcalde del municipio de Contratación (S) para el período 1.990-1.992, pese a la inhabilidad que lo afectaba por razón de haber ejercido, como funcionario, autoridad civil y jurisdicción dentro de los seis meses anteriores a su elección, "... lo cual constituye clara causal de nulidad del acto que se impugna...".-

1.3.- Al contestar la demanda el apoderado de Rivera Torres rechaza las pretensiones del actor, asegurando que el personero municipal no ejerce jurisdicción, ni autoridad civil, política o militar, pues aquella, como facultad de administrar justicia, y ésta, como la potestad de ordenar, disponer, prohibir o sancionar y, llegado el caso, utilizar la fuerza pública para hacerse obedecer, son atribuciones que no corresponden al personero municipal sino que competen a otros organismos del poder público, siendo aquél tan solo un colaborador de los jueces y no ejerciendo autoridad civil, porque carece del poder de mando frente a la comunidad, ni política, pues ella hace relación a la función de dirección, de iniciativa e impulso de la gestión pública en procura del bienestar general.-

Concluye afirmando que el personero es un simple empleado oficial a quien cobijan solamente los tres meses de inhabilidad, contados con antelación a la fecha de la elección.-

En apoyo de ese aserto cita sentencia de la Sección Segunda de la Corporación, proferida el 5 de julio de 1.985, deduciendo de la jurisprudencia allí sostenida que no se configuró la inhabilidad alegada por el actor, pues el demandado "renuncia irrevocablemente al cargo de Personero Municipal de Gámbita (S) el día diez (10) de Diciembre de 1.989, la cual le fue aceptada el mismo día a partir de esa fecha, habiendo devengado su salario como tal hasta ese mismo día diez (10) de diciembre de 1989...", entregando el Despacho tres meses y un día antes de las elecciones.-

2.- La sentencia recurrida.

El *a-quo* acogió las súplicas de la demanda.- En efecto, encontró demostrada la designación del señor Jorge Alberto Rivera Torres como personero municipal suplente de la localidad de Gámbita (S); la posesión de dicho cargo el 19 de marzo de 1.989, y su renuncia e inmediata aceptación el 10 de diciembre del mismo año.- También su elección como alcalde de Contratación el 11 de marzo de 1.990, para el período 1.990-1.992.-

Consideró, entonces, que la elección del señor Rivera Torres adolecía de nulidad, en razón de la inhabilidad resultante de haber desempeñado el cargo de personero municipal hasta el 10 de diciembre de 1.989, empleo que implica, de acuerdo con reciente pronunciamiento de esta Sección, ejercicio de autoridad civil.- Por consiguiente, desestimó el concepto de su colaborador Fiscal y el del magistrado a quien correspondió conducir el proceso, quienes juzgaron ajustado a derecho el acto demandado sobre la base de lo preceptuado en el inciso del artículo 108 de la C.N., criterio que rechazó el Tribunal *a-quo* por estimar que esa norma concierne únicamente a las inhabilidades para la elección de miembros del Congreso de la República y diputados a las Asambleas Departamentales.-

El salvamento de voto del inicial ponente toma fundamento en el inciso segundo del artículo 108 de la Carta, infiriendo de allí que la inhabilidad para ser elegido alcalde se configura cuando en los seis meses anteriores a la elección se ha ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar en la jurisdicción electoral respectiva.- Que entonces, como el señor Jorge Alberto Rivera Torres se desempeñó como personero en el municipio de Gámbita (S), sin consideración a si ejerció como tal autoridad civil "... no pudo influir sobre la votación en otra Circunscripción Electoral como la del municipio de Contratación, pues para efectos de la Elección Popular de Alcaldes se considera como Circunscripción Electoral el territorio que ocupa el Municipio ..." (sic).- Es éste, precisamente, el argumento que esgrime el apoderado del demandado para sustentar la apelación.-

CONSIDERACIONES:

1.- Las causales de inhabilidad electoral constituyen excepción al principio de la capacidad electoral activa y pasiva, contenido en los artículos 15 y 171 de la Carta Política, según el cual todos los ciudadanos en ejercicio tienen derecho a elegir y ser elegidos.- También lo reitera el artículo 1-4 del C.E., cuando dispone: "...Principio de la capacidad electoral.- Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida".-

Mediante aquellas el legislador limita la capacidad electoral pasiva, la de ser elegido, atendiendo a la circunstancia de que el desempeño de ciertos empleos o la gestión o celebración de contratos con la administración puede influir en la voluntad de los electores, que, dicho sea de paso, debe ser esencialmente libre.-

El actual texto del artículo 108 de la Carta, que corresponde al 32 del Acto Legislativo Nº 1 de 1.968, conforma tres grupos de personas pasivamente inhabilitadas, así:

a) El primero, para ser elegido miembro del Congreso (Senadores y Representantes), constituído por funcionarios del orden nacional que hasta un año antes de las elecciones hayan ejercido cualquiera de los cargos allí enumerados.-

b) El segundo, referido a la elección de miembros del Congreso y también de diputados a las asambleas departamentales, que extiende la inhabilidad igualmente a un año para quienes desempeñen los cargos de gobernadores, alcaldes de capitales de departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, contralores departamentales y secretarios de gobernación.-

c) Y el tercero, consagra inhabilidad para ser elegido miembros del Congreso o diputado a quien hasta seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política y militar, pero solo si ello ocurrió en la circunscripción electoral respectiva.-

Es bien claro, entonces, que la inhabilidad consagrada en el artículo 108 de la Carta atañe exclusivamente a la elección de congresistas y diputados, sin que exista razón jurídica valedera que permita su aplicación, por extensión o analogía, a la elección de alcaldes, instituída por el Acto Legislativo Nº 1 de 1.986, que al modificar el artículo 201 de la C.N. dispuso que la Ley "... determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los alcaldes ...".- La ley 78 de 1.986 desarrolló parcialmente el Acto Legislativo citado, estableciendo en su artículo 5º las causales de inhabilidad, precepto que fué modificado por artículo 1º, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1.987, cuyo tenor literal expresa:

"Artículo 5°.- Inhabilidades.- No podrá ser elegido ni designando Alcalde quien:

.....

Parágrafo Segundo.- El numeral e) del artículo 5° de la Ley 78 de 1.986 quedará así:

e) **Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar,** o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por si, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio". (Subrayas de la Sala).-

No obstante la claridad y precisión de la disposición transcrita, se pide en el caso *sub judice* la aplicación prevalente de lo dispuesto en el artículo 108 de la C.N. respecto del tercer grupo de inhabilidad electoral, o sea, lo atañedero al ejercicio de jurisdicción o autoridad dentro de la respectiva circunscripción electoral.-

Así lo reclama el apoderado del demandado y lo propugna el magistrado que salvó el voto en la decisión recurrida y el Fiscal colaborador del *a-quo*.-

Pero tal criterio resulta improcedente, dado que no están presentes las razones de orden constitucional que podrían convalidarlo, toda vez que no existe incongruencia ni incompatibilidad entre el precepto del Art. 108 de la Carta y el texto legal transcrito, las que obviamente no podrían darse entre normas que no tienen ningún punto de convergencia, porque gobiernan condiciones de elección para funciones públicas diferentes.- Aplicar al caso en examen el principio restrictivo de la inhabilidad que se exige para el grupo tercero previsto en el artículo 108 de la Carta, implicaría equivocada exégesis de la norma de hermenéutica consagrada en el Art. 27 del C.C., como que a pretexto de consultar el espíritu o la intención que pudo tener el legislador al aprobar el aludido texto de Ley 49 de 1.987 no es dable desconocer su claro sentido literal.- Además, el artículo 1° inciso 2°, del Decreto 2241 de 1.986, dispone que en la interpretación y aplicación de las leyes, se tendrá en cuenta, entre otros principios orientadores, el de la capacidad electoral, según el cual, las causales de inhabilidad e incompatibilidad son de interpretación restringida.- De ese modo dichas causales no son susceptibles de ser aplicadas sino en las condiciones y a las personas que la ley taxativamente señale.-

En forma similar esta Sala se pronunció en sentencia del 28 de octubre de 1.988, expediente N° E-0221, cuyo ponente también lo es el de este fallo y que en su parte pertinente dice:

"Conviene observar que la norma, como está redactada, no permite acoger el criterio que respecto de la elección de miembros del Congreso o Diputados consagra el artículo 108 de la Constitución Nacional, en el sentido de originarse inhabilidad en cualquier "... otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva ...".-

"Esa salvedad se explica por cuanto, en primer lugar, la elección de Senadores, Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea requiere de la votación de toda una circunscripción electoral departamental y, en algunos casos, comprensiva de territorios aún mayores y, en segundo término, porque precisamente respecto de esas elecciones la norma extiende la inhabilidad a un año para los funcionarios de influencia en los órganos nacional, departamental y municipal, de estos últimos los alcaldes de capitales de departamento y ciudades con más de 300.000 habitantes; es sólo para los demás funcionarios que se circunscribe la inhabilidad a seis meses, cuando la jurisdicción o autoridad la hayan ejercido en el territorio de la respectiva circunscripción electoral.- Pero ocurre que respecto a la elección popular de alcaldes, consagrada en el Acto Legislativo Nº 1 de 1.986, el legislador produjo un estatuto propio de esa función pública, contenido en la Ley 78 de 1.986 y las modificaciones y adiciones dispuestas en la Ley 49 de 1.987, con el régimen particular de inhabilidades donde no se consagra la salvedad de que se viene haciendo mérito, o sea, la de que la jurisdicción o autoridad debe haberse ejercido en el territorio de la respectiva circunscripción.- El claro contenido del literal e) del artículo 5º de la Ley 78 excluye la distinción relacionada con el lugar del territorio nacional, donde se ha ejercido la función pública.- Basta que el funcionario haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en cualquier sitio del territorio patrio dentro de los seis meses anteriores a la elección para que se de la inhabilidad, sin duda consagrando así un régimen más restrictivo en atención a que la opinión política en los municipios menores de 300.000 habitantes, que son el 95% de los del país, por lo menos, fácilmente puede ser influida por quien quiera que ejerza jurisdicción o autoridad".-

"Igual cosa ocurre con la segunda causal de inhabilidad consagrada en el literal e) comentado, la originada en el desempeño de empleo oficial en los tres meses anteriores a la elección.- En cambio, para la tercera hipótesis si se tiene en cuenta el factor espacial, además del temporal, como que la inhabilidad sólo se presenta cuando el contrato deba ejecutarse o cumplirse dentro del respectivo municipio.- Si la intención del legislador hubiera sido la de limitar en los tres eventos contemplados el alcance de la norma por factores espaciales, para las otras hipótesis hubiera redactado el texto haciendo constar que la inhabilidad sólo se generaría cuando el empleo oficial o el ejercicio de la jurisdicción o autoridad tuviera lugar en la respectiva circunscripción, concordando con el tratamiento dado a la tercera".-" (Régimen Electoral Colombiano.- Espinosa Pérez Carlos Antonio, páginas números 170 y 171)".-

Ahora bien: la razón de ser de las inhabilidades examinadas en dicha providencia no es otra que la de proteger la libertad de los electores para escoger, sin sujeción a ninguna clase de influencia, la persona que regirá los destinos del ente municipal; dicho objeto se hace evidente en el artículo 5° de la Ley 78 de 1.986, modificado por el 1° de la Ley 49 de 1.987, teniendo en cuenta que la comunidad electoral a nivel local es fácilmente influenciable por el ascendiente que adquiere sobre ella aquél que desempeña posición o cargo revestido de poder o autoridad, independiente de si ello ocurre fuera o dentro de la comprensión territorial del municipio.-

2.- Pasando al examen de fondo de la cuestión controvertida se tiene que, conforme al artículo 135 del Decreto 1333 de 1.986, reformado por el artículo 1° de la Ley 03 de este año, el Personero Municipal tiene una triple función: defensor del pueblo o veedor ciudadano, Agente del Ministerio Público y defensor de los derechos humanos.- En relación con las dos primeras esta Sala analizó las funciones adscritas a dicho funcionario, encontrando que el ejercicio de las señaladas en los ordinales 3° y 4° del Art. 139 y en el 294 del mismo decreto, en el 75 del C.C.A. y 22 del Decreto 1001 de 1.988, implican el ejercicio de autoridad civil.- Para mayor ilustración se transcribe la parte pertinente de reciente pronunciamiento fechado a 31 de mayo del año en curso, con ponencia del H. Consejero Miguel González Rodríguez, en el proceso N° 0366:

> "En otras palabras: ejerce autoridad civil el funcionario que tiene el poder de decidir y obligar a los ciudadanos en relación con las facultades que le ha conferido la ley en esa materia. Ahora bien; conforme al Código de Régimen Municipal (Decreto Ley 1333 de 1.986), el personero municipal, además de agente del Ministerio Publico, es defensor del pueblo y veedor ciudadano, y en esta última condición tiene entre sus atribuciones, la de "vigilar la conducta oficial de los empleados y trabajadores municipales y velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija responsabilidad por las faltas que cometan" (art. 139, num. 4°), y "En virtud de las atribuciones 3a. y 4a., establecidas en este artículo, el Personero podrá, cuando las circunstancias lo ameriten, adelantar las investigaciones disciplinarias del caso, observando lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 49/87, y como consecuencia de esas investigaciones solicitar contra los empleados oficiales, excepto el Alcalde, sanciones de amonestación, multa, suspensión y destitución al funcionario u organismo competente para tal efecto.- Igualmente tendrá facultad para vigilar las investigaciones adelantadas por las Comisiones de Personal creadas en el artículo 22 del decreto 1001 de 1.988" (num. 19 ib., art. 3° ley 3 de 1.990)".
>
> "Pero además corresponde al Personero la facultad o atribución legal relativa a "la administración del personal subalterno" (nombrar, remover, crear situaciones administrativas, etc.-, por tratarse de un funcionario elegido por el Cabildo, según lo prescrito en el art. 294 del decreto ley 1333 de 1.986.

Y si a todo lo anterior se agrega que "los personeros municipales como agentes del Ministerio Público, tendrán a su cargo... 4.- Aplicar medidas disciplinarias o solicitar su aplicación al que sea competente, a los funcionarios que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio de derecho de petición o incurran en las conductas previstas en el artículo siguiente" (art. 75 del C.C.A.), **es indubitable, y para ello no se necesita de mayores elucubraciones, ni complicados ni extensos razonamientos jurídicos, que el personero municipal es un funcionario público que ejerce autoridad civil, y que, en consecuencia, la persona que ha ejercido tal empleo dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como alcalde, estaba inhabilitado, por mandato legal, para poder ser elegido para tal empleo"** (Subrayas de la Sala).-

Ahora bien: a folios 2 y 3 obra copia fotostática del acta de fecha 19 de marzo de 1.989, correspondiente a la diligencia de posesión, como personero municipal de Gámbita (S), del señor Rivera Torres; también obra en el expediente copia de su renuncia irrevocable de ese cargo a partir del 10 de diciembre del mimo año (fls. 4 y 5) y de la aceptación en los términos en que fué presentada, circunstancia que corrobora la certificación expedida por la Tesorera Municipal, donde da cuenta que el señor Jorge Alberto Rivera laboró en el cargo referido hasta el 10 de diciembre de 1.989 y hasta esa fecha devengó y le fueron cancelados sus "servicios" (sic) (fl. 32).-

Igualmente, reproducción mecánica, debidamente autenticada, del acta parcial de escrutinio (fls. 7 y 8) demuestra que el 13 de marzo de 1.990 la comisión escrutadora municipal de Contratación declaró elegido al señor Jorge Alberto Rivera Torres alcalde de la misma localidad, para el período 1.990-1.992.-

Lo antes expuesto permite concluir que habiendo desempeñado el señor Rivera Torres el cargo de Personero Municipal de Gámbita hasta el día 10 de diciembre de 1.990, dentro de los seis meses anteriores a su elección como alcalde de la localidad de Contratación el 11 de marzo del corriente año, se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal e) artículo 5° de la Ley 78 de 1.986, modificado por el artículo 1°, parágrafo segundo de la Ley 49 de 1.987.- Consiguientemente, se debe confirmar la decisión recurrida, por la que fué declarado nulo el acto de elección acusado y se dispuso la cancelación de la correspondiente credencial.-

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, acorde con el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

Confirmase en todas sus partes la sentencia proferida el 31 de julio del año en curso, por medio de la cual el H. Tribunal Administrativo de Santander declaró

la nulidad de la elección del señor Jorge Alberto Rivera Torres como alcalde de Contratación (S) para el período 1.990-1.992.-

Téngase como apoderada del demandado a la abogada Bertha Traslaviña de Nieves, conforme a memorial de sustitución visible al folio 79 frente.-

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.- Cúmplase.-

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente de Sala, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

RECURSO DEAPELACION-Procedencia/**NULIDAD PROCESAL**

De la lectura del artículo 181 del C.C.A., parece que no fuera posible la apelación, ya que en el presente caso se trata de auto que niega una nulidad, evento que no aparece en la enumeración de dicho artículo. Sin embargo, tal enumeración no es taxativa por lo que se puede hacer extensiva la operancia de la apelación a la providencia en mención.

RECUSACION-Trámite

De los artículos 152 y 153 del C. de P.C. se deduce claramente que es cuando se trata de recusación o impedimento de un juez que debe remitirse al superior para que éste decida sobre el impedimento o la recusación; pero cuando se trata de un magistrado de tribunal, es al magistrado que le sigue en turno de la respectiva Sala a quien corresponde conocer de la recusación. Como en el caso en estudio los dos Magistrados que integran la Sala de decisión fueron recusados, debe ser integrada por conjueces, quienes deberán resolver al respecto,

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

Bogotá, D.E., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0447. Actor: Efraín Castro López.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la señora Pubenza Montoya de Alzate contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo

del Quindio el catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa (1.990) en cuanto resolvió negar la nulidad propuesta.

ANTECEDENTES

La señora Alba Stella Buitrago Pérez, impugnadora en el proceso de la referencia, mediante memorial presentado en la Secretaría del Tribunal Administrativo del Quindio el 17 de mayo de 1.990, recusa a los dos Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, afirmando que el Tribunal dejó de lado el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil porque "... ordenó llevar a cabo una inspección judicial como prueba anticipada solicitada por el Apoderado del libelista, diligencia que sirvió como soporte principal para incoar el juicio electoral ..." (fl. 1).

Sostiene en su memorial de recusación que "Los Honorables Magistrados emitieron concepto sobre las pruebas anticipadas en el folio 5 del auto interlocutorio cuando manifiestan en el párrafo segundo "**resultó falsa la cifra tomada por los escrutadores como total de votos**". (subrayas fuera del texto) e inclusive al iniciar el citado párrafo los dos Honorables Magistrados recusados están conceptuando que son apócrifas las actas de escrutinio de los jurados de votación correspondientes a los cuadros E 24. (sic) por cuanto no son reales las cifras anotadas en ellas por concepto de votación ...". (fl. 3).

Dice que lo que la obliga a recusar a los Magistrados es el hecho de que "... está demostrado dentro del proceso que llevaron a cabo diligencia judicial para que el libelista le sirviera como pruebas anticipadas y soporte para incoar la demanda en acción electoral y de otra parte ..., que han llegado en forma *ultrapetita* al efectuar pronunciamientos como el del parrafo (sic) segundo del folio quinto del auto interlocutorio del 30 de abril en el cual se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de la elección de los Honorables Diputados a la Asamblea del Quindio" (fl. 3).

Como causal de recusación menciona el numeral 12 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil que a tenor literal dice:

"**Art. 142. Causales de recusación.** Son causales de recusación las siguientes:

1. .....

2. .....

.....

12. Haber dado el juez consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del ministerio público, perito o testigo".

Al respecto, afirma que los Magistrados actuaron desde el comienzo del proceso como "... peritos o testigos ..." y sostuvo que "... no le es permitido ni tampoco le está señalada esta función al Tribunal de buscarle anticipadamente prue-

bas a los libelistas para que les sirva de soporte definitivo y eficáz (sic) en la presentación de una demanda, porque equivale a decir que el Honorable Magistrado que así procede, **se convierte de por sí y ante sí, en juez y parte** ..." (fl. 4)

El 21 de mayo de 1.990, el Tribunal Administrativo del Quindío, por intermedio del Magistrado Silvio Giraldo Monsalve, señaló como fecha para el sorteo de los dos conjueces el día 25 de mayo a las diez de la mañana con el fin de que se conformara "... la Sala de Decisión para resolver el incidente de recusación propuesto ..." (fl. 6).

El 24 de mayo del año en curso, la misma impugnante, señora Alba Stella Buitrago Pérez, presenta recurso de reposición contra el auto de trámite que señala día y hora para sorteo de los conjueces que entrarán a resolver la recusación.

Fundamentó la reposición en dos aspectos a saber:

1.- Afirma que conforme con los artículos 141 a 146 del C. de P.C., el proceso debe ser remitido a quien es competente en la segunda instancia.

2.- Considera que los Magistrados no tienen facultad para designar a los conjueces de entre quienes son litigantes ante el mismo Tribunal ya que cree "... tienen intereses preestablecidos en el mismo Tribunal ..." (fl. 7).

Reitera la petición de que se suspenda el sorteo de conjueces mientras se decide la reposición, afirmando que "... la sala de decisión ha quedado sin competencia para actuar ..." (fl. 8).

El 31 de mayo de 1.990, la señora Pubenza Montoya de Alzate presenta memorial recusando al Magistrado Silvio Giraldo Monsalve para que se abstenga de resolver el recurso de reposición interpuesto por Alba Stella Buitrago Pérez ya que ella misma fué quien recusó a los Magistrados que integran la Sala de Decisión y sostiene que "... desde el momento en que se presentó dicha recusación se debió enviar el proceso al Superior para que decidiera sobre el citado incidente ..." (fl. 10).

Agrega, además, que el proceso debe quedar suspendido por impedimento o recusación y considera que lo procedente es que "... el proceso se suspenda y se ordene el envio al Consejo de Estado para que decida sobre el incidente de recusación presentado contra los Funcionarios que hacen Sala en ese Tribunal ..." (fl. 10).

Mediante auto del 8 de junio del año en curso, el Tribunal Administrativo de Quindío resuelve el recurso de reposición interpuesto por la señora Alba Stella Buitrago Pérez contra el auto que señaló fecha para el sorteo de los conjueces que deben resolver sobre el incidente de recusación. Al efecto dijo el tribunal:

En cuanto al primer punto planteado por la recurrente "...la recusación del Magistrado o conjuez debe ser resuelta por quien le siga en turno al recusado. La previsión que hace esta misma norma de remitir el expediente al superior, se refiere al caso específico de jueces ..... Se parte, entonces, de la base de que la recusación

de un Magistrado debe ser resuelta por el Magistrado que le siga en turno en la respectiva Sala, pero como en este caso han sido recusados los dos Magistrados que integran la única Sala del Tribunal, el incidente de recusación debe ser decidido por Conjueces. Para tal efecto se señaló fecha mediante el auto recurrido..." (fl. 12).

En cuanto al segundo punto planteado por la recurrente, cita el Decreto 1265 de 1.970, que consagra las reglas para elección y sorteo de conjueces, ya que en él no se prevé como causal de inhabilidad o incompatibilidad el ejercicio de la profesión de abogado "...en los estrados judiciales... nada impide a esta Corporación conformar la lista y proceder a elegir como Conjueces a los abogados que figuren como apoderados en los negocios que se ventilen en el mismo Despacho (sic) Judicial, por el contrario tales profesionales son los más indicados, dada su experiencia en la materia...". (fl. 13).

Decidió el Tribunal "NO REPONER" la providencia recurrida.

El 11 de junio del presente año, la señora Alba Stella Buitrago Pérez propuso recurso de súplica contra el auto del 8 de junio del año en curso, afirmando que el proceso "...se encuentra dentro de la normatividad contenida en los artículos 141 a 146 del Código de Procedimiento Civil vigente al momento de haber recusado a la Honorable Sala de Decisión del Tribunal .., dicha actuación se debe surtir bajo la vigencia del Código anterior". (fl. 14).

Considera que la actuación del Magistrado Ponente es nula desde que se propuso la recusación y hasta tanto no se desate por la autoridad competente.

El 12 de junio próximo pasado la señora Pubenza Montoya de Alzate interpone nulidad procesal contra la actuación del Tribunal posterior a la recusación interpuesta por la Diputada Alba Stella Buitrago Pérez, y afirma que de acuerdo con el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, hoy reformado por el Decreto 2282 de 1.989 "...el proceso debe quedar suspendido mientras que resuelve el incidente de recusación, por intermedio de la Sala que sea competente para ello, ya sea el Honorable Consejo de Estado o Sala conformada por Conjueces....". (fl. 16).

El Tribunal Administrativo del Quindio señaló como fecha para sorteo de conjuez, que debe integrar la Sala de Decisión con el Magistrado Silvio Giraldo Monsalve, para resolver el recurso de súplica, el 6 de julio del corriente año a las diez de la mañana.

El día en mención se hizo el sorteo y salió elegido el Doctor Hernán Arango Ceballos para servir el cargo, quien se hizo presente en el Despacho del Presidente del Tribunal el 17 de julio de 1.990 a las tres de la tarde y tomó posesión del cargo.

El 26 de julio de 1.990, mediante auto interlocutorio, el Magistrado Luis Eduardo Jaramillo Mejía y el Conjuez Hernán Arango Ceballos, se abstuvieron de entrar a conocer del recurso de súplica ya que "...contra el auto que decide la reposición no procede ningún recurso y el proveído del 8 de junio de 1.990 no contiene puntos nuevos (inc. 3° art 348 C.P.C.) ..." (fl. 24).

El 30 de julio se presentan dos memoriales de nulidad procesal en la Secretaría del Tribunal Administrativo del Quindío, suscritos por las señoras Alba Stella Buitrago Pérez, que fundamenta su petición en la artículo 141, numeral 2° del Código de Procedimiento Civil y Pubenza Montoya de Alzate que se basa en los numerales 2° y 5° del artículo 141 del mismo Código de Procedimiento Civil y el artículo 154 *ibidem.*

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante auto de 14 de agosto de 1.990, el Tribunal Administrativo del Quindio, en Sala de Decisión, resolvió sobre las nulidades propuestas por las señoras Alba Stella Buitrago Pérez y Pubenza Montoya de Alzate en los siguientes términos:

> "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 del C.P.C., es cierto que desde el momento en que se reciba en la Secretaría del Tribunal un escrito de recusación de alguno o todos los Magistrados del Tribunal, el proceso debe suspenderse, que es lo que ha ocurrido en este proceso, pues puede observarse que el trámite principal del mismo no se ha adelantado, a partir del momento en que se encontraba cuando fué recibido el escrito de mayo 17/90, contentivo de la recusación, por lo cual, no es cierto que se haya configurado la causal de nulidad alegada por los memorialistas.
>
> No sabe el Tribunal cual es la finalidad de las incidentistas para alargar indefinidamente este proceso y evitar que se pueda entrar a resolver la recusación por ellas formulada contra los Magistrados de este Tribunal, pero lo cierto es que ellas mismas son las culpables de que dicha decisión no haya sido posible llevarla a cabo". (fl. 32).
>
> Finalmente, concluye negando la nulidad propuesta.

EL RECURSO

El 17 de agosto del año en curso, la señora Pubenza Montoya de Alzate presenta memorial en que interpone recurso de apelación contra el auto interlocutorio del 14 de los mismos mes y año que negó la nulidad propuesta.

En él la señora en mención reitera su posición "... referente a que las nulidades procesales que invoqué en anteriores alegaciones subsisten al tenor del artículo 140 numeral 2° y 154 numerales 2 y 5 del Código de Procedimiento Civil" y afirma que le extraña "...que los Honorables Magistrados afirmen ... que la suscrita es una de las culpables de que no se haya desatado a la fecha la recusación incoada, cuando son ustedes mismo quienes han seguido actuando y por lo tanto

produciendo Nulidades Procesales al haber seguido conociendo del Proceso después de la fecha en que fueron recusados ..." (fls. 34 y 35).

El 24 de agosto de 1.990, el Tribunal Administrativo del Quindio concede el recurso de apelación, en el efecto devolutivo, contra el "auto del 14 de los corrientes", que negó la nulidad propuesta.

Para resolver, **SE CONSIDERA**:

Son varios los aspectos de importancia que hay que tratar:

1.- En cuanto a la oportunidad procesal para interponer el recurso de apelación

El recurso de apelación fué interpuesto en forma oportuna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 331 del C. de P.C., es decir, dentro del término, ya que el contenido del auto que negó la nulidad propuesta se fijó en estado el 16 de agosto de 1.990 y la apelante presentó su recurso ante la Secretaría del Tribunal al día siguiente, o sea, el 17 de agosto del año en curso.

2.- En cuanto a si procede o no el recurso de apelación contra esta clase de autos

Al efecto, se transcribe el artículo 181 del C.C.A., que a tenor literal dice:

"ART. 181.- Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales administrativos y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos, en pleno o en una de sus salas, según el caso.

1. El inadmisorio de demanda.

2. El que resuelva sobre la suspensión provisional.

3. El que ponga fin al proceso, y

4. El que resuelva sobre la liquidación de condenas.

El recurso contra los autos mencionados se concederá en el efecto suspensivo".

De la lectura del artículo anterior pareciera que no es posible la apelación, ya que en el presente caso se trata de auto que niega una nulidad, evento que no aparece en la enumeración del artículo 181. Sin embargo, dicha enumeración no es taxativa por lo que se puede hacer extensiva la operancia de la apelación a la provi-

dencia en mención, y para tal efecto se cita a continuación apartes pertinentes de providencia del Consejo de Estado:

> "Aunque en apariencia la enumeración que hace el artículo 181 del Decreto 01 de 1.984 es taxativa, en la realidad no lo es porque en los eventos en que la figura procesal deba sujetarse a la reglamentación existente en el Código de Procedimiento Civil, bien por remisión expresa o bien por existir el vacío que deba llenarse de acuerdo con el mandato del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo vigente, dicha reglamentación debe tomarse en su integridad, so pena de violar el principio de la inescindibilidad de las normas. Por lo tanto, cuando la decisión que cierra un incidente de nulidad procesal, por ejemplo, ...es tomada por un tribunal administrativo con sujeción al Código de Procedimiento Civil, el proveído correspondiente tendrá los recursos que este código contempla". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de octubre 19 de 1984).

3.- En cuanto a la Recusación

Ante la recusación que interpuso la señora Alba Stella Buitrago Pérez, que es realmente el hecho que originó esta actuación, el *a-quo* al señalar fecha y hora para el sorteo de conjueces impartió el trámite correspondiente para el caso de recusación o impedimento de Magistrados de Tribunal ya que en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado se ha manifestado lo siguiente, respecto del procedimiento que ha de seguirse:

> "... el inciso final del artículo 141 del Código del Procedimiento Civil es claro al señalar que "El Magistrado o conjuez que se considere impedido **pondrá los hechos en conocimiento de la respectiva sala** con expresión de la causal invocada para que ella resuelva sobre el impedimento, y en caso de aceptarlo pase el negocio a otro magistrado o fije fecha y hora para el sorteo de conjuez, cuando a ello hubiere lugar". (se subraya).
>
> Es evidente, en consecuencia, que cuando se trata de una sala de dos, al declararse impedido uno de sus componentes, es preciso sortear un conjuez para reintegrarla, de tal forma que quienes decidan sobre el impedimento sean el Magistrado restante y el respectivo conjuez. Es esta una tesis que el Consejo ya ha tenido la oportunidad de consignar ...".
>
> (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sala Unitaria, Consejero Ponente: Dr. Jorge Pénen Deltieure, Expediente No. 0180, Actor: Fernando Mozo Ortiz, auto del 5 de julio de 1.988).

Aunque lo expresado en la providencia que ha quedado transcrita se refiere a la aplicación del artículo 141 del C. de P.C., conserva su validez a pesar de que el precitado artículo fué sustituido por el 149 del Decreto 2282 de 1.989, pues a pesar de la modificación consistente en que en la actualidad la manifestación de

impedimento debe hacerse no ante "la respectiva Sala" sino ante el "Magistrado que le sigue en turno", de todas formas es a la Sala a la que le corresponde decidir sin intervención del presunto impedido, es decir, en Sala de Decisión, y en ningún caso le corresponde al superior como lo pretende el recurrente.

Como en el caso presente se trata no de una manifestación de impedimento sino de una recusación, las normas aplicables son los artículos 152 y 153 de la actual codificación del Código de Procedimiento Civil.

Como se observa, el artículo 152 en cita varió el sistema del artículo 144 de la codificación anterior, en el sentido de que actualmente la recusación de un magistrado o conjuez es resuelta por el magistrado que le siga en turno en la respectiva Sala, a diferencia de lo que acontecía anteriormente que era a dicha Sala a la que la correspondía resolver la recusación.

Se deduce de lo anterior que estando integrada la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Quindio por dos Magistrados únicamente, los Doctores Silvio Giraldo Monsalve y Luis Eduardo Jaramillo Mejía y habiendo sido ambos recusados, lo procedente es integrar la Sala con conjueces para que sean estos los que decidan la recusación, en ningún caso corresponde al superior hacer tal pronunciamiento.

Consecuencia de lo anterior es que bien hizo el Magistrado Presidente del Tribunal al señalar, mediante auto del 21 de mayo próximo pasado, fecha para la diligencia de sorteo de conjueces "... que han de conformar la Sala de Decisión para resolver el incidente de recusación propuesto contra los Magistrados de este Tribunal ...".

4.- En cuanto a la nulidad procesal alegada y que fue negada por el Tribunal

La apelante fundamenta su recurso en el numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, alegando falta de competencia del Magistrado que dictó el auto en que se fija fecha y hora para sorteo de conjueces, puesto que considera que es el superior el que debe llevar a cabo el trámite.

Sin embargo, de los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil anteriormente citados, se deduce claramente que es cuando se trata de recusación o impedimento de un juez que debe remitirse al superior para que éste decida sobre el impedimento o la recusación; pero cuando se trata de magistrado de tribunal, es al magistrado que le sigue en turno de la respectiva Sala a quien corresponde conocer de la recusación. Como en el caso en estudio los dos Magistrados que integran la Sala de Decisión fueron recusados, debe ser integrada por conjueces, quienes deberán resolver al respecto; así lo pretendió el *a-quo* al proferir el ya mencionado auto del 21 de mayo de 1.990, en el que se señala

fecha y hora para el sorteo de aquellos. En consecuencia, la actuación del Tribunal se encuentra ajustada a derecho.

También se invoca como fundamento de la apelación el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil en sus numerales 2 y 5. Al respecto es necesario manifestar que la apelante se equivocó porque el artículo está integrado por dos incisos únicamente.

Ahora bien, el proceso, al contrario de lo que afirma la apelante, sí se ha suspendido, si se entiende por suspensión que no pase de una etapa a otra; lo que sucede es que la impugnante confunde los términos suspensión con paralización, buscando los efectos de esta última lo cual no es viable. El *a-quo* efectivamente ha suspendido el proceso desde el momento mismo de la recusación, ya que las providencias que desde ese instante ha proferido tienen como fin resolverla, no continuar con el trámite del proceso.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala denegará la apelación propuesta.

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

RESUELVE :

1o.- Confirmase la providencia proferida por el H. Tribunal Administrativo del Quindio el 14 de agosto de 1.990, en cuanto negó la nulidad propuesta.

2o.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para que continúe con el trámite correspondiente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONCEJAL-Inhabilidades/**EMPLEADO PUBLICO**

Establecido en autos que el elegido ocupó empleo oficial al servicio del municipio de Medellin dentro de los seis meses anteriores a las elecciones del 11 de marzo de este año, no cabe hesitación en cuanto a concluir que aquél estaba legalmente inhabilitado para ser elegido concejal en Montebello (A); y no sólo de ese municipio sino de cualquier otro del país, pues la norma no hace la distinción que tácitamente plantea el demandado, cuando expresa ser empleado del municipio de Medellín y no del municipio donde resultó elegido concejal.

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

Bogotá, D.E., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente Nº 0430.- Apelación de la sentencia de fecha julio 6 del año en curso, del H. Tribunal Administrativo de Antioquia.- Actora: Gloria María Cardona Santamaría.-

Por apelación, que interpuso y sustentó oportunamente el demandado, ha llegado a conocimiento de la Corporación la sentencia de la referencia, en cuya virtud el H. Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad de la elección del señor Germán de Jesús Bustamante Echeverri como concejal principal de Montebello, para el período 1.990-1.992.-

No observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se procede a decidir lo que en derecho corresponde, teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES:

1.- Fundamento del recurso.- Como quiera que el fallo recurrido declara la nulidad del acto acusado, por estimar que el señor Bustamante Echeverri se encontraba inhabilitado para ser elegido concejal el 11 de marzo del año en curso en razón de haber desempeñado empleo oficial en los seis (6) meses anteriores a la elección, con aplicación de lo previsto en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1.986, actual código de régimen municipal, el apelante sustenta su inconformidad afirmando que ese precepto legal "...no es bien claro en cuanto al carácter de los servidores oficiales que aspiren al Concejo Municipal del municipio en donde presten sus servicios...", agregando que el cargo por él desempeñado en el municipio de Medellín "...es de carácter técnico, no es de jurisdicción y mando...".-

2.- Concepto del colaborador del Ministerio Público.- El señor Fiscal Octavo de la Corporación, en sucinto concepto, solicita confirmar la providencia recurrida, pues considera que cabalmente interpreta los hechos y aplica con acierto la norma invocada, habida cuenta que en autos se acreditó haber sido el elegido concejal del Montebello empleado del municipio de Medellín en los seis meses anteriores al acto comicial.-

CONSIDERACIONES:

La norma legal que se aduce violada, el Art. 83 del Decreto 1333 de 1.986, reproducción del artículo 54 de la Ley 11 del mismo año, es del siguiente tenor:

> "Artículo 83.- Los miembros del Concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos.- Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo municipio O DENTRO DE LOS SEIS (6) MESES ANTERIORES A LA MISMA FECHA HAYAN SIDO EMPLEADOS OFICIALES, ni quienes en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluídos 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". (Mayúsculas de la Sala).-

Esta norma, que consagra inhabilidad para ser elegido concejal de quien, dentro de los seis meses anteriores a la misma fecha de elección haya sido empleado oficial, fué reiterada textualmente por el artículo 1° de la Ley 45 de 1.989, con la sola excepción contenida en el parágrafo de ese artículo respecto de "...Los Senadores, Representantes, Diputados y Concejales...", de quienes, para efectos de la prohibición, afirma que "...no son empleados oficiales...".- Por lo tanto, salvo los aludidos empleados, cualquiera sea la función pública desempeñada

dentro del término dicho existe inhabilidad para ser elegido concejal, sin tomar en consideración de si ella lleva anejo el ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, política o militar y, tampoco, si el cargo se desempeña durante ese lapso en la misma circunscripción electoral o fuera de ella, como ocurre en cuanto a la elección de miembros del congreso y diputados a las asambleas departamentales, en el caso previsto en el aparte final del inciso 2°, artículo 108 de la Constitución Política.- También en cuanto a la elección de alcaldes se hace distinción, según que el cargo implique el ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, política o militar, como que el Art. 5° de la Ley 78 de 1.986, modificado por el parágrafo segundo, Art. 1° de la Ley 49 de 1.987, establece inhabilidad en quien desempeñe el cargo en los seis meses anteriores a la elección, y sólo de tres meses en quien desempeñe empleo oficial no revestido de esos poderes.-

Ahora bien: establecido en autos que el señor Germán de Jesús Bustamante Echeverri ocupó empleo oficial al servicio del municipio de Medellín dentro de los seis meses anteriores a las elecciones del 11 de marzo de este año, no cabe hesitación en cuanto a concluir que aquél estaba legalmente inhabilitado para ser elegido concejal de Montebello (Antioquia); y no sólo de ese municipio sino de cualquier otro del país, pues la norma no hace la distinción que tácitamente plantea el demandado, cuando expresa ser empleado del municipio de Medellín y no del municipio donde resultó elegido concejal.- La prueba de la elección acusada también es plena, como que está constituida por copia autenticada del acta general del escrutinio de las elecciones dichas, efectuada por la comisión escrutadora municipal de Montebello, en la que se declara al precitado Bustamante Echeverri concejal de ese distrito municipal, como primer principal de la lista liberal oficialista.- Por ello, entonces, sin requerir de mayores consideraciones, se impone confirmar la sentencia que acogió la pretensión de la demanda disponiendo la nulidad de la elección efectuada en favor de aquél, así como la cancelación de la respectiva credencial.-

Es suficiente lo expuesto para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en pleno acuerdo con el concepto del señor Fiscal Octavo colaborador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLE:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Antioquia el seis (6) de julio del año en curso, que declaró la nulidad de la elección del señor Germán de Jesús Bustamante Echeverri como concejal principal de Montebello (Antioquia) y la consiguiente cancelación de la respectiva credencial.-

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.- Cúmplase.

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.-

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

NULIDAD PROCESAL/PRUEBAS-Decreto

La parte actora pidió oportunamente pruebas y el *a-quo* no sólo omitió hacer un pronunciamiento en relación con viabilidad, sino que aseguró que ellas no habían sido pedidas; esta negación constituye un claro desconocimiento del derecho de defensa, lo que conduce a la configuración de la causal de nulidad señalada en el artículo 140-6 del C. de P.C.

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

Bogotá, D.E., veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Referencia: Expediente No. 0448. Apelación Sentencia. Consejero Ponente: *Doctor. José Joaquín Camacho Pardo.* Actor: Henri H. Arcila Moncada.

Sería el caso de entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la referencia, de no observarse irregularidad en el trámite del presente proceso que estructura la causal señalada en el artículo 140-6 del C. de P.C., que a la letra dice:

"Artículo 140. Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos :

1.....

6.- Cuando se omitan los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión".

En efecto, en auto que obra al folio 128, el Magistrado Ponente en la primera instancia, sostuvo que ni en la demanda ni en el término de fijación en lista, fueron pedidas pruebas. Sin embargo, se observa que a folios 112, 113 y 114, aparece bajo el numeral 5o. del libelo un capítulo que el actor intituló "PRUEBAS" y dentro de ella una relación de las documentales que anexó con la demanda; posteriormente, en el mismo escrito, acápite "OTRAS PRUEBAS", el actor deja al *a-quo* la determinación para decretar y practicar una inspección judicial sobre los documentos aportados por él.

Aún cuando el actor, no solicitó expresamente en su demanda que los documentos con los que la acompañó fueran tenidos como pruebas, es evidente que daba cumplimiento al requisito exigido por el artículo 137-5 del C.C.A. -y así debió interpretarlo el Tribunal-, según el cual, toda demanda presentada ante la jurisdicción administrativa deberá contener ".....La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer", pruebas que no solo eran pertinentes, sino convenientes para demostrar que el acto electoral cuya nulidad se demandaba, estaba afectado de nulidad.

De acuerdo con lo dicho antes, la parte actora pidió oportunamente pruebas y el *a-quo* no solo omitió hacer un pronunciamiento en relación con su viabilidad, sino que aseguró que ellas no habían sido pedidas; esta negación constituye un claro desconocimiento del derecho de defensa que se traducía en la obligación del Tribunal para decretar las pruebas solicitadas por el primero de los nombrados; no obstante, el *a-quo* no atendió la petición referida y oportunamente presentada por el actor, y en cambio, decidió correr traslado a las partes para que ellas presentaran sus alegatos, omitiendo así sin razón alguna el término para practicar pruebas.

Por su parte el demandante se refirió en sus alegatos de conclusión a los documentos que habían adjuntado a la demanda y con los cuales, juzgaba - "ampliamente probados todos y cada uno de los hechos que dan lugar a la Nulidad del Acto Administrativo por medio del cual se declara la elección de Concejales del Municipio de Roldanillo para el período 1.990-1.992...." y solicitó expresamente que la sentencia se profiriera teniendo en cuenta "las pruebas aportadas y relacionadas en el correspondiente capítulo".

Con la petición referida el Tribunal *a-quo* bien pudo enmendar su yerro, decretando para que pudieran ser tenidos en cuenta al momento de fallar, los elementos probatorios aportados con la demanda, pues siendo legales, conducentes y pertinentes fueron incorporados de manera precaria al proceso, vale decir que no fueron regular aún cuando sí oportunamente allegados al proceso y son precisamente estas condiciones las que exige el artículo 174 del C. de P.C. cuando de manera perentoria dispone : "...**Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso**" (Subrayas de la Sala).

Como se acaba de anotar la omisión del Tribunal al negar a la parte actora su derecho para que fueran practicadas - previo decreto - las pruebas por ella solicitadas condujo inevitablemente a la configuración de la causal de nulidad señalada en el artículo 140-6 del C. de P.C.; ahora bien, en este caso no puede hablarse de saneamiento de la nulidad alegada, pues el artículo 144-4 *ibídem* la admite entre otros casos "Cuando a pesar de vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa". En el caso que ocupa la atención de la Sala, el vicio consistente en la omisión del término para practicar pruebas no permitió en manera alguna que los documentos que como pruebas fueron presentados con la demanda hubieran sido tenidos en cuenta como tales, con el desconocimiento evidente del derecho de defensa no solo porque a la parte actora se le negó la oportunidad para que las pruebas aportadas con su demanda le fueran decretadas sino porque aún cuando lo hubiera querido el Tribunal no podía tenerlas en cuenta por cuanto, como se dijo antes, no fueron decretadas para ese efecto.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declárase la nulidad de todo lo actuado en este proceso, a partir inclusive del auto que ordenó correr traslado a las partes por el término común de cinco (5) días para que formularan sus alegatos por escrito (folio 128).

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para que reponga la actuación posterior surtida a partir de la providencia referida en el numeral anterior.

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

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

DEMANDA ELECTORAL-Requisitos/**PRESUPUESTOMUNICIPAL/COMPETENCIA FUNCIONAL**-Inexistencia

No es procedente que, ante la aportación de la certificación o constancia sobre el monto del presupuesto anual ordinario del municipio del cual forma parte el elegido o nombrado, con motivo de la interposición y sustentación del recurso de apelación o durante el trámite de éste, la Sala deba o pueda entrar a conocer del precitado recurso para decretar lanulidad procesal de lo actuado, o para ante a falta del indicado documento público revocar la sentencia del inferior y declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, pues ello equivaldría a partir de la premisa de que tiene competencia funcional para conocer del juicio, lo que supone reconocerle al documento, no aportado dentro de la oportundiad procesal indicada para ello, el valor de plena prueba, y entonces, la solución no seria revocar la sentencia por esa circunstancia y declarar la inepta demanda, sino entrar a conocer el fondo del asunto controvertido.

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

Bogotá, D.E., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 0492. Recurso de apelación ejercitado contra la sentencia de octubre 16 de 1.990, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda. Actor: Mario Quintero López.

El señor alcalde municipal de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) y los ciudadanos Oscar Mauricio Torres Valencia y Gloria Rubby Piñeros Correa, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, interpusieron oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de la referencia, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró la nulidad del Decreto 059 de junio 1o. del presente año de la alcaldía municipal de Santa Rosa de Cabal, en cuanto por dicho acto administrativo se nombra a las dos personas últimamente mencionadas como gerente de "Empocabal" y Secretaria de Tránsito y Transportes de dicha localidad.

A dicho recurso concebido por el *a-quo* no podrá dársele el trámite de ley y la Sala deberá declararse inhibida para conocer del mismo, por las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. Como bien lo observa el distinguido procurador del municipio y de los ciudadanos-demandados, en el escrito de interposición y sustentación del recurso de apelación, esta Corporación, de manera reiterada, ha dicho que la certificación expedida por funcionario competente sobre el monto del presupuesto anual ordinario para la vigencia fiscal correspondiente al año en el cual se produzca la elección o nombramiento objeto de impugnación en la vía contencioso-administrativa, es presupuesto de toda demanda contenciosa mediante la cual se ejercite la acción pública electoral, cuando se produzca por corporación o autoridad de municipio que no sea capital de Departamento, no porque con ello se pretenda que se acredite la cuantía de la acción o de la pretensión, que no la hay, sino por cuanto es necesario determinar, ab initio, si el proceso electoral es de conocimiento del Tribunal correspondiente en única o en primera instancia (artículos 131-3 y 132-4 del C.C.A.).

II. Esa prueba, según la misma jurisprudencia reiterada, debe ser aportada con la demanda, o dentro del término que fije el magistrado sustanciador del proceso para que se corrija la irregularidad allegando el anexo correspondiente, es decir, que constituye una carga procesal del demandante. En otras palabras, debe acompañarse al libelo demandatorio, por cuanto el auto admisorio de éste debe proferirse sobre la base del pleno conocimiento de instancias a que accede el asunto, en orden a que las partes y demás intervinientos en el juicio sepan previamente si la sentencia y demás providencias que se profieran dentro del proceso, son o no apelables ante esta Corporación.

Esta es la razón última y fundamental que la Corporación ha tenido en cuenta, para no admitir como válida la argumentación consistente en que la denominada "competencia funcional" puede determinarse durante la tramitación de la instancia que se surte ante el tribunal, o con motivo de la interposición y sustentación del recurso de apelación, e incluso durante la etapa de trámite de la segunda instancia, con lo cual bastaría que el actor aporte en cualquier tiempo de la causa la comprobación indicada.

III. La Sala reitera esa concepción jurisprudencial; pero en consideración a que, de manera sucesiva, la Corporación viene conociendo de un número considerable de casos en los cuales no aparece la prueba del presupuesto anual ordinario del municipio cuya autoridad produjo el acto de elección o nombramiento, por no haberse aportado con la demanda o con el escrito de corrección de la misma, no obstante lo cual se expide el respectivo auto admisorio de la demanda por inobservancia del magistrado conductor del proceso del incumplimiento de la ley procesal por el demandante, que es irrecurrible, según el C.C.A., por la parte demandada o la opositora, y, finalmente, se dicta la sentencia de instancia que accede o no a las pretensiones de la demanda, de cuya revisión no puede conocer el Consejo de Estado al ejercitarse por las partes o una de ellas el recurso de apelación, en aplicación de la reiterada concepción jurisprudencial expuesta, siendo, como lo es, incontrovertible, que el demandado o el opositor pueden no haber tenido culpa alguna en la irregularidad en que se incurrió por el demandante al promover la acción y por el tribunal al admitir la demanda, la Sala se ve obligada a adicionar su concepción jurisprudencial en el siguiente sentido:

a) Constituye carga procesal de quien promueve demanda electoral contra acto administrativo por medio del cual autoridad de municipio que no sea capital de Departamento, produce un nombramiento o declara una elección de ese orden, aportar como anexo de su demanda la certificación o constancia sobre el monto del presupuesto anual ordinario correspondiente a la vigencia fiscal respectiva.

b) Si no se cumple con dicha exigencia procesal, el magistrado sustanciador debe proferir auto inadmisorio de la demanda, para que, dentro del término que señale para el efecto, que no será otro que el previsto en la ley procesal contencioso-administrativa, el demandante cumpla con aquella, aportando la certificación o constancia sobre el susodicho monto del presupuesto anual ordinario del municipio del cual forma parte la corporación electoral o la autoridad que declaró la elección o produjo el acto de nombramiento.

c) El demandante podrá, igualmente, corregir la demanda dentro del término de ley para cumplir, entre otras exigencias procesales, con la de aportar al proceso la certificación o constancia de que se viene hablando, o para aclarar, adicionar, corregir o enmendar la demanda primitiva.

d) El demandado o demandados y el tercero o terceros que intervengan en el proceso electoral para oponerse a las pretensiones de la acción electoral, pueden aportar la certificación o constancia expedida por funcionario competente sobre el monto del presupuesto anual ordinario de la respectiva vigencia fiscal, dentro del término de fijación del negocio en lista, a que se refiere el numeral 4 del artículo 233 del C.C.A. (art. 60 decreto ley 2304 de 1.989).

e) No es procedente procesalmente cumplir con dicha exigencia procesal en otro momento de la etapa del trámite del proceso ante el tribunal administrativo

seccional, o con motivo de la interposición y sustentación del recurso de apelación contra la sentencia o contra alguna otra providencia dictada por aquél, o con motivo de la tramitación de la segunda instancia, así ella se haya dispuesto por esta Sala.

f) Finalmente, cabe observar que procesalmente tampoco es procedente que, ante la aportación de la certificación o constancia sobre el monto del presupuesto anual ordinario del municipio del cual forma parte el elegido o nombrado, con motivo de la interposición y sustentación del recurso de apelación, o durante el trámite de éste, la Sala deba o pueda entrar a conocer del precitado recurso para decretar la nulidad procesal de lo actuado, o para ante la falta del indicado documento público revocar la sentencia del inferior y declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, pues ello equivaldría a partir de la premisa de que tiene competencia funcional para conocer del juicio, lo que supone reconocerle al documento, no aportado dentro de la oportunidad procesal indicada para ello según la jurisprudencia de la Sala, el valor de plena prueba, y, entonces, la solución no sería revocar la sentencia por esa circunstancia y declarar la inepta demanda, sino entrar a conocer del fondo del asunto controvertido.

Por ello, en casos como el presente, lo indicado es abstenerse de darle trámite al recurso de apelación interpuesto por falta de competencia, y si llegare a presentarse el evento de darle trámite al recurso, declararse inhibido para conocer de aquél.

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

RESUELVE:

No dar trámite al recurso de apelación ejercitado por el municipio de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) y los ciudadanos demandados, contra la sentencia de octubre 16 de 1.990 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en relación con la declaratoria de nulidad del decreto 059 del presente año, expedido por el alcalde municipal de dicha localidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

DEMANDAELECTORAL-Requisitos/**COPIADELACTO**-Autenticación

El acto acusado se acompañó en copia fotostática a la demanda, pero sin que ella fuera debidamente autenticada. Sólo las hojas primera y última ostentan la autenticación, que no el texto íntegro del documento, omisión ésta que se traduce en el acompañamiento de copia inhábil del acto censurado. Reparo similar permite hacerse a la ordenanza allegada, que por ser norma local invocada como violada, debió allegarse en copia debidamente autenticada. Allí sólo aparecen las dos hojas donde figuran las normas indicadas como desobedecidas, mas no la totalidad del documento ordenanzal.

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

Bogotá, D.E., veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. José Joaquín Camacho Pardo.* REF. : Expediente No. 0452. Apelación Sentencia. Actora: Martha Cecilia Castaño Cortes.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la actora, contra la sentencia proferida el 8 de agosto de 1.990 por el Tribunal Administrativo del Quindío, en virtud de la cual denegó las súplicas de la demanda que pretendía la nulidad del acto de elección del señor Rodrigo Villegas Jaramillo como Contralor Auxiliar del Departamento.

La segunda instancia se ha surtido con la intervención de la demandante mediante la interposición del recurso y concepto de la señora Fiscal Séptimo de la Corporación el cual concluye solicitando la confirmación de la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Antes de ocuparse de la apelación interpuesta respecto de las cuestiones de fondo planteadas en la demanda y avocadas y resueltas en el fallo del *a quo*, la Sala examinará si es jurídicamente viable avocar el conocimiento del litigio o si, por el contrario, no procede pronunciamiento de mérito por inobservancia de exigencias procesales.

Es ineludible para el juzgador la verificación previa del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular y válida de la relación jurídico procesal, o sea de lo que en la doctrina y la jurisprudencia se denomina "Presupuestos Procesales". Entre éstos se encuentra el denominado "demanda en forma" que se refiere a los requisitos que debe contener una demanda, en relación con la índole o naturaleza de la acción, en tal forma, que determine los elementos indispensables para que se pueda proferir sentencia de mérito.

El artículo 137 del C.C.A., señala, por regla general, los que son imprescindibles en esta jurisdicción; y en las subsiguientes disposiciones se incluyen, entre otros, que son pertinentes, los relativos a la existencia y la prueba del acto administrativo cuestionado, el acompañamiento del texto legal de las normas invocadas como violadas que no tengan alcance nacional, debidamente autenticados, o la solicitud al ponente para que obtenga la copia correspondiente.

Estas dos últimas formalidades afloran nítidamente de los artículos 139 y 141 ejusdem.

El acto acusado lo es la elección del señor Rodrigo Villegas Jaramillo que, dice la demandante consta en el acta No. 010 del 7 de noviembre de 1.989, correspondiente a la sesión celebrada ese día por la Asamblea Departamental del Quindío, la que acompañó en copia fotostática a la demanda, pero sin que ella fuera debidamente autenticada. En efecto, puede observarse que sólo las hojas primera y última (corresponden a los folios 41 y 50 del cuaderno número 1 y 40 y 49 del cuaderno número 1-A) ostentan la autenticación, que no el texto íntegro del documento, es decir las demás hojas que lo constituyen, omisión esta que se traduce en el acompañamiento de copia inhábil del acto censurado, contraviniendo así la previsión legal preseñalada.

Reparo similar permite hacerse a la ordenanza número 01 de 3 de octubre de 1.989 que, por ser norma local invocada como violada en sus artículos 30 y 267, debió allegarse en copia debidamente autenticada conforme lo prescribe el referido artículo 141 del Estatuto ContenciosoAdministrativo. Allí solo aparecen autenticadas las dos hojas donde figuran las normas indicadas como desobedecidas, mas no la totalidad del documento ordenanzal que contiene treinta y siete folios (Cuaderno No. 1), apropiado a la luz de la normatividad existente.

Al respecto, los artículos 74 y 75 del Decreto 960 de 1.970 - Estatuto del Notario - que vienen en respaldo de lo dicho previenen:

"Art. 74.- Podrá autenticar (se refiere al notario) una copia mecánica o una literal de un documento, siempre que aquella corresponda exactamente (sic) al original que se tenga a la vista o que ésta comprenda la integridad del documento exhibido y lo reproduzca con entera fidelidad". (el paréntesis no es del texto)".

"Art. 75.- La autenticación se anotará en todas las hojas de que conste el documento autenticado, con expresión de la correspondencia de la firma puesta allí con la registrada, o de su contenido con el del original; cuando éste repose en el archivo notarial, se indicará esta circunstancia, con cita de instrumento que lo contiene o al cual se halla anexado. El acto terminará con mención de su fecha y la firma del notario".

Tanto la Honorable Corte Suprema de Justicia con esta Corporación han sido unánimes y reiterativas al precisar que "si la aportación de copias al proceso se hace en la modalidad de reproducción mecánica, como en fotocopia (es el caso bajo examen), 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.", textos legales estos vigentes para la época de la presentación de la demanda que lo fué el 28 de noviembre de 1.989 (folio 60 vto. del Cuaderno No. 1). El precedente criterio en el entendimiento de la Sección a pesar de las modificaciones sufridas por las aludidas normas con ocasión de la expedición del Decreto 2282 de 1.989 y su vigencia que corre desde el 1° de junio próximo pasado, subsiste solo que hoy por motivo de la subrogación advertida en los nuevos textos procedimentales, las reproducciones mecánicas bien pueden ser autorizadas no solo por notario, sino también por 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. "con lo cual adquiere el mismo valor probatorio del original, como así reza la disposición vigente (art. 254 del C. de P.C.), circunstancia esta que, mutatis mutandi, en la práctica se ha estado dando con ocasión de los examenes tecnológicos en materia de reproducción mecánica que al utilizarlos facilitan y aceleran la expedición de copias.

Evidente y flagrante resulta el desobedeciendo de la actora de las previsiones contenidas en los artículos 253 y 254 del C. de P.C. vigentes, como ya se dijo al momento de la presentación de la demanda.

La copia del acto acusado como la de norma local invocada como quebrantada, resultan, como ha quedado demostrado, inhábiles.

En circunstancia similar el Consejo de Estado ha dicho que cuando se trata de una "exigencia legal perentoria e inequívoca, al fallador sólo le corresponde acatarla y aplicarla, sin que la benevolencia lo lleve a pasar por alto que el proceso debe iniciarse en forma regular, por tanto legítima, como la mejor garantía de acierto y de respeto por la ley" (Cita del consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello en los

expedientes acumulados números 940, 941, 942, 943, 944 y 950, noviembre 7 de 1.984).

Bajo esta clara óptica, el fallo debe ser inhibitorio en relación con las súplicas de la demanda y no de mérito como lo pronunció el Tribunal, pues la inidónea aportación de las referidas copias, elemento indispensable de la demanda, impedían e impiden el nacimiento y desarrollo de la relación jurídico procesal en debida forma, lo que implica la revocación de la decisión de primer grado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Revócase la sentencia apelada, de fecha 8 de agosto de 1.990, en cuya virtud el Tribunal Administrativo del Quindío desestimó las súplicas de la demanda y, en su lugar, se declara inhibido para dictar pronunciamiento de fondo de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

DEMANDA ELECTORAL-Corrección/**NULIDAD PROCESAL/ INTERVENCION DE TERCEROS**

Con ocasión de la corrección de la demanda debe el juez repetir el procedimiento de auto de admisorio de la demanda. El no hacerlo nuevamente al resolver sobre la corrección, guardar silencio u omitir el deber de decidir también esta vez, de manera expresa, sobre cuestiones que se imponían u oportunamente pedidas, ya en el primer libelo o en el segundo o en escritos atendibles de otros posibles interesados, es actitud que implica un pronunciamiento jurisdiccional incompleto. Proferido auto admisorio de la demanda corregida queda sin efecto la actuación surtida hasta ese momento, en la medida que se repite el procedimiento del auto admisorio de la demanda, lo que implica que de nuevo han de considerarse aspectos tratados inicialmente, como el del tercero interviniente, cuya solicitud, por lo demás si es extemporánea por anticipación no se la rechaza sino que por auto se defiere la decisión por la ocasión de la ley; en cambio, si la extemporaneidad es por preclusión de la oportunidad procesal, allí si debe inadmitírsela.

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

Bogotá, D.E., seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente N° 0490,- Apelación del auto de 3 de septiembre de 1.990, proferido por el H. tribunal Administrativo del tolima.- Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.-

Suben a esta Corporación las presentes diligencias, para que se decida el recurso de apelación interpuesto contra el auto de la referencia, solo en cuanto

denegó la suspensión provisional del acto acusado y no reconoció una parte coadyuvante de la actora.-

ANTECEDENTES:

El señor Luis Angel Martínez Sendoya, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral, mediante extenso escrito que presentó el 9 de agosto del año en curso ante el H. Tribunal Administrativo del Tolima, solicita que se declare: "...que son nulas las actas parcial y general del escrutinio de los votos emitidos para elegir Alcalde Municipal de Carmen de Apicalá, en los comicios electorales extraordinarios realizados el domingo ocho (8) de julio del presente año de 1.990, iniciados el 10 y concluidos el 12 del mismo mes por los integrantes de la Comisión Escrutadora Municipal... en cuanto por dichos actos (o, al menos por el Ultimo), se declaró elegido como Alcalde Municipal, para el resto del período constitucional de 1.990 a 1.992, al señor Lothar Ricardo Erich Michael Cortés y se ordenó expedirle la correspondiente credencial". "....Como consecuencia de la anterior declaración, decrétese la cancelación de la credencial expedida al señor Michael Cortés y decláre-se electo al señor Alfonso Calderón Calderón, previa realización de un nuevo escrutinio, en el cual se excluirán los votos emitidos por el candidato cuya elección se cuestiona...". "...Comuníquese la sentencia a los funcionarios que deban imponerse de su contenido y velar por su cumplimiento".

Refiere, como fundamentos de hechos, que el señor Michael Cortés era inhábil para ser elegido Alcalde de Carmen de Apicalá, habida consideración que no nació en ese municipio, ni estuvo avecindado allí durante el año inmediatamente anterior a la inscripción de su candidatura y a la fecha de su elección, y tampoco haber sido ese su lugar de residencia durante tres años consecutivos en cualquiera de las épocas de su vida, limitándose su esporádica vinculación a ese pueblo a la de simple inversionista en bienes raíces y al pasatiempo turístico de uno que otro fin de semana, ya que su vecindad, el lugar de su residencia y la sede de sus negocios o actividades comercia-les ha sido, durante toda su vida o gran parte de ella, la ciudad de Bogotá.-

También, que el demandado Michael Cortés, en los comicios del pasado 11 de marzo fue elegido concejal del Municipio de Carmen de Apicalá, para el período comprendido entre el 1° de agosto de 1990 y el 31 de julio de 1992.lo que originaba el impedimento capital para que resultara válida su elección como Alcalde de la misma localidad en período simultáneo.-

Además, que el acto de declaración de elección del señor Michael Cortés como Alcalde Municipal de Carmen deApicalá, contenido en elActa General de Escrutinio Municipal, es parcialmente inexistente y está afectado de falsedad.-

Cita, como fundamentos de derecho, con la debida explicación del concepto de la pretensa violación, el artículo 2° de la Ley 49 de 1.987, modificatorio del artículo 2° de la Ley 78 de 1.986, que prescribe las calidades para ser elegido

alcalde.- El 3° del Acto Legislativo N° 1 de 1.986, modificatorio del artículo 201 de la Constitución Política, en cuyo inciso segundo se contempla la prohibición de ser elegido simultáneamente alcalde y congresista, diputado, consejero intendencial o comisarial o concejal, erigiendo esa incompatibilidad en causal de nulidad de ambas elecciones.- Y los artículos 168, 169, 170 y 171 del Decreto-Ley 2241 de 1.986, actual Código Electoral; artículo 223 ordinales 2° y 5° del C.C.A., con la modificación introducida por el artículo 65 de la ley 96 del985, artículo 219 del C. Penal; artículo 65 de la Constitución Political y artículo 76 numeral 7° del Decreto-Ley 001 de 1.984, actual C.C.A., esto en cuanto a la alegada inexistencia parcial, falsedad y consiguiente nulidad del Acta General del Escrutinio Municipal.-

De otra parte, con base en lo establecido en los artículos 193 de la Constitución Nacional y 152 del C.C.A., modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1.989, solicita: "...se decrete la suspensión provisional de los efectos del acto o de los actos impugnados, a saber: del acta parcial y del acta general del escrutinio de los votos emitidos el día domingo ocho (8) de julio de mil novecientos noventa (1.990), en el municipio de Carmen de Apicalá, para elegir Alcalde Municipal para el resto del período constitucional del 1° de junio de este año al 31 de mayo de 1.992, por medio del cual (o de los cuales) se declaró electo como tal al señor Lothar Ricardo Erich Michael Cortés".-

Aduce, para fundamentar esa petición, la norma del artículo 201 de la Carta Política, modificada por el 3° del Acto Legislativo N° 1 de 1.986, por cuanto es visible el quebranto de la prohibición de ser elegido simultáneamente alcalde y concejal, teniendo en cuenta, dice el peticionario, que esa simultaneidad se refiere a los períodos y no a las fechas de las respectivas elecciones.-

La manifiesta contradicción entre el acto impugnado y la disposición superior se sustenta por el accionante en los siguientes elementos demostrativos, que advierte le fueron expedidos "...de manera incompleta e irregular....":

- El acta general del escrutinio municipal iniciada el 10 de julio de 1.990 y concluida el 11 del mismo mes, en la cual aparece la declaratoria de elección del señor Michael Cortés como Alcalde de Carmen de Apicalá.-

- El acta general del escrutinio de los votos emitidos en Carmen de Apicalá el 11 de marzo de 1.990, para corporaciones públicas y alcalde municipal, iniciada y concluida el día 13 de los mismos mes y año.-

- El acta parcial de escrutinio de los votos para Concejo Municipal de Carmen de Apicalá, forma E-28 hojas 2, 3 y 4, en que aparece elegido concejal principal por el Partido Liberal Colombiano Movimiento I.P., para el período 1.990-1.992, el señor Lothar Ricardo Erich Michael Cortés.-

Además de lo anterior, el actor aporta otros medios documentales, solicita se pidan unos más y que se practiquen distintas pruebas, para obtener la "....demostración plena de todos los hechos y las omisiones que sirven de fundamento de la acción...." (fls. 1 a 46).-

Mediante escrito de fecha 22 de agosto de 1.990 el abogado Rodolfo Martínez Sendoya, obrando como apoderado especial del señor Alfonso Calderón Calderón, manifiesta que su representado " ...se constituye como parte para coadyuvar la acción" y que "...están reiterados todos y cada uno de los planteamientos de la demanda inicial" (fls. 48 y 49).-

Por auto de 3 de septiembre próximo pasado el Tribunal Administrativo del Tolima resolvió: "1°) Admitir la demanda electoral presentada por el señor Luis Angel Martínez Sendoya contra la elección del señor Lothar Ricardo Erich Michael Cortés, como Alcalde del municipio de Carmen de Apicalá... 2°) Denegar la intervención del señor Alfonso calderón Calderón como parte coadyuvante de la presente acción electoral. 3°) Negar la suspensión provisional impetrada por el demandante....". Se dispuso, de igual manera, las notificaciones de rigor y la fijación del negocio en lista para los fines de ley (fls. 69 a 73).-

Contra este proveído, el apoderado del señor Alfonso Calderón Calderón interpuso y sustentó recurso de apelación, para que fuera revocado parcialmente, esto es, nada más que en sus ordenamientos segundo y tercero, en orden a que "...se reconozca a mi poderdante, como coadyuvante de la acción; y al suscrito, como su procurador para el litigio... Y en el despacho favorable de la solicitud de suspensión provisional" (fls. 77 a 80).-

De esa decisión también apeló el demandante Luis Angel Martínez Sendoya, indicando, sin mencionarlas, "...las mismas..." finalidades de la impugnación que estableció el apoderado del coadyuvante Calderón Calderón, y remitiéndose para reiterarlos a los fundamentos sustentatorios "...expuestos por el mismo apoderado...".-

Con fecha 5 de octubre pasado, el accionante Luis Angel Martínez presenta libelo de corrección de la demanda, aclarando la inicial en algunas expresiones y adicionándola respecto de los fundamentos de derecho y las pruebas aducidas (fls. 88 a 90).-

Mediante auto de 12 de octubre el Magistrado conductor del proceso inadmitió la corrección de la demanda.- A la vez, reconoció personería al abogado Nelson Alberto Gómez Rojas para actuar en estas diligencias en representación del demandado Lothar Ricardo Erich Michael Cortés, en los términos y para los fines del poder conferido (fl. 106).- Y en la misma fecha el Tribunal negó el recurso de apelación que, en escritos separados, interpusieron el demandante y el coadyuvante contra el auto de 3 de septiembre último (fl. 107).-

Contra esta última decisión, por la cual se negó la apelación interpuesta contra el proveído de 3 de septiembre, recurrió en reposición el apoderado del señor Calderón Calderón, y, en subsidio, solicitó la expedición de copias para interponer el de queja (fl. 108).-

También contra el auto de la misma fecha proferido en Sala Unitaria, por el que se inadmitió la corrección de la demanda, recurrieron en súplica el actor y en apelación el apoderado del coadyuvante (fls. 109 y 111).-

El Tribunal, en providencia calendada a 29 de octubre pasado, resolvió: acceder a la reposición del auto de 12 de octubre por el que se había negado la apelación interpuesta por el apoderado del coadyuvante contra lo desfavorable del proveído de 3 de septiembre del cursante año para, en su lugar, conceder el recurso antes dicho, por cuya virtud, precisamente, es que ha subido el proceso a esta Corporación.- Negó la reposición de ese auto pero respecto de la solicitud del actor, quien no hizo presentación personal del memorial correspondiente.- Y negó también el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del coadyuvante contra el auto de 12 de octubre, mediante el cual el Magistrado conductor del proceso inadmitió la corrección de la demanda (fls. 113 a 115).-

En subsiguiente providencia, igualmente datada a 29 de octubre, el *a-quo* resolvió: revocar el auto de 12 de octubre pasado proferido en Sala Unitaria, por el que se inadmitió la corrección de la demanda, suplicado por el actor, para, en su lugar, admitir la corrección planteada, disponiendo, en consecuencia, que de nuevo se surtan las notificaciones de rigor y se fije el negocio en lista por el término de ley (fls. 116 y 117).-

Tal el recuento de la actuación procesal.-

Entonces, para resolver

SE CONSIDERA :

Es cuestión prioritaria, que debe dilucidarse en primer término, la atinente a la competencia de esta Corporación para decidir de la apelación interpuesta contra el auto proferido por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, calendado a 3 de septiembre del presente año, en cuanto deniega la suspensión provisional del acto o actos acusados y no admite una parte coadyuvante de la actora.-

Como se consignó en apartes precedentes, se demandó, por la vía contenciosa de nulidad electoral, el; acto o actos declarativos de la elección del señor Lothar Ricardo Erich Michael Cortés como Alcalde Municipal de Carmen de Apicalá, y, también, se decretara, como medida previa, la suspensión provisional del acto o actos impugnados.-

La ameritada demanda fué admitida mediante auto de 3 de septiembre de este año, cuyos puntos segundo y tercero de la parte resolutiva deniegan la intervención del señor Alfonso Calderón Calderón como coadyuvante del actor y la medida de suspensión provisional impetrada, respectivamente, decisiones estas recurridas en apelación tanto por el accionante como por el apoderado del tercero interviniente.-

Pero en oportunidad el actor elevó libelo de corrección de la demanda, que el *a-quo* inadmitió yendo en contravía de postulados contemplados desde la Ley 96 de 1985, con amplio desarrollo por la doctrina nacional y la jurisprudencia de la Corporación, cuyo sentido explica con gran sindéresis el texto que, para mejor comprensión, a continuación se transcribe:

> "...la aclaración o corrección de la demanda puede ser total o parcial, es decir, que se pueden simplemente adicionar los hechos o hacer nuevas peticiones o sustituirlas por otras, o introducir nuevas disposiciones como violadas o nuevas conceptos de la violación de esas normas superiores; o, por el contrario, sustituir la demanda primitiva en su totalidad por una nueva que venga a reemplazarla. Lo que, en cambio, no es factible procesalmente hacer, es variar la naturaleza de la acción inicialmente escogida y propuesta..." (Dr. Miguel González Rodríguez, Derecho Procesal Administrativo, Tomo II, Librería Jurídicas Wilches, 7ª Ed., págs. 461-462).

Sobre la materia agrega el citado tratadista y actual Consejero de Estado, con aplicación a lo que importa dilucidar en la presente oportunidad:

> "En cuanto al derecho del demandante de solicitar nuevamente la medida de la suspensión provisional, en la demanda aclarada o corregida, y a la obligación, deber o competencia del juez administrativo que tramita el proceso, de decidir nuevamente sobre esa petición... consideramos que el artículo 208 del estatuto, en concordancia con el 207 -ahora mucho más expreso-, no dan lugar a distingos de naturaleza alguna. La Ley no los establece, ni implícita ni explícitamente, y, por lo tanto, al juzgador no le está permitido señalarlos por vía de doctrina. Si la norma del artículo 208, en forma expresa y categórica, ordena que en caso de aclaración o corrección del libelo original se repita el procedimiento del auto admisorio de la demanda, señalado en el artículo 207, en el cual es donde debe decidirse sobre el decreto de suspensión provisional, el juez está obligado, por mandato de la Ley, a pronunciarse nuevamente, o sólo ahora, sobre la viabilidad de la suspensión provisional, pues, por otra parte, el escrito de aclaración o corrección del libelo no constituye una nueva demanda, sino que, por el contrario, forma con el primitivo una unidad jurídica en cuyos planteamientos se determina en sus límites precisos y definitivos la materia propia de la controversia, la posición de los actores y aun los poderes legales que tiene el fallador" (Autor citado, Código Contencioso Administrativo, Parte Segunda, Librería Jurídicas Wilches, Ed. 1990, págs. 1021-1022).-

Lo propio ocurre, por supuesto, respecto de cualquiera otra decisión que con ocasión del primitivo auto admisorio de la demanda haya tomado el juez administrativo, de oficio o a solicitud del actor o de otras personas con derecho a intervenir en la actuación.- El no hacerlo nuevamente al resolver sobre la corrección, guardar silencio u omitir el deber de decidir también esta vez, de manera expresa, sobre cuestiones que se imponían u oportunamente pedidas, ya en el primer libelo o ya en el segundo o en escritos atendibles de otros posibles interesados, es actitud que implica un pronunciamiento jurisdiccional incompleto, donde alguno de los extremos de la naciente relación procesal queda pendiente de resolución de parte del juez.-

En el caso que se examina, al proferir el *a-quo* el auto de 29 de octubre del año en curso (fls. 116 y 117), por medio del cual resolvió revocar el suplicado de fecha 12 del mismo mes y año (obrante a folio 106) para, en su lugar, admitir la corrección de demanda, omitió pronunciarse respecto de asuntos que nuevamente debió decidir, atinentes a las solicitudes de suspensión provisional del acto o actos acusados y a la constitución de la parte coadyuvante de la actora.- Es, pues, incompleto ese proveído y, por ende, pendiente de adición en lo referente a los aspectos puntualizados, función que es de competencia de quien lo dictó.-

En ese estado de cosas y hasta tanto se subsane la deficiencia advertida, la Corporación mal puede avocar el conocimiento del proceso para decidir el recurso interpuesto, pues, de hacerlo, estaría usurpando la competencia que, a mérito de lo anotado, aún radica en cabeza del juzgador de primera instancia.-

Por consiguiente, inhibida como ha de declararse la Sala para ocuparse de la apelación formulada, se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia la devolución del expediente para que se proceda a adicionar en los aspectos extrañados el auto de fecha 29 de octubre pasado.-

A guisa de mero comentario, vale la pena anotar que proferido auto admisorio de la demanda corregida queda sin efecto la actuación surtida hasta ese momento, en la medida que se repite el procedimiento del auto admisorio de la demanda, lo que implica que de nuevo han de considerarse y decidirse los aspectos tratados en el proveído primitivo, entre ellos, en el caso presente, lo atañedero con el tercero interviniente.-

Al respecto ha de tenerse en cuenta que, en el proceso de nulidad electoral, la ley contempla el derecho de toda persona de pedir que se la admita como parte coadyuvante o impugnadora, habida consideración que el condicionamiento jurídico de la gestión del Estado entraña interés general.-

Por lo demás, la oportunidad para formular la petición de intervención se extiende desde el momento en que es notificado al demandado o demandados el auto admisorio de la demanda hasta cuando queda ejecutoriado el auto que ordena el traslado a las partes para alegar, en razón de lo dispuesto en el inciso

segundo del artículo 235 del C.C.A., modificado por el artículo 59 del Decreto 2304 de 1989.-

Presentada una solicitud por fuera de esa oportunidad, si es extemporánea por anticipación no se la rechaza; simplemente por auto que así lo disponga se defiere o posterga la decisión para la ocasión de ley, esto es, una vez notificado al demandado el auto admisorio de la demanda.- En cambio, si la extemporaneidad es por preclusión de la oportunidad procesal, allí sí debe inadmitírsela.-

Sin necesidad de otras consideraciones el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Declararse inhibida para pronunciarse sobre el asunto materia del recurso de apelación interpuesto, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.-

Disponer la devolución del expediente al Tribunal de origen para que, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, proceda a adicionar en lo pertinente el auto admisorio de la demanda corregida, calendado a 29 de octubre de 1990, obrante a folios 116 y 117 de la actuación.-

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.-

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

DEMANDA ELECTORAL-Requisitos/**COPIA DEL ACTO**-Autenticación

La Sala no puede compartir la apreciación jurisprudencial hecha con alguna ocasión anterior por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso de esta Corporación, según la cual la autenticación notarial o por el juez sólo procede en relación con documentos públicos cuyo original no deba mantenerse por ministerio de la ley o de los reglamentos en los archivos oficiales, o que reposen en poder del notario, ya que la ley es muy clara sobre el particular.

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

Bogotá, D. E., diciembre seis (6) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez

Referencia: Expediente No. 0499. Recurso de apelación contra la providencia de octubre 4 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindio, que suspendió provisionalmente el acto de designación del ciudadano EDGAR TOVAR PLAZAS, como Contralor Auxiliar del Departamento. Actor: Martha Cecilia Castaño Cortés.

Conoce la Sala del recurso de apelación ejercitado por el ciudadano EDGAR TOVAR PLAZAS, parte demandada dentro del proceso de la referencia, contra la providencia de octubre cuatro(4) del presente año, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Quindio, le decretó la suspensión provisional del acto de nom-

bramiento en el empleo de Contralor Auxiliar del Departamento del Quindio, expedido por la Comisión de la Mesa de la Asamblea de dicho Departamento.

I. La providencia apelada y su fundamento. El *a-quo*, para decretar la suspensión provisional solicitada por la demandante, se fundamentó en el hecho de que el nombramiento de Contralor Auxiliar del Departamento, correspondía hacerlo a la Asamblea Departamental, según lo preceptuado en el artículo 30 de la Ordenanza No. 01 de octubre 3 de 1989, en concordancia con el artículo 31 ib., y en manera alguna a la Mesa Directiva o Comisión de la Mesa de la indicada corporación, como realmente se hizo.

II. La apelación y su fundamento. El recurrente, al sustentar el recurso de apelación interpuesto en orden a obtener de esta Sala la revocatoria de la providencia por la cual se decretó la suspensión provisional, alega que la ley local, o sea, la que no tiene alcance nacional, debe probarse en juicio (art. 141 del C. C. A), y que ello no aconteció en el caso *sub lite*, pues la fotocopia de la Ordenanza que se invoca como quebrantada no es auténtica, ya que se autenticó por el señor Notario Segundo de Armenia, quien no podía autenticar válidamente dicho documento en razón de que dicho funcionario sólo tiene competencia para autenticar copias cuando se trate de documentos privados que le sean presentados; cuando se trate de documentos públicos la copia tendrá que venir autenticada por el funcionario correspondiente, como lo dispone el artículo 139 del C. C. A., esto es, quien tiene bajo su custodia el original del documento que se autentica, para el caso que nos ocupa, el señor Secretario General de la Asamblea Departamental del Quindio.

Respalda su afirmación en lo dicho por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencias de marzo 14 y octubre 26 de 1.978, ponencias del señor consejero Carlos Galindo Pinilla, sobre dicho particular, basada en las prescripciones de los artículos 253 y 254 del C. de P. C., y artículo 320 del C. de R. P. y M.

Para resolver, **se considera** :

1.- Efectivamente, el artículo 139 del C. C. A. establece que la copia del acto acusado, e igualmente las de los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer en el juicio, tendrán que " venir - al proceso - **autenticada por el funcionario correspondiente**".

Cuál es para la Sala ese "funcionario correspondiente"?

a) En primer lugar, el jefe de la dependencia administrativa en donde se encuentre el original del documento de donde se obtiene la reproducción mecánica o fotostática, o copia auténtica del mismo (C. de R. P. y M., art. 320, ley 57 de 1.985, art. 15, y C. de P. C., art. 254-1), o el funcionario en que aquél hubiere delegado dicha facultad (ley 57 de 1985, art. 15).

b) En segundo lugar, por el juez cuando la copia o reproducción mecánica o fotostática, " sean compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa ", que se encuentre en proceso de conocimiento de aquél (C. de P. C., art. 254-2).

c) En tercer término, por el notario en " cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica, y cuando " **se trate de reproducción que cumpla el requisito exigido en el artículo precedente** " (art. 254-1 del C. de P. C., subrayado fuera del texto), o sea, cuando la reproducción del documento original o de copia auténtica se haga por notario - también lo puede hacer el juez -, previo el respectivo cotejo, que, se repite, debe hacerse con el documento original o con copia auténtica.

Por consiguiente, en los términos precisos de las disposiciones legales invocadas, la Sala no puede compartir la apreciación jurisprudencial hecha en alguna ocasión anterior por la Sección Primera de la Sala de lo contencioso de esta Corporación, según la cual la autenticación notarial o por el juez sólo procede en relación con documentos públicos cuyo original no deba mantenerse, por ministerio de la ley o de los reglamentos, en los archivos oficiales, o que reposen en poder del notario, ya que la ley es muy clara sobre el particular.

Ahora bien; la fotocopia de la Ordenanza que se dice como quebrantada por el acto administrativo electoral, cuya confrontación con éste sirvió de fundamento al *a-quo* para proferir el decreto de suspensión provisional, está autenticada por el señor Notario Segundo de Armenia con sello, en donde se lee: " Como Notario Segundo del Circulo de Armenia, Q., doy fe de que la anterior copia está fielmente tomada **de su original que tuve a la vista** " (subrayado fuera del texto). En tales condiciones, de acuerdo con las disposiciones legales precitadas, la Sala tiene que otorgarle todo su valor probatorio, pues, por otra parte, no se ha formulado tacha de falsedad alguna - material o ideológica -.

Según lo expresado en la autenticación por el señor Notario indicado, la copia fue tomada del original que tuvo a la vista y a esa manifestación de funcionario público encargado de dar fé de los actos que se realizan o pasan ante él, hay que concederle todo su valor probatorio, pues nadie ha alegado y demostrado en el proceso, hasta ahora, que el Notario no hubiera tomado la fotocopia del original o que el mismo no hubiera tenido ese original **a la vista**, o ambas cosas a la vez.

Por consiguiente, la impugnación desde este punto de vista no está llamada a prosperar, pues, por otra parte, es evidente, haciendo una confrontación entre el acto acusado y los artículos 30 y 31 de la Ordenanza indicada como quebrantada, que la competencia o facultad para proveer, por elección indirecta, el cargo de Contralor Auxiliar, está radicada en la Asamblea Departamental en pleno, y no la tiene, en receso de ella, la mesa directiva o Comisión de la mesa de la misma.

Al respecto, vale la pena observar que cuando se presente una vacante absoluta o permanente en razón de faltar un empleado que no puede ser reemplazado por el suplente o suplentes, si los tuviere, la primera autoridad política del lugar, que en el caso del Departamento es el Gobernador, nombrará el empleado interino y dará cuenta en el acto a quien deba proveer el empleo (art. 96 del decreto ley 1222 de 1.986). La violación o quebrantamiento de esta disposición no se tendrá en cuenta por la Sala, pues no fué indicada en la demanda por la parte actora; no obstante ello, la Sala se permite recordarla, para efectos de precisar que la misma ley establece, desde hace muchos años - la disposición está contenida en el C. de R. P. y M. -, el mecanismo para llenar las vacantes, absolutas o transitorias, que se puedan presentar en empleo cuya provisión corresponda a autoridad o corporación que no se encuentre reunida, por no ser época de sesiones, por ejemplo, en el momento en que se configure el fenómeno jurídico de la vacancia.

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

RESUELVE:

CONFIRMARSE el numeral 1°: de la providencia de cuatro (4) de octubre de 1990, en cuanto por ella el Tribunal Administrativo del Quindio, decretó la suspensión provisional del acto de nombramiento del señor Edgar Tovar Plazas, como Contralor Auxiliar del Departamento del Quindio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONCEJO MUNICIPAL-Sesiones/**CONCEJO MUNICIPAL**-Dignatarios

Conforme al artículo 79 de C.R.M., el primero de febrero de cada año, o en los días subsiguientes, el Concejo puede o debe reunirse por derecho propio, sin necesidad de citación previa del Presidente o de uno de los vicepresidentes en defecto de aquél, y puede o debe proceder a elegir sus dignatarios para el nuevo período de sesiones.

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

Bogotá, D.E., diciembre seis (6) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 0460. Recurso de apelación contra la sentencia de 18 de septiembre de 1.990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor : DIEGO COLEY NIETO.

El ciudadano DIEGO COLEY NIETO, parte actora dentro del proceso de la referencia, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 18 de septiembre de 1.990, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las suplicas de la demanda que promoviera, en orden a obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo de elección de Mesa Directiva del Concejo Municipal de Fusagasugá, efectuada en sesión del 16 de febrero del mismo año.

I. La acción y su fundamento. Según el accionante, con el acto administrativo electoral demandado se quebrantó el numeral 4o. del artículo 21 del Reglamento interno del Concejo - Acuerdos números 25 de 1987 y 19 de

1988-, expedido con fundamento en lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto Ley 1333 de 1.986, en concordancia con el numeral 8o. del artículo 197 de la Constitución Política, por cuanto la convocatoria a la sesión del día 16 de febrero de 1.990, en la cual se realizó la susodicha elección de mesa directiva del concejo de Fusagasugá, no la hizo el Presidente de la Corporación, como lo manda el Reglamento indicado, sino el segundo vice-presidente, a pesar de no existir falta transitoria o permanente del Presidente, "dignatario legítimo" para efectuar dicho convocatoria.

II. La sentencia apelada. El *a-quo* negó las súplicas de la demanda, por considerar que tratándose en el caso *sub lite* de una reunión ordinaria del concejo municipal, convocada por el segundo vice-presidente en cuanto el presidente no lo había hecho, la cual, por los demás, cumple con los requisitos reglamentarios, asiste el Presidente y se lleva a cabo en el recinto del Concejo, según consta en el acta correspondiente, no puede dársele a la preceptiva contenida en el numeral 4o. del artículo 21 del Reglamento Interno de la Corporación edilicia un alcance que no tiene, hasta el punto de que llegue a considerarse que al no hacerlo el dignatario a quien corresponde citar para la reunión, reunido el concejo con el quorum y demás formalidades legales y reglamentarias, invalide o haga nula la reunión tratándose de las sesiones ordinarias, en las cuales el Concejo puede reunirse por derecho propio.

Observa, por otra parte, el *a-quo*, que las sesiones ordinarias correspondientes al mes de febrero del presente año no se habían iniciado y el Concejo no se había instalado conforme a las disposiciones estatutarias; que ello solo vino a realizarse el 16 de mismo mes y año en las condiciones y particularidades referidas en el acta correspondiente, y si para estas reuniones puede sesionar por derecho propio, el día y hora, como está dicho, están previamente señalados, y si en ellas se reunen los concejales, como efectivamente ocurrió, la convocatoria que hagan el presidente, o en su lugar el vicepresidente, es una mera formalidad que no afecta el fondo del asunto, y no puede considerarse como requisito necesario que prevalezca sobre la voluntad de la corporación, ni puede dársele el alcance ni aplicarse con el rigorismo que pretende asignarle el demandante.

En síntesis, el Concejo, una vez reunido, puede sesionar por cuanto lo hace en ejercicio de su derecho, basta su voluntad implícita y su decisión de hacerlo, como aconteció.

Aspecto diferente, es el relativo a la elección de funcionarios que corresponda hacer a la Corporación, caso en el cual para la sesión en que haya de procederse a ello, se debe citar por escrito a todos los concejales principales y suplentes, debidamente posesionados, con la advertencia de qué funcionarios se trata de elegir (art. 17 del Reglamento).

III. La apelación y su fundamento. En escrito sustentatorio del recurso de apelación presentado en la Secretaría de esta Sección durante el término de

traslado de rigor, el accionante insiste en su planteamiento, o sea, en síntesis, que la elección de la mesa directiva del Concejo de Fusagasugá debe ser declarada nula, por no haberse citado para la reunión en que ella se efectuo por el dignatario a quien ello correspondía, según el numeral 4o. del artículo 21 del Reglamento de dicha Corporación.

IV. El concepto del señor agente del Ministerio Público. El señor Fiscal Octavo del Consejo, en su concepto de 30 de noviembre del cursante año, solicita de la Sección la confirmación de la sentencia apelada, por considerar que, si bien es cierto que la sesión en donde se produjo la elección demandada fué convocada por el segundo vicepresidente, también es cierto que se sesionó por derecho propio -sesiones del mes de febrero-, en uno de los días y a la hora señalados previamente en el estatuto reglamentario de la corporación, y, además, tratándose de "una Junta Preparatoria", en esa primera reunión debía de elegirse la Mesa Directiva, según los artículos 2o. y 3o. del mismo Reglamento Interno del indicado Concejo.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- La Sala es competente para conocer y decidir el recurso ejercitado, por estar acreditado, con el monto del presupuesto anual ordinario del municipio de Fusagasugá, que se trata de un proceso electoral de dos instancias.

2. Está demostrado plenamente, que el Concejo Municipal de Fusagasugá no se había reunido durante los primeros quince días del mes de febrero del corriente año, dentro de su período de sesiones ordinarias, por falta de citación que debía efectuar el Presidente de la Corporación del último período de sesiones del año precedente y que, en tales condiciones, para la sesión de esa primera reunión del período de sesiones del año de 1.990, convocó el edil que desempeñaba la segunda vicepresidencia del Concejo, la que efectivamente se llevó a cabo a partir de las 6:35 p.m. con el quorum reglamentario.

Habiéndose efectuado, entonces, la reunión del Concejo Municipal de Fusagasugá dentro del período ordinario de sesiones correspondientes al mes de febrero de 1.990 (art. 79 del decreto ley 1333 de 1.986), en día y hora señalados por el Reglamento Interno (art. 63 del Reglamento Interno, que señala para ello los días viernes y sábado a las seis de la tarde), cabe preguntarse si , tratándose como se trataba, de la primera reunión correspondiente a ese período ordinario de sesiones, que el propio Reglamento indicado denomina "Junta Preparatoria", era no necesaria la convocatoria realizada por el Presidente de la Junta Preparatoria, o sea, "quien lo haya sido del Concejo en su último período de sesiones"?.

El artículo 79 del decreto ley 1333 de 1.986, preceptúa que "Los Concejos se reúnen ordinariamente **por derecho propio**, cuatro veces al año, así: el primero (1o.) de agosto, el primero (1o.) de noviembre, el primero (1o.) de febrero y el primero (1o.) de mayo " y que "Cada vez las sesiones durarán treinta (30) días prorrogables, a juicio del respectivo concejo, por diez (10) días más", y en concordancia con ello el Reglamento Interno del Concejo de Fusagasugá, establece que "El concejo Municipal de Fusagasugá, se instalará el día señalado por la ley" (art. 1o.), que "Esta primera reunión, se denominará JUNTA PREPARATORIA" (art. 2o. ib.), y que "Será Presidente de la Junta Preparatoria, quien lo haya sido del Concejo en su último período de sesiones, en su defecto por quien haya sido primer Vicepresidente y en su defecto por el segundo Vicepresidente ..... (art. 3o.), lo que quiere decir, que el primero de febrero del respectivo año, o en los días subsiguientes, el Concejo puede o debe reunirse por derecho propio, sin necesidad de citación previa del Presidente o de uno de los vicepresidentes en defecto de aquél, y puede o debe proceder a a elegir a sus dignatarios para el nuevo período de sesiones. Si para reunirse el Concejo por derecho propio necesitara de la previa convocatoria de quien haya sido Presidente o vicepresidente de la Corporación en sus últimas o última sesión, es claro que quedaría a la decisión autónoma de dicho dignatario determinar si el Concejo se reúne en las fechas indicadas en la ley o en otras diferentes, e incluso si debe reunirse o no en ese período legal ordinario, cuestión inadmisible desde todo punto de vista.

En consecuencia, debe llegarse a la conclusión de que el Concejo de Fusagasugá podía reunirse el día 16 de febrero de 1.990, día viernes, a partir de las 6 p.m., como efectivamente lo hizo, sin necesidad de la previa convocatoria de quien ejercía la Presidencia hasta ese entonces, y podía igualmente, proceder a la elección de sus dignatarios para el nuevo período, como también lo hizo, y que, en consecuencia, no se encuentra la pretendida nulidad del acto de elección de dichas personas.

Otra cosa, es que se hubiera tratado en esa sesión de la elección de funcionarios cuya provisión corresponda al Concejo (Personero, Contralor, etc.), pues en ese evento, se necesitaba, para la validez de la elección, de la previa citación por escrito de los concejales con la antelación prevista en la ley y la advertencia o determinación de las personas o funcionarios que se trata de elegir, que no es el caso.

Por lo brevemente expuesto, la Sala encuentra el pronunciamiento del *a-quo* ajustado a derecho, y por ello habrá de confirmarse la sentencia recurrida.

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 de acuerdo con él,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA de 18 de septiembre de 1.990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONCEJAL-Incompatibilidades/**PARENTESCO**-Prueba

En términos del artículo 105 del Decreto 1260 de 1.970, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92/38, se prueban con copia de la correspondiente partida o folio o con certificados expedidos con base en los mismos, pero, estos no determinan el estado civil propiamente dicho, ni la calidad de la filiación, dado su carácter meramente enunciativo. En estas condiciones, las certificaciones del registro de nacimiento allegadas, no demuestran la legitimidad o no de los hijos, como tampoco que éstos son hermanos.

DEMANDA ELECTORAL-Requisitos/**ESCRUTINIO/PRETENSIONES**

Si bien es cierto que el autor no incluyó como una petición de su demanda, la disposición por parte del Tribunal para la realización de un nuevo escrutinio, que debía ser consecuencia de la nulidad de los votos depositados en favor del candidato, no tenía razón para abstenerse de ordenarlo, pues en este caso, la orden y posterior realización de esa diligencia constituían la consecuencia de la declaratoria de nulidad de los votos; con el nuevo escrutinio se ejecutaba la sentencia, pues de lo contrario la sola anulación de votos no tendría eficacia alguna, toda vez que era necesario, además excluirlos del cómputo y realizar con los válidos un nuevo escrutinio que arrojaría el verdadero resultado electoral.

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

Bogotá, D.E. seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

PROYECTO: Dra. Martha Leonor Pérez Torres - Abogado Asistente

Referencia: Expediente Nº 0464. APELACION SENTENCIA PROFERIDA EL 26 DE SEPTIEMBRE DE 1.990, POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR. ACTOR : Augusto Eliseo Sampayo Noguera

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en oportunidad legal (fl. 84) contra la sentencia de la referencia.

1. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, el abogado AUGUSTO ELISEO SAMPAYO NOGUERA, demandó la elección de concejales de Aguachica (Cesar), para que se anularan los votos depositados el 11 de marzo de 1.989 en la mesa Nº 2, corregimiento de Loma de Corredor, en favor del candidato Edgar Llaín Carballo. El acto impugnado, es, a juicio del actor, violatorio del artículo 223-6 del C.C.A., modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1.988, dado que en la mesa de votación Nº 2 de corregimiento mencionado, actuó como jurado la señora Ana Pastora Abril Vargas, a fin en segundo grado del candidato y posteriormente elegido concejal Edgar Llaín Carballo, quien a su vez es hermano de José Libardo, cónyuge de la jurado mencionada.

La demanda fué admitida y en el término de fijación en lista, contestada por el apoderado del demandado, quien se opuso a las pretensiones del actor y solicitó la confirmación de la legalidad del acto, pues, sostuvo que para que se configurara la violación de la norma citada era necesario demostrar el parentesco en segundo grado de afinidad entre el jurado de votación y el candidato, observando, finalmente, que la partida de matrimonio de Pastora Abril Vargas no reúne los requisitos exigidos por la ley.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal consideró que la controversia planteada en este caso, se concretaba en determinar si el parentesco existente entre el candidato al concejo municipal y la jurado Ana Pastora Abril, anularía los votos depositados en la mesa Nº 2 del corregimiento de Loma de Corredor, así como la elección de los demás concejales del municipio de Aguachica.

Con las pruebas aportadas al proceso, el *a-quo* encontró demostrados los siguientes hechos:

Que el señor Edgar Llaín Carballo resultó elegido concejal principal para el municipio de Aguachica en las elecciones para el período comprendido entre

1.990-1.992; que al momento de su elección se encontraba dentro del segundo grado de afinidad legítima en línea transversal con la señora Pastora Abril Vargas, quien hizo parte de los jurados de votación de la mesa N° 2 del corregimiento de Loma de Corredor, concluyendo que, demostrado el parentesco no existía duda de que los 107 votos depositados a favor del candidato Llaín Carballo en la mesa de votación N° 2 se encontraban afectados de nulidad, resolviendo, entonces, declararlos nulos.

No encontró procedente la segunda petición incoada por el actor para que se declarara la nulidad de concejales de Aguachica, porque, la causal invocada no podía hacerse extensiva a los demás ediles dado el carácter restrictivo de la norma señalada como violada.

Finalmente observó que a más de la nulidad de los votos, el actor debió pedir la cancelación de la credencial del concejal, para otorgarla a quien correspondiera, como también la realización de un nuevo escrutinio, siendo imposible para el Tribunal decretarlo por la condición de rogada que asiste a la jurisdicción administrativa.

Y con base en esas consideraciones, denegó las demás súplicas de la demanda.

3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

En su recurso de apelación la parte demandante solicita la adición o complemento de la sentencia referida en el numeral anterior para que se ordene, previa petición a la delegación departamental del Estado Civil con sede en Valledupar, el envío de formulario E-24, para la práctica de un nuevo escrutinio a celebrarse antes del quinto día hábil siguiente a la ejecutoria del fallo, de conformidad con el artículo 247 del C.C.A., pues, a su juicio la demanda debe estudiarse de acuerdo con su contenido integral y lógico y no en forma parcial como en este caso, en el que se decreta la nulidad de votos pero no la práctica de escrutinios consecuenciales en los que se deben excluir los votos anulados; así lo dispone el inciso 5°, artículo 3° del C.C.A. al consagrar el principio de la eficacia. Es evidente que para que la declaratoria de nulidad surta efectos, debe declararse la práctica de un nuevo escrutinio, el cual fue omitido por el tribunal, contradiciendo así el principio de la eficacia y lo dispuesto en el artículo 247 del C.C.A.

Observa que el capítulo de notificaciones de la demanda se expresó que, como al decretarse la nulidad se hacía necesaria la práctica de nuevos escrutinios, debía emplazarse mediante edicto a todos los ciudadanos declarados elegidos, como en efecto se hizo.

El apelante sostiene que la características de rogada que tiene la justicia administrativa, se refiere a las aspiraciones solicitadas por las partes y no a aquellos aspectos cuya obligación es deber oficioso del Tribunal, y aún cuando en el capítulo de notificaciones del libelo pidió la práctica del escrutinio así no lo

hubiera hecho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 247 del C.C.A., su práctica era obligación del juzgador, en términos del inciso primero del artículo 226 del C.C.A.

El señor Fiscal Octavo en su concepto de fondo solicitó la revocatoria de la sentencia apelada para que en su lugar se declare la ineptitud de la demanda, toda vez que el actor no solicitó en su libelo la realización de nuevo escrutinio.

CONSIDERACIONES

La Sala observa que a folios 28 y 43, 29 y 41, 30 y 42, obran respectivamente, certificaciones de los registros de nacimiento de Edgar y José Líbardo Llaín Carballo y del matrimonio del último de los nombrados con Ana Pastora Abril Vargas; dichas certificaciones pretenden demostrar el parentesco legítimo de consanguinidad en línea colateral de los señores Edgar y José Libardo Llaín Carballo por ser hijos de los mismos padres, e igualmente el parentesco en segundo grado de afinidad legítima (en línea transversal) entre Pastora Abril Vargas y José Libardo Llaín Carballo, por ser cónyuges entre sí.

El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y en la sociedad; su asignación corresponde a la ley (art. 1°, Decreto 1260/70) y debe constar en el registro del estado civil (art. 101, Decreto 1260/70). Dentro de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas que deben ser inscritos en el respectivo registro, están el nacimiento y el matrimonio (art. 5° *ibídem*); el estado civil como el parentesco, o relación que existe entre miembros de una misma familia, son hechos susceptibles de demostrarse con las correspondientes actas, pues sus copias expedidas legalmente son reproducciones del documento íntegro registrado con todos los datos e informaciones que lo componen, mientras que las certificaciones expedidas por Notario tan solo se refieren a determinados puntos de todos los que figuran en el documento respectivo, dejando de lado como ocurrió en este caso algunos de ellos.

En términos del artículo 105 del Decreto 1260 de 1.970, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1.938, se prueban con copia de la correspondiente partida folio o con certificados expedidos con base en los mismos, pero, estos no determinan el estado civil propiamente dicho, ni la calidad de la filiación, dado su carácter meramente enunciativo; por ello, los certificados traídos al expediente tan solo indican -no prueban- que Edgar y José Libardo son hijos de José Llaín y Carmen Carballo. Los documentos referidos ni siquiera mencionan y menos pueden establecer la calidad de la filiación, es decir, si aquellos son hijos legítimos o extramatrimoniales reconocidos, pues, el primer caso supone la existencia de un matrimonio entre José Llaín y Carmen Carballo y si esa unión llegó a existir no fué probada en el proceso, Ahora bien, si fueran hijos reconocidos, la prueba de tal hecho tampoco fue aportada, toda vez que ella

debía ser de tal calidad que demostrara sin lugar a dudas, la aceptación voluntaria de la condición de padre por parte de José Llaín.

En estas condiciones, las certificaciones del registro de nacimiento de Edgar y José Libardo Llaín Carballo que obran a folios 28 y 43, y 29 y 41 del expediente, no demuestran que son hijos legítimos o extramatrimoniales de José Llaín y Carmen Carballo, como tampoco que son hermanos.

No habiendo sido probado el parentesco de hermanos de Edgar y José Libardo, no es necesario entrar a analizar la existencia del matrimonio entre el último de los nombrados y la jurado de votación Pastora Abril Vargas, pues aún probada la calidad de cónyuges de éstos no podría serlo el parentesco entre la señora Abril Vargas y el candidato y posteriormente elegido concejal, Edgar Llaín Carballo; en consecuencia, tampoco podría estar incursa en la causa de incompatibilidad consagrada en el artículo 223-6 del C.C.A. y por lo tanto no ameritaba aplicar la sanción establecida para estos casos en la disposición mencionada, es decir, la anulación de los votos depositados en la mesa N° 2, corregimiento Loma de Corredor -municipio de Aguachica- en favor del señor Edgar Llaín Carballo.

Por lo expuesto, esta Sala revocará en todas sus partes de la sentencia recurrida y en su lugar denegará las súplicas de la demanda. Sin embargo, antes de tomar la decisión anotada, se referirá al reparo que el señor Fiscal octavo hace a la demanda, señalando su ineptitud en razón de que el actor en el libelo pidió la anulación de votos pero no la realización de un nuevo escrutinio y como la jurisdicción administrativa es rogada, el juez sólo puede estudiar y resolver sobre lo solicitado en aquélla, y por lo tanto, en este caso, no podía ordenar la realización del escrutinio.

La ineptitud de la demanda se configura, bien cuando se omite alguno de los requisitos que para su correcta elaboración o como anexos señalan los artículos 139 y siguientes del C.C.A., o bien, cuando se acumulen pretensiones, desconociendo lo dispuesto en el artículo 82 del C.P.C., tal como quedó reformado por el Decreto 2282 de 1.989.

El primer caso se presenta cuando el libelo no contiene v. gr. la designación de las partes, los hechos que sirven de fundamento a la acción, lo que se demanda etc.; cualesquiera otro defecto que se aparte de los límites referidos es incapaz de estructurar ineptitud de demanda.

El reparo que hace el colaborador fiscal al libelo presentado por el doctor Sampayo Noguera evidentemente existe, pues aún cuando el último de los nombrados sostiene que la petición para que se realizara nuevo escrutinio aparece en el capítulo de notificaciones de aquél, la verdad es que este contiene solicitud en el sentido de que mediante emplazamiento se notifique a todas las personas que resultaron elegidas concejales en el municipio de Aguachica, porque, en sentir del actor, esa clase de notificación era necesaria, pues, en caso de decla-

rarse la nulidad se practicarían "nuevos escrutinios". Esta última consideración sobre la eventualidad de la prosperidad de la única petición de la demanda, no es ni puede ser tomada como la segunda de ellas, la que debía cumplirse previa anulación de los 107 votos depositados por el candidato Edgar Llaín Carballo en la mesa de votación ya referida.

Sin embargo, el defecto anotado no alcanza a afectar la aptitud formal de la demanda por las siguientes razones:

El Tribunal encontró que en la mesa de votación Nº 2, corregimiento Loma de Corredor, se desempeñó como jurado la profesora Ana Pastora Abril Vargas pariente en segundo grado de afinidad legítima del candidato Edgar Llaín Carballo y por lo tanto infiere que la norma citada por el actor como transgredida -art. 223-6 del C.C.A.- en efecto lo fué, disponiendo en consecuencia, tal como se solicitó en el libelo, la anulación de los 107 votos depositados en favor de ese candidato, pero sin ordenar un nuevo escrutinio, argumentado, que como éste no fué pedido en la demanda, el carácter rogado de la jurisdicción administrativa, impedía hacer un pronunciamiento en ese sentido.

Si bien es cierto que el autor no incluyó como una petición de su demanda la disposición por parte del Tribunal para la realización de un nuevo escrutinio, que debía ser consecuencia de la nulidad de los votos depositados en favor del candidato Llaín Carballo, no tenía razón para abstenerse de ordenarlo, pues en este caso, la orden y posterior realización de esta diligencia constituían la consecuencia de la declaratoria de nulidad de los 107 votos; con el nuevo escrutinio se ejecutaba la sentencia, pues de lo contrario la sola anulación de votos no tendría eficacia alguna, toda vez que era necesario, además excluirlos del cómputo y realizar con los válidos un nuevo escrutinio que arrojaría el verdadero resultado electoral.

Lo anteriormente expuesto, encuentra respaldo en lo dispuesto por el artículo 247 citado por el apelante, cuya parte pertinente expresa:

"ART. 247 : Si como consecuencia de lo resuelto **debiera practicarse** por el Tribunal o por el Consejo **un nuevo escrutinio, se señalará en la misma sentencia día y hora para ello**..." (Subrayas de la Sala).

De acuerdo con la naturaleza de la pretensión y la norma transcrita, la decisión apelada imponía la obligación al Tribunal *a-quo* no sólo de practicar el escrutinio, sino la de señalar en la misma sentencia fecha para su realización, pues solo con este se cumplían los efectos de aquélla.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto Fiscal y en desacuerdo con él,

FALLA:

Revócase la sentencia proferida el 26 de septiembre de 1.989 por el Tribunal Administrativo del Cesar y en su lugar, se deniegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión del seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

ALCALDE-Inhabilidad/**CONTRATO/ORDEN DE TRABAJO**

El alcalde electo prestaba un servicio ocasional a la Corporación Autónoma Regional del Cauca sin vínculo laboral; su labor se cumplía mediante órdenes de trabajo especial y reconocimiento de pago. Cada orden de trabajo constituía por sí un contrato celebrado por un establecimiento público con un particular, en este caso, de prestación de servicios. La inhabilidad para ser elegido alcalde nace el día de la celebración del contrato con la Administración y requiere que se cumpla en el mismo municipio. Se hallaba entonces incurso en causal de inhabilidad.

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

Bogotá, D.E., seis (6) de Diciembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penen Deltieure*

Ref.: Expediente No. 0457. ACTOR: WILMAR GONZALEZ CRUZ

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante Wilmar González Cruz contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 10 de septiembre de 1.990, que no accedió a las pretensiones de la demanda instaurada contra el acto por medio del cual se declaró electo al señor Alberney Arias Gómez como Alcalde del Municipio de Dagua para el período 1.990 - 1.992.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública electoral el abogado Luis Mario Duque, en demanda presentada el 4 de abril de 1.990 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, pide lo siguiente:

> "1-) Se declare la nulidad del acto por medio del cual se declaró electo como alcalde del municipio de Dagua, para el período de 1.990 a 1.992 al señor ALBERNEY ARIAS GOMEZ y contenido en el formato E - 28 hoja 5 de la Comisión Escrutadora de Dagua.
>
> 2-) Ordenar que se cancele la credencial expedida al señor ALBERNEY ARIAS GOMEZ, que lo acredita como alcalde del municipio de Dagua.
>
> 3-) Que se comunique la decisión al Gobernador para los efectos del art. 8 de la Ley 49/87".

Fundamento de su acción es el hecho que el señor Alberney Arias Gómez se encontraba inhabilitado para ser elegido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5o. de la Ley 78 de 1.986, adicionado por el artículo 1°, parágrafo segundo de la Ley 49 de 1.987, porque desde hacía aproximadamente un año venía prestando un servicio temporal y ocasional a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CVC), en calidad de contratista, en virtud de haberle adjudicado esta entidad unas órdenes de trabajo para la lectura de 503 contadores en 12 veredas de la zona rural del municipio de Dagua.

En el mismo libelo el apoderado del actor pidió la suspensión provisional del acto acusado, solicitud que fué despachada favorablemente por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en providencia de fecha 18 de abril de 1.990.

Contra esta decisión, el señor Alberney Arias Gómez, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación el cual fué resuelto en auto proferido el 31 de mayo de 1.990, revocando la suspensión provisional, por no apreciarse la manifiesta violación y requerir el asunto un análisis más profundo que solo es procedente en la sentencia.

Así mismo, el apoderado del demandado impugnó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, aceptando algunos hechos y negando otros, para lo cual adujo que su mandante celebró contrato con la C.V.C. para leer periódicamente los contadores de energía en 12 veredas del Municipio de Dagua, labor que se cumplía cada dos meses durante tres días. Señaló también que las órdenes de trabajo no son contratos distintos sino parte del contrato ya celebrado, constituyendo la forma de pago al contratista en desarrollo del mismo contrato, y deben entenderse como un mecanismo de legalización de cuentas de cobro por trabajos cumplidos con anterioridad. Aseguró que, entre diciembre de 1.989 y marzo de 1.990, el señor Alberney Arias Gómez no ejecutó trabajo alguno para la C.V.C. y que las

órdenes de trabajo con fecha enero 10 y marzo 1° de 1.990 "...corresponden a trabajos ejecutados en 1.989 que no fueron pagados oportunamente....".

Estimó también que debe distinguirse entre el término de celebración y el de ejecución de los contratos y dijo que quien ejecutó el trabajo dentro de la época no fué su mandante sino el señor Jorge Enrique Payán.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Aportadas al proceso las pruebas pedidas por ambas partes y practicadas otras, vencido el término para alegar con intervención de aquellas y oído el concepto del señor Fiscal Segundo, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia el 10 de septiembre de 1.990 negando las pretensiones de la demanda.

Consideró el *a-quo* que los presupuestos que integran la inhabilidad señalada en el artículo 5° de la Ley 78 de 1.986, modificado por el artículo 1° parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1.987, no se encuentran reunidos en el caso del señor Albemey Arias Gómez, porque el contrato que lo vinculaba a la Administración fué celebrado con anterioridad a los tres meses que señala la norma, estimando el Tribunal que la fecha de su celebración lo fué el 18 de enero de 1.989 y se vino cumpliendo hasta marzo 1° de 1.990, apoyando su razonamiento en jurisprudencia del Consejo de Estado, así como en la definición del contrato de prestación de servicios prevista en el artículo 163 del Decreto Ley 222 de 1.983 y en el artículo 26 *ibidem*, que no exige solemnidades para esta clase de contratos cuando su cuantía es inferior a trescientos mil pesos ($300.000.oo), coligiendo que las órdenes de trabajo celebradas desde enero de 1.989 entre la C.V.C. y el Alcalde elegido, son típicos contratos de prestación de servicios.

El Tribunal estimó que las consecutivas órdenes de trabajo demuestran la celebración de más de dos contratos respecto de un mismo objeto, entre la C.V.C. y el señor Albemey Arias Gómez, presentándose el "fraccionamiento de contratos" prohibido por el artículo 56 del estatuto mencionado y que, la sucesión de convenios, en este caso, las órdenes de trabajo, no configuraron contratos independientes, sino una sola vinculación contractual cuya época de celebración debe ser la de la primera orden en enero de 1.989, para concluir que el contrato de prestación de servicios no fue celebrado dentro del término de los tres meses anteriores al 11 de marzo de 1.990, fecha de la elección.

EL RECURSO

Contra el fallo de primera instancia el apoderado del demandante recurrió en apelación, fundamentando su inconformidad en la equivocada interpretación del Tribunal, al considerar las órdenes de trabajo como el simple desarrollo de

un contrato celebrado en 1.989, que, según dice, no existe y, por ende, no pudo ser aportado al proceso; Analiza las características de las órdenes de trabajo asegurando que cada una de ellas es un verdadero contrato autónomo e independiente. Se remite luego al contenido de algunas pruebas documentales y al concepto del Ministerio Público favorable a sus pretensiones y, finalmente, insiste en la inhabilidad del señor Alberney Arias Gómez para ser elegido Alcalde de Dagua.

EL MINISTERIO PUBLICO

En su vista de fondo la señora Fiscal Séptimo del Consejo de Estado, en detallado examen de la situación debatida conceptúa que debe revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las peticiones de la demanda. Así dice:

> "El debate en el presente caso surge no por la interpretación de la Norma que se estima como violada sino por la evaluación de las pruebas presentadas en relación con las normas de contratación administrativa. En efecto, el punto central del recurso es la calificación que debe darse a unas Ordenes de Trabajo que fueron allegadas como prueba de la calidad de contratista que se le endilga al demandado porque algunas de tales órdenes en atención a la fecha en que se produjeron estarían demostrando la inhabilidad del candidato por estar incurso en uno de los presupuestos de la Norma transcrita. La parte actora considera al respecto que tales Ordenes son contratos autónomos mientras que la parte demandada estima que las dichas Ordenes son solamente la forma de legalizar el pago originado en un contrato anterior". (fl. 120, Cuaderno No. 2).

Analiza luego las pruebas allegadas, observando que el señor Alberney Arias Gómez tenía vínculos con la C.V.C. en calidad de contratista; que no demostró la existencia de un contrato y, por tanto, las órdenes de trabajo no pueden ser consecuencia de su desarrollo, Que dichas órdenes consideradas individualmente contienen los mismos elementos de un contrato y, de su contenido, se deduce que son independientes entre sí, estimando la señora Fiscal que la labor realizada comienza con la expedición de la orden de trabajo y culmina con la cancelación del pago correspondiente.

No comparte las apreciaciones del Tribunal respecto del fraccionamiento de los contratos, ni en cuanto a que la fecha de la celebración del contrato entre el C.V.C. y el alcalde elegido sea la correspondiente a la de la primera orden de trabajo, porque en cada una se señala expresamente que la labor es ocasional. Manifiesta que quien aparece firmando cada una de las órdenes de trabajo y de pago es el señor Alberney Arias Gómez, aunque pretenda con testimonios demostrar lo contrario y de las fechas se concluye que algunas de aquellas se "...produjeron dentro del término de inhabilidad". (fls. 125, Cuaderno No. 2).

CONSIDERACIONES

La petición fundamental de la demanda está encaminada a obtener la nulidad del acto por el cual se declaró elegido al señor Alberney Arias Gómez Alcalde del Municipio de Dagua para el período constitucional 1.990 - 1.992, porque a la fecha de su elección se hallaba incurso en la causal de inhabilidad prevista para quien dentro de los tres (3) meses anteriores haya celebrado "por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio", según lo dispone el artículo 5o. literal e) de la Ley 78 de 1.986, modificado por el artículo 1°, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1.987.

Analizada cada una de las probanzas que se encuentran en el expediente se pudo establecer:

1)- El señor Alberney Arias Gómez prestaba un servicio ocasional a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.) sin vínculo laboral. En efecto, los documentos suscritos por el Jefe de Personal y el Jefe Sección Administración y Servicios al Consumidor de la citada entidad, que obran a folios 4 y 8 del Cuaderno No. 1, acreditan que el ciudadano en mención prestó a la Corporación servicios ocasionales para la lectura de contadores de energía en veredas de la zona rural del Municipio de Dagua.

2)- Dicha labor se cumplía mediante órdenes de trabajo especial y reconocimiento de pago.

La relación contractual habida entre el señor Alberney Arias Gómez y la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.) se ejecutaba, cada vez, mediante órdenes para trabajo ocasional o transitorio, las cuales aparecen en formatos preimpresos, cuyos espacios en blanco fueron llenados en cada oportunidad con las siguientes especificaciones: para prestación de servicios, número de la orden de trabajo, clase de trabajo, y lectura de Contadores en zona rural Mpio. Dagua con indicación de las veredas, imputación presupuestal, valor total, forma de pago de contado, previa entrega a satisfacción y presentación de la respectiva cuenta de cobro. Dichas órdenes aparecen suscritas por ambas partes en el lugar y fecha señalados. Concluida la labor el propio Alberney Arias Gómez hacía la presentación de la respectiva cuenta de cobro, adjuntando la orden de trabajo, el acta de recibo y la tramitación de pago, culminando este procedimiento administrativo con la cancelación del valor al mismo ciudadano. (fls. 2 a 43 del Cuaderno No. 1 de pruebas).

Aquí cabe observar que la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.) creada según Decreto 3110 de octubre 22 de 1.954, es un establecimiento público adscrito al Departamento Nacional de Planeación y como tal puede contratar la prestación de servicios para atender las actividades que desarrolla, entre las cuales están

las de generar, transmitir y distribuir energía eléctrica y coordinar los sistemas eléctricos para una mayor economía.

Lo dicho es coherente con los preceptos que enseguida se enuncian del Decreto 222 de febrero 2 de 1.983, que regula la contratación administrativa, cuyo artículo 1° dispone que los contratos allí previstos "que celebren la Nación, (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto".

De naturaleza administrativa califica la misma ordenación el contrato de prestación de servicios (artículo 16, numeral 3°), y el artículo 163 de la misma lo define como "el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta".

Y el artículo 26 del precitado Decreto dispone que "...deberán constar por escrito los contratos cuya cuantía sea o exceda la suma de trescientos mil pesos ($300.000.oo).

De las normas transcritas se infiere que cada orden de trabajo constituía por sí un contrato, celebrado por un establecimiento público con un particular, en este caso, de prestación de servicios.

3)- El ciudadano Albemey Arias Gómez realizó el trabajo de lectura de los contadores de energía en la zona rural de Dagua entre enero de 1.989 y marzo de 1.990.

Se comprobó que el demandado prestó servicios a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.), trabajos que fueron recibidos a satisfacción en las siguientes fechas : 30 de enero, 24 de abril, 7 de julio, 28 de agosto, 30 de octubre de 1.989 y febrero 2 y marzo 14 de 1.990 (fls. 43, 37, 31, 25, 19, 7 y 13 del Cuaderno No. 1 de pruebas). Así mismo aparecen registrados los pagos hechos al señor Albemey Arias Gómez entre febrero 15 de 1.989 y abril 6 de 1.990 de acuerdo con la respectiva orden, según certificación expedida por el Jefe de Sección Contabilidad del mencionado organismo (fl. 1 del mismo cuaderno), que permite deducir que el ciudadano elegido celebró varios contratos de prestación de servicios con la corporación.

4)- El señor Albemey Arias Gómez fué elegido Alcalde del Municipio de Dagua para el período constitucional 1.990 - 1.992, como lo demuestran el formulario E 28 - Acta Parcial de Escrutinio de Votos para Alcalde - y la hoja 5 del mismo, - Declaratoria de elección de Alcalde -, aportados por el demandante y solicitados oficiosamente por el *a-quo*, visibles folios 3 y 2 del cuaderno No. 1 y 63 y 64 del Cuaderno No. 2).

Verificados los hechos ocurridos, se debe precisar si alguno o algunos de los contratos tuvieron origen dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la elección, que lo fué el 11 de marzo de 1.990, para finalmente establecer si surge de ello la inhabilidad prevista.

En el orden cronológico en que fueron suscritos, resulta notorio que el día 10 de enero de 1.990 (fls. 5 y 6 del cuaderno No. 1 de pruebas), el señor Alberney Arias Gómez estableció un vínculo contractual con la Administración, a saber, la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.), para desarrollar una actividad en el Municipio de Dagua, lugar donde resultó elegido; y que igual cosa ocurrió el 1° de marzo de 1.990 (fls. 7 y 12 del cuaderno No. 1 y del Cuaderno No. 1 de pruebas).

La inhabilidad para ser elegido o designado alcalde nace el día de la celebración del contrato con la Administración, y requiere que se cumpla en el mismo municipio. Se hallaba, entonces, el señor Arias Gómez incurso en la inhabilidad consagrada en el citado literal e) del artículo 5° de la Ley 78 de 1.986, modificado por el artículo 1°, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1.987, pues los comicios para elegir Alcalde en esta localidad tuvieron lugar el 11 de marzo de 1.990 y el demandado celebró contratos de prestación de servicios con la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.) dentro del término de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la elección.

Las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que se revocará la sentencia apelada.

Debe precisar la Sala que no es dable examinar en esta Sede si hubo o no fraccionamiento del contrato, como lo pretende el *a-quo*, porque si ello fuera objeto del debate, le correspondería a otra Sección del Contencioso Administrativo.

Por último, llama la atención la forma desobligante utilizada por el Doctor Luis Mario Duque, apoderado del demandante, al referirse a esta Corporación en su memorial de alegatos (fl. 77 del Cuaderno No. 2), que es objeto de categórico rechazo por esta Sala, porque riñe con los más elementales principios de buena educación y con su propia aseveración de haber sido siempre respetuoso de las decisiones de los jueces; y porque al tenor del artículo 50 del Decreto 196 de 1.971 constituye una falta disciplinaria, por lo cual habrá de ordenarse se compulsen copias con destino a la autoridad competente para su investigación.

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

FALLA:

1o.- Revócase la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 10 de septiembre de 1.990 en virtud de la cual no se accedió a las pretensiones de la demanda.

2o.- Anúlase el acto por medio del cual la Comisión Escrutadora declaró el 16 de marzo de 1.990 electo Alcalde del Municipio de Dagua, para el período constitucional 1.990 - 1.992, al señor Alberney Arias Gómez.

3o.- Ordénase cancelar la credencial de Alcalde expedida al señor Alberney Arias Gómez.

4o.- Comuníquese lo aquí resuelto al señor Gobernador del Departamento del Valle del Cauca para los efectos previstos en el artículo 8° de la Ley 49 de 1.987.

5o.- Compúlsese copias con destino a la autoridad competente para que investigue la conducta del abogado Luis Mario Duque señalada en la parte considerativa de esta providencia.

6o.- Devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESEY CUMPLASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

TESTIMONIO/DECLARACION DE TERCEROS/PRUEBA SUMARIA/INDICIO/FALSEDAD IDEOLOGICA/PRUEBAS

La falta de contradicción por la no citación de la persona contra la cual se va a hacer valer es testimonio de un tercero, le da a ese testimonio el carácter de prueba sumaria, más no el de prueba indiciaria, es decir, de hecho que «indica», que «muestra», que «señala» o «conduce» a establecer o dar por demostrado otro hecho; en este evento, la falsedad o aprocrifidad de los elementos que integran el registro electoral, falsedad que cuando es material requiere la prueba pericial para demostrarla o establecerla. La declaración de terceros y el indicio son medios probatorios diferentes. Sería peligroso considerar como prueba fehaciente de una falsedad ideológica en que supuestamente se incurrió en documento público, los testimonios de personas que supuesta o realmente votaron por un candidato a quien no le aparecieron computados en el registro correspondiente los votos constituidos por la suma de las personas que dicen haber sufragado por aquél, así aparezca establecido que realmente esas personas podían votar en dicha mesa de votación y que efectivamente lo hicieron, especialmente si se trata de declaraciones o testimonios que no se realizaron con el lleno de las formalidades legales.

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

Bogotá, D.E., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 0471.

Nulidad del acto de declaratoria de elección del ciudadano JAIR ANTONIO HERNANDEZ QUINTERO, como alcalde del municipio de Río de Oro (CESAR), para el período constitucional de 1.990 a 1.992. Recurso de apelación contra la sentencia de septiembre 28 de 1.990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar. Actor: AUGUSTO ELISEO SAMPAYO NOGUERA.

Conoce la Sala del recurso de apelación ejercitado oportunamente por el demandante y su coadyuvante José Luis URON MARQUEZ, contra la sentencia de la referencia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. La acción y su fundamento. Con fundamento en los dispuesto en el numeral 2o. del artículo 223 del C.C.A. (artículo 17-2 de la ley 62 de 1.988), se demandó la nulidad del acto administrativo electoral por medio del cual se declaró electo como alcalde del municipio de Río de Oro (Cesar) al ciudadano Jair Antonio Hernández Quintero, para el período constitucional en curso, para que, como consecuencia de ello, se ordene la realización de un nuevo escrutinio, en razón a haberse realizado fraude en la mesa # 8 de la cabecera municipal que favoreció al elegido y perjudicó al candidato José Luis Urón Márquez.

II. La sentencia apelada y su fundamento. El *a-quo* denegó las pretensiones de la demanda, por cuanto encontró que los hechos de la demanda no fueron probados, ya que las pruebas aducidas no tienen valor probatorio alguno.

En efecto, sostiene el Tribunal, que los testimonios extra-proceso no fueron ratificados dentro del juicio, razón por la cual no pueden apreciarse, según lo preceptuado por el artículo 229 del C. de P.C., aplicable en ese momento, y, en cuanto hace a las manifestaciones, constancias o certificaciones que aparecen a folios 5 a 71, inclusive, del expediente, tampoco tienen valor probatorio, por cuanto son documentos privados, en razón de que no reunen requisitos para ser documentos públicos y la nota de presentación de ellos ante juez, da fe sobre ello, es decir, sobre su presentación por quienes realizaron la diligencia, pero no sobre la autenticidad o certeza del contenido, además de quien los aportó al juicio, no pidió su reconocimiento por los autores de ellos, en cuyo caso el juzgador hubiera señalado fecha y hora para tal fin, como lo dispone el artículo 272 del C. de P.C.

Pero si en gracia de discusión, algún valor probatorio se otorgara a dichos documentos, de ninguna manera podría enervarse el contenido de las actas de escrutinio de los jurados de votación, por cuanto son documentos públicos, gozan de la presunción de autenticidad, que se mantiene incólume mientras no haya sido plenamente desvirtuada.

Finalmente, observa el *a-quo*, que no se allegó al proceso el acta de escrutinio de los jurados de la mesa número 8 de la cabecera municipal, impugnada como falsa o como apócrifa, para poder establecer lo uno o lo otro.

III. Los recursos de apelación. Insisten, tanto el demandante como su coadyuvante, en que los elementos probatorios que se aportaron al proceso, demuestran fehacientemente que en el caso de autos hubo falsedad, y, que, por consiguiente, se debe decretar la nulidad del acta de escrutinios en lo que respecta a la mesa 8 de la cabecera municipal. Sostiene, en efecto, que los testimonios obrantes a folios 3 y 4 del expediente demuestran las maniobras fraudulentas y que sus dichos están confirmados con lo manifestado por 67 personas que votaron en la mesa acusada en favor del candidato Urón Márquez, a quien sólo le aparecieron 57 en el escrutinio, manifestación hecha en memorial presentado personalmente ante el juez penal municipal de la localidad. Hace una crítica de la apreciación probatoria del *a-quo* y finalmente concluye que la falsedad invocada como causal de nulidad del acta de escrutinio, en cuanto a la mesa número 8 de la cabecera municipal, está plenamente demostrada, razón por la cual considera que la sentencia apelada debe ser revocada.

El coadyuvante de la parte demandada, además, controvierte la aseveración del Tribunal sobre el hecho de no haberse aportado al proceso del acta de escrutinio de la mesa 8 precitada, puesto que dicho documento aparece a folios 132 y 133 del expediente. También agrega, finalmente, que no comparte el criterio del Tribunal sobre que la falsedad o apocrificidad debe ser demostrada mediante prueba directa, ya que la ley no lo ha establecido en parte alguna.

IV. El concepto del señor agente del Ministerio Público. El señor Fiscal octavo de la Corporación solicita la confirmación de la sentencia apelada, por cuanto considera que no existen en el proceso pruebas que demuestren la realización del posible fraude alegado, ya que las declaraciones aportadas no fueron ratificadas dentro del proceso y por consiguiente carecen de todo valor probatorio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- Como se ha visto, se impugna la mesa # 8 de la cabecera municipal de Río de Oro en la cual el elegido obtuvo 106 votos, contra 57 votos del candidato que le siguió en la votación, el ciudadano Urón Márquez José Luis, coadyuvante de la parte demandante en este proceso, invocándose como causal de nulidad la prevista en el numeral 2o. del artículo 223 del C.C.A., consistente en ser falsas o apócrifas las actas de escrutinio de los jurados de votación, o los elementos que hayan servido para su formación, alegándose para ello lo siguiente:

a.- Según declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Ricaurte Osorio Medina y Armando Rojas Picón, testigos electorales, los jurados de la mesa de votación impugnada, y en especial una odontóloga de apellido Meneses,

manipularon el conteo de votos para alcalde municipal, que hasta determinado momento iba parejo, para lograr que el elegido obtuviera votación mayoritaria en dicha mesa, como efectivamente ocurrió.

b.- 67 Personas declaran en forma libre y espontánea, bajo la gravedad del juramento, en memorial presentado personalmente ante el juez penal municipal de Río de Oro, que el 11 de marzo del presente año, votaron en la indicada mesa en favor del candidato a la alcaldía, señor José Luis Urón Márquez, documentos que se anexan a la demanda.

c.- Según prueba documental, consistente en certificación de la Registraduría Municipal del Estado Civil, esas 67 personas podían votar en la indicada mesa 8 de la cabecera municipal, y, efectivamente, lo hicieron según la Lista de Sufragantes (formulario E-14) que se allegó al proceso dentro del período probatorio.

d.- No obstante lo anterior, según el acta de escrutinio de los jurados de la mesa de votación sólo aparecieron votando en favor del candidato Urón Márquez, 57 ciudadanos.

e.- Si a todo lo anterior se agrega, que los pliegos electorales correspondientes a la mesa impugnada fueron los últimos en llegar a la Registraduría del Estado Civil y ser introducidos en el arca triclave, inclusive teniendo en cuenta los correspondientes a los corregimientos lejanos o distantes; que es en esta mesa en donde existe una clara diferencia entre los dos candidatos que capitalizaron el mayor número de votos y, finalmente, que en el registro de votantes se dió un "salto del número 221 al 223, es claro que se encuentra plenamente comprobada la falsedad o el fraude, pues todos esos elementos de convicción constituyen indicios convergentes, consistentes y concordantes, así se trate de indicios leves.

2.- Para la Sala es incuestionable el planteamiento del *a-quo* en relación con las declaraciones extrajuicio allegadas al proceso con la demanda: una declaración recibida fuera del proceso, necesita ratificación, cuando se "hayan rendido en otro - proceso -, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior", que no es el caso, o cuando se hayan "recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299" (numerales 1° y 2° del art. 229 del C. de P.C.), que es el caso, aun cuando cabe observar que, a partir del primero de junio del presente año, esas declaraciones extraproceso sólo pueden solicitarse a personas que estén gravemente enfermas, pero siempre con el requisito de citar a la persona o personas contra las cuales se pretenda hacer valer el testimonio requisito que se mantiene en la nueva disposición subrogatoria del art. 298 primitivo del C. de P.C. No procede el testimonio extraproceso ahora, cuando se solicita respecto de personas de avanzada edad, o personas que no se encuentren en una de esas dos situaciones, como lo permitía la legislación anterior, y cuando procede debe citarse previamente a la parte contraria.

De manera que esas dos declaraciones extrajuicio, no pueden ser tenidas como prueba, ni siquiera como indicio que puede llegar a ser plena prueba si está debidamente probado en el proceso, se revisten gravedad y guardan concordancia y convergencia con otros y se relacionan con las demás pruebas que obren en el proceso. La razón es muy sencilla, la falta de contradicción por la no citación de la persona contra la cual se va a hacer valer el testimonio de un tercero, le da a ese testimonio el carácter de "prueba sumaria" (art. 299 primitivo del C. de P.C., reiterado en otros términos por la disposición subrogatoria de decreto ley 2282 de 1.989), más no el carácter de prueba indiciaria, es decir, de hecho que "indica", que "muestra", que "señala" o "conduce" a establecer o dar por demostrado otro hecho, en este evento, la falsedad o apocrificidad de los elementos que integran el registro electoral, falsedad que cuando es material requiere de la prueba pericial para demostrarla o establecerla. La declaración de terceros y el indicio son medios probatorios diferentes.

No es admisible, entonces, desde el punto de vista estrictamente procesal, el planteamiento y consideraciones del demandante-apelante sobre que se está en presencia de un indicio que con otros conducen a demostrar la falsedad o apocrificidad, cuestión que no aclara el mismo, ya que una cosa es el documento falso y otra el documento apócrifo, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación.

3.- En cuanto hace relación a las declaraciones libres y espontáneas, hechas bajo la gravedad del juramento "por 67 personas, que supuestamente votaron por uno de los candidatos a la alcaldía, ante el juez penal municipal de Río de Oro, la Sala se aparta del planteamiento del *a-quo*, que le asigna a esos memoriales el carácter de documento privado, que sería de tercero y no proveniente de parte en el proceso al cual se hace llegar. Para la Sala esos memoriales que obran a folios 5 a 71, inclusive, del expediente, son declaraciones extraproceso no rendidas ante juez, notario o alcalde, independientemente de si tienen o no fin judicial, en donde el funcionario judicial simplemente hace constar que ellos fueron presentados personalmente por sus signatarios; en otras palabras, procesalmente no se pueden considerar como testimonios extraproceso, ya que ni los recepcionó un juez, notario o alcalde con las formalidades de ley (en diligencia judicial y bajo la gravedad del juramento), ni estuvo precedida la recepción de la citación de la parte contraria, ni se ratificaron en el curso de juicio. Tampoco pueden considerarse como documentos privados, así se trate de escritos provenientes de personas que no tienen la calidad de funcionario público, por cuanto no son de "naturaleza dispositiva o simplemente representativa", ni son de naturaleza "simplemente declarativa" - que no es lo mismo que de naturaleza testimonial -, que son los que el juez puede tener como prueba en un juicio, cuando los primeros son auténticos conforme a la ley y los segundos han sido reconocidos o ratificados en cuanto a su contenido, salvo las excepciones de la ley (art. 277 del C. de P.C.).

En consecuencia, esos testimonios que ni siquiera pudieramos llamar procesalmente "declaraciones extrajuicio" no, pueden considerarse siquiera como

prueba sumaria, y mucho menos como indicio, tendientes a controvertir la legitimidad de un documento público, como es el acta de escrutinio de jurados de votación.

Finalmente, cabe observar que peligroso sería, en extremo, considerar como prueba fehaciente de una falsedad ideológica en que supuestamente se incurrió en documento público, los testimonios de personas que supuesta o realmente votaron por un candidato a quien no le aparecieron computados en el registro correspondiente los votos constituídos por la suma de las personas que dicen haber sufragado por aquél, así aparezca establecido, como en el caso *sub-lite*, que realmente esas personas podían votar en dicha mesa de votación y que efectivamente lo hicieron, especialmente si se trata de declaraciones o testimonios que no se realizaron con el lleno de las formalidades legales, como se ha visto.

Por todo lo anterior, tienen razón el señor Fiscal colaborador, cuando, de manera sucinta, dice que no existe en el proceso prueba alguna que demuestre la comisión del fraude alegado.

Por consiguiente, el recurso no está llamado a prosperar.

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 de acuerdo con él,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, con fecha septiembre 28 de 1.990, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda relacionada con la declaratoria de nulidad de la elección de alcalde del municipio de Río de Oro, para el período constitucional 1.990-1.992.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

Nota de Relatoría. Por providencia de fecha enero 23 de 1.991, la Sala negó la solicitud de adición del anterior fallo.

RECURSO DEAPELACION-Sustentación

Tratándose del Contencioso de Anulación de actos de elección o nombramiento de quienes desempeñan funciones públicas, sin duda que el interés general, en defensa de la legalidad indispensable al ejercicio de los empleos oficiales y de la estabilidad misma de las instituciones, permite hacer caso omiso de la falta de sustentación de la apelación que contra aquélla se interponga, fuera de que existe una razón de orden procedimental que autoriza esa conclusión, cual es la inexistencia, en el proceso especial electoral, de oportunidad en la segunda instancia para hacerlo, a diferencia de lo que, para la apelación en el proceso ordinario disponen los artículos 212 y 213 del C.C.A.

DEMANDA ELECTORAL-Requisitos/**COPIA DELACTO**

Tanto la H. Corte Suprema de Justicia como esta Corporación han sido unánimes y reiterativas al precisar que "si la aportación de copias al proceso se hace en la modalidad de reproducción mecánica, como en fotocopia, se requiere que éstas estén precedidas de autenticación ante notario o juez que haya verificado el respectivo cotejo, todo con sujeción a los arts. 253 y 254 del C.P.C."

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

Bogotá, D.E., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente N° 0459.-

Actora: Martha Cecilia Castaño Cortes. Apelación de la Sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo del Quindío, calendada a 16 de agosto de 1.990.-

Por apelación corresponde a la Sala conocer de la sentencia de la referencia, dictada en el proceso con acción pública de nulidad contra el acto de elección del señor Saul Giraldo García como Auditor Interno de la Contraloría General del Quindío, efectuada en sesión de la Asamblea de ese Departamento del siete (7) de noviembre de 1.989, como consta en el acta 010 de esa fecha.-

Tramitada la segunda instancia en legal forma y no habiendo motivo alguno que invalide lo actuado, se procede a resolver lo que en derecho corresponde de conformidad con los siguientes

ANTECEDENTES:

1.- La demanda.- Sus presupuestos de hecho y de derecho.

La ciudadana Martha Cecilia Castaño Cortés, actuando en nombre propio, mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Quindío, solicita la nulidad de la elección del señor Saul Giraldo García como Auditor Interno de la Contraloría de ese Departamento, al considerar que dicho acto es contrario a disposiciones de superior jerarquía, pues la Asamblea desconoció el carácter obligatorio que otorga la Ley a las Ordenanzas en cuanto no sean suspendidas o anuladas por autoridad competente.-

También pidió la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, señalando como normas violadas los artículos 20 y 192 de la Constitución Política, y 29 y 267 de la Ordenanza 01 de 1.989, medida denegada por el *a-quo* en proveído de diciembre 6 de 1.989, que apelado confirmó esta Sala, con ponencia de quien conduce la instancia, por auto fechado el 28 de febrero del cursante año.-

Anexó al libelo demandatorio fotocopias de la precitada acta N° 010, de la sesión de la Asamblea del Quindío del 7 de noviembre de 1.989, y de la Ordenanza N° 01 de 1.989, contentiva del Reglamento Interno de esa Corporación.- Esas copias, como más adelante se verá, por ser inauténticas carecen de virtualidad requerida para satisfacer el requisito del Art. 139 del C.C.A., subrogado por el Art. 25 del Decreto 2304 de 1.989.-

2.- Contestación de la demanda.

El señor Saul Giraldo García contestó la demanda personalmente, admitiendo como ciertas sus tres primeras "consideraciones".-

Y en cuanto a la alegada violación de normas constitucionales y ordenanzales, afirma que "...la elección del Contralor Auxiliar se efectuó con base en la Ordenanza N° 002 de 1.989, que pese, tener la misma fecha de la Ordenanza N° 1 de 1.989 (sic), es posterior en el tiempo, luego entonces, si es así, no cabe la menor duda de que no hay quebrantamiento del artículo 30 (sic) de la ya citada Ordenanza. Más aún, como la Ordenanza 002 de 1.989, no obstante ser demandada ante el H. Tribunal del Quindió y como esta Corporación no la suspendió provisionalmente, se entiende que está vigente, con lo cual se clarifica que la Asamblea Departamental del Quindió, obró dentro del espíritu de una elección Interina o Provisional, con el cual no era necesario que se hiciera por medio de la Ordenanza...".

Además de manifestar su aceptación de las pruebas aportadas por la actora dice acompañar, para que obre como tal, copia de Ordenanza 002 de 1.989, lo que realmente no ocurrió.-

Finalmente propone, como excepciones, la inaplicabilidad de las disposiciones invocadas por la accionante como violadas.-

3.- Luego de alegar de conclusión, la demandante, mediante escrito visible al folio 124 del cuaderno N° 1, solicitó la suspensión del proceso de conformidad con el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, "...hasta tanto se haya finiquitado en primera y segunda instancia el proceso electoral 2.229, por considerar que se puede presentar una grave prejudicialidad en caso de presentarse sentencias contrarias".- Al respecto aduce que el art. 3° de la Ordenanza 02 de 1.989, con base en el cual se dice haber elegido la Asamblea del Quindío al auditor interno de la contraloría Departamental, fué suspendido por la Sección Primera de esta Corporación en providencia calendada el 13 de febrero del presente año, imponiéndose esperar a que se dilucide definitivamente ese contencioso, antes de fallar el presente proceso.- El *a-quo* resolvió la solicitud denegando la suspensión, decisión que recurrida en reposición fué revocada, mediante proveído del 3 de abril de este año, decretando la suspensión de proceso hasta tanto se profiera decisión definitiva en el radicado al N° 2.229.-

4.- la sentencia recurrida.

Comienza el *a-quo* por corregir la decisión de suspender el proceso, aduciendo la no procedencia de esa medida en el de nulidad electoral, acogiendo jurisprudencia de la Corporación contenida en providencia de la que fué ponente el mismo Consejero de la presente, calendada a 29 de junio de 1.990 en el proceso 0358, actora: Carmen Elena Valencia Gómez.-

Luego deniega las pretensiones de la demanda, considerando que la elección cuestionada se hizo conforme con el art. 4° de la Ordenanza N° 002 de 1.989, que por ser posterior en el tiempo a la 01 del mismo año se podría tener como reformatoria tácita de esta, en lo que atañe a la facultad de elegir auditor interno de la Contraloría Departamental.-

Adujo, también, que en caso de estar vigente la disposición del Art. 29 de la Ordenanza 01 de 1.989, ésta operaría solamente para los nombramientos efectuados para el período ordinario de dos años computables a partir del 1° de enero de 1.991, que no en nombramiento en interinidad, contemplado también como modalidad de elección por parte de la Asamblea con período hasta el 31 de diciembre de 1.990.- En apoyo de ese planteamiento el Tribunal transcribió providencia de esta Sala, con ponencia del mismo Consejero de la presente, concluyendo en que al no darse la violación de la Ordenanza demandada tampoco se dió la de las normas constitucionales enunciadas como transgredidas en el libelo demandatario.-

Finalmente omitió el estudio de las excepciones propuestas por el demandado, considerando que por ser simples afirmaciones de la inaplicabilidad de las normas indicadas como infringidas, que no la relación de hechos nuevos tendientes a desvirtuar las pretensiones de la demanda, carecen del carácter que requieren las excepciones para operar como medios de defensa en el proceso.-

5.- El recurso interpuesto.

La actora, dentro del término legal, interpuso la alzada que ahora se decide aduciendo la existencia de suficiente soporte jurídico para que se accediera a las súplicas de la demanda, de conformidad con el "Art. 187-8" (sic) puesto que esta norma sólo faculta a la Asamblea Departamental para elegir al Contralor del Departamento, dejando a éste la facultad de nombrar a los demás empleados.-

6.- El concepto del Ministerio Público.

El señor Fiscal Octavo colaborador es de criterio que se debe declarar desierto el recurso y, consecuentemente, ejecutoriada la sentencia de primer grado, por falta de la debida sustentación del mismo.-

CONSIDERACIONES:

Inicialmente se debe aludir al planteamiento del colaborador del Ministerio público, pese a que al admitir el recurso se dió por descontada la posibilidad de declararlo desierto.-

A ello se llegó, no obstante ser innegable que el escrito por el que se interpuso el recurso (fl. 150 fte), en modo alguno puede considerarse suficiente a satisfacer el requisito de la sustentación, establecido en el Art. 57 de la Ley 2a. de 1.984, por cuanto allí no se aducen las razones de hecho y de derecho contrarias o disímiles al pronunciamiento del *a-quo*, ni tampoco elemento crítico alguno o razones de orden probatorio o jurídico que pueden viabilizar la discrepancia.- Se limitó la recurrente a expresar "...que había más que suficiente soporte jurídico para que

se accediera a las súplicas de la Demanda y soy reiterativa en el sentido de que el artículo N° 187-8 (sic) solamente faculta a la Honorable Asamblea Departamental para elegir al CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO...".- Y aunque al final de este escrito anuncia que la sustentación de fondo "...la haré ante el Honorable Consejo de Estado...", lo cierto es que no ocurrió así, por lo que habría que acceder a la solicitud del señor agente del Ministerio Público, de no mediar el criterio que en cuanto a la no obligatoriedad de la sustentación de la apelación de sentencia, en el proceso electoral, ha venido reiterando la Sala.-

En efecto, tratándose del contencioso de anulación de actos de elección o nombramiento de quienes desempeñan funciones públicas, sin duda que el interés general, en defensa de la legalidad indispensable al ejercicio de los empleos oficiales y de la estabilidad misma de las instituciones, permite hacer caso omiso de la falta de sustentación de la apelación que contra aquélla se interponga, fuera de que existe una razón de orden procedimental que autoriza esa conclusión, cual es la inexistencia, en el proceso especial electoral, de oportunidad en la segunda instancia para hacerlo, a diferencia de lo que, para la apelación en el proceso ordinario disponen los artículos 212 y 213 del C.C.A.- Basta, por tanto que se encuentren en el proceso elementos de análisis que permitan inferir los motivos de la inconformidad del recurrente con el fallo apelado, y que ese sujeto procesal esté legitimado en la interposición del recurso, para que el *ad-quem* se abstenga de declarar la deserción del medio de impugnación aludido.-

No obstante, tampoco es dable hacer pronunciamiento de mérito acerca de la cuestión *sub-lite*, por cuanto, como atrás se anotó, se observa la ausencia de prueba idónea del acto acusado, así como de la Ordenanza 01 de 1.989, expedida por la H. Asamblea Departamental del Quindío, cuyo artículo 29 es pieza fundamental de la impugnación.-

Es que los documentos contentivos del Acta N° 010, del 7 de noviembre de 1.989, y de la Ordenanza 01 de 1.989 -Reglamento de la Asamblea Departamental del Quindío, fueron autenticados únicamente en sus hojas primera y última, no llenando así el requisito de autenticidad exigido por las disposiciones legales.-

En apoyo de esta afirmación, de la que se desprenden consecuencias jurídico-procesales que imponen un fallo inhibitorio, se transcriben apartes de providencia reciente de esta Sala, que en caso semejante profirió con ponencia del H. Consejero doctor José Joaquín Camacho Pardo el 26 de noviembre del corriente año, y que a la letra dicen:

> "Al respecto, los artículos 74 y 75 del Decreto 960 de 1.970 -Estatuto del Notario- que vienen en respaldo de lo dicho previenen:
>
> "Artículo 74.- Podrá autenticar (se refiere al notario) una copia mecánica o una literal de un documento, siempre que aquella corresponda exactamente (sic) al original que se tenga a la vista o que ésta comprenda

la integridad del documento exhibido y lo reproduzca con entera fidelidad". (el paréntesis no es del texto)".-

"Artículo 75.- La autenticación se anotará en todas las hojas de que conste el documento autenticado, con expresión de la correspondencia de la firma puesta allí con la registrada, o de su contenido con el del original; cuando éste repose en el archivo notarial, se indicará esta circunstancia, con cita del instrumento que lo contiene o al cual se halla anexado. El acto terminará con mención de su fecha y la firma del notario".

"Tanto la Honorable Corte Suprema de Justicia como esta Corporación han sido unánimes y reiterativas al precisar que "si la aportación de copias al proceso se hace en la modalidad de reproducción mecánica, como en fotocopia (es el caso bajo examen), 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.", textos legales estos vigentes para la época de la presentación de la demanda que lo fué el 28 de noviembre de 1.989 (folio 60 vto. del cuaderno N° 1). El precedente criterio en el entendimiento de la Sección, a pesar de las modificaciones sufridas por las aludidas normas con ocasión de la expedición del Decreto 2282 de 1.989 y su vigencia que corre desde el 1° de junio próximo pasado, subsiste, solo que hoy por motivo de la subrogación advertida en los nuevos textos procedimentales, las reproducciones mecánicas bien pueden ser autorizadas o solo por notario, sino también por 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. "con lo cual adquiere (sic) el mismo valor probatorio del original, como así reza la disposición vigente (art. 254 del C. de P.C.), circunstancia esta que, mutatis mutandi, en la práctica se ha estado dando con ocasión de los examenes tecnológicos en materia de reproducción mecánica que al utilizarlos facilitan y aceleran la expedición de copias.-

Evidente y flagrante resulta el desobedecimiento de la actora de las previsiones contenidas en los artículos 253 y 254 del C. de P.C., vigentes, como ya se dijo al momento de la presentación de la demanda.-

La copia del acto acusado como la de la norma local invocada como quebrantada, resultan, como ha quedado demostrado, inhábiles.

En circunstancia similar el Consejo de Estado ha dicho que cuando se trata de una "exigencia legal perentoria e inequívoca, al fallador solo le corresponde acatarla y aplicarla, sin que la benevolencia lo lleve a pasar por alto que el proceso debe iniciarse en forma regular, por tanto legítima, como la mejor garantía de acierto y de respeto por la ley" (cita del Consejero Ponente doctor Joaquín Vanín Tello en los expedientes acumulados números 940, 941, 942, 943, 944 y 950, noviembre 7 de 1.984).

Bajo esta clara óptica, el fallo deber ser inhibitorio en relación con las súplicas de la demanda y no de mérito como lo pronunció el Tribunal, pues la inidónea aportación de las referidas copias, elemento indispensable de la demanda, impedían e impiden el nacimiento y desarrollo de la relación jurídico procesal en debida forma, lo que implica la revocación de la decisión de primer grado". .....(Exp. 0452, actor: Martha Cecilia Castaño Cortés).

Es claro, entonces, que la copia del Acta N° 010, correspondiente a la sesión de la Asamblea Departamental del Quindío en la que se produjo el acto acusado, no cumple la exigencia del Art. 139 del C.C.A. en cuanto a los anexos que necesariamente se deben acompañar a la demanda, so pena, en su ausencia, de hacerla inepta.-

No se constituyó, así, en forma procedimentalmente válida, la relación jurídico procesal, por falta de un presupuesto esencial, el de la debida demanda, lo que impide que el juzgador se pronuncie acerca del fondo del asunto controvertido.- Por ello esta Sala revocará la sentencia recurrida, y se declarará inhibida para proferir pronunciamiento de mérito en este proceso.-

Lo anteriormente expuesto es suficiente para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en desacuerdo con el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLE:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Quindío el 16 de agosto del año en curso y, en su lugar, declárase inhibido para proferir pronunciamiento de fondo.-

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.-

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.-

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

REITERACION JURISPRUDENCIAL: Providencia de nov. 26/90, Ponente Dr. Joaquín Camacho Pardo, Exp. 0452.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY/REGISTRADOR DEL ESTADO CIVIL- Requisitos/**EJERCICIO PROFESIONAL**

Nada impide que al expedir una norma, y aun todo un código, como es el caso del Contencioso Administrativo, el legislador se remita a otra disposición o codificación, sin que la obvia circunstancia de que estas últimas sean anteriores implique desconocimiento del principio general de la irretroactividad de la ley, como que la remisión busca acogerse a las previsiones del canon o del estatuto anterior, bien para evitar su repetición o para llenar vacíos que puedan haber quedado en la nueva norma. El Decreto 033/90 fue dictado por el gobierno en desarrollo de la atribución dada por el Decreto Legislativo 1042/78, para establecer las calidades exigibles al desempeño de los empleos correspondientes a los niveles de que se trata el artículo 3° del mismo estatuto, entre ellos los de nivel ejecutivo que incluyen el de Registrador Principal, en consecuencia sus previsiones tienen fundamento legal porque el Decreto Legislativo, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias, es ley en sentido material.

DEMANDA ELECTORAL/NOTIFICACIONES/LITISCONSORCIO NECESARIO

En el presente caso se ordenaron las notificaciones que legalmente correspondía hacer personalmente y por edicto a quienes quisieran hacerse partes en el proceso como coadyuvantes o impugnadores. En modo alguno procedían las notificaciones que echa de menos el señor apoderado del demandado, no obstante haberlas solicitado el actor en su demanda, pues la Nación, representada por el Ministerio de Justicia y/o el Superintendente de Notariado y Registro, no es litis-consorte necesario en este proceso, por cuanto la pretensión de la demanda versa con la declaratoria de nulidad de un acto complejo de nombramiento y confirmación que, de ser acogida, afecta los intereses de la persona nominada pero no los de aquella.

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

Bogotá, D.E., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente N° 0378.- Actor: Iván Ramiro Hernández Atehortua.- Acción de nulidad del acto complejo de nombramiento y confirmación de Edgar Villamizar Bueno como Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Bucaramanga.-

El abogado Iván Ramiro Hernández Atehortua, en ejercicio de la acción pública electoral, solicita se declare la nulidad del artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 838 de abril 20 del año en curso, y la Resolución de la Superintendencia de Notariado y Registro N° 2333, del 17 de mayo siguiente, pero solo en cuanto por esos actos se nombró y confirmó, respectivamente, al Dr. Edgar Villamizar Bueno como Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, para el período comprendido entre el 1° de enero de 1.990 y el 31 de diciembre de 1.994.-

Agotada la ritualidad propia del proceso, con aporte de concepto de la señora Fiscal Séptima colaboradora favorable a las pretensiones de la demanda, no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez se profiere sentencia de mérito, con base en los siguientes

ANTECEDENTES:

I.- De la demanda.

Como fundamentos de hecho, se aduce que el demandado no reunía, a la fecha del nombramiento ni a la de su confirmación, los requisitos legales para ser Registrador Principal de Instrumentos Públicos en ciudad capital de Departamento, por cuanto no ha ejercido el cargo de Notario ni el de Registrador de Instrumentos Públicos durante cuatro o más años, así como tampoco ha ejercido la judicatura ni el profesorado universitario en Derecho por seis años o más.- Y que habiendo obtenido el título profesional de abogado el 19 de diciembre de 1.980, tampoco ha ejercido esa profesión por el lapso mínimo de diez (10) años, "...por la elemental razón de que hace solo nueve años y medio obtuvo su título y durante algunos años ha sido empleado público después de haberlo obtenido...".- Por ello, agrega el actor, el Dr. Villamizar Bueno pretendió allanar los requisitos legales del cargo para el que resultó nombrado, a fin de obtener la confirmación requerida para posesionarse, aduciendo un título de post-grado, otorgado por la Universidad Libre de esta ciudad el 26 de marzo de 1.981, "...con base en estudios realizados en 1.978..." y "...certificación jurada

sobre experiencia profesional "por más de ocho años".- Afirma, finalmente, que el cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Bucaramanga corresponde al Código 2015, Grado 17 de la nomenclatura de empleos de la Superintendencia de Notariado y Registro y de la Administración Pública del orden nacional.-

En derecho se apoya la demanda en pretensa violación del Decreto-Ley 1250 de 1.970, en su artículo 60; del Decreto-Ley 960 del mismo año, en su artículos 153; del Decreto N° 33 de 2 de enero de este año, en relación a su artículo 17, y de los artículos 76, numerales 9 y 10; 120, numeral 3 y 215 de la Constitución Política.-

En el concepto de violación de esas normas expresa que, conforme a lo previsto en el Art. 60 del Decreto 1250 de 1970 y en el 17 del Decreto 33 de 1.990, para desempeñar el cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos en capital de Departamento se exigen las mismas calidades de los Notarios en Círculo de primera categoría, siendo el Art. 153, numeral 1° del Decreto 960 de 1.970 el que las estatuye, requiriendo "...para el caso de los abogados titulados, haber ejercido el cargo de Notario o de Registrador o la judicatura o el profesorado universitario en derecho, por el término mínimo que para cada caso señala la norma...", funciones que no ha tenido a su cargo el Dr. Villamizar Bueno, quien tampoco "...ha ejercido la profesión de abogado por los términos mínimos que la ley señala...".-

Y agrega:

"La Administración pretendió salvar el obstáculo legal indicado aplicando las equivalencias generales de los artículos 14 y 15 del Decreto N° 33 de 1.990 y fué así como otorgó al Título de "Abogado especializado en Derecho Procesal" que adujo el interesado, el mérito de cuatro años de experiencia".-

"Pero a mi juicio olvidó que de acuerdo a los ordinales 9 y 10 del Artículo 76 de la Constitución, la fijación de los requisitos para los empleos públicos es uno de esos "otros aspectos del servicio público" cuya regulación es de reserva estricta de la ley".-

"Bien conocida y abundante es la jurisprudencia constitucional, tanto de la Corte como del Consejo de Estado, que ha precisado el sentido y alcance de las normas precitadas y conforme a ella, palmario resulta que los requisitos que fijó el legislador extraordinarios no pueden validarse ni reemplazarse con los que fija un acto administrativo, naturaleza a la que responde el Decreto N° 33 del 2 de enero de 1.990".

"Por ello, aunque no veo que tal fuera la intención del Gobierno al expedir el Decreto N° 33 de 1.990, pues allí fijó simplemente equivalencias genéricas sin perjuicio de lo que la Carta y las Leyes señalan, si tal inteligencia se le quisiera dar al Decreto N° 33 de 1.990, éste sería

inaplicable por desbordar la facultad reglamentaria (Artículo 120, numeral 3 de la Constitución Nacional), como lo ordena el Artículo 215 *ibídem*".-

"Y por consiguiente erró la Administración al querer hace extensivo a tema concreto de un cargo con requisitos legislados, una equivalencia de origen administrativo".

"En consecuencia es totalmente claro que su nombramiento y la confirmación del mismo se produjeron con quebranto de la Ley, sin que para el caso sea posible hablar de equivalencias o de la compensación de requisitos, por ser inaplicables al caso los Artículos 14 y 15 del Decreto N° 33 del 2 de enero de 1.990" (fl. 7 fte)".-

Una vez allegada la copia de los actos acusados, por cuanto el actor manifestó bajo juramento no haberlas podido obtener pese a solicitud oportuna, como lo acreditó con copia de los respectivos memoriales, se admitió la demanda por auto de 24 de julio del corriente año, en el que también se negó la suspensión provisional de aquéllos.-

II.- Contestación de la demanda.

Mediante mandatario judicial, el demandado contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, pues afirmó que tanto para la fecha del nombramiento como la de confirmación reunía los requisitos legales, exigidos para el desempeño del cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos en capital de Departamento.- Al respecto dice que :

"...ha ejercido con buen crédito la profesión de abogado por más de diez años, como lo exige el numeral 1° del Artículo 153 del Decreto 960 de 1.970, habidas las siguientes consideraciones: Entratándose (sic) del ejercicio profesional de la abogacía, ello puede llevarse a cabo bien como simple litigante, como funcionario o como catedrático.-

Mi patrocinado ha ejercido su profesión como litigante y como funcionario de manera alternada, desde la misma época de su egreso de la Universidad Libre donde obtuvo su título. En efecto, egresó culminando de cursar las materias del pensum académico de la carrera de Derecho, en el mes de marzo de 1.977 y desde mediados de ese año hasta inicios de 1.978, se desempeñó como personero delegado en lo penal en Bucaramanga; de mediados de 1.978 a finales de 1.982 como jefe de personal primero y como jefe de la división administrativa de Coldeportes, en Bogotá; luego, de 1.982 a 1.987, litigó en el Distrito Judicial de Bucaramanga, con lo cual acredita la franja in-tempore que exige el artículo 153 del Decreto 960 de 1.970, para el desempeño del cargo de Registrador, cuya nulidad de demanda".-

"Ahora, si no tomamos en cuenta el tiempo laborado por mi mandante Dr. Edgar Villamizar Bueno en los distintos cargos mencionados por el suscrito apoderado judicial dentro del libelo de contestación a la demanda propuesta por el ciudadano Ivam (sic) Ramiro A. desde su época de egreso de la universidad, es decir, desde 1.977 a 1.990, que suman trece años largos, sino desde la fecha de su graduación como profesional del Derecho (19 de diciembre de 1.980), a Mayo de 1.990, sumarían nueve años y medio, por ello, no denota imposibilidad alguna para el nombramiento, en razón de la equivalencia de cuatro años de experiencia, por el hecho de poseer título de formación avanzada o de postgrado, que autoriza el artículo 15 del Decreto 0033 de Enero 2 de 1.990, con lo cual se sumarían igualmente trece años de experiencia profesional". (fls. 120 y 121 fte)".-

Agrega que, con los actos acusados, no pudo darse la violación del Art. 60 del Decreto Ley 1250 de 1.970, en cuanto a las calidades que se deben reunir para el cargo de Registrador en capital de Departamento, por cuanto esa norma no especifica tales requisitos "...sino que simplemente se remitió a otra disposición legal precedente...", lo cual sería inválido, pues "...mal puede hacerlo otra norma de igual o inferior jerarquía, con expedición y vigencia anterior como lo es el Decreto 960 de 1.970...", arguyendo también, por lo que a esa situación respecta, el principio general de la irretroactividad de las normas legales.- Y si se admitiera, en gracia de discusión, que lo dispuesto en el Art. 153 del Decreto 960 de 1.970 es aplicable a los Registradores por remisión expresa o tácita del Decreto-Ley 1250 de 1.970, "...tampoco existe ni se vislumbra transgresión directa o indirecta del Decreto 0033 de 1.990 artículos 14 y 15, por parte de la Resolución y Decreto Gubernamental que se estiman violatorias del Decreto primeramente citado (960 de 1.970), habida cuenta que con la expedición del Decreto 0033 de 1.990 no se está suprimiendo, contradiciendo o contrariando su sentido literal y alcance jurídico de aplicabilidad, pues las equivalencias de que tratan los artículos 14 y 15 del Decreto 0033 de 1.990, no hacen cosa distinta que facilitar aún más, el cumplimiento de los requisitos para los aspirantes al cargo de Registrador, que exige dicho artículo 153 del Decreto 960 de 1.970, pero nunca desbordan la norma última en comento..." (fl. 123).- Por lo demás, sostiene que el juez del presente proceso, la Sección Quinta del Consejo de Estado, no podría ocuparse de la pretensa nulidad de los artículos 14 y 15 del prementado Decreto 0033, toda vez que esa petición no fué formulada en la demanda y tampoco la Sección Quinta tiene competencia para conocer de la acción de simple nulidad de los decretos reglamentarios, dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 120, numeral 3 de la Carta.- Por consiguiente, concluye, "...los actos que se acusan como violatorios en el *sub-lite*, que fueron expedidos con fundamento en el Decreto 0033 de 1.990 artículos 14 y 15, deben mantenerse por resultar a todas las luces jurídicos...".

III.- De las pruebas allegadas.

A) La Superintendencia de Notariado y Registro, con destino a este proceso, expidió copias autenticadas de los siguientes documentos:

"1) Hoja de Vida del Dr. EDGAR VILLAMIZAR BUENO.

2) Decreto N° 838 del 20 de abril de 1.990, que nombra Registradores Principales de Instrumentos Públicos para el período comprendido entre el 1° de Enero de 1.990 y 31 de diciembre de 1.994.

3) Oficio N° 0552 del 30 de abril de 1.990, comunicándole el nombramiento.

4) Telegrama de aceptación fechado 7 de mayo de 1.990.

5) Resolución N° 2333, del 17 de mayo de 1.990, mediante la cual se le confirma el nombramiento hecho por Decreto 838 con nota de (sic) notificación personal el 18 de mayo de 1.990.

6) Comunicación N° 0590 de mayo 11 de 1.990, dirigida al doctor EDGAR VILLAMIZAR BUENO, anexándole copia de la providencia mediante la cual se le confirió el nombramiento como Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, con nota de recibida el 18 de mayo de 1.990.

7) Comunicación N° 0591, de mayo 18 de 1.990, dirigida al Doctor HERNANDO REYES DUARTE Gobernador del Departamento de Santander del Sur, haciéndole llegar la providencia de confirmación del Doctor EDGAR VILLAMIZAR BUENO, para efectos de darle posesión de dicho cargo, con toda nota recibida el 18 de mayo de 1.990.

8) Documentación aportada para efectos de la confirmación en el cargo:

a) Registro Civil de nacimiento N° 38 expedido por la Comisaría Especial del Amazonas, Municipio de Leticia.

b) Cédula de Ciudadanía N° 13.817.549 de Bucaramanga (Santander).

c) Vigencia de la cédula de ciudadanía N° 13.817.549 de Bucaramanga expedida a nombre de EDGAR VILLAMIZAR BUENO, el 30 de abril de 1.990.

d) Tarjeta Profesional de abogado N° 26.629 expedida por el Tribunal Superior de Santa Marta, providencia A. 49-08 22 de 1.981 Universidad Libre.

e) Acta de Grado expedida por la Secretaría del Instituto de Especialización de Derecho Procesal de la Universidad Libre, acreditando al doctor EDGAR VILLAMIZAR BUENO como abogado Especializado en Derecho Procesal.

f) Certificación del Decano y Secretario de la Universidad Libre, facultad de Derecho de Ciencias Sociales, expedida en Barranquilla el 4 de abril de 1.978, certificando que el señor EDGAR VILLAMIZAR BUENO, con cédula de ciudadanía

13.817.549 de Bucaramanga, cursó y aprobó los 5 años correspondientes a la carrera de derecho durante los años 1.972 a 1.976.

g) Diploma de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, expedido por la Universidad Libre Seccional del Atlántico el 19 de diciembre de 1.990.

h) Diploma de Abogado Especializado en Derecho Procesal, expedido por la Universidad Libre-Instituto de Especialización el 26 de marzo de 1.981.

i) Certificado Judicial y de Policía N° 0163257, expedido en Bucaramanga el (sic) 19 de junio de 1.987 registrado T.D. N° 176713, refrendado en Bucaramanga el 2 de mayo de 1.990.

k) Constancia N° 1097 expedida el 27 de abril de 1.990 por el Secretario General del Tribunal Disciplinario, donde no aparece registrada ninguna sanción disciplinaria contra el doctor EDGAR VILLAMIZAR BUENO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 13.817.549 y Tarjeta Profesional N° 26629.

l) Certificado de antecedentes disciplinarios N° 90-030536 expedido el 9 de mayo de 1.990 por el Jefe de División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, donde consta que EDGAR VILLAMIZAR BUENO no registra antecedentes disciplinarios dentro de los últimos cinco años.

m) Certificación expedida el 24 de mayo de 1.990 por el Jefe de División Administrativa de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, sobre la vinculación del doctor EDGAR VILLAMIZAR BUENO, desde el 1° de julio de 1.987, como Jefe de la División Jurídica y los cargos que ha desempeñado en calidad de Encargado.

n) Actas N°s 33 y 34, sobre declaraciones extraprocesales rendidas en la Notaría 11 de Bogotá por los señores MARIO RAMIREZ LOZANO y RAFAEL LLOREDA CURREA, sobre conocimiento personal del Dr. EDGAR VILLAMIZAR BUENO por más de quince (15) años y por tal, el ejercicio de su profesión, y los cargos por él desempeñados.

o) Certificación expedida el 5 de octubre de 1.988 por el jefe de archivo y Kardex, Sección General y Certificación de la Contraloría Municipal de Bucaramanga, donde consta que el doctor EDGAR VILLAMIZAR BUENO prestó sus servicios en la personería Municipal de Bucaramanga en el cargo de Personero Delegado en lo Penal, desde el 8 de junio de 1.977 al 11 de enero de 1.978.

p) Constancia del Círculo de Periodistas de Bogotá, expedida el 2 de mayo de 1.984 por el doctor OSCAR ALARCON NUÑEZ como presidente del Círculo de Periodistas de Bogotá, donde certifica que el señor EDGAR VILLAMIZAR BUENO prestó sus servicios en esta entidad en calidad de Gerente, desde el 1° de septiembre de 1.983 al 29 de febrero de 1.984.

q) Certificación expedida el 15 de junio de 1.987, por el Director General OSCAR AZUERO RUIZ del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte "Coldeportes", donde consta que el señor EDGAR VILLAMIZAR BUENO prestó sus servicios desde el 2 de Octubre de 1.978 al 27 de octubre de 1.981 desempeñando varios cargos". (fls. 18, 19 y 20).

Ese abundante acervo documental, además de constituir la prueba plena de los actos acusados, comporta la totalidad de los antecedentes administrativos de la Resolución confirmatoria del nombramiento del doctor Villamizar Bueno en el cargo de registrador Principal de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, y de la posesión del demandado en ese empleo.

No sobra anotar que copias autenticadas de los mismos documentos fueron allegadas por el actor, una vez le fueron expedidos por la Superintendencia de Notariado y Registro en atención a solicitud previa a la demanda.-

B) La División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional del Ministerio de Justicia, mediante oficio fechado a 13 de septiembre del año en curso, certifica que el Dr. Edgar Villamizar Bueno es abogado inscrito por el H. Tribunal Superior de Santa Marta mediante acuerdo N° 49 de 22 de agosto de 1.981.-

C) El Jefe de personal del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte "Coldeportes", certifica que el citado Edgar Villamizar Bueno laboró al servicio de ese Instituto desde el 2 de octubre de 1.978 hasta 31 de agosto de 1.982, desempeñando primero el cargo de Jefe de la Sección de Personal y luego el de Jefe de la División Administrativa (fls. 142 y 143).-

D) De la Secretaría de Gobierno y Policía de la Gobernación de Santander se recibió copia autenticada del acta de posesión del Dr. Villamizar Bueno en el cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, de fecha 25 de mayo de este año (fl. 145).

E) El personero municipal de Bucaramanga remitió fotocopia autenticada de las resoluciones 03 de 1.978; 024 de junio 8 de 1.977 y 045 de septiembre 2 de 1.977, y actas de las diligencias de posesión del Dr. Villamizar Bueno, como personero delegado en lo penal de ese mismo despacho, producidas el 8 de junio y el 5 de septiembre de 1.977. (fls. 146 a 151 fte).

F) La Universidad Libre, seccional del Atlántico, hace constar que el señor Edgar Villamizar Bueno cursó los estudios de Derecho en los períodos académicos comprendidos entre 1.972 y el primero de marzo de 1.977, habiéndose graduado el 19 de diciembre de 1.980.- Que en la misma Seccional cursó las materias correspondientes a la especialización en Derecho Procesal, acompañando las notas obtenidas.-

G) El Tribunal Superior de Santa Marta remitió copia del acuerdo N° 49, de agosto 22 de 1.981, por el que ordenó la inscripción del Dr. Edgar Villamizar Bueno para el ejercicio de la profesión de abogado.-

H) La División de Personal de la Superintendencia de Notariado y Registro remitió constancia relacionada con los servicios prestados por el demandado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, como jefe de la División Jurídica desde el 1° de julio de 1.987 hasta el 3 de junio del presente año; y a partir del 4 de junio, Registrador Principal. (fls. 158 y 159 fte).-

IV.- Alegatos de las partes.

Del respectivo término solo hizo uso el apoderado del demandado, para proponer, inicialmente, se profiera sentencia inhibitoria, por falta de la debida integración del litis consorcio necesario, indispensable en la formación del contradictorio, por cuanto habiéndose dirigido la demanda contra la Nación, representada por el señor Ministro de Justicia y/o la Superintendencia de Notariado y Registro, esta última como ente público y autónomo y con personería jurídica, y el Dr. Edgar Villamizar Bueno, el auto admisorio de la demanda no se notificó a las dos personas jurídicas por conducto de sus respectivos representantes.- Ello, en concepto del memorialista, implica la ausencia de un presupuesto procesal de la acción "... cual es la integración debida de la parte demandada y no pudiéndose retrotraer la actuación con aplicación de la causal de nulidad del Art. 140 del C. de Procedimiento Civil, por ser de fondo y no meramente de forma el problema planteado "... que tiene que ver con la legitimación en la causa pasiva ...", se debe proferir el fallo indicado.-

Luego aduce que la demanda no debió proponerse por pretensa violación del Art. 17 del Decreto 0033 de 1.990, que en cuanto a los requisitos mínimos para el cargo de Registrador Principal se remite al artículo 60 del Decreto 1250 de 1.970, siendo los artículos 14 y 15 del primero de esos estatutos los que establecen equivalencias para algunos de tales requisitos.-

Por consiguiente, si al expedir esas normas excedió el ejecutivo las atribuciones del Art. 120, numeral 3° de la Carta, la demanda se debió dirigir contra el citado Decreto 0033 de 1.990 ante la Sección competente del Consejo de Estado, máxime porque en el presente proceso no fueron citadas como normas violadas esos dos artículos, deduciendo de allí que no podría ocuparse la Sala de su pretensa infracción.-

Reitera los argumentos de la contestación de la demanda, en cuanto expresa que no es dable tener en cuenta los requisitos establecidos en el Decreto 960 de 1.970 respecto de la función pública de Registrador Principal de Instrumentos Públicos, por ser anterior al Decreto 1250 del mismo año, de donde concluye que por efecto de la irretroactividad de la Ley, las previsiones de este estatuto, "De registro de instrumentos públicos", no son legalmente complementables con las del 960.- Y que de podérselo hacer, por aquello de la remisión expresa que al Decreto 960 de 1.970 hace el Art. 60 del 1250 del mismo año, se encuentra que sus disposiciones no están contradichas por los artículos 14 y 15 del Decreto 0033 de 1.990, que, consiguientemente, están vigentes.-

Insiste en que el doctor Villamizar Bueno reune a plenitud los requisitos legales para el cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos en capital de Departamento, como que sumado todo el tiempo de ejercicio de la profesión de abogado, entre marzo de 1.977 y la fecha de su posesión en ese cargo, totaliza once años, cuatro meses y veinticuatro días, que sumados a los cuatro años de equivalencia por la especialización en Derecho Procesal, completarían quince años, cuatro meses y veinticuatro días, más que suficientes para satisfacer el requisito de los diez años de ejercicio de la profesión de abogado.- Concluye reiterando la tesis del fallo inhibitorio y que para el caso improbable de decidir de mérito, debe ser desfavorable a los intereses del accionante.-

V.- Del concepto Fiscal.

La señora Fiscal Séptima de la Corporación aportó concepto contrario a la tesis del fallo inhibitorio, por cuanto el auto admisorio de la demanda fué notificado en la forma ordenada por la disposición especial del proceso electoral, que no por lo dispuesto para el procedimiento ordinario contencioso administrativo y, menos, en las disposiciones generales del Procedimiento Civil.-

Pide acoger las pretensiones de la demanda, pues determinados por la ley, como lo están, los requisitos mínimos que se deben reunir para el cargo de registrador principal de instrumentos públicos en capital de Departamento, ellos "... no pueden ser compensados por ninguna clase de equivalencias que no aparezcan señaladas en una norma de la misma jerarquía ...", y menos por el Decreto 0033 de 1.990, cuya naturaleza es la del decreto reglamentario, "... y por tal carácter no puede introducir modificaciones en el señalamiento de requisitos hecho por Ley o por decretos con fuerza de ley ...".- Agrega: "... si el Decreto reglamentario no puede establecer requisitos tampoco puede cambiar los existentes ni introducir equivalencias porque tal facultad es propia de los decretos con fuerza de ley que establecen dichos requisitos y en tales normas no establecen equivalencias, según se desprende de su texto". "Así las cosas, si el Decreto Ley fijó como requisito el ejercicio de la profesión de Abogado por un término mínimo de diez años, tal término no puede establecerse con base en equivalencias que no contempla la norma con fuerza de ley, y el darle una aplicación que no tiene es hacer una interpretación que viola las normas superiores.....".

Este razonamiento y el examen de la documentación allegada por el demandado para su confirmación en el nombramiento de Registrador Principal, fundamentan la petición de la señora Fiscal colaboradora para que se anule el acto electoral complejo demandado, puesto que el Dr. Edgar Villamizar Bueno no reune "...los requisitos establecidos por el art. 153 del Decreto 960 de 1.970, para desempeñar el cargo de Registrador Principal de la ciudad de Bucaramanga, por cuanto desde el momento en el cual fué autorizado para ejercer la profesión de Abogado y la fecha en la cual fué nombrado...(..) no transcurrió el término de diez años previsto por la Ley para acceder al cargo mediante el ejercicio de la profesión de abogado, sin que sea posible hacer ninguna equivalencia por no

estar prevista en la norma en la cual se establecieron los requisitos ni en una posterior de igual categoría...".-

CONSIDERACIONES:

Como quiera que lo alegado por el apoderado del demandado, en relación con la falta de integración del litis consorcio necesario para conformar debidamente el contradictorio, es cuestión que versa con los presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia de fondo, que no de la acción, como lo pretende aquél al folio 163 de los autos, pues que de no concurrir los necesarios contradictores al proceso no cabría pronunciamiento de mérito sino la sentencia inhibitoria reclamada, se impone aludir inicialmente a ese planteamiento para determinar la naturaleza del fallo.- A ese respecto la Sala comparte en su integridad el criterio de su colaboradora del Ministerio Público, cuando sostiene que no se observa en la actuación irregularidad originada en falta de notificación de la demanda a litis consortes necesarios, habida cuenta que el proceso electoral tiene consagradas normas propias para la notificación del auto admisorio de la demanda, de manera que no es necesario echar mano de las previsiones que al respecto consagra el Código Contencioso Administrativo para el procedimiento ordinario, y menos las disposiciones que respecto de la notificación del aludido auto estatuye el Código de Procedimiento Civil, por cuanto en razón de su especialidad aquellas son prevalentes.- No hay lugar, entonces, a cumplir las disposiciones del último de los códigos citados, pues la remisión general que a sus disposiciones estatuye el art. 267 del C.C.A., es, únicamente, en relación con "...los aspectos no contemplados en este código... en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo...".- A ese respecto en reciente providencia, con ponencia del mismo Consejero que conduce este proceso, aludiendo a las previsiones del Art. 233 del C.C.A., se expresó:

> "Esos son los actos procesales mediante los cuales se surte la notificación del auto admisorio de la demanda electoral, no siendo admisible que so capa de garantizar el derecho de defensa, el juzgador establezca provisiones distintas, como que ello equivaldría a invadir el campo de acción del legislador. De allí que la Sección haya reiterado, con la salvedad atinente a la notificación personal que debe hacerse al nombrado cuando se demanda la nulidad de su nombramiento, los criterios acogidos, a manera de ratificación jurisprudencial, en la tantas veces aludida providencia de la Sala Plena de lo contencioso administrativo, fechada a 26 de octubre de 1.977, de la que fué ponente el H. Consejero Bernardo Ortiz Amaya..." (Exp. N° E-0227, auto de noviembre 25 de 1.988).-

> "Esas reflexiones enteramente válidas para el caso de autos, habida cuenta que las modificaciones introducidas al artículo 233 por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1.989, se limitan a disponer la notificación personal del auto admisorio de la demanda no solo para el nombrado sino también

para el "...elegido por junta, consejo o entidad colegiada...", consagrando un procedimiento expedito para cuando no sea posible efectuar esa notificación personal "...dentro de los dos días siguientes a la expedición del auto...".- Y respecto de la notificación por edicto del auto admisorio de la demanda, cuando la declaración de nulidad determine la práctica de nuevo escrutinio, la norma subrogante del artículo 233 redujo de 10 a 5 días el término de fijación del edicto en la secretaría, y de 30 a 20 días el del accionante para comprobar la publicación de aquel en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral. Dejó, en cambio, como forma genérica de notificación de aludido auto, para cuando se trate de demanda de nulidad del acto declaratorio de nombramiento o elección por junta, consejo o entidad colegiada, pero tampoco de aquella cuya nulidad dé lugar a la práctica de nuevo escrutinio, la estatuída en los numerales 1) y 2) del inciso primero del precitado artículo 60 del Decreto 2304 de 1.989, o sea, que el auto admisorio de la demanda "...se notifique por edicto que se fijará durante cinco (5) días...", y "...Que se notifique personalmente al Ministerio Público...".- (Auto de septiembre 27 de 1.990. Exp. 0430, Actora: Gloria María Cardona S.).-

En este proceso se dió cabal aplicación a las previsiones del tantas veces mencionado Art. 233 del C.C.A., subrogado por el Art. 60 del Decreto 2304 de 1.989, ordenando las notificaciones que legalmente correspondía hacer personalmente, y por edicto a quienes quisieran hacerse partes en el proceso como coadyuvantes o impugnadores.- En modo alguno procedían las notificaciones que echa de menos el señor apoderado del demandado, no obstante haberlas solicitado el actor en su demanda, pues la Nación, representada por el Señor Ministro de Justicia y/o el Superintendente de Notariado y Registro, no es litis consorte necesario en este proceso, por cuanto la pretensión de la demanda versa con la declaratoria de nulidad de un acto complejo de nombramiento y confirmación que, de ser acogida, afecta los intereses de la persona nominada pero no los de aquella.-

II.- Pasando al examen de lo que es el meollo del asunto controvertido, se tiene que la Resolución N° 2333, de 17 de mayo de 1.990, por la que confirmó la Superintendencia de Notariado y Registro el nombramiento del demandado en el cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, luego de relacionar los documentos aportados por el Dr. Villamizar Bueno para ese efecto expresa:

"...De conformidad a lo establecido en los artículos 14 y 15 del decreto 33 de enero 2 de 1.990 que trata de las equivalencias, los estudios de postgrado equivalen a cuatro años de experiencia.

"Los anteriores documentos acreditan que el doctor EDGAR VILLAMIZAR BUENO reune los requisitos para el cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos y por ello es procedente la confirmación del nombramiento..." (fl. 30 fte).-

Al respecto se observa que el Artículo 60, inciso primero, del Decreto 1250 de 1.970, que es el ESTATUTO DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS, expresa:

"Art. 60- Para ser registrador en la capital de la República y en las capitales de los departamentos se exigen las mismas calidades que para ser notario en los círculos de primera categoría, conforme a los artículos 132 y 153 del Decreto-Ley 960 de 1.970".

Y las aludidas normas, del Decreto 960 de 1.970, son del siguiente tenor:

"Art. 132.- Para ser notario, a cualquier título, se requiere ser nacional colombiano, ciudadano en ejercicio, persona de excelente reputación y tener más de treinta años de edad".

"Art. 153.- Para ser notario en los círculos de primera categoría se exige, además de los requisitos generales, en forma alternativa:

1.- Ser abogado titulado y haber ejercido el cargo de notario o el de registrador de instrumentos públicos por un término no menor de cuatro años, o la judicatura o el profesorado universitario en derecho, siquiera por seis años, o la profesión por diez años a lo menos.

2.- No siendo abogado, haber desempeñado con eficiencia el cargo de notario o el de registrador en un círculo de dicha categoría, por tiempo no menor de ocho años, o en uno de inferior categoría siguiera por doce años...".-

Respecto de estas normas, cabe hacer una acotación previa.- En efecto, con insistencia el señor apoderado del demandado sostiene que el art. 60 del Decreto 1250 de 1.970 no reglamentó los requisitos específicos o calidades que deben llenar los aspirante a Registradores, como que simplemente se remitió a disposiciones legales precedentes, por lo que no se puede dar su violación con los actos acusados y menos con los artículos 14 y 15 del Decreto 0033 de 1.990, máxime cuando por virtud de la irretroactividad de la ley, no conteniendo ese artículo 60 la reglamentación echada de menos, no podrá llenarse el vacío con norma de igual o inferior categoría, de expedición y vigencia anterior, como lo es el Decreto 960 de 1.970.-

Pero sin duda que es erróneo este criterio, pues nada impide que al expedir una norma, y aun todo un código, como es el caso del Contencioso Administrativo, el legislador se remita a otra disposición o codificación, sin que la obvia circunstancia de que estas últimas sean anteriores implique desconocimiento del principio general de la irretroactividad de la ley, como que la remisión busca acogerse a las previsiones del canon o del estatuto anterior, bien para evitar su repetición o para llenar los vacíos que puedan haber quedado en la nueva norma.-

La irretroactividad se desconocería si se dijera, por caso, que a partir de la vigencia de la disposición antecedente la situación jurídica regulada por la norma posterior queda sometida a los mandatos de aquella; que no, como ocurre en el evento en examen, cuando simplemente se expresa que a partir de la vigencia de disposición posterior, en este caso el Decreto 1250 de 1.970, lo atañedero con los requisitos para ser registrador de Instrumentos Públicos en la capital de la República o en capital de departamento serán los mismos que el Decreto 960 de ese año exige para los notarios en círculo de primera categoría.-

Diferente es que los actos acusados puedan ser violatorios del precitado Art. 60 del Decreto 1250 de 1.970, porque el nombrado no reúna los requisitos previstos en los preinsertos artículos 132 y 153 del Decreto 960 de ese año, a los que aquel se remite expresamente.-

El examen de esta cuestión lleva a determinar si es o no aplicable la equivalencia consagrada en los artículos 14 y 15 del decreto 0033 de enero 2 de este año, aspecto fundamental de la pretensión del actor.-

No se trata, entonces, de decidir acerca de la posible nulidad de los artículos 14 y 15 citados, como que ello no sería de la competencia de esta Sección del Consejo y tampoco ha sido solicitado en la demanda.- Simplemente corresponde determinar si los requisitos que debía reunir el demandado, para que se lo confirmara en el cargo de Registrador Principal de Bucaramanga, fueron satisfechos o, por el contrario, falta alguno de ellos, el concerniente al ejercicio de la profesión de abogado por el lapso mínimo de diez años, que exige el Art. 153, numeral 1 del Decreto 960 de 1.970, como lo alega el actor.- Porque, como lo relaciona la Resolución confirmatoria acusada,con las pruebas aportadas acreditó el Dr. Villamizar Bueno su condición de colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de treinta años y gozar de excelente reputación.- Prueba de esto último es la ausencia de antecedentes penales y disciplinarios y el testimonio de dos profesionales del derecho que ejercen la abogacía en esta capital, cuyos dichos no han sido redargüidos de falsos ni adolecen de vicio que pudiera llevar a desestimarlos por sospechosos.- De ese modo, sin duda que están satisfechos los requisitos establecidos en el Art. 132, del Decreto 960 de 1.970.- Y respecto de los Art. 153 *Ibídem*, el demandado se acogió a la previsión alternativa del primer numeral, o sea, el de ser abogado titulado, como lo acreditó con fotocopias autenticadas de la tarjeta profesional Nº 26.629, que le expidió la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional del Ministerio de Justicia el 7 de octubre de 1.981, además del título de doctor en derecho y ciencias sociales que le otorgó la Universidad Libre, seccional del Atlántico, con fecha 19 de diciembre de 1.980.-

Comprobó, también, haber finalizado sus estudios de derecho en la precitada Universidad con fecha 1º de marzo de 1.977, cuando presentó el último examen correspondiente al Quinto año de esa carrera, no obstante lo cual solo es dable computar, como ejercicio profesional, el tiempo transcurrido a partir de la fecha de su inscripción de abogado ordenada por el H. Tribunal Superior del Magdalena mediante Acuerdo Nº 49, de 22 de agosto de 1.981, pues así resulta de lo estatuído

en los artículos 4 y 24 del decreto 196 de 1.971.- Se agrega que por virtud de lo estatuído en el Art. 31 de mismo Decreto, pueden ejercer la abogacía, con las restricciones que la misma norma determina, quienes han terminado estudios de derecho, pero mediante licencia temporal que otorga el Tribunal Superior del Distrito Judicial donde se encuentra el domicilio del interesado y solo por dos años "...improrrogables, a partir de la fecha de terminación de sus estudios...", no existiendo prueba en el expediente de haber obtenido el demandado licencia de ese tipo.-

Por ello no cabe tener, como tiempo de ejercicio profesional, el transcurrido mientras el demandado desempeñó funciones eminentemente jurídicas, como personero delegado en lo Penal del Municipio de Bucaramanga, entre el 8 de junio de 1.977 y el 12 de enero de 1.978; menos aun el laborado al servicio del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte "COLDEPORTES", entre el 2 de octubre de 1.978 y el 31 de agosto de 1.982, por cuanto no obstante estar inscrito como abogado desde el 22 de agosto de 1.981, los servicios prestados en ese Instituto fueron de carácter administrativo y no jurídico.-

El cómputo del ejercicio profesional del demandado se extiende, por consiguiente, desde el 1° de septiembre de 1.982 hasta el 17 de mayo de 1.990, fecha esta de la Resolución confirmatoria del nombramiento de Registrador Principal de Bucaramanga, pues el tiempo transcurrido mientras se desempeñó como jefe de la División Jurídica de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esa capital cuenta para ese efecto, en razón a la naturaleza de las funciones allí desempeñadas.- Así totalizó siete (7) años, ocho (8) meses y dieciséis (16) días, insuficientes para cumplir el requisito del ejercicio de la profesión por diez años, de no ser por la equivalencia tomada en cuenta en la citada Resolución N° 2333 del 17 de mayo del año en curso, transcrita al comienzo del aparte II de estas consideraciones.-

III.- La equivalencia en cuestión se sustenta en lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Decreto 0033 de enero 2 de este año, normas que textualmente expresan:

> "Artículo 14.- DE LAS EQUIVALENCIAS.- Los requisitos mínimos de que trata el presente Decreto, no podrán ser disminuidos y solo podrán compensarse de acuerdo con las equivalencias entre estudios y experiencias que se establecen más adelante.
>
> Las equivalencias entre estudios y experiencia podrán fijarse directamente por las entidades, para los empleos comprendidos en los niveles Ejecutivo, Profesional, Técnico, Administrativo y Operativo, acordes con la jerarquía, funciones y responsabilidades de cada empleo, a partir del requisito fijado en el manual de funciones y requisitos de cada organismo. Dicha equivalencia será efectuada por acto administrativo y no requerirá aprobación del Departamento Administrativo del Servicio Civil".-
>
> "Artículo 15.- EQUIVALENCIAS GENERALES.

1. Título de formación avanzada o de post-grado por cuatro años de experiencia específica o relacionada con las funciones del cargo o viceversa, siempre que se acredite el título de formación universitaria requerido para el desempeño del empleo.

2...3...4...etc.....

El mismo Decreto 0033 de 1.990, "Por el cual se establecen los requisitos mínimos para el desempeño de los empleos públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional", establece, en su artículo 17, los requisitos mínimos para el desempeño de las distintas categorías de los empleos nacionales allí aludidos, correspondiendo al código 2015, del Registrador Principal, "...Los exigidos en el artículo 60 del Decreto 1250 de 1.970".-

Dicho Decreto 0033 de 1.990 fué dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria general del artículo 120, ordinal 3° de la Constitución Política y de las atribuciones conferidas por los artículos 11 y 82 del Decreto Ley 1042 de 1.978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias de lo que revistió la Ley 5a. del ese mismo año.-

Por esos artículos 11 y 82 se facultó al gobierno para determinar mediante manual general expedido por decreto "...la naturaleza general de las funciones que corresponden a cada empleo y (...) los requisitos específicos exigidos para su ejercicio...", así como en manuales expedidos por resoluciones internas de los organismos de la rama ejecutiva, las calidades "...para desempeñar los empleos correspondientes a los niveles de que trata el artículo 3° de este Decreto...".-

Pero el actor, apoyándose en lo dispuesto en el artículo 76, ordinales 9 y 10 de la Carta Política, sostiene que lo atañedero con los requisitos mínimos "para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución", es aspecto que solo puede ser regulado por la ley, infiriendo de allí que las calidades establecidas por el Art. 60 del Decreto-Ley 1250 de 1.970, en concordancia con los artículos 132 y 153 del Decreto-Ley 960 del mismo año, no pueden "...validarse ni reemplazarse..." mediante equivalencias dispuestas en acto administrativo, como es el Decreto 0033 de enero 2 del año en curso, de inferior jerarquía a la de la ley en la escala de la normatividad jurídica.-

Concluye, entonces, acorde con el concepto de la colaboradora fiscal, que no siendo dable admitir la equivalencia prevista en el numeral 1, art. 15 del precitado Decreto 0033, para completar el mínimo de diez (10) años de ejercicio profesional, el Dr. Villamizar Bueno no reúne los requisitos mínimos para desempeñar el cargo para el que fué nombrado y confirmado por el acto complejo cuya nulidad pide declarar.-

Pero si en cuenta se tiene que el citado Decreto 0033 de 1.990 fué dictado por el gobierno en desarrollo de la atribución dada por el Decreto-Ley 1042 de 1.978, para establecer las calidades exigibles al desempeño de los empleos correspondientes a los niveles de que trata el artículo 3° del mismo estatuto, entre ellos los de nivel ejecutivo que incluyen el de Registrador Principal -código 2015- (Art. 24), sus previsiones tienen fundamento legal porque el Decreto-Ley, expedido en ejercicio de facultades extraordinarias, es ley en sentido material.-

No se observa, por consiguiente, desconocimiento de los mandatos constitucionales que se aduce violados, máxime cuando el citado Decreto-Ley 1042 de 1.978 está vigente y la competencia para ocuparse de examinar su constitucionalidad es ajena a esta Corporación (Art. 214, ordinal 2° de la Constitución Política).-

Consiguientemente, la equivalencia tenida en cuenta por la resolución confirmatoria del nombramiento del doctor Villamizar Bueno como registrador principal, cuando su post-grado en Decreto Procesal otorgado por la Universidad Libre se computó en cuatro (4) años de experiencia profesional, es plenamente válida, ajustándose los actos acusados a la legalidad.-

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en desacuerdo con el concepto de la señora Fiscal Séptima colaboradora y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda, no declarando la nulidad del acto complejo de nombramiento y confirmación del Dr. Edgar Villamizar Bueno en el cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, para el período comprendido entre el 1° de enero de 1.990 y el 31 de diciembre de 1.994.-

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.-

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

ALCALDE-Inhabilidades/SANCION PENAL/CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

El alcalde electo fué condenado a pena de arresto, con suspensión de los efectos de la sentencia por el término de dos años. Es éste el término concerniente como causal de inelegibilidad instituída en garantía de que al cargo de alcalde popular no accedan quienes tienen compromiso con la justicia penal. En el *sub lite* se dió la causal de inhabilidad contemplada en el literal c) del artículo 5° de la Ley 78/86.

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

Bogotá, D.E., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente N° 0465.- Apelación de la sentencia de 18 de septiembre de 1.990, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, declarando la nulidad de la elección del señor Saúl Pérez Hernández como Alcalde de Tipacoque para el período 1.990 - 1.992.- Actor: José Lucas Colmenares López.-

Por apelación, que en oportunidad interpuso y sustentó el señor apoderado de la parte demandada contra la sentencia de la referencia, conoce la Corporación de este proceso promovido, mediante procurador judicial, por el señor José Lucas Colmenares López, encaminado a obtener la nulidad del "... acto de elección del señor Saúl Pérez Hernández como Alcalde Municipal de Tipacoque (Boyacá) para el período legal y constitucional comprendido entre el 1° de junio de 1.990 y el 31 de mayo de 1.992, plasmado en el acta general de escrutinio de votos para alcalde y declarado así

por la Comisión Escrutadora del citado municipio el 13 de marzo de 1.990, correspondiente a los comicios electorales celebrados el día 11 de marzo inmediatamente anterior"; que, en consecuencia, "... se declare sin valor o se anule la credencial expedida ...", "... se comunique esa determinación al señor Gobernador del Departamento ..." y "... se decreten las demás determinaciones pertinentes" (fls. 22 y 23).-

Tramitada la segunda instancia y sin que se observe motivo alguno de invalidez, procede la Sala a decidir lo que en derecho y conforme a los hechos corresponde, previo el examen de los siguientes

ANTECEDENTES:

I.- Fundamentos de la demanda.

1.- Expresa el actor, en relación con los hechos, que el señor Saúl Pérez Hernández "... no reunía las calidades constitucionales y legales ..." para aceptar su inscripción y ser declarado Alcalde Municipal de Tipacoque para el período 1.990-1.992, por cuanto para la época de esos actos se hallaba cobijado por los efectos de la sentencia de 31 de agosto de 1.988, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de esa localidad, mediante la cual se le impuso pena de dos (2) meses de arresto, multa de cien pesos ($100.oo), las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la sanción principal y publicación de la sentencia, como autor responsable de lesiones personales, concediéndosele el subrogado de la condena de ejecución condicional bajo caución prendaria de un (1) salario mínimo mensual y sometiéndoselo a período de prueba de dos (2) años, previa suscripción de diligencia de compromiso, con la obligación de presentarse al correspondiente Despacho judicial cada tres (3) meses.-

Que, en esas circunstancias y dado que el período de prueba se extendía, siempre que el procesado no incumpliera las obligaciones contraídas, hasta después del 31 de agosto de 1.990, al aceptar el señor Pérez Hernández su inscripción como candidato a la Alcaldía de Tipacoque sin hacer manifestación de la inhabilidad anotada, vició de nulidad su posterior elección, resultando también, por consiguiente, afectado el acto declaratorio de esta, hecho por la Comisión Escrutadora Municipal, violatorio así de las pertinentes disposiciones constitucionales y legales sobre elección popular de alcaldes (fls. 23 y 24).-

2.- Invoca, como normatividad superior vulnerada, el artículo 16 de la Carta Política; artículos 1°, 2° y 3° del Acto Legislativo N° 1 de 1.986, subrogatorios de la Constitución Nacional en sus artículos 171, 200 y 201; artículos 5° de la Ley 78 de 1.986; Ley 49 de 1.987; Decreto 1001 de 1.988; numeral 8° del artículo 224 del C.C.A., y "demás concordantes ...".-

Respecto del concepto de la violación, advierte, en síntesis, que las disposiciones citadas implican que quienes detentan la autoridad del Estado deben ser personas en pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos, como lo han de ser, a su vez, sus electores, derecho y capacidad de la que carecen constitucional y legalmente aquellos que se encuentran *sub-judice* o en estado de interdicción, como es el caso del señor Saúl Pérez Hernández, condenado a pena privativa de la libertad por delito intencional distinto a uno de carácter político, con sentencia de ejecución condicional pero en período de prueba para la época en que fué inscrita su candidatura y declarado electo Alcalde de Tipacoque, lo que a la luz de la normatividad vigente constituye causal de inhabilidad para la elección y desempeño de ese cargo (fls. 24 a 26).-

3.- Al expediente se allegaron, en forma y oportunidad legal, como elementos demostrativos de las circunstancias alegadas, copia del acta general del escrutinio de los votos emitidos en Tipacoque, en los comicios del 11 de marzo de 1.990, para corporaciones públicas, consulta popular y alcalde, levantada a 13 del mismo mes y año por la Comisión Escrutadora Municipal, en la cual consta el acto declaratorio de elección del señor Saúl Pérez Hernández como Alcalde de esa localidad para el período 1.990-1.992 (fls. 5 y 6); copia del acta parcial del escrutinio municipal de los votos para Alcalde de Tipacoque, formularios E-28 y E-28 hoja 5, correspondiente a los prealudidos comicios, en los que consta el cómputo de los votos por cada uno de los candidatos y la declaratoria de elección del señor Saúl Pérez Hernández para el citado cargo (fls. 8, 9 y 11); copia de la credencial de Alcalde electo de Tipacoque, para el período 1.990-1.992, expedida al señor Saúl Pérez Hernández (fls. 7 y 10); copia de la solicitud de inscripción de la candidatura de este para la Alcaldía de Tipacoque, y constancia de aceptación (fl. 3); copia íntegra de la sentencia condenatoria, de fecha 31 de agosto de 1.988, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tipacoque, en el proceso que por lesiones personales se siguió contra Saúl Pérez Hernández, con constancias de notificación y ejecutoria; copia de la diligencia de compromiso, con caución prendaria, y constancia de presentaciones del procesado ante el respectivo Despacho judicial (fls. 12 a 19 del c. original y 7 y 8 del c. de pruebas); y copia del acta de posesión del señor Saúl Pérez Hernández como Alcalde Municipal de Tipacoque, para el período 1.990-1.992 (fls. 3 a 6 del c. de pruebas).-

4.- Mediante auto de 25 de abril del presente año, el Tribunal Administrativo de Boyacá admitió la demanda y en el mismo proveído decretó la suspensión provisional del acto acusado, atendiendo pedimento que en ese sentido sustentó el accionante en el mismo libelo demandatorio, medida que apelada por el apoderado de la parte demandada confirmó esta Sección (fls. 33 a 37, 41 a 44 y 50 a 55).-

II.- Contestación de la demanda.

Por conducto de apoderado, el señor Saúl Pérez Hernández contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma por estimar que no se configuran las exigencias previstas en la ley para una declaración de la naturaleza de la solicitada, pues, que se le ha querido otorgar carácter de pena principal a la pena accesoria, concediéndosele efectos superiores en el tiempo, como si ella hubiese sido también cobijada por la suspensión ordenada sólo respecto de la sanción principal, cuando

lo cierto y jurídico es que las penas accesorias no son susceptibles del período de prueba.-

Además, critica el contestante la invocación que hace la parte actora de las disposiciones constitucionales y legales supuestamente transgredidas y el concepto que de tal violación trae, argumentando que ninguna relación tienen con el acto acusado, ser inaplicables al caso y que otras están expresamente derogadas.-

Por último, a manera de excepciones, plantea la ineptitud formal de la demanda, por inexistencia procesal y sustantiva de las personas que figuran como demandadas, la indebida acumulación de pretensiones y defectos formales en la estimación de la cuantía y el establecimiento de la competencia.-

Para que sean tenidos como pruebas, aporta y pide se reclamen documentos referidos a los antecendentes, como servidor público, del señor Pérez Hernández (fls. 50 a 57 del c. de copias).-

III.- La sentencia de primer grado.

Consideró el *a-quo* que, como al proceso no se trajo prueba alguna desvirtuante de la vigencia de los efectos de la sentencia condenatoria que pesaba sobre el demandado señor Pérez Hernández al tiempo en que se llevó a cabo la inscripción de su candidatura a la Alcaldía de Tipacoque, se realizaron los comicios y tuvo lugar la declaratoria de su elección para ese cargo, como bien se desprende del hecho suficientemente acreditado de las presentaciones trimestrales que el procesado venía haciendo al correspondiente Despacho judicial, entre los meses de diciembre de 1.988 y junio de 1.990, en acatamiento del antedicho fallo y cumplimiento de compromiso apoyado en caución prendaria, esto para gozar de libertad por virtud de la suspensión de la ejecución de la sentencia y dentro del período de prueba decretado, no cabe duda de que a la luz del literal c) del artículo 5° de la Ley 78 de 1.986, el prenombrado señor Pérez Hernández se encontraba inhabilitado para la declaración de elección de alcalde que se pide invalidar.-

Desestimó, además, las alegaciones de la parte demandada, por estimarlas apoyadas en "... una apreciación sofística de la realidad ocurrida ..."; hizo abstracción de algunas disposiciones constitucionales y legales invocadas por el actor como violadas, sujetándose a la que se acomoda al caso en examen, también invocada por el demandante, y acogió, para decidir la prosperidad de las pretensiones del accionante, el concepto de su colaborador fiscal (fls. 74 a 87).-

IV.- Fundamentos del recurso de apelación.

Contra la sentencia de 18 de septiembre de 1.990, del H. Tribunal Administrativo de Boyacá, el señor apoderado del demandado interpuso en tiempo recurso de apelación, "... con el objeto que el H. Consejo de Estado la revoque y en su lugar proceda a negar las súplicas de la demanda".-

En la sustentación, hace la reiteración de los vicios de forma que, a su juicio, presenta la demanda y recaba sobre la impropia invocación de las disposiciones constitucionales y legales que se dicen violadas, carentes del más remoto punto de relación con el asunto debatido (fls. 88 y 89).-

Alegando ante esta Corporación, el recurrente agrega que los vicios de forma puestos de presente conducen a desestimar las pretensiones de la demanda, a lo que también se llega bajo la consideración que la normatividad en que se funda la acción que dió vida al presente proceso de nulidad electoral, se ocupa de materias totalmente ajenas.-

Por lo demás, que no puede seguir haciendo carrera la tesis sostenida a través de la actuación expediental y especialmente en la sentencia, en el sentido que cualquier consideración o análisis sobre la personalidad del demandado y alcalde popularmente elegido y sobre la naturaleza del hecho que dió lugar a la imposición de la referida sanción penal, carecen ahora de la más mínima incidencia frente al asunto que se examina, pues, que su patrocinado, "... lo único que mereció en este proceso electoral fue ser dibujado como un avezado delincuente, con el único propósito de contrarrestar la fervorosa opinión de quienes lo ungieron como su Alcalde" (fls. 97 a 101).-

V.- El concepto Fiscal.

El señor Fiscal Octavo colaborador, en su concepto, solicita se confirme el fallo proferido por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá el 18 de septiembre último, porque para la fecha de elección del demandado Saúl Pérez Hernández, como Alcalde de Tipacoque, aún estaba corriendo el término de dos años de prueba señalados en el fallo condenatorio de 31 de agosto de 1.988, emanado del Juzgado Promiscuo Municipal de la aludida localidad, esto es, que el prenombrado estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde, por existir una condena vigente en su contra (fls. 105 a 107).-

CONSIDERACIONES

Son tres los aspectos sobre los que el recurrente basa su inconformidad con la sentencia apelada.-

1.- Los supuestos vicios de forma de la demanda; 2) Que la acción de nulidad electoral se apoya en normatividad que ninguna relación tiene con la materia debatida, cuando no derogada; y 3) Haberse omitido cualquier consideración sobre la personalidad del demandado y la naturaleza del hecho que dió lugar a la imposición de sanción penal, de dos meses de arresto y otras accesorias, cuya vigencia de ninguna manera puede extenderse más allá de ese preciso término.-

El primer motivo de desacuerdo, ineptitud formal de la demanda, lo funda el apelante en la falta de técnica de que hizo gala el actor cuando señaló como demandados al señor Saúl Pérez Hernández y al municipio de Tipacoque en la persona de su alcalde, siendo que "... lo demandado es un acto y nó una persona",

pues, que contra aquellos no se puede predicar ni deducir absolutamente ninguna consecuencia o efecto.-

Al respecto, cabe decir que, ciertamente, la demanda no puede ser ponderada hasta tenérsela como modelo de la más depurada técnica jurídico-procesal, como también es cierto que la pretendida nulidad se demanda de un acto administrativo, que en este caso lo es el de la declaración de elección de alcalde, producido por la respectiva comisión escrutadora, notificado en estrados y con efectos generales, incluido, claro está, el elegido.- En el proceso a este se lo considera demandado, por ser el primer afectado con la determinación que finalmente adopte el órgano jurisdiccional, disfrutando igualmente de los derechos y prerrogativas que contemplan la ley en defensa de sus intereses.-

Dentro de los vicios de forma planteados, se incluye también una indebida acumulación de pretensiones, dado que el punto cuarto del petitum pide "... se decreten las demás determinaciones pertinentes", esto es, se entiende, las que consulten el carácter o naturaleza de la acción y se impongan como necesaria consecuencia de lo solicitado como principal, de prosperar esa pretensión.- Lo no pedido, por supuesto, en una jurisdicción rogada, como esta, no se concede, como tampoco lo que no sea pertinente, tal y como procedió el *a-quo* en la sentencia recurrida.-

Igualmente se presenta como defecto de forma la estimación de la cuantía, para efecto de la determinación de la competencia, cuando, ello es bien cierto, esta última deviene nó del monto del presupuesto sino de la Ley, en tratándose de contenciosos por elección de alcaldes: artículo 29 de la Ley 78 de 1.986.-

No obstante, esa inconsistencia del libelo demandatorio, que no una irregularidad procesal o una causal invalidante, ninguna incidencia tuvo en la actuación y mucho menos afectó cualquiera de los derechos o garantías consagrados en favor de la parte demandada.-

En cuanto al segundo aspecto de inconformidad, se expresa que ninguna consideración hizo el *a-quo* con referencia a la normatividad invocada para fundamentar las pretensiones, en la mayoría de las veces sin relación con la materia debatida y en otras derogada, vale decir, inaplicable.-

Tal afirmación es valedera en parte, pero en lo sustancial no consulta la realidad procesal.- En efecto, en cuanto a lo primero, caso omiso hizo el *a-quo* de una serie de disposiciones constitucionales y legales que no están llamadas a ser fundamento directo de lo pretendido en este evento, como le correspondía en cumplimiento de su deber legal de interpretar la demanda, quedando claro que ese derecho invocado de más, para no decir equivocadamente traído, no determinó el fallo.- Fueron citas inocuas para los resultados del proceso.- Y, en cuanto a lo segundo, no es consecuente el apelante con la realidad expediental, pues lo cierto es que la sentencia atiende única y exclusivamente a la norma legal aplicable a

la situación de hecho en tomo de la cual gira la acusación, diáfanamente esbozada por el actor: la inhabilidad para ser elegido alcalde de quien haya sido llamado a juicio o condenado a pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos, causal contemplada por el literal c), artículo 5° de la Ley 78 de 1.986, disposición expresamente citada por el accionante en el libelo demandatorio, como se observa a folios 26 del cuaderno principal de la actuación, bajo el acápite "Fundamentos de derecho", y folios 27 del mismo cuaderno, bajo el título "Suspensión Provisional".-

Por ello resulta indiscutible que se trata de error mecanográfico o lápsus calami, aquel en que incurrió el actor cuando, al invocar las normas violadas y emitir el concepto de la violación, alude, a folios 25 del cuaderno principal del expediente, a la Ley "68" de 1.986.- Así se colige, además, del examen del texto completo de la demanda, ya que en el mismo se menciona el literal c) del artículo 5°, sin confusión alguna sobre el contenido, referido nó a la figura de la extradicción sino a la causal de inhabilidad amplia y suficientemente explicada por el demandante.- Sostener lo contrario, es pretender distraer la atención del juzgador.-

Por último, discute el recurrente que en la sentencia objeto de examen se obvió cualquier consideración respecto de la personalidad del demandado y sobre la naturaleza del hecho que dió lugar a la imposición de la condena criminal, cuyos efectos, dice, se han querido extender más allá del término propio de la misma, en contravía de justos y jurídicos criterios interpretativos del fenómeno en cuestión.-

Como bien lo advierte el *a-quo* en su sentencia, no es de la incumbencia de esta jurisdicción el comprometerse en disquisiciones propias de un debate legalmente finiquitado en lo penal.- No incumbe al proceso electoral el examen de la personalidad del demandado, cuyas calidades, méritos y hoja de servicios no se discuten, como en efecto no se han discutido en esta actuación, y tampoco puede ser tema de análisis en la presente oportunidad y ante esta jurisdicción lo concerniente a la naturaleza, modalidades y demás pormenores del hecho punible que dió origen a la investigación que concluyó con fallo condenatorio que hizo tránsito a cosa juzgada, debiendo, por virtud de la ley, sobrellevar el imputado las consecuencias derivadas del mismo, por el término que la misma ley prevé.-

El alcance del literal c), artículo 5° de la Ley 78 de 1.986, fundamento legal del fallo apelado, no es otro que el deducido por el *a-quo*: quien se encuentre llamado a juicio o cobijado por los efectos de una condena a pena privativa de la libertad por delito distinto a uno de carácter político, al momento de la elección popular, está indefectiblemente inhabilitado para ser elegido alcalde.-

Conforme a lo anterior, atendiendo la probanza obrante en autos, se tiene que el señor Saúl Pérez Hemández fué condenado a pena privativa de la libertad consistente en dos (2) meses de arresto, multa y las accesorias que a juicio del juez penal se estimaron pertinentes, mediante sentencia de 31 de agosto de 1.988, ejecutoriada el 12 de septiembre del mismo año.- En el punto sexto, de la parte resolutiva de esa providencia, se dispuso: "Suspender los efectos de esta sentencia

por un término de dos (2) años que han de tomarse como prueba.- El sentenciado deberá suscribir diligencia de compromiso con la obligación de presentarse al Juzgado cada tres (3) meses".

Ese período de prueba de dos años, estrictamente, debe computarse a partir de la ejecutoria de la sentencia, esto es, del 12 de septiembre de 1.988 al 11 de septiembre de 1.990, pero aunque se contabilizara a partir del 31 de agosto de 1.988, fecha de expedición del fallo penal, de todas maneras el procesado al momento de su elección como Alcalde Municipal de Tipacoque, 11 de marzo de 1.990, estaba legalmente inhabilitado para ser elegido, por la potísima razón de hallarse sometido a los efectos de una condena plenamente vigente para esa época.-

No de otra manera puede explicarse que para el 4 de junio del presente año estuviera asentando su séptima presentación trimestral, y nó la última, ante el respectivo Despacho judicial, como se hizo constar por la titular de ese juzgado en certificación expedida a los 11 días de ese mes y año.-

Es importante anotar, al tenor de lo preceptuado por el artículo 68 del Código Penal, modificado por el artículo 1° del Decreto 141 de 1.980, que la suspensión a que se contrae la norma está referida, nó a la pena principal restrictiva de la libertad únicamente. como lo sugiere el recurrente, sino a la ejecución de la "sentencia condenatoria" en todos sus ordenamientos punitivos.-

Por un lapso cuya temporalidad, a manera de período de prueba, oscila entre un mínimo de dos (2) años y un máximo de cinco (5), sea cual fuere la duración de la sanción privativa de la libertad impuesta, con la única condición que esta sea "... de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión".-

Ese período de prueba, cuyo mínimo, se repite, por disposición legal nunca puede ser inferior a dos (2) años, aunque la pena impuesta haya sido de escasos dos (2) meses de arresto, como en el caso que ocupa la atención de la Sala, implica la completa vigencia del fallo condenatorio en todos y cada uno de los aspectos en que hubiere sido suspendido, en tal grado, que si en el transcurso del período de prueba el procesado cometiere un nuevo delito o llegare a violar o incumplir cualquiera de las obligaciones impuestas, "... se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada", como reza el artículo 70 del Código Penal actual (Decreto-Ley 100 de 1.980).-

"Transcurrido el período de prueba sin que el condenado incurra en los hechos de que trata el artículo anterior, la condena queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine", según el texto del artículo 71 del ordenamiento penal sustantivo en cita.-

También a partir de ese momento, nunca antes, es que opera la rehabilitación "Ipso Jure" a que se refiere el artículo 205 de la Ley 28 de 1.979, traída a colación

por el recurrente en uno de sus escritos, fenómeno concernido a la pena impuesta, que en nada influye sobre la causal de inhabilidad electoral pasiva, tenida en cuenta para declarar la nulidad del acto en cuestión; que no es pena sino fundamento de inelegibilidad instituida en garantía de que al cargo de alcalde popular no accedan quienes tienen compromiso con la justicia penal.-

Como en este evento, para la época de la elección del señor Saúl Pérez Hernández como Alcalde de Tipacoque, no se habían surtido las circunstancias de ley anotadas (artículo 71 del C. Penal), no queda otra salida que admitir que respecto del prenombrado ciertamente concurría la causal de inhabilidad prevista por el literal c), artículo 5° de la Ley 78 de 1.986, que imponía la declaratoria de nulidad de su elección y las demás determinaciones que legítima y jurídicamente tomó el *a-quo* en la parte resolutiva de la sentencia materia de alzada, la que, en un todo de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Octavo colaborador, es menester confirmar en su integridad.-

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

FALLA:

Confírmase la sentencia calendada a 18 de septiembre de 1.990, mediante la cual el H. Tribunal Administrativo de Boyacá acogió las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de la elección del señor Saúl Pérez Hernández como Alcalde Municipal de Tipacoque para el período 1.990-1.992, disponiendo la cancelación de su credencial y ordenando las comunicaciones de rigor.-

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

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.-

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala, *Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo, Jorge Pénen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

INDICE ALFABETICO DE ACTORES
IV TRIMESTRE DE 1990
TOMO II

INDICE ALFABETICO DE ACTORES
IV TRIMESTRE DE 1990
TOMO II

A

	Página
ALVARO TAFUR GALVIS Y OTROS	685
ANA ELVIA HERNANDEZ HERNANDEZ	442
ANTONIO CHEDRAUI CHAPARRO	49[1]
ARGEMIRO VARGAS MEDINA	208
ARRENDADORA Y ADMIN. CITYCOL S.A	634
ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA	378
ASOCIACION BANCARIA Y OTROS	714
AUGUSTO ELISEO SAMPAYO NOGUERA	862, 954, 969
AVIANCA S. A.	700

B

BANCO CENTRAL HIPOTECARIO	583, 830, 842
BANCO DE CREDITO	774
BANCO GANADERO	618, 758, 784

C

CARLOS ARTURO ROMERO J.	881
CARLOS JULIO CASTRO MEDINA	575

CECILIA ALVARADO AVELLANEDA 708
CECILIA SOTO VDA. DE RICARDO Y OTROS 332
CIA. SURAMERICANA DE SEGUROS S. A. 821
CLAUDIA AMARILLO FORERO 190
CODEIPA LTDA. 503
COMPAÑIA SURAMERICANA DE SEGUROS S. A. 305,821

D

DIEGO COLEY NIETO 948
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS 801

E

EFRAIN CASTRO LOPEZ 912
EFRAIN VARELA NORIEGA 896
ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S. A. 186
EMCALI 57
ENKA DE COLOMBIA S.A. 537

G

GASEOSAS POSADA TOBON S.A. 555
GLORIA MARIA CARDONA SANTAMARIA 871, 878, 921
GONZALO SALVADOR MOREANO 102
GRANAHORRAR 595
GUSTAVO ANTONIO MUNERA CUARTAS 347

H

HECTOR RAMON RODRIGUEZ PIZARRO 313
HECTOR RAMOS RODRIGUEZ 342
HENRI H. ARCILA MONCADA 925
HEREDEROS DE CESAR E. DIAZGRANADOS 77
HYDROART S.P.A 245

I

INCORA 70
IND. PASTEURIZADORA Y LECHERA «EL POMAR» S. A. 849
INDUMETAL S.A. 436
IVAN RAMIRO HERNANDEZ ATEHORTUA 982

J

J. GLOTTMANN S.A. 766
JAIME PUMAREJO CERTAIN Y OTROS 92
JESUS MARIA CUESTO HERRERA 429
JOSE AGUSTIN SAAVEDRA ESPITIA 903
JOSE ANGEL ESTRADA Y OTROS 225
JOSE ANTONIO VELEASCO PARDO 29
JOSE DOMINGO PEDREROS Y OTRA 62
JOSE ECHEVERRI AGUIRRE Y OTROS 448
JOSE LUCAS COLMENARES LOPEZ 998
JULIA MARIA CACERES BUITRAGO Y OTROS 132

L

LOS TOPOS CONSTRUCCIONES LTDA. 644
LUCY CRUZ DE QUIÑONES 677
LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA 936
LUIS CARLOS BAENA LOPEZ 158
LUIS FRANCISCO PEÑA 181
LUZ MARINA CULMA YARA 886
LUZ MARINA ROA FRANCO Y OTROS 84

M

MAGDALENA POSSO DURANGO E H. 44
MARIA DEL ROSARIO MORENO DE B. 397
MARIA HELENA AYALA DE PULIDO 258

MARIO QUINTERO LOPEZ 928
MARTHA CECILIA CASTAÑO CORTES 932, 944, 975

N

NELLY SANDOVAL ALVAREZ 196
NIKE COLOMBIANA S.A. 664

O

OCTAVIO GIRALDO RAMIREZ 120
OLGA ISABEL RADA SANCHEZ 38
ORLANDO FORERO SALAZAR 545
ORLANDO NIETO FORERO 480

P

PAUL CAHN SPEYER 560, 571
PEDRO ARTURO SANABRIA NIÑO 500
PEDRO PIEDRAHITA ECHEVERRY 10
PEDRO SILVIO PULIDO PINTO 797
POLIDORO CACERES TARAZONA 855
PROQUINAL 651

R

RAFAEL ESPINOSA Y CIA S.C. A. 611
RICARDO JOSE CABRALES CASTILLO 235
ROSALBA SILVA DE GONZALEZ 139
RUTH MARY OSSA Y OTROS 152

S

SEGUROS DEL COMERCIO S.A. 735
SOC. CLINICA DE URG. JUAN P. II 510
SOC. FELIPE GARRIDO SARDI Y CIA 166
SOC. GERMAN OTALORA Y CIA. LTDA 407
SOCIEDAD INVERS. PLATA HNOS 21

T

TEXTILES MADEIRA LTDA. 671

W

WILMAR GONZALEZ CRUZ 960

INDICE TEMATICO
IV TRIMESTRE DE 1990
TOMO II

SECCION TERCERA

Página

A

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 119
ACCION DE REPARACION DIRECTA 377,442,446
ACCION DE REPARACION DIRECTA- Improcedencia 510
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 76
ACCION DE REVISION 76
ACCION *INREM VERSO* 29
ACTO ADMINISTRATIVO 407
ACTO CONTRACTUAL 119, 158, 503
ACTO DE ADJUDICACION- Requisitos 245
ACTO SEPARABLE 119
AERONAVEGABILIDAD 207

C

CADUCIDAD DEL CONTRATO 234
CADUCIDAD- Término 442
CARGA DE LA PRUEBA (Aclaración de voto) 301
COLPUERTOS 305
COMPENSACION DE CULPAS 131
COMPETENCIA 186,446
COMPETENCIA FUNCIONAL 70,92
COMPETENCIA- Cosa Juzgada 119

COMUNERO	76
CONCURRENCIA DE CULPAS	38
CONCURSO DE MERITOS	190
CONDENA IN GENERE	500
CONFLICTO DE JURISDICCION- Improcedencia	186
CONSEJO DE ESTADO	70,92
CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES (Salvamento de voto)	223
CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES- Naturaleza jurídica	207
CONTRATO A PRECIOS UNITARIOS	491
CONTRATO ADICIONAL- Improdencia	491
CONTRATO ADMINISTRATIVO	245
CONTRATO ADMINISTRATIVO- Terminación	158
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-Incumplimiento	21
CONTRATO DE ASOCIACION	313
CONTRATO DE ASOCIACION (Salvamento de voto)	328
CONTRATO DECONSULTORIA- Valor	190
CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO	57
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO	57
CONTROL JURISDICCIONAL	407
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	119, 158, 503
CONVENIO	29
COSA JUZGADA	500
CULPA	257
CULPA (Aclaración de voto)	301
CULPA DE LA VICTIMA	38

D

DAÑO	257
DAÑOCIERTO	208
DAÑO CIERTO (Salvamento de voto)	223
DEMANDA- Ineptitud	158, 503
DEMANDA- Ineptitud	510
DEMANDA- Interpretación	207, 234
DERECHO DE DOMINIO-Inmuebles	62
DOCUMENTOS- Traducción	245

E

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	305
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	29
EXPROPIACION	70
FUNCION DEL DOMINIO	76

F

FALLA DE SERVICIO DE ADUANAS 181
FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA 152,446
FALLA DEL SERVICIO DEPOLICIA 44,131,225
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA (Salvamento de voto) 405
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA- Incendio 480
FALLA DEL SERVICIO DEPOLICIA- Inexistencia 139
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO- Señalización 332
FALLA DEL SERVICIO DEL HIMAT- Inundación 9
FALLA DEL SERVICIO MEDICO 257
FALLA DEL SERVICIO MEDICO (Aclaración de voto) 298,301
FALLA DEL SERVICIO POR ALMACENAJE 377
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION 207,480
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Improcedencia 397
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Vehículo oficial 195
FALLA DEL SERVICIO- Inundación 429
FONDO VIAL NACIONAL 84

H

HECHO DE UN TERCERO 131
HIDROCARBUROS 342

I

INCORA 70
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES 76
INDEMINIZACION DE PERJUICIOS-Procedencia 21
INDEMNIZACION A FORFAIT 38,195
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 208,446
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Salvamento de voto) 223
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS- Destinatarios 447
INSPECCION JUDICIAL 347

J

JUEZ DEL CONTRATO 119
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 446
JURISDICCION ORDINARIA 305

L

LEGITIMA DEFENSA	225, 397
LEGITIMACION EN LA CAUSA	62, 84, 207, 234
LEGITIMACION POR ACTIVA	225, 234, 245, 377, 447
LEGITIMACION POR PASIVA	84,207
LEGITIMACION POR PASIVA (Salvamento de voto)	223
LEGITIMACION PROCESAL	92,207
LICITACION ILEGAL	245
LICITANTE VENCIDO	245
LIQUIDACION DEL CONTRATO	158, 503
LIQUIDACION DEL CONTRATO-Efectos	119
LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO	158
LLAMAMIENTO EN GARANTIA	436
LUCRO CESANTE	9

M

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA- Facultades	342

N

NOTIFICACION	76
NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE	510

P

PADRE NATURAL	225
PERJUICIOS MATERIALES	9
PERJUICIOS MATERIALES- Ama de casa	257
PERJUICIOS MATERIALES-Prueba	447
PERJUICIOS MORALES	195
PERJUICIOS MORALES A HERMANOS	446
PERJUICIOS MORALES A MENORES	447
PERJUICIOS MORALES- Destinatarios	225
PERSONAS DE DERECHO PRIVADO- Existencia	245
POLIZA AUTOMATICA	377
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites	342
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites (Salvamento de voto)	328
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS	207
PRINCIPIO DE LA BUENA FE	491
PRUEBA DEL HECHO	225

R

RECURSODE APELACION 92
RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE- Improcedencia 305
RESPONSABILIDADPOREL HECHO DELALEY 166
RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES 62, 102
RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DELINMUEBLE (Salvamento devoto) 117
RESPONSABILIDAD POR RIESGO 152
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA 131, 195
REVISION DE CONTRATOS 407

S

SENTENCIA ABSOLUTORIA - Efectos 225
SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE 131, 139
SOCIEDAD COMERCIAL- Disolución 234
SUBROGACIONLEGAL 377
SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia 313

T

TRANSITO DELEGISLACION 70
TRIBUNAL DISCIPLINARIO 186

V

VIADEHECHO 181
VIA DE HECHO- Inexistencia 510
VIA GUBERNATIVA- Improcedencia 377

Z

ZONA FRANCA 377

SECCION CUARTA

A

ACCION DE LESIVIDAD	801
ACCION DE NULIDAD	801
ACUMULACION DE PROCESOS	735
ANALOGIA - Improcedencia	766
ANTICIPO	643
APORTES PARAFISCALES	651

B

BASEGRAVABLE	555
BIEN EXENTO (Salvamento de voto)	571

C

CADUCIDAD	774
CADUCIDAD	801
CODIGO FISCAL DISTRITAL - Violación	676
COMPENSACION - Improcedencia	700
COMPETENCIA FUNCIONAL	821
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	574
COPIA DEL ACTO	766
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA	708

D

DECAIMIENTO DEL ACTO	842
DEMANDA - Requisito	617
DEMANDA - Requisitos	766, 849
DEMANDA - Requisitos (Salvamento de voto)	626
DERECHO DE DEFENSA	617, 757, 784
DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO	757,774
DESCAIMIENTO DEL ACTO	595
DEVOLUCION	801
DEVOLUCION CON INTERESES	537
DEVOLUCION - Improcedencia	671
DEVOLUCION - Requisitos	664

E

ENCAJE BANCARIO 757, 784
ENCAJE LEGAL 583,617,830
ERROR ARITMETICO 643

F

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 555,676
FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS 684

I

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS- Sujeto pasivo 537
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO- Medellín 555
IMPUESTO DE TURISMO 700
IMPUESTO DESCONTABLE 560,671,801
IMPUESTO DESCONTABLE (Salvamento de voto) 571
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO 676
IMPUESTO SOBRE LA RENTA 821
IMPUESTO SOBRE LA RENTA- Tarifa 544
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS 671,801
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS- Exención 560,664
IMPUESTO SÓBRE LAS VENTAS- Exención (Salvamento de voto) 571
INSTITUCION FINANCIERA 714

J

JUNTA MONETARIA- Facultades 583, 708,830

L

LIQUIDACION ALTERNATIVA 634

M

MERA LIBERALIDAD- Inexistencia 651

N

NULIDAD PROCESAL 821

P

PARTES- Designación	617, 849
PARTES- Designación (Salvamento de voto)	626
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO- Representación	849
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO- Representación (Salvamento de voto)	626
POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA	583, 617, 757, 774, 784, 830
POTESTAD REGLAMENTARIA	684
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites	797
PRESCRIPCION	774
PRINCIPIO DE CONTRADICCION	757
PRUEBA CONTABLE	634

R

REGISTRO MERCANTIL	714
REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO	714
RETENCION EN LA FUENTE	574

S

SANCION POR CORRECION ARITMETICA	643
SANCION POR DESENCAJE	757, 774, 784
SANCION TRIBUTARIA	643
SEGURO DE DEPOSITO	684
SENTENCIA DE NULIDAD- Efectos	583, 830
SENTENCIA INHIBITORIA- Improcedencia	574
SERVICIOS- Concepto	574
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO	611
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO	821
SUPERINTENDENCIA BANCARIA- Facultades	617, 714, 757, 774, 784
SUPERINTENDENCIA BANCARIA- Funciones	583, 830
SUSTITUCION DE BASE LEGAL	583, 830
SUSTITUCION DE BASE LEGAL- Improcedencia (Salvamento de voto)	608
SUSTRACCION DE MATERIA	676
SUSTRACCION DE MATERIA (Salvamento de voto)	553
SUSTRACCION DE MATERIA- Improcedencia	544, 797

T

TASA DE INTERESES- Fijación	708
TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO	555

V

VENTA EXENTA- Requisitos 664

SECCION QUINTA

A

ACCION ELECTORAL 862
ACUMULACION DE PRETENSIONES 895
ALCALDE- Funciones 855
ALCALDE- Inhabilidad 960
ALCALDE- Inhabilidades 855, 903,998
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL- Dignatarios 862
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL- Facultades 862
AUTO ADMISORIO 878
AUTORIDAD CIVIL 855,903

C

CAPACIDAD ELECTORAL 903
COMPETENCIA FUNCIONAL- Inexistencia 928
CONCEJAL- Incompatibilidades 953
CONCEJAL- Inhabilidades 871, 921
CONCEJO MUNICIPAL- Dignatarios 948
CONCEJO MUNICIPAL- Sesiones 948
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 998
CONGRESISTA- Inhabilidades 886
CONTRATO 960
COPIA DEL ACTO 974
COPIA DEL ACTO- Autenticación 932,944

D

DECLARACION DE TERCEROS 968
DEMANDA ELECTORAL 981
DEMANDA ELECTORAL- Correción 936
DEMANDA ELECTORAL- Requisitos 895, 928, 932, 944,974
DEMANDA ELECTORAL- Requisitos 953

E

EJERCICIO PROFESIONAL 981
EMPLEADO PUBLICO 871, 921
EMPLEADO PUBLICO MUNICIPAL- Régimen aplicable 855
ENCARGO 855
ESCRUTINIO 953
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 881

F

FALSEDAD IDEOLOGICA 968

I

INDICIO 968
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO 895
INTERVENCION DE TERCEROS 936
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY 981

L

LITIS CONSORCIO NECESARIO 981

N

NORMA CONSTITUCIONAL- Desarrollo legal 886
NOTIFICACION POR EDICTO 878
NOTIFICACIONES 981
NULIDAD ELECTORAL- Improcedencia 878
NULIDAD PROCESAL 912, 925, 936

O

ORDEN DE TRABAJO 960

P

PARENTESCO- Prueba	953
PERSONERO MUNICIPAL	903
PRESUPUESTO MUNICIPAL	928
PRETENSIONES	953
PRUEBA SUMARIA	968
PRUEBAS	968
PRUEBAS- Decreto	925
PRUEBAS- Práctica	881

R

RECURSO DE APELACION- Procedencia	912
RECURSO DE APELACIÓN- Sustentación	862,974
RECUSACION- Trámite	912
REGISTRADOR DEL ESTADO CIVIL- Requisitos	981
RENUNCIA	862

S

SANCION PENAL	998

T

TESTIMONIO	968

La Empresa Editorial
Universidad Nacional
realizó el diseño gráfico de este libro
Anales del Consejo de Estado
Cuarto Trimestre de 1990 II Tomo
y terminó su impresión en febrero de 1996



