REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL
BIBLIOTECA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXIII
SEGUNDA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO

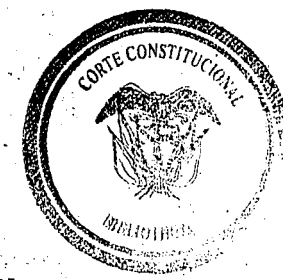
1991

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1991



Presidenta
Consuelo Sarria Olcos

Vicepresidente
Jaime Abella Zárate

Secretaria General
Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Libardo Rodríguez Rodríguez
Presidente
Rodrigo Vieira Puerta
(reemplazado por el Dr. Carlos Ramírez Arcila
a partir del 1o. de junio de 1991)
Miguel González Rodríguez
Jaime Mossos Guarnizo
(reemplazado por el Dr. Ernesto Rafael Ariza
a partir del 24 de junio de 1991)

SECRETARIO
Víctor M. Villaquirán M.

SECCION SEGUNDA

Dolly Pedraza de Arenas,
Presidenta
Clara Forero de Castro
Joaquín Barreto Ruiz
Reynaldo Arciniégas Baedecker
Alvaro Lecompte Luna
Diego Younes Moreno

SECRETARIA
Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Carlos Betancur Jaramillo,
Presidente
Carlos Ramírez Arcila
(reemplazado por el Dr. Daniel Suárez Hernández
a partir del 1º de junio de 1991)
Julio César Uribe Acosta
Policarpo Castillo Dávila
(reemplazado por el Dr. Juan De Dios Montes Hernández
a partir del 3 de mayo de 1991)

Secretaria
Ruth Stella Correa Palacio

SECCION CUARTA

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

SECRETARIO
Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Amado Gutiérrez Velásquez
Presidente
Jorge Penén Deltieure
Miguel González Rodríguez
(reemplazado por la Dra. Clara Gonzalez de Barliza
a partir del 18 de febrero de 1991)
José Joaquín Camacho Pardo

SECRETARIO
Octavio Galido Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

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

SECRETARIA
Elizabeth Castro Reyes

FISCALIAS

1a. Libia Zuluaga Uribe
2a. Edne Cohen Daza
3a. Jaime Ossa Arbeláez
4a. Jairo Maya Betancourt
5a. María Eugenia Samper Rodríguez
6a. Margarita Olaya de Obando
7a. Mirén De La Lombana de Magyaroff
8a. María Stella Peña de Méndez
9a. Inés Hurtado Cubides
10a. Fernando Ospina Henao

RELATORES

Sonia Mireya Pineda
Danilo Rojas Betancourt



SECCION

TERCERA

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

Se ha demandado a quien no estaba legitimado ya que el obligado sería en el "sub lite", el Fondo Vial Nacional a quien corresponde "mejorar y extender la red de carretera nacionales, conservar y mejorar las vías fluviales y realizar con mayor eficiencia la inversión de las mismas".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente No. 6026. Actor: Ofelia Adarve Gómez y Otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por los actores contra la sentencia del 20 de noviembre de 1.989, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindio, mediante la cual se dispuso : "1. Declárase probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, propuesta por la Nación Colombiana - Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

"2. En consecuencia, declárase inhibido el Tribunal para estudiar el fondo del presente asunto.

"3. Condénase a la parte demandante a pagar, en favor de la Nación Colombiana -Ministerio de Obras Públicas y Transporte las costas causadas en este proceso. Liquídase oportunamente por la Secretaría."

I.- ANTECEDENTES

1. Como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 16 de diciembre de 1.986 en el Paso-Nivel localizado en el kilómetro 352, postes 10 a 9, de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, División Pacífico, con la carretera Nacional de Armenia-La Tebaida-, conocida como "TITINA", de la Vereda de Murillo, sitio, "El Alambrado", de Armenia, Quindio, se demandó a la Nación-Ministerio de Obras Públicas, en acción de reparación directa y cumplimiento así:

a- Dentro del expediente 2053:

1. Hever, Ancizar, Carlos Alberto, Neljuris, Nancy y Martha Liliana Lara Robles, por la muerte de su padre Serafín Lara Rivera.

2. Natividad Ríos Vda. de Velandia, Rosalba Rios, Luz Mary Martínez, Mónica y Paola González Martínez y Sandra González, por la muerte de su hijo, hermano, compañero permanente y padre, Oscar González Rios.

3. María Teresa Hincapié de Escobar, Angela Yolima, Claudia Patricia, Luz Adriana, Marcia Yilieth y José Geovanny Escobar Hincapié, por la muerte de su hijo y hermano mayor Nader de Jesús Hernández Hincapié.

4. José Domingo Gómez, Rosalba Barragán, Adriana María, Freddy, Sandra Liliana y Leonardo Gómez Barragán, por la muerte de su hijo y hermano Ferney Gómez Barragán.

5. Ana Dilia Sánchez Ortiz, Juan José, Isabel, Jorge Octavio, Luis Alfredo y Heriberto Ortiz Sánchez, Luz Marina Bolaños Peña y Wilmar Ferney Ortiz Bolaños, por la muerte de su hijo, hermano, compañero permanente y padre Oscar Ortiz Sánchez.

6. Giomar Belisario Rubio F., Martha Cecilia Riveros C., Roger Fernando y Martha Beatriz Rubio Riveros, por la muerte de su hijo y hermano, Giomar Ricardo Rubio Riveros.

7. Julio Eduardo Cruz Guzmán y Adela Cruz Guzmán de Riveros, por la muerte de su hermana Genoveva Cruz Guzmán.

B- Dentro del expediente 2068:

1. Juan Adarve Restrepo, Rosa Julia Gómez Montoya, Luz Elena, Ofelia y Juan Adarve Gómez , por la muerte de su hija y hermana, Martha Cecilia Adarve Gómez.

2. Raúl Velandia Ríos, por la muerte de su hermano Oscar González Rios.

Las pretensiones solicitadas por los actores son la declaratoria de responsabilidad de la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte), por la totalidad de los daños y perjuicios que les fueron causados con motivo del accidente y la condena al pago de los perjuicios materiales y morales, especificados a folios 97 a 111 y 21 a 22 de los expedientes mencionados.

1. Los actores fundamentan sus pretensiones en los siguientes HECHOS:

"1.1. El día 16 de diciembre de 1.986, a las ocho y media de la noche, salió de la Estación de Armenia el tren número 321 de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA traccionado por la locomotora 338, cargado de café de exportación con destino final en el puerto de Buenaventura.

"1.2. Una media hora mas tarde, cuando el tren se disponía a cruzar por el paso a nivel localizado en el kilómetro 352, postes 10 a 9, más conocido de todos como el Paso a Nivel "TITINA", de la vereda de MURILLO, sitio de el Alambrado, con la carretera nacional ARMENIA -LA TEBAIDA -ZARZAL, del municipio de Armenia, departamento del Quindio, sobre una curva y en pendiente descendiente, atravesaba un bus de la empresa "EXPRESO PALMIRA" que fue arrollado por la locomotora 338, quedando aprisionado el bus contra la base de concreto que sostenía la barrera de seguridad.

"2. Se debió el accidente a que la NACION (Ministerio de Obras Publicas y Transporte) no ha dado cumplimiento a la obligación que le impuso desde hace ya casi 25 años la ley 146 del 31 de diciembre de 1963, de construir allí un **"paso inferior o superior"** con el fin de eliminar el paso a nivel existente, no obstante que:

"2.1. La carretera fue construida mucho después de la línea férrea;

"2.2. Se convirtió en vía nacional desde mediados de 1953; y

"2.3. Desde entonces su adecuación, mantenimiento y cuidado, ha estado a cargo de la NACION (Ministerio de Obras Publicas y Transporte), Distritos número 5, de Manizales, en un principio, y, desde el 1o. de septiembre de 1978, del Distrito numero 23, con sede en Calarcá.

"2.4. No sobra agregar que en los sitios donde la línea férrea de la División Pacífico de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia cruza la antigua carretera de Cartago a Cali, existen pasos a desnivel y que los pasos a nivel aparecieron con la construcción de las recientes variantes de la nueva carretera; y,

"2.5. Además, que otro cruce que hay más hacia el Valle del Cauca, viajando desde Armenia, menos peligroso que el de "TITINA" por el menor volumen de tráfico y la disposición física de una y otras vías, se hace a desnivel.

"2.6. Lo que indica que no ha sido por falta de recursos que no se ha dado cumplimiento a la precisa obligación de mejorar el servicio impuesta a la NACIÓN por la ley antes citada, pues era mucho más pobre cuando mostraba más diligencia en la protección de los usuarios de las vías publicas". (Fols 111 a 113 Expediente 2053). (Expediente 2068 Fols 23 a 25).

"3. La demandada NACION -Ministerio de Obras Publicas y Transporte- contestó las demandas dentro del término legal, manifestando respecto de los hechos que estará a lo que se pruebe en el proceso. Igualmente, propuso las siguientes excepciones:

a) Falta de legitimación en la causa por pasiva, en virtud de que se demanda a la NACION - Ministerio de Obras Publicas y Transporte, cuando con base en la ley 64 de 1967 es el Fondo Vial Nacional el encargado de atender los gastos que demanden el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales y por tanto era a esa entidad a quien se debía demandar y no al Ministerio de Obras Publicas y Transporte.

b) Culpa del conductor de bus accidentado, ya que el accidente ocurrió debido al incumplimiento del conductor a las señales de tránsito, pues este no acató la prelación de las vías.

4. El Tribunal competente, previa solicitud de los actores, mediante auto del 5 de septiembre de 1989 decretó la acumulación de los procesos 2053 y 2068 (Fl.7 Cdno.1).

5. Surtido el trámite legal de la primera instancia, la Corporación competente profirió sentencia inhibitoria en razón de encontrar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva (Fls. 14 a 35 Cdno. 1).

6. El apoderado de los demandantes dentro del término de la ley, interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, la cual calificó de ilegal en razón de la inhibición, puesto que considera que "si concurren los presupuestos procesales y hubo constitución legal de la relación jurídico-procesal (notificación del auto admisorio), tal relación jurídica debe ser decidida con sentencia de fondo absolutoria o condenatoria...." (Fl 48 Cdno. 1).

Como razones del recurso expone en forma prolija y detallada que la Nación es la obligada a responder por las resultas del presente proceso en virtud de lo ordenado por disposición expresa de la ley 146 de 1963; igualmente expone que de la ley 64 de 1967 se deduce que el Fondo no es el responsable por el incumplimiento de la ley 146 de 1963. Al propio tiempo expone en detalle su tesis de inconstitucionalidad del Decreto 2862 de 1968.

Concluye solicitando la revocatoria de la sentencia y la decisión favora-

ble a las súplicas de la demanda.

7. Corrido el traslado a las partes para alegar de conclusión, el apoderado de la demanda presentó el correspondiente escrito en el que reitera la carencia de legitimación en la causa por pasiva, puesto que a partir del 27 de diciembre de 1967 (fecha de la ley de creación del Fondo Vial) la Nación - Ministerio de Obras Publicas y Transporte perdió competencia para la construcción de los pasos inferiores o superiores de carreteras.

8. La Fiscal Séptima de esta Corporación conceptúa que la sentencia apelada debe revocarse y decidir sobre el fondo del proceso accediendo favorablemente a las pretensiones de los demandantes, y reiterando lo expuesto en su concepto dentro del proceso 5741, Actor: Luz Marina Roa Franco y Otra, expresa:

"Para la Fiscalía está claro que la parte actora señaló en el libelo un demandado cumpliendo así con el presupuesto procesal señalado en el numeral 1o. del Art. 137 del Decreto 01 de 1984, vigente a la fecha de 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 esta 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 proceso y el segundo aspecto, que atañe al fondo del negocio, implica establecer si ese demandado tenia 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 1986 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 1963.

" El artículo 1o. de la ley mencionada es del siguiente tenor:

"'Art. 1o. La Nación, en toda carretera que se encuentre incorporada al

Plan Vial Nacional, y que haya sido construida en fecha posterior a las líneas férreas que atraviese en todo su recorrido, procederá a construir 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 construir pasos inferiores o superiores en toda carretera vinculada 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 esta se considera persona jurídica a tenor de lo previsto por el Art. 80 de la ley 153 de 1887, tal obligación no puede transferirse a otra persona jurídica en la forma que se plantea por parte del Ministerio de Obras Publicas y Transporte y, por lo mismo, la obligación sigue siendo de la Nación." (Fols. 78,79 y 80).

En seguida, previo análisis de los elementos probatorios, concluye que en los procesos acumulados se demostró plenamente la falla del servicio, el hecho dañoso y la relación de causalidad, por lo cual se debe declarar administrativamente responsable a la Nación, Ministerio de Obras Publicas y Transporte y condenada a pagar los perjuicios a que hubiere lugar.

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En la fundamentación del recurso, en escrito de 23 paginas, el apoderado de los demandantes, en algunos de sus apartes afirma:

"a) Si concurren los presupuestos procesales y hubo constitución legal de la relación jurídico-procesal (notificación del auto admisorio), tal relación jurídica debe ser decidida con sentencia de fondo - absolutoria o condenatoria". (Fol. 48).

". . . . . ".

"e) Confundir los presupuestos de la pretensión con los presupuestos de la relación jurídico-procesal, es confundir el contenido con el continente, la relación jurídico-procesal con la relación jurídico-sustancial.

"f) Con la tesis del sentenciador, siempre que el demandante no compruebe la obligación del demandado, afirmada en la demanda, la sentencia sería **inhibitoria** y jamás el demandado en tales casos, podría ser absuelto; no podría quedar cobijado o protegido con la autoridad de la cosa juzgada.

"g) Conviene no olvidar que el JUEZ no tiene que investigar SI EL OBLIGADO ESTA FUERA DEL PROCESO sino SI EL QUE ESTA DENTRO DEL PROCESO ES EL OBLIGADO.

"h) De otra manera estaría **condenando** a QUIEN NO ES PARTE DEL PROCESO". (Fol. 49).

Para responder al distinguido apoderado, se puede observar que no siempre la relación jurídico-procesal tiene que decidirse mediante sentencia de fondo, tal el caso entre otros de la carencia de legitimación en la causa (como lo enseñan Devis, Allario) y también cuando la ausencia de algunos presupuestos procesales no se observan sino al momento de proferir sentencia.

La afirmación de que "confundir los presupuestos de la pretensión con los presupuestos de la relación jurídico-procesal es confundir el contenido con el continente", es cuestión que puede prestarse a varias interpretaciones, pero ninguna de ellas puede confundirse con la legitimación en la causa.

Tampoco es de fácil entendimiento la afirmación de que según el sentenciador, "Siempre que el demandante no compruebe la obligación del demandado, afirmada en la demanda, la sentencia seria inhibitoria".

En ninguna parte de la providencia dice esto el sentenciador y solo sería posible aceptar tal cosa si se llegara a confundir la legitimación con el derecho material.

Más difícil de comprender es la referencia que hace el mismo recurrente de que el juez no tiene que investigar "SI EL OBLIGADO ESTA FUERA DEL PROCESO sino SI EL QUE ESTA DENTRO DEL PROCESO ES EL OBLIGADO". (Fol, 49).

Precisamente esto de si el obligado esta dentro del proceso es lo que con resultado negativo se ha visto en la sentencia recurrida, o sea que la Nación, que es la parte demandada, y que por lo mismo esta dentro del proceso, no es la obligada, o lo que es igual, que en el caso de autos se ha demandado a quien no estaba legitimado, ya que el obligado seria el FONDO VIAL NACIONAL porque, según se expresa en el artículo 1o. de la Ley 64 de 1967. "Con el propósito de mejorar y extender la red de carreteras nacionales, conservar y mejorar las vías fluviales, y realizar con mayor eficiencia la inversión de las mismas, crease el Fondo Vial Nacional **con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, encargado de atender los gastos que demande el estudio,** construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales....." (Subrayas de la Sala).

Después de los primeros enunciados generales, el apoderado recurrente, argumenta de que "EL FONDO VIAL NO ES RESPONSABLE POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY 146 DE 1963" (Fl. 51).

Lo anterior nadie se atrevería a discutirlo en la vigencia de dicha Ley y

hasta antes de entrar a regir la Ley 64 de 1967, pero el accidente de que trata la presente litis sucedió con posterioridad a esta última.

Y en la sentencia recurrida se hace la suficiente aclaración la respecto.

El mismo recurrente se extiende, en forma prolija en la demostración de que tanto esta Ley como su Decreto reglamentario son inconstitucionales, y si bien la argumentación del distinguido profesional es respetable no por ello alcanza a llevar a la mente del fallador la convicción de su inconstitucionalidad, mayormente cuando ya existe jurisprudencia de esta misma Sala en un caso de idéntica fundamentación.

En efecto, dentro del expediente 5741 y mediante sentencia de fecha 29 de noviembre de 1990, confirmatoria de la sentencia inhibitoria proferida por el mismo Tribunal, con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, se dijo:

"...Para la Sala la sentencia deberá confirmarse, ya que si 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 1963 (que prohibió los llamados "pasos a nivel" la obligación de construir pasos inferiores o superiores en las carreteras construidas con posterioridad a las líneas férreas, estaba a cargo de la Nación. Obligación que se prolongo hasta la vigencia de la Ley 64 de 1967, 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 1963 y 1967 (leyes 146 y 64) la Nación incurrió en la omisión de este deber legal. Si el accidente que aquí se analiza hubiera ocurrido en ese periodo, se habría deducido claramente la relación de causalidad entre hecho perjudicial y el daño sufrido por la víctima. Pero como la tragedia ocurrió luego (en abril 25 de 1986) cuando ya la Nación no tenía esa obligación, porque ésta se le había adscrito al Fondo Vial, habrá que concluir que la demanda se dirigió contra la persona pública no obligada 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".

De acuerdo con lo anterior, y sin que sean necesarias otras consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada del Tribunal Administrativo del Quindio, de fecha 20 de noviembre de 1989.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 4 de abril de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio. Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA /CADUCIDAD/TRANSITO DE LEGISLACION/RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS.

La acción indemnizatoria pretendida nació tan pronto se produjeron los daños al inmueble de la sucesión demandante con ocasión de los trabajos públicos de la represa de Chivor. Es decir, varios años antes de la expedición del C.C.A. que adscribió esa acción a la justicia contencioso-administrativa. Como la parte interesada no había accionado cuando se produjo el cambio de legislación que contemplaba término de prescripción, quedó su situación gobernada por la nueva ley; o sea, por el término de caducidad.

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS/ RESPONSABILIDAD POR OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLES- Inexistencia / **TRANSACCION-** Inexistencia.

No se presentó entre las partes propiamente una transacción en estricto sentido. Se demostró sí que entre éstas se dio una negociación sobre el terreno afectado, lo que dejó sin piso la pretensión por ocupación permanente. El perjuicio se circunscribe entonces, a los daños causados al inmueble.

CONSULTA

No podrá estudiarse el fallo si no en lo que le fué desfavorable a la entidad. Esto por cuanto solo apeló ésta y porque se entiende que el conocimiento de esta Sala también nace o surge del grado de consulta, ya que de no haber sido apelado habría tenido que revisarse en el citado grado y con los alcances restrictivos del mismo. La no apelación de la parte actora significa que se conformó

con los alcances del fallo de instancia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E. Abril once (11) de mil novecientos noventa y uno (1.991).-

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No.6025.- Indemnizaciones.- Actor: JESUS ROA BONILLA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada contra la sentencia de 26 de octubre de 1989, dictada por el tribunal administrativo de Boyacá y mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- Declárase no probada la excepción de caducidad.

"SEGUNDO.- Declárese parcialmente probada la excepción de transacción y sólo en cuanto concierne a la compensación de perjuicios por el hecho de la ocupación de que fué objeto el inmueble de la sucesión demandante por la construcción de la obra pública establecida en el proceso. Declárase improbada dicha excepción en lo que concierne a los demás aspectos de las pretensiones.

"TERCERO.- Declárase administrativamente responsable a la Sociedad de Interconexión Eléctrica ISA S.A. de los daños y perjuicios materiales ocasionados al acervo patrimonial de la sucesión cuyo causante fué Marco Antonio Roa Piñeros, y objetivados en el predio rústico denominado "La Unión" localizado en la comprensión municipal de Somondoco (Boyacá) vereda Boya 2o. adquirido por el de cujus según escritura No.298 del 29 de junio 1.948 Notaría 1a. de Guateque, con número de registro 070-0001775 de fecha 28-07-48 y esencialmente determinado por la construcción de una carretera entre el sitio denominado "Las Juntas" y la población de Almeida.

"CUARTO.- A título de indemnización de perjuicios materiales, condénase a la Sociedad de Interconexión Eléctrica ISA S.A. a pagar a favor del acervo patrimonial de la sucesión demandante representada por uno de sus herederos Jesús Roa Bonilla, las sumas que se liquiden conforme a incidente que para su regulación seguirá las bases señaladas en esta providencia.

"QUINTO.- Niégase el reconocimiento de perjuicios morales.

"SEXTO.- Si el siguiente fallo no fuere apelado, procédase a su consulta con el superior jerárquico.

Para el tribunal la causa petendi puede concretarse así:

" El causante, Marco Antonio Roa Piñeros, adquirió mediante escritura No.298 de 21 de junio de 1948, corrida ante la Notaría Primera de Guateque, un lote de terreno situado en la vereda de Boy 2a. jurisdicción de Somondoco con alinderación y cabida consultable en el folio 3 del cdno N1, el propietario del mencionado bien falleció el 17 de noviembre de 1956, y su proceso sucesorio se inicia en el Juzgado Promiscuo Municipal de Somondoco el 6 de mayo de 1.983, declarando abierta y radicada la sucesión y reconocimiento como su heredero en condición de hijo legítimo, al señor Jesús Antonio Roa Bonilla quien ahora demanda para dicha sucesión.

" Por la circunstancia de la construcción de la Represa de Chivor se obligó al replanteo de las carreteras que las Juntas conducía al Municipio de Almeida, siendo necesaria la construcción de un puente sobre la quebrada la "Cuya", con un nuevo trazado que en su perspectiva dividió la finca de propiedad de la sucesión demandante. El área el trazo de la carretera, fué al principio sometido a proceso de expropiación, que luego culmina en negociación directa, empero del precitado bien que da un área de mayor extensión, que por efecto de la construcción de la vía viene a ser objeto de ocupación y daño dadas las actividades de explanación, construcción de taludes y obras de arte como alcantarillado, afirmados, etc. tales consecuencias son generadas por la sustitución de la antigua vía que había construído la Nación causándose por ende un perjuicio que disminuye el patrimonio de la sucesión, y que esencialmente consiste en las siguientes consecuencias:

" La finca queda dividida en dos zonas. La zona superior de donde se nutría de agua, que por el hecho del nuevo trazo quedó incomunicada con el área restante del inmueble.

"Coetáneamente, ocurrió una merma apreciable de las fuentes de agua que incide directamente en la productividad de los suelos, además la acrecencia de detritus tales como materia inerte y piedras de gran tamaño sobre el lecho del territorio, contribuyen a dificultar las posibilidades de explotación agropecuaria que antes eran tradicionales en el fundo referido.

"Las aguas provenientes de drenaje construído para la vía se arrojan sobre la parte interior de la finca, propiciando la fracturación del terreno con peligro evidente de deslizamiento con pérdida total del valor comercial del inmueble.

"Por último, resalta la demanda que los herederos de la sucesión, han reclamado extrajudicialmente a la empresa la indemnización y compensación de los daños, la que no obstante reconocerlos, omite su pago."

Cumplido el trámite en la primera instancia, el tribunal decidió en la

forma anotada.

Descontenta la entidad demandada, interpuso apelación. Agotada la instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal séptima de la Corporación, la sentencia merece ser confirmada. De su vista fiscal de diciembre 6 de 1.990, se destacan los siguientes puntos: a) Habiendo definido la competencia el Tribunal Disciplinario en el presente asunto, ya no cabe discutir dicho extremo (sentencia de 19 de septiembre de 1.988); b) La acción, cuando se presentó el 27 de febrero de 1.986, aún no había caducado, porque las acciones que estaban sometidas a la prescripción extintiva anterior al decreto 01 de 1.984 y no se habían presentado el 1 de marzo de este año quedaron con un plazo de caducidad que vencía el 1 de marzo de 1.986; c) La excepción parcial de transacción es aceptable por existir acuerdo entre las partes en relación con la venta o cesión de una porción del inmueble afectado. Sobre la ocupación del inmueble y sus daños observó la fiscalía:

" En el presente caso la propiedad en cabeza de la parte actora se encuentra plenamente demostrada (ver folios 3 a 5 y 9 a 10 del C.P.)

" El perjuicio o daño sufrido por el demandante, aparece acreditado dentro del expediente con declaraciones que obra en el cuadernillo No. 2 de pruebas, que la obra realizada por la entidad demandada, ocasionó perjuicios a sus dueños al dividir el predio en dos partes y, además, que antes de iniciar la obra tenían plantaciones de diversas frutas que se deterioraron como consecuencia del trabajo no se precisa en forma concreta lo atinente al perjuicio o daño que pudo percibir la actora.

" Con todo, si bien es cierto este monto no se logró aclarar dentro del informativo, lo justo y equitativo a indemnizar corresponde al perjuicio o daño que sufrió la finca, pero precisando que no en la parte que utilizó la entidad demandada sino en la porción que de acuerdo con las declaraciones citadas e inspección judicial se estableció, quedó inutilizado o desmejorado produciendo una pérdida en su precio o valor corriente.

" Se insiste en que la indemnización no debe contener la parte o porción utilizada por la entidad demandada, pues al observar el dictamen pericial rendido por los señores peritos, se encuentra que toman la totalidad del predio, cuando las bases equitativas corresponden a la diferencia entre dicho total y la porción indemnizada y no a tomar el total del predio, ajustarlo al valor para descontar lo que la entidad demanda pagó por concepto de indemnización.

" Como en el presente caso la responsabilidad es derivada por los trabajos públicos realizados por ISA y en nuestro medio jurídico se ha considerado

que este tipo de responsabilidad es objetiva, al causarse el daño a un tercero la entidad dueña de la obra debe indemnizarlo sin poderse exonerar alegando la diligencia y cuidado en la ejecución de la obra. En tales circunstancias como los extremos pertinentes aparecen demostrados en el caso aquí estudiado, la Fiscalía estima que el fallo impugnado también en esta parte se ajusta a la realidad procesal, luego deberá ser confirmado teniendo en cuenta necesariamente las bases indicadas para la respectiva indemnización."

Por su lado la parte demandante insiste en la confirmación del fallo de primera instancia (ver alegato a folios 162 y siguientes). Allí aporta serias reflexiones para el mantenimiento de la providencia en los términos concebidos.

Para la sala la sentencia recurrida merece ser confirmada con algunas precisiones, como pasa a explicarse.

Estuvo acertado el tribunal cuando no aceptó la excepción de caducidad. Efectivamente el día de la presentación de la demanda, 27 de febrero de 1.986, aun no se había vencido el término de caducidad de los años señalados para este tipo de acción en el código administrativo, adoptado en el decreto 01 de 1.984.

El a-quo siguió para su negativa el pensamiento reiterado de esta sala en materia de trabajos públicos, el que puede sintetizarse así:

a) La ley 167 de 1.941 sometió la acción indemnizatoria por trabajos públicos, sin distinguir entre ocupación permanente o transitoria, al término de caducidad de los dos años (artículo 263).

b) Luego, en 1.955 (20 de junio/55) la Corte Suprema declaró inexequibles los artículos 262 y siguientes (relativos a trabajos públicos) pero solo en cuanto se referían a la ocupación permanente.

c) Desde esa fecha, entonces, hasta el 1o. de marzo de 1.984 las acciones por ocupación permanente quedaron del conocimiento de la justicia ordinaria y sometidas al término de la prescripción extintiva de la acción contemplada en el artículo 2536 del c.c.

d) El código administrativo, sin distinción alguna, adscribió esa acción de reparación directa (artículo 86) a la jurisdicción administrativa, con un plazo de caducidad de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial.

Aplicadas estas ideas al caso estudiado, resulta:

La acción indemnizatoria pretendida nació tan pronto se produjeron los daños al inmueble de la sucesión demandante con ocasión de los trabajos públicos

de la Represa del Chivor. Es decir, varios años antes de la expedición del código administrativo que adscribió esa acción a la justicia contencioso administrativa.

Antes del código la parte interesada estaba amparada con el término de prescripción, el que aun no había vencido cuando se produjo el cambio de legislación (decreto 01 de 1.984); cambio que convirtió la prescripción extintiva en caducidad.

Como la parte interesada no había accionado cuando se produjo el aludido cambio, quedó su situación gobernada por la nueva ley; o sea, por el término de caducidad.

En tal evento, como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, el plazo que tenía para accionar venció el 1o. de marzo de 1.986 (final del bienio iniciado el 1o. de marzo de 1984). Y si la demanda se presentó el 27 de febrero de aquel año, hay que concluír en su oportunidad.

También estuvo acertado el tribunal, como lo afirma la fiscalía, en aceptar la competencia para conocer el presente asunto, ya que el Tribunal Disciplinario, en sentencia de 19 de septiembre de 1.988, dirimió el conflicto suscitado entre la justicia ordinaria y la contencioso administrativa.

Frente a la transacción parcial aceptada por el tribunal, la sala tiene algunos reparos, pero no en cuanto a su conclusión final sino en lo que dice con la fundamentación de la excepción misma.

No. no se presentó entre las partes propiamente una transacción en estricto sentido. Se demostró sí que entre estas se dió una negociación sobre el terreno afectado, lo que dejó sin piso la pretensión por ocupación permanente.

Para entender esto, baste observar:

Con motivo de los trabajos de la Represa de Chivor, se inició un proceso de expropiación sobre parte del terreno "La Unión" de propiedad de la sucesión del señor Marco Antonio Roa Piñeros. Luego de iniciado el proceso las partes lograron un acuerdo ya que los herederos voluntariamente vendieron los derechos herenciales que tenían vinculados a dicho inmueble; y por tal motivo las partes conjuntamente desistieron del proceso de expropiación.

No obra dentro del proceso el sedicente contrato de transacción y parece que no existió, porque terminó en una compra venta. Aquí existe cierta confusión entre las partes y en ella incurrió el a-quo, porque estas quieren darle al documento que obra a folios 66 el valor de una transacción cuando no es mas que un mero memorial de desistimiento, ni siquiera desistimiento por transacción, si no porque se dió entre las partes la venta de derechos herenciales.

En otros términos, probada la negociación de parte del inmueble con la entidad demandada, precisamente en la parte ocupada, la pretensión indemnizatoria por ocupación permanente se cae de su peso y habrá de denegarse expresamente en la parte resolutiva, en lugar de confirmar la excepción de transacción procesal reconocida por el tribunal.

Despejado este punto de la controversia y circunscritos los perjuicios en la forma indicada por le tribunal, o sea no por la ocupación permanente del inmueble sino por los daños causados a éste, pasa la sala de estudiar el planteamiento hecho en fallo recurrido.

Se aclara que en el acervo probatorio no existe documento alguno que permita afirmar, como lo hace la demandada, que tales daños fueron materia de transacción o de algún otro negocio entre las partes. No porque los documentos en que apoya ISA su defensa no dan a entender que hubo arreglo sobre dichos extremos. Así, por ejemplo, el documento que obra de folios 44 a 49 sólo da cuenta de la venta de unos derechos herenciales en la sucesión del señor Marco Antonio Roa Piñeros, derechos en los que no podía estar incluído el derecho a la indemnización por daños en un bien sucesoral, porque éste se radicó en cabeza de los herederos en forma originaria y no derivada del de cujus. Tampoco el contrato de promesa #2.040 (a folio 52) deja ver ese arreglo, porque éste no hizo otra cosa que completar el número de los coherederos que le prometieron a la demandada sus derechos. Igualmente el documento que obra a folios 66, como se dijo, contiene solo el desistimiento conjunto del proceso de expropiación, en el cual se habla de que las partes vendieron voluntariamente a la entidad pública.

Aquí se pregunta a la sala: Resultaron probados los daños causados por la obra pública? Podrá revisarse el fallo del a-quo en su integridad?

Para responder el primer interrogante, la sala hace suya la perspectiva manejada por el a-quo, en cuanto a que sí resultaron probados tales perjuicios materiales, aunque no así su monto. Y frente al segundo, la respuesta tendrá que ser negativa, ya que no podrá estudiarse el fallo sino en lo que le fué desfavorable a la entidad. Esto por cuanto sólo apeló ésta y porque se entiende que el conocimiento de esta sala también surge o nace del grado de consulta, ya que de no haber sido apelado habría tenido que revisarse en el citado grado y con los alcances restrictivos del mismo. La no apelación de la parte actora significa que se conformó con los alcances del fallo de instancia, el que denegó el pago de los perjuicios morales y las indemnizaciones pedidas por concepto de la ocupación permanente del predio "La Unión Bis" y de la división de la finca en dos lotes o predios.

El tribunal se apoyó para su condena en el dictámen pericial que obra a folios 46 y siguientes del C.#2 y en lo constatado durante la inspección judicial que obra a folios 11 del mismo cuaderno. Pruebas estas que muestran el estado

en que quedó el inmueble luego de los trabajos, con pérdida de su capa vegetal y cubierto en gran parte por los desechos de la obra (piedras, conglomerados y tierras inertes) que impiden su utilización normal y que muestran una afectación para la agricultura equivalente a un 80%. Además, también se puso en evidencia la desmejora en el nacimiento de agua situado en la parte superior de la finca.

Para la sala el dictámen pericial no es aceptable porque si bien parte de los supuestos demandados, no se ajusta a la realidad aceptada por el a-quo, el que deniega la pretensión indemnizatoria por ocupación permanente de parte del inmueble y ordena descontar de la indemnización todo lo correspondiente al predio " La Unión Bis", de una superficie de 5 hectáreas 8.033 mts2. Como esta sala acepta esa apreciación, la que impide la estimación de la mencionada prueba, se confirmará el fallo en cuanto hace condena en abstracto y ordena deducir ciertos factores. Además, estima la sala que para la futura liquidación deberán tener en cuenta las siguientes pautas:

a) Valor de adecuación de la finca, excluído el predio " La Unión Bis", para que recupere su capacidad productiva.

b) Disminución en la producción de la finca La Unión, con la exclusión indicada, desde junio de 1.974 hasta la ejecutoria de este fallo.

c) El valor de la indemnización no podrá exceder de $6'000.000.00, según estimativo hecho en la demanda.

d) El valor histórico determinado no podrá actualizarse porque tal petición no se hizo en la demanda. Aquí, según reiterada jurisprudencia de la sala contenciosa, el reajuste monetario de la condena no procederá de oficio. Lo contrario, desconocería los términos de la demanda y violaría el principio de la congruencia.

e) No se hará el descuento previsto en el artículo 219 del c.c.a. (56 del decreto 2304 de 1.989), porque este solo se aplica en los casos de indemnización por ocupación permanente.

La liquidación de los perjuicios deberá hacerse con sujeción al incidente señalado en el artículo 137 del c. de p.c. Esto porque si bien es cierto la condena en abstracto prácticamente quedó suprimida en el proceso civil al desaparecer el artículo 308 del anterior código de procedimiento civil (decreto 2282 de 1.989), no lo es menos que esa condena quedó vigente en el proceso administrativo, por existir en este la regla especial contemplada en el artículo 172 del c.c.a. La no aplicación del procedimiento indicado en el 308 del c. de p.c. impone que se llene el vacío con el 137. Además, ante el vacío existente en el código administrativo, el incidente deberá presentarse dentro del término de dos meses. Se señala este plazo con apoyo en el artículo 119 del c. de p.c.

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

FALLA:

1) Confírmase la sentencia de octubre 26 de 1.989, dictada por el tribunal administrativo de Boyacá, en sus ordinales 1o. 3o. 4o. y 5o.

2) Revócase el ordinal 2o y en su lugar, deniégase la pretensión relacionada con la ocupación permanente del inmueble.

3) La liquidación de la condena dispuesta en abstracto deberá hacerse mediante el incidente regulado en el artículo 137 del c. de p.c., con sujeción a las pautas señaladas en este fallo. Incidente que deberá formularse dentro del término de dos meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo. Una vez liquidada la condena y ejecutoriada la providencia que tal cosa dispone, la suma determinada devengará los intereses indicados en el artículo 177 in fine.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 11 de abril de 1.991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ AUTORIDAD DE TRANSITO

Si bien la SIJIN actuó, no cumplió el procedimiento ordenado, cual era poner a disposición de la autoridad de Tránsito Municipal el informe, para que allí se continuara con el trámite de rigor. En su lugar, en forma arbitraria ejecutó la detención de conductor y vehículo, llevando a cabo un procedimiento irregular con el objeto de obtener el arreglo de la motocicleta asignada a uno de sus subalternos, lo cual no está permitido en ninguno de los estatutos aplicables.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., abril quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente No. 6237.- Actor: Héctor Manuel Molina Ocampo.

Procede la Sala a conocer en el grado de Consulta, la sentencia proferida el 30 de abril de 1.990 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual decidió: "1o. Declárase que la Nación Colombiana es responsable de los perjuicios materiales y morales ocasionados al señor Héctor Manuel Molina Ocampo, por las vías de hecho que incurrieron los agentes de la Policía Nacional, primeramente; y luego la Comandancia del F-2 en Medellín, con relación a la incautación del automotor camión marca Ford, modelo 1978, de servicio particular, tipo estaca, color blanco, de placas LE-0716, de cuya posesión se privó al actor desde el 1o. de mayo de 1986 hasta el 17 de septiembre de 1987 y por la retención arbitraria de que fuera víctima el mismo en las instalaciones del F-2.

"2o. Como consecuencia de la declaración anterior condénase a la Nación Colombiana a pagar al señor Héctor Manuel Molina Ocampo por concepto de

perjuicios materiales la suma que se determine en incidente que se tramitará con sujeción a lo dispuesto en el artículo 308 del C. de P. Civil y a la pautas fijadas en este fallo.

"3o. Por concepto de perjuicios morales pagará el valor de Cien (100) gramos de oro, al precio que dicho metal tenga a la ejecutoria de esta providencia.

"4o. El valor de los perjuicios materiales será ajustado de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.

"5o. Dése cumplimiento al artículo 177 del mismo código." (Fols 416 y 417).

I. ANTECEDENTES

1. El señor HECTOR MANUEL MOLINA OCAMPO, por intermedio de apoderado judicial, demandó en acción de reparación directa y cumplimiento a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional con el objeto que se le declare a ésta responsable de los daños y perjuicios que le fueron ocasionados por las vías de hecho en que incurrieron agentes de la Policía Nacional y la Comandancia del F-2 en Medellín en relación con el vehículo de su propiedad, camión marca Ford, modelo 1978, de servicio particular, tipo estaca, color blanco, de placas LE-0716 y por la retención arbitraria de que fué víctima el mismo en las instalaciones del F-2.

Solicita como consecuencia, se condene a La Nación al pago por concepto de perjuicios materiales y morales teniendo en cuenta la devaluación monetaria.

2. El actor fundamentó sus pretensiones en los elementos fácticos que pueden resumirse así:

El 21 de mayo de 1986 a las 8 a.m. aproximadamente, el señor HECTOR MANUEL MOLINA OCAMPO tomó la conducción del vehículo de su propiedad y en razón de su trabajo se dirigió a "Abejorral con la calle 39, Bar "Don Quijote", pero cuando descendía por la calle 44 (San Juan) de Occidente a Oriente, se presentó alguna congestión en los tres carriles en que se divide la vía. Simultáneamente, en forma por demás imprudente, observó el señor Molina Ocampo, que por entre las filas de automotores en circulación, empezaron a pasar un sinnúmero de agentes de la Policía Nacional del Escuadrón Motorizado. Sin distraérse y siempre mirando hacia adelante donde había un Guarda de Tránsito dando vía por imperfectos en el semáforo de la calle 68, el señor Molina Ocampo circulaba por el carril izquierdo contra el sardinel.

"Cuando el señor Molina Ocampo se acercaba a la carrera 69, más o menos, fué interceptado por varios agentes de la Policía Nacional, del Escuadrón

Motorizado, quienes le increparon que si era que se iba a volar. El señor Molina Ocampo muy extrañado se detuvo, se bajó del carro y les solicitó explicaciones de lo ocurrido, pero dichos agentes después de requisar el vehículo lo bajaron detenido al Comando del Escuadrón Motorizado, donde minutos después se hizo presente una Patrulla de Tránsito integrada por los Guardas, señores Rafael Alvarez y Jorge Cardona, quienes le tomaron los datos y le dieron la orden de comparendo nacional 0032180, no sin antes dejar constancia que éllos, al igual que el señor Molina Ocampo, nada habían visto respecto al supuesto accidente, no obstante, ya se había hecho presente allí un agente de policía con una moto con el stop trasero averiado, presuntamente ofendido en el accidente que se le imputaba a mi poderdante.

"Después de la larga espera, se ordenó al señor Molina Ocampo que debía hablar con el Comandante Policial, llegó allí el Mayor Eduardo Forero Díaz, quien simultáneamente les pidió explicaciones de lo ocurrido al agente y al señor Molina Ocampo pues mientras el agente aseguraba que le señor Molina Ocampo lo había atropellado con la parte trasera de la carrocería del camión, la posición de Molina Ocampo era diametralmente opuesta, en el sentido de que él no se había dado cuenta del real o supuesto accidente que se le atribuía. Obviamente, el mayor Forero le creyó al agente de policía y él fué declarado culpable, suplantando a los Guardas de Tránsito que ya habían atendido el procedimiento; aquel oficial ordenó la detención del señor Molina Ocampo junto con el vehículo. Unica alternativa, pagar los daños de la moto en cuantía aproximada a los treinta mil pesos ($30.000). La orden de detención debía cumplirse en el "F-2" y su cumplimiento fue confiado a un teniente y varios agentes de Policía." (Fols. 33, 34 y 35).

El señor Molina Ocampo fué detenido en las dependencias del F-2 donde permaneció recluído en un calabozo desde el miércoles 21 hasta el jueves 22 a las 3:30 PM, día en que fué puesto en libertad luego de haber prometido pagar los arreglos de la moto. Esta situación fué denunciada por el actor ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial. El demandante canceló por el arreglo de la moto la suma de $20.216.00.

Por su parte, los funcionarios de Tránsito Municipal ordenaron la entrega del vehículo, pero al ser presentado el correspondiente oficio en la sección de automotores del F-2 el lunes 26 de mayo del mismo año, se le empezó a exigir a su propietario a una serie de documentos, y el F-2 lo destinó para transportar tubos, chatarra decomisada y mercancía en general.

"A raíz de los atropellos de que fué víctima el señor Molina Ocampo formuló las correspondientes denuncias ante la Procuraduría Delegada Regional de Antioquia y Juzgado 92 de Instrucción Penal Militar donde cursa bajo el radicado No. 9470". (fol.39).

En venganza por las denuncias formuladas por el señor Molina Ocampo, en

relación con la injusta retención de su vehículo, los agentes de Policía Nacional y la Comandancia del F-2 en Medellín, decidieron utilizarlo exhaustivamente y abusivamente, hasta casi destruirlo y luego, ponerlo a disposición de la Justicia Penal Aduanera, con el manido argumento de "sospecha de contrabando", a pesar de la edad del automotor y de que se había presentado el manifiesto de aduana oportunamente ante la sección de automotores del F-2. (Fol.39).

Como era de esperarse, el señor Molina Ocampo fué **sobreseído definitivamente** de todo cargo por la Justicia Penal Aduanera, y al año exactamente, en la misma providencia, se ordenó la devolución del vehículo". (Fol.40).

3. La entidad demandada, mediante apoderado debidamente constituído se presentó al proceso y si bien no contestó la demanda, dentro del término legal solicitó el decreto y práctica de pruebas, con las cuales pretende " demostrar que efectivamente el camión Ford, modelo 1978, de placas LE-0716, accidentó la motocicleta No. 96 de la Policía Nacional, conducida por el agente Jimmy Fredy Silva Estupiñan" (Fol.70), como también la exhoneración a la Nación de todo daño por ausencia de la falla del servicio.

4. Cumplido el trámite de primera instancia, el Tribunal competente profirió sentencia favorable a las pretensiones del actor, declarando responsable a La Nación de los perjuicios materiales y morales ocasionados al señor Héctor Manuel Molina Ocampo por los hechos de que da cuenta la demanda y condenado en abstracto a La Nación al pago por perjuicios materiales y al equivalente a cien (100) gramos oro por perjuicios morales.

Considera el a-quo una vez analizadas las pruebas allegadas al proceso y las disposiciones del Código Nacional de Policía (Decreto 1344 de 1970) que:

Los mandatos transcritos son determinantes al señalar cuáles son las respectivas autoridades de tránsito. Y si bien el numeral 6o. contempla entre ellas a la "Policía Nacional" la norma "exige que esa policía esté representada en cuerpos especializados de Policía vial o urbana de Tránsito," la Policía Ordinaria" no tiene competencia para asuntos de tránsito. Y , aunque por razones de la función propia policial puedan capturar a quienes sorprendan en flagrante contravención de policía, la captura puede hacerse .....para el solo efecto de conducir al infractor al respectivo Jefe de Policía.

"En el caso que nos ocupa el 'CDTE SECCION B' VIGILANCIA, capturó al 'individuo de nombre Héctor Manuel Molina Ocampo, C.C. No. 510037 de Medellín, natural de Sonsón (Ant.), casado, hijo de Pedro y Emilia, de profesión comerciante, residente en la Calle 52 No. 47-28, Of. 829, Tel. 51 68 30 y en vez de '...darle orden escrita para que comparezca ante el Jefe de Policía dentro del

término que en ella señale sin que exceda de 48 horas; o de ponerlo a disposición de la inspección de Policía de Tránsito autoridad competente para conocer de la infracción, lo puso junto con su vehículo a disposición del Cdte Estación Diez y Seis del Departamento de Policía Metropolitana contrariando abiertamente las dos disposiciones en comento'.

" En dichas dependencias continuó privado de la libertad hasta cuando coaccionado por el ejercicio ilegal de la autoridad tuvo que pagar los daños de una moto de servicio de la Policía que supuestamente había dañado con el camión que conducía en accidente de Tránsito de cuya ocurrencia ni siquiera se percató.

" No cabe duda entonces que fué injusta e ilegalmente privado de su libertad individual a la par que también lo fué de la posesión material de automotor, cuya entrega había ordenado el Inspector de Permanencia de Tránsito-Tercer Turno-.

" Esta última fué injusta e ilegal porque fué fruto de la retaliación porque el ofendido puso en conocimiento de la Procuraduría los atropellos de que fué víctima; afirmación que encuentra respaldo en el conocimiento que se tenía del resultado del estudio que se hizo al vehículo desde el 22 de mayo de 1.986 donde el técnico conceptuó .....que el automotor motivo del estudio queda identificado con el número F-37 SNFA 9162 de seguridad el mismo que registra el chasis y que luego confirmó la justicia penal aduanera al señalar que el vehículo no era de contrabando.

" La conducta antiprofesional de las autoridades policiales en este caso son muestra inconfundible de falla en la prestación del servicio". (Fols.413 y 414).

5. En virtud de que la sentencia contiene una condena a la Nación, el expediente fué remitido a esta Corporación para efectos de que se surtiera el grado de consulta, y habiéndose dispuesto el traslado legal a las partes para las alegaciones, solo la demandada presentó el escrito que obra a folios 421 y ss., en el cual manifiesta que discrepa de la sentencia en cuanto al término que señala, que estuvo el automotor retenido - 21 de mayo de 1986 a 17 de septiembre de 1987- y que fija como indemnizable, ya que si bien la Policía Nacional realizó la captura del vehículo, responde sólo hasta el momento en que lo dejó a disposición del Juzgado Superior de Aduanas, o sea hasta el 20 de junio de 1986. No puede responder la Policía por la demora en las decisiones jurisdiccionales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto a la responsabilidad del Estado por fallas en el servicio de Policía, por acción y por omisión, es importante reiterar lo expuesto en sentencia de noviembre 4 de 1.975. Actor: José Ignacio Arboleda. Expediente No. 1494, que expresó. "La estructura de una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado

no ha sido resultado de elucubraciones que han pretendido crear una figura intelectual más o menos semejante a las del derecho común. La Responsabilidad estatal tiene su fundamento en la esencia jurídica del denominado "Estado de Derecho".

" Si el Estado tiene como fin la colaboración con el ciudadano en la búsqueda y realización del bien común, es lógico que ello implique para él mismo una serie de obligaciones.

" Para que el ente estatal cumpla con esas obligaciones ha sido investido de innumerables poderes tendientes a regular la vida en sociedad y a satisfacer las necesidades de los miembros de la comunidad.

" Por ello, tiene que concluirse que cuando el Estado no cumple con la misión que se le ha sido encomendada, o cumple defectuosamente, o al cumplir causa daños a algunos de los miembros de la comunidad, incurre en responsabilidad".

Para deducir la existencia de responsabilidad del estado, debe aparecer demostrado dentro del expediente:

a) La falta o falla del servicio, esto es que la Administración no funcionó ó funcionó en forma irregular.

b) El daño, que se traduce en la perturbación de un bien o un derecho jurídicamente tutelado.

c) La relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño.

Para el efecto anterior, es imperioso avocar el análisis del acervo probatorio, así:

1. Del accidente de tránsito acaecido el 21 de mayo de 1986 en la calle 44 con carrera 69, en el cual aparecen comprometidos los vehículos LL-2361, campero Nissan, modelo 1977, de servicio particular, conducido por Carlos A. Grisales; el camión de placas LE-0716, particular, marca Ford, modelo 1978, conducido por Héctor Manuel Molina y la motocicleta Yamaha, de placas No. 96, modelo 1980, de uso oficial, conducido por el agente Jimmy Fredy Silva, dá cuenta el informe de la Secretaría de Transportes y Tránsito, obrante a folios 142 y 143.

2. El resultado del accidente mencionado fué: daños al campero Nissan y a la motocicleta, sin lesionados, lo cual consta a folios 130, 134, 142 y 213.

3. Igualmente, como resultado del mismo, el camión antes identificado

y su conductor, fueron inmediatamente retenidos y puestos a disposición del jefe de la SIJIN por el St. Javier Jiménez Marroquín, Comandante Sección "B" Vigilancia, según puede verse a folios 119 y 113.

4. El Comandante de la Estación Diez y Seis de Policía, Mayor Jorge Eduardo Forero Díaz solicitó al Jefe de la SIJIN, resolver favorablemente la situación del camión en razón de que el señor Molina Ocampo " canceló en forma conciente y voluntaria los daños ocasionados a la motocicleta" de la Policía (Fol.129).

5. La Inspección de Permanencia de Tránsito -Tercer Turno-, ofició el 26 de mayo de 1986 al Comandante del F-2, solicitándole la entrega del vehículo en cuestión al señor Molina Ocampo (Fol.128).

6. A folios 120 aparece la boleta de libertad al retenido Héctor Molina Ocampo, de fecha 22 de mayo de 1986.

7. La SIJIN puso a disposición del Juez Superior de Aduanas, el camión, " en razón de poseer los sistemas de identificación regrabados", mediante oficio del 11 de junio de 1986 (Fl.145).

8. Copia de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas, mediante la cual resolvió sobreseer definitivamente, entre otros, al señor Molina Ocampo por cuanto no existió el delito de contrabando del camión (Fols.298 a 305).

Esta providencia fué confirmada por el Tribunal Superior de Aduanas (Fols.342 a 346).

El artículo 63 de la Constitución Nacional expresa: " No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

Para el presente caso, resulta preciso determinar las funciones de las autoridades de tránsito, consignadas en el Decreto 1344 de 1.970.

El mencionado Estatuto, en su artículo 3o. expresa:

"Son autoridades de tránsito:

1o. El Ministro de Obras Públicas. 2o. El Concejo Superior de Tránsito. 3o. Las Secretarías Departamentales o Direcciones de Tránsito de carácter Departamental, distrital, intendencial y comisarial. 4o. Los Alcaldes Municipales e Inspectores de Policía. 5o. Las Secretarías Departamentales de Tránsito. 6o. La Policía Nacional en sus cuerpos especializados de Policía Vial y Policía Urbana de Tránsito.

" Las Direcciones Departamentales de Tránsito tendrán su sede en la capital del departamento o en la ciudad que indique el respectivo Gobernador".

" El artículo 250 ibidem, prescribe:

"En los casos de hechos en que resulten daños a personas, a los vehículos, inmuebles, muebles o animales, el agente de policía de tránsito o vial que conozca el hecho levantará un croquis descriptivo de sus pormenores, con copia inmediata a los conductores quienes deberán firmarlas y en su defecto las firmará un testigo.

" El informe constará por lo menos:

"1) Lugar, fecha y hora en que ocurrió el hecho.

"2) Clase del vehículo, número de la placa y demás características.

"3) Nombre del conductor o conductores, documentos de identidad, número de la licencia o licencias de conducción, lugar y fecha de expedición.

"4) Nombre del propietario o tenedor del vehículo o de los propietarios o tenedores de los vehículos.

"5) Nombre, documento de identidad y dirección de los testigos.

"6) Estado de seguridad en general del vehículo o vehículos, frenos, dirección, luces y bocinas.

"7) Estado de la vía, huella frenada, grado de visibilidad, colocación de los vehículos y distancia, la cual constará en el croquis levantado.

"8) Descripción de los daños.

" El croquis y el informe serán entregados a más tardar el día siguiente a la competente autoridad policiva y a los interesados, junto con las partes por faltas a las normas de tránsito, para que ésta decida sobre la infracción a dichas normas ".

Por su parte el artículo 69 del Código Nacional de Policía dispone: "La Policía podrá capturar a quienes sorprenda en flagrante contravención de policía, cuando el hecho se realice en lugar público o abierto al público y para el sólo efecto de conducir al infractor ante el respectivo jefe de policía.

"En este caso, si el infractor se identifica plenamente y proporciona la dirección de su domicilio, el agente de policía puede dejarlo en libertad y darle orden escrita para que comparezca ante el jefe de policía dentro del término que

en ella señale sin que exceda de 48 horas siempre que, a su juicio, tal medida no perjudique el mantenimiento del orden público. Si la persona citada no cumple la orden de comparendo deberá ser capturada".

Así, de las normas trascritas se tiene que el accidente de tránsito corresponde conocerlo a las autoridades de tránsito, y tal como lo interpretó el a-quo, cuando el numeral 6o. del artículo 3o. menciona a la Policía Nacional, la misma norma "exige que esa policía esté representada en cuerpos especializados de Policía Vial o Urbana de Tránsito, la 'Policía Ordinaria' no tiene competencia para asuntos de tránsito. Y, aunque por razones de la función propia policial puedan capturar a quienes sorprendan en flagrante contravención de policía, la captura puede hacerse ".... para el solo efecto de conducir al infractor al respectivo Jefe de Policía. (Fol.143).

En el sub-lite, de conformidad con las pruebas antes descritas se observa que el conocimiento del accidente fue avocado por el Comandante- Sección "B" Vigilancia, quien retuvo al ciudadano Héctor Manuel Molina Ocampo y al vehículo de placas LE-0716 por él conducido, en virtud de un accidente de tránsito, en actitud abiertamente contraria a las disposiciones legales, quien además puso a disposición del jefe de la SIJIN al conductor y al vehículo.

Si bien, dicho cuerpo policial actuó, no cumplió el procedimiento ordenado, cual era poner a disposición de la autoridad de Tránsito Municipal el informe, para que allí se continuara con el trámite de rigor. En su lugar, en forma arbitraria ejecutó la detención de conductor y vehículo, llevando a cabo un procedimiento irregular con el objeto de obtener el arreglo de la motocicleta asignada a uno de sus subalternos, lo cual no está permitido en ninguno de los Estatutos aplicables. Y es bien conocido el principio constitucional de que los funcionarios públicos responden no solo por infracción a la Constitución y a las leyes, si no también por extralimitación de sus funciones, o por omisión en el ejercicio de ellas. (Art. 20 C.N.).

De manera que, la falla o falta del servicio salta de bulto en el presente caso ya que con ocasión del servicio , agentes administrativos actuaron en forma irregular, lo cual compromete la responsabilidad de la Nación, la cual se vuelve mucho más ostensible al examinar el oficio obrante a folio 128, en que el Inspector de Tránsito solicita al Comandante del F-2, Sección Automotores se le entregue el vehículo de placas LE-0716 al señor Héctor Molina Ocampo. Y a pesar de ser esta la autoridad para disponer del vehículo en ese momento, el último funcionario mencionado no acató la orden y puso el camión a disposición del Juzgado de aduanas.

Hallándose probado el primer elemento de responsabilidad, es del caso hacer mención al daño ocasionado al actor , cual fue la privación de la libertad del demandante por espacio de varias horas, en forma arbitraria y la retención

del vehículo por autoridad que no era competente para ello.

La relación de causalidad resulta de los elementos antes analizados los cuales fueron debidamente probados, pues los daños fueron consecuencia directa de la falla en la prestación del servicio, traducida aquí en la actuación irregular de miembros policiales.

PERJUICIOS:

El actor solicita el pago de perjuicios tanto materiales como morales. Los primeros los solicita en la "modalidad de daño emergente y lucro cesante, las sumas que por estos conceptos se determinen conforme al procedimiento establecido en los artículos 172 y 178" del Código Contencioso Administrativo y 308 del Código de Procedimiento Civil.

En primer lugar, es de observarse que los perjuicios materiales se demostraron, mediante el contrato de transporte celebrado el 30 de marzo de 1986 que obra a folios 14 y 15, el cual tiene suficiente validez, por cuanto fué reconocido por el señor Luis Alfredo Torres, denominado dentro del documento como "la empresa". (Fol.108).

La ejecución de dicho contrato se suspendió por causa de la retención irregular del vehículo desde el 21 de mayo de 1986, razón por la cual la Nación deberá indemnizar desde esta fecha y hasta el 17 de septiembre de 1987, período durante el cual estuvo retenido el vehículo por órdenes de las autoridades de policía.

De otra parte, como no fue establecido el quantum de la indemnización de perjuicios materiales, se ordenará la condena en abstracto, para que mediante dictamen pericial se proceda a la liquidación, teniendo en cuenta las siguientes precisiones que se le hacen a las pautas fijadas por el Tribunal.

1. Se tomará el precio de ocho mil pesos ($8.000) diarios, según lo convenido en el contrato que obra a folios 15 y 16.

2. Se deberá descontar el tiempo que un vehículo de las características del comprometido en este proceso requiera para su reparación y normal funcionamiento.

3. El valor resultante de la liquidación así hecha, se actualizará aplicando el índice de precios al consumidor según certificado que expida el Departamento Nacional de Estadística —DANE- y teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$Vp = \frac{Vh \text{ ind. final}}{\text{ind. inci.}}$$

De donde:

Vh, es el valor actualizado.

Vh, es la suma a actualizar o sea el resultante de la liquidación.

Ind. final, es el índice a la fecha del pago

Ind. inic., es el índice a mayo de 1986.

4. Como la condena es en abstracto, ésta deberá liquidarse mediante el trámite incidental contemplado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, según ha quedado establecido por esta Sala en diferentes procesos: (Nos. 5521, 5964 y 5962), en los que se ha expresado. "Se procede así porque el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil anterior fue modificado por el Decreto 2282 de 1989, en el sentido de suprimir la condena en abstracto en el proceso civil. Pero como esta condena subsiste en el contencioso administrativo, según mandato del artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, debe llenarse el vacío para su concreción en el trámite incidental aludido. El término para la presentación del incidente se señalará en dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria del fallo. Esto por permitirlo el citado estatuto procesal civil en su artículo 119". (Expediente 5962. Actor: Reinaldo Trullo Moreno).

Los perjuicios morales, que corresponden al dolor intrínseco por el hecho arbitrario de la privación de la libertad y de un bien material que constituye, según las varias declaraciones, el único medio de sostenimiento para una persona, indudablemente se dió en el sub-lite, por lo cual, la Sala adopta la tasación fijada por el a-quo, en el equivalente a 100 gramos oro, según certificación que expida el Banco de la República sobre el precio del metal a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del 30 de abril de 1.990 proferida por el Tribunal de Antioquia contra la Nación-Ministerio de Defensa, con la precisión de que la condena en abstracto se hará conforme al artículo 137 del C. de P.C., incidente que se deberá presentar dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en sesión de fecha, 11 de abril

de 1.991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/IURA NOVIT CURIA/ DEMANDA- Requisitos/FUNDAMENTOS DE DERECHO.

En controversias contractuales no se aplica la segunda parte del ordinal 4 del artículo 137 del C.C.A., porque en tales controversias, como en las de reparación directa, opera la regla iura novit curia en toda su extensión. Al calificar como contractuales las controversias que giren en torno a los actos contractuales, se les está dando a éstas una calificación que amerita un tratamiento diferente al que se le da al acto administrativo impugnado en las acciones de nulidad (art. 84 C.C.A.) y de restablecimiento (art.85 ib.), acciones para las cuales sí rige en su integridad la exigencia de la segunda parte del ordinal mencionado.

ACUMULACION CONDICIONAL DE PRETENSIONES / CADUCIDAD DEL CONTRATO / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento

En eventos como el aquí estudiado, el juez no podrá estudiar el incumplimiento de la administración, sino cuando haya desaparecido, por nulidad, el obstáculo que representa la declaratoria de incumplimiento del contratista hecha por aquella en el acto de caducidad. En el sub lite presente una acumulación condicional de pretensiones, la cual ocurre cuando en una misma demanda se deduce una pretensión para que sea estimada bajo la condición de que se acoja otra, de la cual toma vida.

TEORIA DE LA IMPREVISION/ EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

El contratista de la administración que pretende pedir la revisión del que está ejecutando, porque circunstancias sobrevinientes e

imprevistas están haciendo seriamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones emanadas del mismo, hasta el punto de que pongan de presente el rompimiento de la ecuación financiera del contrato, debe estar cumpliendo, en principio, lo de su cargo, porque las circunstancias anotadas, que hacen posible esa revisión y el restablecimiento del equilibrio del contrato, son aquellas que, por regla general, hacen más gravosa su ejecución y no las que la hacen imposible. Si así lo fuera, la revisión por causas imprevistas se confundiría con la fuerza mayor, lo que no es siempre de recibo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E. Abril diez y seis (16) de mil novecientos noventa y uno (1.991).-

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6102. - Contratos.- Actor: Jairo Godoy Roa.-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de octubre 19 de 1.989 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca y mediante la cual se dispuso:

"1o. Declárense No fundadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda por "Indebida Acumulación de Pretensiones" y por "No Estimación Razonada de la Cuantía.

"2o. Declárense Fundada la excepción de Ineptitud Sustantiva de la Demanda por omisión del concepto de la violación, con relación a la impugnación de los actos administrativos contenidos en las resoluciones números 7511 de diciembre 10 de 1.984, 751 de marzo 1o, 3024 de julio 12 y 4784 de septiembre 30 de 1.985, proferidas por la Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

"3o. Como consecuencia de la declaratoria anterior INHIBISE para hacer un pronunciamiento de fondo sobre los actos administrativos impugnados.

"4o Deniéganse las demás súplicas de la demanda."

En la demanda, presentada el 9 de marzo de 1.987, la parte actora solicitó:

"1a.- Que se decrete la nulidad de la Resolución número 7511 del 10 de diciembre de 1984 del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se decretó la caducidad administrativa del contrato de obras públicas número 34 FAC-JAL-DINSA 83 celebrado entre la Nación-Ministerio de Defensa - FAC y el arquitecto Jairo Godoy Roa.

"2a.- Que se decrete la nulidad de la resolución número 751 del Ministerio de Defensa Nacional, del 1o de marzo de 1.985 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por mi poderdante contra la resolución citada en el punto anterior.

"3a.-Que se decrete la nulidad de la resolución 3024 del Ministerio de Defensa Nacional de fecha julio 12 de 1.985 con la cual se aprobó la liquidación final del contrato número 34FAC- JAL-DINSA 83.

"4.-Que se decrete la nulidad de la Resolución número 4784 del Ministerio de Defensa Nacional de fecha 30 de septiembre de 1.985, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución citada en el punto anterior.

"5.-Que se declare el incumplimiento por parte de la entidad contratante del contrato número 34-FAC-JAL-DINSA-83.

"6.-Que como consecuencia de lo anterior se condene a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional FAC a pagar a mi poderdante los perjuicios representados en el lucro cesante y el daño emergente que resulten probados en el juicio.

"7.-Que se decrete una condena por perjuicios morales a favor de mi poderdante y en contra de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-FAC por el equivalente de 2.000 gramos oro por el incumplimiento del contrato No.34 FAC-JAL-DINSA 83.

"8.-Que se actualice la condena de acuerdo con los índices de precios al por mayor."

En la demanda citada, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el 18 de mayo de 1.983 quedó perfeccionado el contrato de obra pública #34 FAC-JAL-DINSA 83, suscrito entre la Nación Ministerio de Defensa Nacional-Fac y el arquitecto Jairo Godoy Roa para la construcción a precios unitarios de la ampliación del patio de tropa de la base Camilo Daza (Bogotá), por valor de $14.533.228.05

2) Que el 1o de septiembre de ese año se suscribió el acta #133/83 de iniciación de obras.

3) Que el plazo inicialmente pactado fué de 120 días calendario a partir de la entrega del anticipo.

4) Que la interventoría, por inexperiencia e incapacidad, entorpeció la ejecución del contrato e impidió el pago de 3 actas de obra, correspondientes a los

meses de octubre, noviembre y diciembre de 1983; pero que pese a eso continuó el contratista con su ejecución.

5) Que el contratista, mediante comunicación #26/87, con apoyo en la cláusula sexta, pidió prórroga, pero con la advertencia de que se le debía pagar lo adeudado.

6) Que mediante el contrato adicional de 30 de diciembre de 1983 se señaló como plazo el de 210 días (Cláusula 4), ampliándose su ejecución en 60 días a partir del 31 de diciembre; y quedando la prórroga, por un término de 233 días, de la garantía.

7) Que luego del incumplimiento de la cláusula 21 se iniciaron gestiones para la adición del contrato, ampliándose nuevamente el plazo por otros 90 días a partir del 20 de febrero de 1.984.

8) Que ante el incumplimiento de la entidad, se vió forzado a firmar el acta de suspensión de las obras #045 de 1.984; y que luego de varios requerimientos para su continuación, nada se logró.

9) Que finalmente el Ministerio de Defensa dictó las siguientes resoluciones; a) La 7511 de 10 de diciembre de 1984 por medio de la cual restablece el plazo de ejecución del contrato #34 Fac-Jal-Dinsa-83; se declara la caducidad; se ordena hacer efectivas las garantías de cumplimiento y de buen manejo del anticipo y la cláusula penal pecuniaria; b) La #3024 de julio 12 de 1.985, aprobatoria de la liquidación del contrato; c) La # 4784 de 30 de septiembre de ese mismo año, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

El tribunal, luego del trámite de rigor, desató la instancia en la forma indicada atrás; o sea declaró fundada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por omisión del concepto de la violación con relación a la impugnación de los actos administrativos impugnados y declaró no fundadas la excepciones de ineptitud de demanda por indebida acumulación de pretensiones y no estimación de la cuantía.

Sobre la ineptitud de demanda anota el tribunal:

"III. Ineptitud sustantiva de la demanda por omisión del requisito contenido en el numeral 4o del artículo 137 del C.C.A. El libelista olvidó suministrar el concepto de la violación.

" Dispone el artículo 137 numeral 4o del C.C.A. con relación al contenido de la demanda que, "....cuando se trate de La Impugnación de un Acto Administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el

concepto de la violación. " Como la demanda sub-exámine versa sobre actividades administrativas de naturaleza diversa, como son los Actos Administrativos de la Declaratoria de Caducidad y de Liquidación del contrato y el Hecho Administrativo nacido del incumplimiento contractual, es claro que la excepción debe estudiarse con relación a los Actos y no **al hecho** pues para su demanda no es requisito de ley el señalamiento de los Fundamentos de Derecho.

"Del estudio juicioso del libelo demandatorio se colige necesariamente la Ineptitud Sustantiva de la Demanda, **con relación a los actos impugnados.** Acontece que, señalados como violados el Decreto Ley 222 de 1.983, y las cláusulas 3a, 21 y 26 del contrato y a pesar del acápite denominado Concepto de la Violación, de su contenido no se estructura cargo alguno.

"Es así que, en lo A podado concepto de la Violación se refiere a:

"a) Que el contrato es ley para las partes.

"b) Que las personas públicas tienen facultad legal de establecer cláusulas exorbitantes y que su aplicación no puede ser arbitraria.

"c) Que " los poderes exorbitantes que tiene la administración en desarrollo de los contratos administrativos, solamente se puede ejercer durante el término de estos ya sea principal o las prórrogas. (NO SE SEÑALO EL ARTICULO).

"d) Que "Claramente se observa entonces la violación flagrante de la ley por parte de la Nación con los actos acusados y especialmente en la resolución No. 7511 del 10 de diciembre de 1.984, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato. Lo anterior con el agravante de que el Ministerio de Defensa Nacional pretendió restablecer unilateralmente el plazo de ejecución del contrato sin que tuviera competencia para ello, para provocar en el mismo acto con burla de la Constitución y de la Ley la declaratoria de caducidad.

"Como se puede apreciar a simple vista, la Nación no consideró las normas citadas y profirió las resoluciones acusadas sin el lleno de los requisitos de ley, lo que ha de obligar a la Honorable Corporación a decretar su nulidad."

"EL CONCEPTO DE LA VIOLACION tienen que ser estructurado sobre el paralelismo entre ACTO IMPUGNADO Y LA NORMA DE ESTIRPE SUPERIOR que se cita como infringida, aduciendo, porqué se cree que hay transgresión, lo que constituye el CARGO.

"Ante la situación, donde se advierte la ausencia total del CONCEPTO DE LA VIOLACION, la Sala se habrá de inhibir para hacer un pronunciamiento de fondo".

En cuanto a la pretensión indemnizatoria por incumplimiento de las administración, arguye, el a-quo:

"Como dentro de la prosperidad de la excepción no se cobijó la PRETENSION de declaratoria del incumplimiento del contrato por parte de la administración -HECHO JURIDICO-, por no requerir la demanda concepto de violación, prosigue la Sala a su estudio.

La petición de DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACION es de RECLAMACION DIRECTA, es decir"....porque para su formulación no cabe hablar de pronunciamiento previo de la administración contratante, ni del agotamiento de la vía gubernativa" (4). A pesar aún de que se observa que, en el evento de prosperar la petición de declaratoria de incumplimiento no pasaría igual con la condena en contra de la administración - que se traduciría en indemnizatoria por el actor-, debido a la ausencia de su cumplimiento contractual, (Art. 1609 C.C.) pues está acreditado su INCUMPLIMIENTO a través del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato (5), AMPARADO DE PRESUNCION DE LEGALIDAD, se analizará la procedencia o no de la declaratoria del HECHO JURIDICO alegado.

"El actor como puede corroborarse en el hecho 12 de la demanda, manifiesta que "el contratista cumplió con todas sus partes con las obligaciones emanadas del contrato y que la NACION incumplió con las obligaciones a su cargo al demorar los pagos pactados contractualmente causándole con esa actitud graves perjuicios económicos a mi poderdante y de que el término contractual de ejecución de la obra se hallaba vencido, el Ministerio de Defensa,,," dictó resolución de la caducidad administrativa del contrato y la de su liquidación.

"Para la Sala el incumplimiento de la administración alegado, no se configura. La base del incumplimiento se sustenta, como ya se anotó, en la demora de PAGOS POR LA ADMINISTRACION."

. . . . . .

"Del conjunto del material probatorio, se comprueba que la administración NO INCUMPLIO en el pago de sus obligaciones, PUES precisamente él se subordinó a las APROPIACIONES PRESUPUESTALES, que además cuando no hubo apropiación presupuestal a tiempo, se suscribieron contratos adicionales modificatorios del plazo contractual, y aún más se dió por último , como ya se relacionó UNA SUSPENSION TEMPORAL DEL CONTRATO -DE MUTUO ACUERDO- MIENTRAS ESTUVIERAN DISPONIBLES LOS DINEROS NECESARIOS PARA LA EJECUCION, -MOMENTO EN EL CUAL SE REANUDARIA LA EJECUCION DE LOS

TRABAJOS FALTANTES-. La razón que dió lugar a la SUSPENSION TEMPORAL del contrato 034-FAC-JAL-DINSA 83 se superó, cuando en septiembre 18 de 1.984, fueron canceladas al contratista todas las cuentas de cobro pendientes.

"Como HECHO JURIDICO sobre el cual se pretende la declaratoria de INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACION, se PROBO, la súplica habrá de negarse como también las accesorias de indemnización y ajuste de condena.

"Es bueno advertir que aunque en la demanda presentada se solicitaba a más de la audiencia del representante de la Nación -Ministerio de Defensa- de la Compañía de Seguros del Estado y ello no se hizo, su presencia no se requería, ya que no hacía él integración de un litis consorcio donde sí NO SERIA POSIBLE RESOLVER DE MERITO SIN LA COMPARECENCIA DE LAS PERSONAS QUE SEAN SUJETOS O INTERVINIERON EN UNA RELACION O ACTO JURIDICO POR NATURALEZA O DISPOSICION LEGAL (ARTICULOS 51 Y 83 C. P. C.)"

Descontenta la parte actora con la decisión, interpuso apelación. Durante el trámite de la segunda instancia intervinieron las partes con sus alegaciones correspondientes, lo mismo que el Ministerio Público. Así:

Para la fiscalía 8a. de la Corporación, la sentencia merece ser confirmada. Para efecto, en su concepto de 18 de diciembre de 1.990, esquemático y marcado de "facilismo", estima que la demanda no cumple satisfactoriamente la exigencia del numeral 4 del artículo 137 del C. C. A.

Por su lado, la parte actora glosa la sentencia recurrida e insiste en que por tratarse de una controversia de carácter contractual la expedición no podía prosperar.

La nación insiste en la confirmatoria del fallo o, en su defecto, en la denegación de todas las súplicas de la demanda.

Para resolver , se considera:

Como se transcribió atrás, la sentencia declara no fundadas las excepciones de indebida acumulación de pretensiones y falta de estimación razonada de la cuantía; declara igualmente fundada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por omisión del concepto de violación frente a la impugnación de los actos administrativos y se declara inhibida para hacer pronunciamiento alguno sobre éstos. También el fallo deniega las demás súplicas y la indemnización por incumplimiento. En este orden, se anota:

Sobre la indebida acumulación de pretensiones, o mejor, sobre la acumu-

lación debida en la demanda formulada, nada tiene, que objetar ni agregar la sala y prohija la argumentación que el a-quo hacen en forma seria y ponderada.

En cuanto a la no estimación de la cuantía, aunque el tribunal es bastante esquemático y la demanda no lo es menos, la Sala considera que tampoco se da este motivo de ineptitud. Bien o mal, la actora discriminó cuantitativamente sus pretensiones, aunque no precisó los factores que conforman las distintas partidas. Fuera de esto pide, por concepto de perjuicios morales el equivalente a 2.000 gramos de oro. Mas adelante, se tocará la falta de discriminación de los perjuicios materiales y su efecto en el fallo.

El a-quo, como se dijo, declaró ineptitud de la demanda en relación con la impugnación de los actos contractuales, por haberse omitido el concepto de la violación.

Para la Sala no asiste la razón al tribunal. En controversias contractuales (ésta lo es y así lo acepta el tribunal al estudiar la acumulación de las pretensiones) no se aplica la segunda parte del ordinal 4o. del artículo 137 del C. C. A. ("cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación)", porque en tales controversias, como en las de reparación directa, opera la regla "iura novit curia" en toda su extensión. Esta conclusión tiene respaldo reiterado en la jurisprudencia, la que se elaboró a raíz de la expedición del decreto 528 de 1.964; estatuto que adscribió a la jurisdicción administrativa el conocimiento de los 'mencionados asuntos.

Ha dicho también la jurisprudencia desde la vigencia del nuevo código administrativo, adaptado por el Decreto 01 de 1.984, que controversias contractuales pueden girar sobre el contrato mismo (nulidad, resolución, revisión, simulación , etc., etc.); sobre hechos o conductas de ejecución y cumplimiento; o sobre actos administrativos contractuales. Y que cuando giran en torno a éstos, pueden acumularse las pretensiones que busquen su nulidad con fines de resarcimiento patrimonial con otras que se relacionan con los hechos de ejecución o cumplimiento o que tengan que ver con el contrato mismo o con la responsabilidad de las partes.

Al calificar como contractuales las controversias que giren en torno a los actos contractuales (los expedidos después del perfeccionamiento del contrato y que doctrinaria y jurisprudencialmente pueden calificarse como no separables) se les está dando a éstas una calificación que amerita un tratamiento diferente al que se le da al acto administrativo impugnado en las acciones de nulidad (artículo 84 del C. C. A.) y de restablecimiento (artículo 85 ibídem); acciones para las cuales sí rige en su integridad la existencia de la segunda parte del ordinal mencionado (artículo 137). En otras palabras, calificada como contractual una controversia la fundamentación jurídica de la demanda no tendrá que sujetarse,

so pena de ineptitud, a la cita de las normas violadas y al concepto de la violación. En tales controversias la fundamentación podrá ser genérica, similar a la que se hace en las demandas presentadas ante la jurisdicción ordinaria. En éstas lo fundamental estará en la enunciación de los hechos de la controversia, porque con base en éstos, debidamente probados, otorgará el juez el derecho pretendido.

Lo anterior permite también concluír que no es técnico exigir en una misma demanda dos formas diferentes de fundamentación jurídica, como lo hizo el tribunal, el que echó de menos las normas violadas y el concepto de la violación para la impugnación de los actos contractuales y aceptó la fundamentación genérica para la pretensión de incumplimiento con indemnización de perjuicios.

Con este tratamiento se produjo otra consecuencia más seria y se rompió la lógica en la decisión final del tribunal, como pasa a explicarse.

Cuando se declara la caducidad de un contrato por incumplimiento del contratista, éste, si estima que cumplió o se allanó a cumplir, podrá acumular pretensión de nulidad de este acto de terminación con la de incumplimiento de la administración con indemnización de perjuicios. Pero cuando tal cosa suceda el estudio de fondo de la última dependerá de la prosperidad de la primera, porque si ésta no prospera la declaratoria de incumplimiento hecha por la administración en el acto de caducidad quedará en firme y el juez administrativo no podría, sin caer en contradicción flagrante, declarar el incumplimiento de la propia administración. En otras palabras, en eventos como el aquí estudiado, el juez no podrá estudiar el incumplimiento de la administración, sino cuando haya desaparecido, por nulidad , el obstáculo que representa la declaratoria de incumplimiento del contratista hecha por aquélla en el acto de caducidad.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, se observa:

La administración declaró la caducidad del contrato mediante las resoluciones #s. 7511 de 10 de diciembre de 1.984 y 751 de 1o. de marzo de 1.985. La razón fundamental de dichos actos administrativos fue el incumplimiento del contratista tal como se desprende del siguiente aparte de aquella resolución:

> "Que mediante Acta No. 045/84 de fecha 28 de junio de 1.984, las partes contratantes acordaron suspender temporalmente la ejecución del Contrato, en razón de que los dineros necesarios para la terminación de la obra se encontraban en la Reserva del Balance de 1.983. En el mismo documento las partes se comprometieron a reanudar el contrato una vez estuvieren disponibles los fondos del mismo.
>
> "Que los fondos necesarios para la ejecución de las obras objeto del contrato están disponibles desde el mes de septiembre del año en curso, habiéndose cancelado al contratista las cuentas pendientes de pago, de concepto de obra

ejecutada, el día 18 del mismo mes.

"Que mediante oficios números 0506 PROFA-DINSA-023 de septiembre 27, 0518 PROFA-DINSA-023 del 3 octubre, 0538 PROFA-DINSA-PLAJU-023 del 10 del octubre y 0594 -PROFA-DINSA-PLAJU-023 del 30 de octubre de 1.984, la Jefatura de Proyectos de Desarrollo de la Fuerza Aérea ha citado al Contratista para tratar lo relacionado con la reanudación del contrato.

"Que el contratista no ha atendido las citaciones de la Jefatura de Proyectos de Desarrollo de la Fuerza Aérea ni los continuos requerimientos verbales formulados en el mismo sentido por la interventoría, incumpliendo en esta forma la obligación consignada en el punto 4 del Acta de suspensión No. 045/84, suscrita el 28 de junio de 1.984, con el MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, situación que impide la ejecución del contrato, causando graves perjuicios a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

"Que, en la fecha, al contratista le queda pendiente por amortizar, por concepto de la suma que recibió en calidad de anticipo, la cantidad de $2'793.152.05 (DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS CON 05/100 MONEDA CORRIENTE).

"Que de acuerdo con lo previsto en el Artículo 62, literal f) del Decreto Ley 222 de 1983 y con lo estipulado en la cláusula vigésima sexta, literal e) del Contrato No. 34-FAC-JAL-DINSA-83, la NACION podrá declarar la caducidad administrativa del contrato, sin requerimiento previo y sin lugar a indemnización alguna, entre otros casos, cuando a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se deriven consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a la NACION.

"Que, con base en los motivos anteriormente expuestos , la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del COMANDO DE LA FUERZA AEREA, en su reunión del 16 de noviembre de 1.984 recomendó al MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL decretar la caducidad administrativa del Contrato No. 34-FAC-JAL-DINSA-83, según consta en Acta No. 13-FAC-JAL-84."

Con las precisiones anotadas, la Sala entrará a estudiar la demanda en su integridad, ya que la ineptitud declarada por el a-quo no podrá mantenerse dentro de la argumentación dada por éste, el que parece partió del supuesto equivocado de que la demanda presenta una acumulación simple o concurrente de pretensiones, cuando técnicamente la acumulación no es más que condicional. Acumulación que, como se sabe, se da cuando en una misma demanda se deduce una pretensión para que sea estimada bajo la condición de que se acoja

otra, de la cual toma vida.

Vistas las pretensiones de la demanda se corrobora este aserto. La prosperidad de la indemnizatoria como consecuencia del incumplimiento de la administración tiene como supuesto obligado la nulidad de los actos impugnados en las pretensiones 1a. y 4a. Es tan marcada esta condición que ante la no prosperidad de las primeras no podrán estudiarse las pretensiones consecuenciales.

Se reitera, entonces , que la demanda debió estudiarse en su integridad y en su orden lógico, o sea primero las pretensiones anulatorias de los actos contractuales y luego las indemnizatorias por incumplimiento.

Así, en este sentido, se observa:

Los actos administrativos están amparados por dos presunciones: la de legalidad y la de certeza o verdad; presunciones que imponen una determinada conducta a los impugnadores de tales actos, así: la carga de alegar su ilegalidad mediante cita del ordenamiento jurídico transgredido; y la carga probatoria de demostrar que los hechos expuestos como fundamento de la decisión no corresponden a la realidad.

Frente a los actos administrativos contractuales sucede igual cosa, con la única diferencia, frente a la primera, que no tendrán que citarse las normas violadas y enunciar el concepto de la violación, sino sólo dar la fundamentación jurídica de la impugnación, tal como se explicó atrás. Frente a la segunda nada varía:

El acto de caducidad (resoluciones #s. 7511 y 751, de 10 de diciembre de 1.984 y 1o. de marzo de 1.985, en su orden) tuvo como fundamento el incumplimiento del contratista, tal como se desprende de la transcripción que aparece en página precedente y que da a entender que la administración, cuando se cumplieron las exigencias que hicieron posible la suspensión del contrato, insistió ante el contratista para que éste reanudara la obra, sin que hiciera caso a tales requerimientos.

En dicho acto se afirma que los dineros necesarios para la reanudación de las obras estuvieron disponibles en septiembre de 1.984 y que el 18 de ese mes de cancelaron al contratista todas las cuentas pendientes por obra ejecutada. Que mediante oficios de 27 de septiembre, 3, 10 y 30 de octubre de le citó a la Jefatura del Proyecto para tratar lo relacionado con la reanudación del contrato. Que en la fecha del acto administrativo el contratista tenía un saldo por amortizar de $2'793.152.05 que decretó la reposición. En dicho acto se hizo la siguiente precisión:

"De todo lo dicho se desprende, que la Nación -Ministerio de la Defensa- no declaró la caducidad administrativa del contrato 34-FAC-JAL-DINSA-83

por el incumplimiento del Contratista en la ejecución del contrato en cuanto a la obra contratada, sino por el hecho ampliamente esclarecido cual fue la negativa del contratista JAIRO GODOY ROA, de cumplir lo pactado en el Acta de Suspensión del citado contrato, Acta Nro. 45 de 1.984 de 28 de junio del mismo año y que en resumen obligaba a la Nación a que una vez disponibles los dineros pagaría lo debido al Contratista, condición única cumplida y para el Contratista condición única exigida de que se reanudaría el contrato una vez disponibles los fondos. Fue así como luego de varios requerimientos que se prolongaron por tiempo comprendido entre el pago al Contratista o sea 18 de septiembre de 1.984 a 7 de noviembre del mismo año, aquel "fijó su posición , que básicamente supeditaba su firma del Acta para la reanudación del contrato, a que la Nación le aceptara un nuevo presupuesto, garantía de dineros disponibles y pago de cuentas dentro de los ocho (8) días siguientes a la firma del acta de recibo parcial de obra. Sin entrar a examinar la petición del Contratista JAIRO GODOY ROA, su conducta legal como tal, se enmarcó por si misma en un incumplimiento de sus obligaciones al no reanudar el contrato sin más exigencias que las estipuladas en el Acta de Suspensión y sí, dejarse venir con un oficio de peticiones que derivan sin lugar a más exámenes consecuencias que hacía imposible la ejecución del contrato, pues aceptarlas configurarían una violación a los principios de la licitación que precedió la adjudicación de que fue objeto la oferta presentada por JAIRO GODOY ROA para el desarrollo del objeto del contrato subjudice No. 34-FAC-JAL-DINSA-83 y de paso otorgando ventajas no previstas en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 10 FAC-JAL-DINSA-83, con las cuales los demás oferentes hubiesen podido competir en igualdad de condiciones."

Aquí se pregunta la Sala: Trató el contratista de desvirtuar la motivación contenida en el acto de caducidad?

La respuesta es negativa, así alegue como justificación el hecho de que como se había roto el equilibrio del contrato no podía reanudar la obra. Debía ser el contratista que si se habían cumplido las exigencias convenidas en el acta de suspensión #45 de 1.984 no tenía otro camino que reiniciar la ejecución de las obras so pena de incurrir en incumplimiento y de darle a la administración justificación para la terminación del contrato. Y debió hacer esto porque al reiniciar la ejecución se le abría la puerta para la revisión de los términos del mismo.

Ha sostenido la jurisprudencia que el contratista de la administración que pretende pedir la revisión del que está ejecutando, porque circunstancias sobrevinientes e imprevistas están haciendo seriamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones emanadas del mismo, hasta el punto de que pongan de presente el rompimiento de la ecuación financiera del contrato, debe estar cumpliendo, en principio, lo de su cargo, porque las circunstancias anotadas, que

hacen posible esa revisión y el restablecimiento del equilibrio del contrato, son aquellas que, por regla general, hacen más gravosa su ejecución y no las que la hacen imposible. Si así lo fuera, la revisión por causas imprevistas se confundiría con la fuerza mayor, lo que no es siempre de recibo.

En el párrafo precedente, aunque en apretada síntesis, se muestra uno de los aspectos que distingue la teoría de la imprevisión y su consecuencia revisora de los términos del contrato, de la fuerza mayor como causal exculpativa de la obligación de cumplir que tiene la parte que la alega y que da lugar, ordinariamente, a la terminación del contrato o a la celebración de uno nuevo en condiciones diferentes.

Ha dicho también esta Sala que la caducidad del contrato no puede hacerse luego de su vencimiento y aquí se mantiene la tesis. El contrato estaba suspendido y el contratista se negó a reanudarlo luego de cumplidas las exigencias señaladas en el acta de suspensión. Al negarse el contratista la administración hizo bien en restablecer el plazo de ejecución, para allí mismo, declararlo caducado. Tuvo que hacerlo así, porque en principio no lo podía caducar estando aún vigente la suspensión.

Lo escrito permite concluír que al no desvirtuarse la motivación expuesta en el acto de caducidad, éste no podría anularse.

Ahora bien. Como consecuencia de ese acto de caducidad se liquidó el contrato. Y aquí observa la Sala que el demandante no aduce ninguna razón para que se declare su nulidad. En parte alguna de la demanda afirma siquiera que la liquidación hecha no corresponde a la realidad y que son otras las bases para su liquidación. Ni siquiera repitió las objeciones que hizo a nivel gubernativo en su escrito de reposición contra la resolución #3024 de 12 de julio de 1.985, aprobatoria de la liquidación. Pero no sólo eso, ni siquiera se remitió a lo allí alegado.

Por lo tanto, tampoco podrá declararse la nulidad del acto de liquidación (resoluciones #s. 3024 y 4784 , en su orden, de 12 de julio de 30 de septiembre de 1.985).

La no prosperidad de la nulidad de los actos acusados impide, por tratarse de una acumulación condicional, entrar a estudiar la pretensión de incumplimiento de la administración con indemnización de perjuicios.

Se anota a este respecto que aunque pudiera estudiarse esta pretensión, tampoco habría podido fallarse lo relacionado con la indemnización de perjuicios, porque en la demanda no se dijo en qué consistieron éstos, ni se dió el más mínimo elemento de juicio para identificarlos. La demanda en este extremo es de una pobreza que impresiona. Afirmar que se demanda lucro cesante y daño emergente es decir nada. Para corroborar este aserto basta transcribir los siguientes apartes del libelo:

"Estimo la cuantía en $15'000.000.oo así: $8'719.936.83 que dejó de percibir mi poderdante por efecto de la declaratoria de caducidad y $6'280.063.17 por concepto de lucro cesante y daño emergente."

. . . . . .

"6a.- Que como consecuencia de lo anterior se condena a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL FAC a pagar a mi poderdante los perjuicios representados en el lucro cesante y el daño emergente que resulten probados en el juicio."

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:

Modifícase parcialmente la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictada el 19 de octubre de 1.989, así:

En consecuencia:

Confírmase el ordinal 1o. y revócanse los ordinales 2o. y 3o. los que quedarán así:

2o.- Declárase infundada la excepción de ineptitud sustantiva por omisión del concepto de violación en la impugnación de los actos administrativos contractuales.

3o.- Deniégase la nulidad de los actos administrativos distinguidos con los #s 7511, 751, 3024 y 4784, dictados , en su orden, los días 10 de diciembre de 1.984, 1o. de marzo , 12 de julio y 30 de septiembre de 1.985 por la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.

4o.- Deniéganse todas las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día once de abril de mil novecientos noventa y uno.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACION / ACCION DE REPARACION DIRECTA / OPERACION ADMINISTRATIVA.

Es verdad jurídica que la no notificación o la notificación o comunicación irregular de un acto administrativo lo hace ineficaz. Por ello cuando él se ejecuta y, como consecuencia de esto se causa un daño, la acción procedente es la de reparación directa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. abril diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nro. 6602. Actor: ANGELINA CASTRO DE DIAZ. Demandado : INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE TRANSPORTES Y TRANSITO DEL ATLANTICO Y OTROS.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto calendado el día catorce (14) de enero de mil novecientos noventa y uno (1.991), en virtud del cual se inadmitió 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 citada providencia, en la cual se discurre dentro del siguiente universo:

"La acción impetrada por el actor es la Reparación Directa de que trata el Art.. 86 del C.C.A. (subrogado por el Art. 16 del decreto 2304 de 1.989).

"El ejercicio de esta acción tiene como objetivo la reparación del daño

ocasionado cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble a consecuencia de trabajos públicos.

"Los hechos administrativos son aquellos que en su producción interviene en forma indirecta la voluntad de la Administración, bien sea por negligencia, impericia o imprudencia, A contrario sensu, los actos administrativos son el producto de la voluntad de la Administración y en los cuales influye de modo directo o inmediato la inteligencia y la voluntad.

"Del análisis anterior puede concluirse que la Resolución No. 00110 de 15 de junio de 1.989, proferida por el Instituto Departamental de Transporte y Tránsito del Atlántico es un acto y no un hecho administrativo, sobre el cual se funda la causa u origen de los posibles perjuicios ocasionados al actor.

"El referido acto en su Art, 1o. decreta la nulidad del traspaso hecho a favor de la señora ROSAIDA CASTRO GARCIA de un vehículo de placas TP 58-00 y del traspaso efectuado a la señora ANGELINA CASTRO DE DIAZ, sobre el vehículo cuyas características no se indican y en su Art. 4o. se declara propietario al señor VICTOR GARCIA SUAREZ sobre los vehículos TP 58-00 y TP 58-65.

"Lo anotado anteriormente lleva la Tribunal, a la conclusión, que como estamos en presencia de un acto administrativo que lesionó, según el actor, sus intereses o derechos, la acción consecuente a la situación planteada es la Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el art. 85 del C. C. A. (modificado por el Art. 15 Decreto-Ley 2304 de 1.989).

"La irregularidad puesta de presente por el Tribunal, es suficiente para que se inadmita la demanda." (fls. 19-29 C. ppal).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 21 y siguientes del cuaderno Nro. 1, aparece el escrito en que el Procurador Judicial de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual razona dentro del siguiente temperamento:

"En el caso sub-lite, la demanda no tiene como finalidad obtener de la jurisdicción administrativa la declaratoria de nulidad de acto administrativo alguno, ni la responsabilidad administrativa se hace gravitar en un acto administrativo, como aparece entenderlo esa Corporación , la responsabilidad administrativa en la demanda tiene su fuente en la operación administrativa mediante la cual se canceló la inscripción del traspaso

hecho por el señor VICTOR GARCIA SUAREZ a la demandante, operación que se cumplió para ejecutar un acto administrativo.-

"Cosa diferente es que para determinar si la operación administrativa de cancelación de la inscripción del traspaso efectuado a favor de mi mandante se hizo conforme a derecho o no, el Tribunal, al sentenciar, debe estudiar si el acto administrativo que sirvió de nacimiento a la operación administrativa, podía ejecutar o nó conforme a lo establecido en el Artículo 64 del C. C. A.; razón ésta que justifica la petición de declaratoria de ineficacia de la Resolución No. 00110 de fecha 15 de junio de 1.989, expedida por el señor Director del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico por no encontrarse ejecutoriada y no declaratoria de nulidad como aparece entenderlo la Sala al señalar que se está en ". . . . presencia de un acto administrativo que lesionó, según el actor, sus intereses o derechos. . ."

"Sin entrar a hacer un estudio prolijo sobre la ineficacia y la nulidad digamos que el acto administrativo es ineficaz cuando no produce sus efectos por no haber quedado en firme y que el mismo es nulo cuando en su expedición se dan algunos de los eventos señalados en el artículo 84 del C. C. A., lo anterior nos permite afirmar que la declaratoria de nulidad hace desaparecer el acto objeto de la declaración del mundo jurídico, mientras que en la declaratoria de ineficacia impide que el acto se ejecute o se cumpla hasta cuando no se le de cumplimiento a las formalidades legales para quedar en firme.-

"Como en la demanda se indica como acción la de reparación directa no se pretende que en la sentencia se haga pronunciamiento sobre la legalidad del acto administrativo a que alude el Tribunal en el auto recurrido, por ser procesalmente imposible, pero si se solicita pronunciamiento sobre su ejecutividad o firmeza, por cuanto es esto lo que va a determinar si la operación administrativa sobre la cual se hace descansar la responsabilidad de la Administración es generadora o no de una acción indemnizatoria a cargo de los demandos.

"Ahora bien, puede pensarse que en la acción a ejercer en eventos como el que nos ocupa es la de nulidad y restablecimiento del derecho, sobre todo porque está cuestionada la notificación del acto administrativo de revocatoria del traspaso; desde 1.975, el Honorable Consejo de Estado por vía jurisprudencial, ha señalado que la acción a ejercer en estos casos , es la de reclamo de los perjuicios, vale decir, la de reparación directa, en efecto, dijo esa alta Corporación en esa ocasión , con ponencia del Dr. CARLOS GALINDO PINILLO, lo siguiente:

"La notificación o comunicación irregular de un acto administrativo hace INEFICAZ el acto. Cuando se ejecuta no obstante la irregularidad de su

notificación o comunicación, y con ello se causa un perjuicio, la acción contenciosa es la del art. 68 del C. C. A." (Artículo 86 actual C. C. A.) H. Consejo de Estado, providencia de fecha agosto 5 de 1.975, publicada en Extractos del Consejo de Estado de agosto de 1.975, citado por GONZALEZ RODRIGUEZ MIGUEL, Código Contencioso Administrativo, tomo I, Jurídicas Wilches, Bogotá, marzo de 1.987, Pp. 135. Las mayúsculas son mías.-

"De igual sentido son las sentencias de fecha 7 de julio de 1.982 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso y 12 de diciembre de 1.983 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, publicadas en estractos del Consejo de Estado de julio de 1.982 y diciembre de 1.983, pp. 380 y 894 respectivamente.

"En otra ocasión y sobre el mismo punto dijo esa alta Corporación lo siguiente:

"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 ACCION propuesta, ni entrar a definir si está o no caducada, como tampoco si se agotó o nó la vía gubernativa, ya que si la base de la controversia es el estudio de la validez o invalidez de la notificación del actò que se acusa, es obvio que cualquier pronunciamiento en los sentidos indicados, entrañaría una 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."

"Mas adelante agrega:

"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 comunicación se ha hecho de esa manera irregular, sino sobre su EFICACIA; EN ESTE CASO, LA EJECUCION SE REALIZA NO OBSTANTE LA IRREGULARIDAD COMETIDA Y CON ELLO SE OCASIONA UN PERJUICIO, la acción contenciosa pertinente ha de fundarse en la correspondiente OPERACION ADMINISTRATIVA DE EJECUCION y, en tal caso, no se demanda nulidad de acto alguno, sino que han de pretenderse directamente las indemnizaciones o prestaciones a que haya lugar."" Las Primeras mayúsculas son mías. Consejo de Estado Sección Primera, auto del 20 de octubre de 1.982, ponente Dr. SAMUEL BUITRAGO HURTADO. Citado por GONZALEZ RODRIGUEZ MIGUEL, Código Contencioso Administrativo, Tomo I, Jurídicas Wilches, Bogotá, marzo de 1.987, pp 138 y 139.-

"Aparte del auto últimamente citado aparece transcrito en la demanda en

el acápite del Derecho, sin que esa Honorable Corporación se hubiere pronunciado en su proveído sobre validez de ese criterio jurisprudencial ante el actual C. C. A. , a nuestro modo de ver guarda su valor.-

"Cabe anotar que si en gracia de discusión, se admitiera como vía procesal para el ejercicio de las pretensiones de la demanda, la señalada por esa Corporación, la posibilidad de acudir a la justicia para la actora estaría caducada con el sólo tiempo que empleó el Tribunal para decidir sobre la admisión de la demanda, la cual entró a despacho del Magistrado Ponente el día 14 de julio de 1.990 y hasta el 14 de enero de 1.991 se dictó el auto de Sala Plena que estoy recurriendo. (fls. 22-25 C. Ppal).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La providencia impugnada será revocada, pues el **ad quem** no hace suya la perspectiva jurídica que manejó al **a-quo** . En el **sub-lite** aparece claro que el apoderado de la parte actora alega que el texto de la Resolución Nro. 00110 de 15 de junio de 1.989, no le fue notificada a la señora ANGELINA CASTRO DE DIAZ, no obstante lo cual se le dió cumplimiento a la misma conducta de la administración que se convirtió en fuente del daño.

La jurisprudencia que cita el impugnante para sustentar el recurso, es de recibo, y la reitera la Sala. Es verdad jurídica que la no notificación o la notificación o comunicación irregular de un acto administrativo lo hace INEFICAZ. Por ello cuando él se ejecuta, y como consecuencia de ésto se causa un daño, la acción procedente en la consagrada en el artículo 86 del C. C. A., esto es, la de reparación directa.

B) La Sala llama la atención al Tribunal por la mora en decidir el asunto. La demanda se presentó el día diez (10) de julio de mil novecientos noventa (1.990), y resulta incomprensible que solo hasta el catorce (14) de enero de mil novecientos noventa y uno (1,991) se hubiesen decidido sobre si ella se admitía o nó. Le asiste la razón al demandante cuando en la parte final de su alegato de sustentación afirma:

"Cabe anotar , que si en gracia de discusión, se admitiera como vía procesal para el ejercicio de las pretensiones de la demanda, la señalada por esa Corporación, la posibilidad de acudir a la justicia para la actora estaría caducada con el sólo tiempo que empleó el Tribunal para decidir sobre la admisión de la demanda, la cual entró al despacho del Magistrado Ponente el día 14 de julio de 1.990 y hasta el 14 de enero de 1.991 se dictó el auto de Sala Plena que estoy recurriendo. (fls. 22-25 C. Ppal).

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

RESUELVE

1o.) REVOCASE el auto proferido el día catorce (14) de enero de mil novecientos noventa y uno (1.991), por el Tribunal Administrativo del Atlántico y en su lugar DISPONE:

a) Admítese la demanda presentada por la Señora ANGELINA CASTO DE DIAZ contra el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE TRANSPORTES Y TRANSITO DEL ATLANTICO y el DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO.

b) Notifíquese personalmente éste auto al representante legal de las entidades demandadas, conforme a lo dispuesto por el artículo 150 del C. C. A.;

c) Notifíquese personalmente ésta providencia al Ministerio Público;

d) Fíjese en lista, por el término de cinco días, para que los demandado puedan contestar la demanda proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

e) Solicítese al INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE TRANSPORTE Y TRANSITO DEL ATLANTICO el envío de la Resolución Nro. 00110 de quince (15) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), con las constancias de notificación y ejecutoria. Enviará igualmente, todos los antecedentes del caso.

f) Las previsiones anteriores serán cumplidas por el **a-quo.**

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

Cópiese y notifíquese.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / IURA NOVIT CURIA

Hay falla presunta del servicio, porque se trata de un agente de policía que con su arma de dotación oficial causa daño y con ello, la falla se presenta y por lo mismo excluye el estudio de cualquier otro tipo de responsabilidad. La escogencia de uno o varios regímenes es asunto que compete al fallador como dispensador del derecho al calificar la realidad que presentan los hechos narrados al proceso, en aplicación del principio iura novit curia que permite aplicar la ley al asunto sometido a consideración de la jurisdicción. La circunstancia de que el arma se dispare accidentalmente carece de relevancia por cuanto en el evento de que pudiera evidenciarse el caso fortuito o una causa extraña, la presunción que pesa sobre la administración hace que en un caso como el sub examine, el perjuicio causado con la utilización del arma de fuego, debido a su peligrosidad, constituye falla del servicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Dr. Policarpo Castillo Dávila.*

Referencia: Expediente No. 5692. Actor: TARGELIA ARCOS DE MUÑOZ Y O.

Conoce la Sala en grado de consulta de la sentencia de 24 de enero de 1.989, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, dentro del proceso promovido por Targelia Arcos de Muñoz, Yasmin Elina Muñoz Arcos, Dirley Alexandra Muñoz Arcos y Lolita Muñoz Arcos, contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional.

Mediante el proveído dispuso el Tribunal:

"PRIMERO: Declarar que la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa - Policía Nacional - es administrativamente responsable por la muerte del señor SEGUNDO RODOLFO MUÑOZ GOMEZ, causada por el Agente de la Policía Nacional, División Nariño, FAVIO ENRIQUE DORADO AGREDA el 2 de mayo de 1.987, en la población de San Pablo, Departamento de Nariño.

"SEGUNDO: Condenar, como consecuencia de la anterior declaración, a la Nación Colombiana y con cargo al presupuesto de la Policía Nacional, a pagar a los demandantes TARGELIA ARCOS DE MUÑOZ, en calidad de cónyuge sobreviviente y a YASMIN ELINA , DIRLEY ALEXANDRA, JANET, CARLOS HUGO, LOLITA E IVAN RODOLFO MUÑOZ ARCOS en su condición de hijos, por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades en gramos de oro: mil (1.000) gramos para la cónyuge supérstite y quinientos (500) gramos para cada uno de sus hijos. La equivalencia en pesos colombianos se determinará con la certificación del Banco de la República sobre el valor del gramo oro en el mercado internacional, a la fecha de esta providencia.

"TERCERO: Condenar igualmente a la misma Nación Colombiana y con cargo al presupuesto de la Policía Nacional a pagar a los demandantes por concepto de perjuicio materiales, lo que se liquide en el incidente de regulación, con sometimiento a las pautas indicadas en apartes anteriores de este fallo.

"CUARTO: La Nación Colombiana Ministerio de Defensa Nacional _Policía Nacional-, dará cumplimiento a esta decisión dentro de los términos indicados en los artículo 176 y 177 del C. C. A., con las consecuencias en caso de no cumplimiento oportuno.

"Copia de esta providencia se enviará al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y Fiscalía Tercera Superior de Pasto". (fls. 11-112 C.1).

Como fundamento de las peticiones, se narraron los siguientes hechos , en síntesis:

1. Que el 2 de mayo de 1.987 en la población de San Pablo, Nariño, luego de invitar al agente de la Policía Nacional Favio Dorado Agreda a tomar un refresco, éste hirió de un disparo a Segundo Rodolfo Muñoz Gómez, quien al ser conducido al hospital de Pasto falleció en el camino.

2. El agente trabajaba en la Sub-estación de Briseño y ese día se encontraba en comisión en San Pablo.

3. Que el Comandante de la Policía del Distrito de Nariño en providencia

del 12 de mayo de 1.987 dijo: "el inculpado no previno las consecuencias de la confianza y ser cauteloso en las medidas de seguridad para con su arma de dotación, en momentos en que departía una gaseosa en un establecimiento público, dando margen a que se le disparara e hiriera a la persona que lo invitó Segundo Rodolfo Muñoz quien falleció cuando era trasladado a Pasto para la atención médica del caso," (fl. 4 vto., hecho 7).

4. En el disciplinario abierto contra el agente, así como ante el juez 69 de Instrucción Militar, éste reconoció su responsabilidad; y en informe suscrito por el Comandante de la estación de San Pablo señala que se encontraba en ejercicio de sus funciones.

5. Segundo Rodolfo Muñoz Gómez murió a los 45 años y había contraído matrimonio con Targelia Arcos Gómez de cuya unión nacieron Janet, Carlos Hugo, Iván Rodrigo, Lolita Muñoz Arcos y las menores Jasmin Elina y Dirley Alexandra Muñoz Arcos.

Para tomar la decisión estimó el Tribunal que la responsabilidad de la nación resultó bien probada y se acreditaron las circunstancias en que perdió la vida el 2 de mayo de 1.987 Segundo Rodolfo Muñoz Gómez en la población de San Pablo, Departamento de Nariño, cuando al Agente Favio Enrique Dorado Agreda se le disparó el arma de dotación oficial, en momentos en que cumplía comisión de servicios en esa población.

Señala la circunstancia de que en el Acta del Consejo de Guerra Verbal obra la actuación del Fiscal, de la cual expresa que : "Esta actuación magistralmente resumida de un instructor militar como lo es el Capitán Angel Duque López Zambrano, Fiscal del Consejo de Guerra, ciertamente denota la actuación constitutiva de la falla del servicio en un Agente de Policía cuya misión es preservar el orden." (fl 105).

Que al proceso obró el informativo disciplinario adelantado contra el agente, en donde se comprobó que los hechos se presentaron accidentalmente pero que el inculpado no guardo la cautela y medidas para con su arma de dotación oficial dando lugar a que se disparara e hiriera a Segundo Rodolfo Muñoz, quien falleció, posteriormente. El Consejo de Estado en sentencias de 24 de septiembre de 1987 y 9 de junio de 1988, acogió como prueba que demuestra la falla del servicio 'la decisión' del informativo disciplinario, que sanciona a los agentes de la policía por faltas contra el reglamento de disciplina y honor de la policía nacional.

El Tribunal condenó al pago de los perjuicios materiales en razón al parentesco existente entre los damnificados y la víctima, y en cuanto compartían el mismo techo y el ingreso, pero como no se acreditaron durante el curso del proceso la condena fue en abstracto, señalando al efecto algunas pautas para su liquidación.

En relación con los perjuicios morales, se tuvieron en cuenta los ocasionados como consecuencia del fallecimiento del esposo y padre en consideración a la dependencia tanto material como moral; y que esta clase de condenas no necesitan de una demostración especial.

Durante el trámite de la condena, la Fiscalía consideró en su concepto que debe confirmarse la sentencia, por cuanto se demostró la falla del servicio.

Dice al respecto la vista fiscal:

"Para esta Fiscalía, existe prueba suficiente que demuestra la falla en el servicio por la negligencia y descuido del agente de la Policía Nacional, Fabio Dorado Agreda, al no tomar las medidas necesarias de precaución con el arma de dotación oficial que portaba.

"A folio 32 del cuaderno de pruebas obra la sanción disciplinaria impuesta por la Policía Nacional, Seccional Nariño, al agente Favio Dorado Agreda, que consistió en ocho días de arresto, por haber demostrado negligencia en el porte de las armas dotación oficial.

"Pues bien, está plenamente demostrado a través del proceso la existencia de los tres elementos que determinan la responsabilidad del Estado, como son la existencia del hecho generador, el daño o perjuicio a un administrado y la relación de causalidad entre ese hecho y el daño.

"Esta fiscalía comparte la tesis expuesta por el tribunal Administrativo de Nariño en la sentencia de 24 de enero de 1989, objeto de consulta y además la forma como determinó los perjuicios tanto morales como materiales". (Fls.119 y 120).

Para resolver **SE CONSIDERA:**

Para la sala, no existe duda de que están plenamente acreditados los elementos que constituyen la falla del servicio, cuya valoración jurídica fue analizada en forma cuidadosa por el Tribunal, habida consideración de los elementos probatorios aducidos al proceso, pero es del caso hacer algunas precisiones.

Encuentran pleno respaldo probatorio los siguientes hechos:

1. El matrimonio contraído por Segundo Rodolfo Muñoz Gómez con Targelia Arcos Gómez por los ritos católicos el día 8 de febrero de 1961 en el municipio de Génova, departamento de Nariño, y la calidad de hijos del occiso, de los demandantes.

2. El fallecimiento de Segundo Rodolfo Muñoz Gómez el 2 de mayo de 1987

debido a choque hipovolémico, secundario a heridas producidas por proyectil de arma de fuego en cavidad abdominal (fls.23. 28, 29 y 36 c.2).

3. Las heridas que le ocasionaron la muerte fueron propinadas en forma accidental por el agente de la policía Favio Enrique Dorado Agreda con una carabina M1 de dotación oficial, en el momento en que ambos se encontraban departiendo con otros amigos en el sitio "La Campiña", ubicado en la población de San Pablo, departamento de Nariño. (fls. 62 a 66, 81, 81 vto. C. 1; y 1 y 32-33 C.2).

4. El agente se encontraba en comisión de servicios en la mencionada población (fl. 88 C.1 y 11-12 C.2).

La Sala, en hechos como los narrados en el sub-judice, ha venido sosteniendo la falla presunta del servicio, porque se trata de un agente de la Policía que con su arma de dotación oficial causa un daño y con ello, la falla se presenta y por lo mismo excluye el estudio de cualquier otro tipo de responsabilidad. La escogencia de uno o varios regímenes es asunto que compete al fallador como dispensador del derecho al calificar la realidad que presentan los hechos narrados al proceso, en aplicación del principio **iura novit curia** que permite aplicar la ley al asunto sometido a consideración de la jurisdicción.

La policía está instituída para la preservación del orden público en el territorio nacional y tiene por lo mismo, entre sus objetivos principales, la salvaguardia de la vida de la comunidad, por ello la misión encomendada en cuanto implica el uso de armas y los otros medios autorizados por la ley, requiere todo el cuidado y diligencia posibles a fin de evitar situaciones como la contemplada en este caso.

Cabe recordar, que si bien, la falla del servicio se presume, toca a la parte interesada acreditar en debida forma los demás elementos o supuestos en que descánsa la responsabilidad, es decir, que el hecho se produjo esto es, que existió el daño y el nexo de causalidad.

De las pruebas aportadas se concluye que la muerte de la víctima ocurrió como consecuencia del disparo que le propinó el agente de la policía, quien obró imprudentemente al no tomar las precauciones que requiere el manejo de las armas de dotación oficial. El perjuicio ocasionado es evidente por sí mismo, pues se trata de la muerte del esposo y padre, con lo cual se causan perjuicios de orden moral y material que son objeto de resarcimiento por quien los ha causado, siempre que de otra parte estos últimos se hayan demostrado.

El nexo de causalidad entre la falla y el daño imputado es también notorio. El agente portaba el arma de dotación el día de los acontecimientos y con ella propinó en forma accidental el disparo que luego ocasionó la muerte de Segundo

Rodolfo Muñoz Gómez. No está por otra parte demostrada ninguna de las causales de exoneración que pudieran liberar a la administración y que proceden dentro del régimen de responsabilidad que se señala. Para la Sala, la circunstancia de que el arma se dispare accidentalmente carece de relevancia por cuanto en el evento de que pudiera evidenciarse el caso fortuito o una causa extraña, la presunción que pesa sobre la administración hace que en un caso como el subexámine, el perjuicio causado con la utilización del arma de fuego, debido a su peligrosidad, constituye falla del servicio.

En varias ocasiones la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los perjuicios producidos con arma de dotación oficial. Así, en sentencia de 31 de julio de 1.989 había señalado algunas características de este tipo de responsabilidad:

"1. La aplicación de la regla **actori incumbit probatio** se atenúa respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el **onus probandi** no cobija la prueba de la falla del servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación con el mismo. Corresponde por tanto al actor probar solamente la existencia de un perjuicio, que debe guardar relación de causalidad con la utilización del arma de dotación oficial.

'2. El perjuicio causado con arma de dotación oficial hace presumir la falla del servicio, puesto que, al ser el mecanismo de la presunción una técnica probatoria que sólo exonera al actor del aporte de la prueba de la falta, no excluye el análisis que de la misma pueda realizar el juzgador. Es pues, un régimen en el cual la falla del servicio sí está presente, lo que explica que se excluye, por definición, toda aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva.

"3. Por ser presunta la falla del servicio ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración.

"4. En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para que ello sea así, el juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falla suya. Ello es apenas obvio, en la medida en que, como la ha dicho la Sala, 'pesa sobre la Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas' debiendo por tanto, acreditar esa extrema prudencia y diligencia

en las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, para dar por establecida la ausencia de falta de la administración". (Sentencia de 30 de julio de 1.989, Exp. 2852, Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez. Ponente: Dr. Antonio J. de Irisarri R.).

Respecto de la condena al resarcimiento de perjuicios contenida en el fallo, la Sala considera del caso hacer algunas precisiones.

En primer lugar, la condena por perjuicios morales, si bien no acoge las pautas señaladas por la Corporación, deberá confirmarse al conocer la Sala en grado de consulta (Art. 184 C.C.A.).

En relación a la condena por perjuicios materiales, deberá tenerse en cuenta que Segundo Rodolfo Muñoz Gómez al momento de su muerte, tenía como fuente principal de sus ingresos las actividades comerciales de las cuales obtenía el sustento para su familia pero al no existir determinada esta cantidad en el proceso, asiste razón al a-quo al condenar en abstracto, aunque en criterio de la Sala, las pautas señaladas no precisan las bases para la liquidación por lo cual, se fijan las siguientes:

1. Se tendrá en cuenta la declaración de renta del año inmediatamente anterior a la fecha del fallecimiento (1.987) y en caso de no se posible establecer el ingreso por este medio, se acudirá al salario mínimo legal vigente en esa época en la localidad de San Pablo, departamento de Nariño.

2. A la cantidad que se establezca, debe deducirse un 25% que se supone, era utilizado por la víctima en su propia subsistencia y el resto para el sostenimiento de su familia, cónyuge e hijos menores. Para efectos de la liquidación debe entenderse que este último porcentaje (75%) debe dividirse en dos partes: una para la cónyuge y la otra para los hijos menores del matrimonio, por partes iguales, teniendo en cuenta que éstos, sólo tendrán derecho a la indemnización, hasta la edad de 18 años. En cuanto a los mayores no se demostró que dependieran económicamente de su padre.

3. Como no se pidió la actualización de la condena esta no puede decretarse de oficio.

4. En la liquidación se comprenderán dos períodos, a saber, uno vencido o consolidado que va des el día de los acontecimientos (2 de mayo de 1.987) hasta la fecha de este fallo y el otro, futuro o anticipado, desde el día siguientes a la fecha de esta sentencia, hasta el término de vida probable de Segundo Rodolfo Muñoz Gómez, para lo cual se utilizarán las tablas colombianas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria. En cuanto a la cónyuge supérstite, para calcular el monto de la indemnización se tomará la vida probable del occiso o la de aquélla en caso de que fuere mayor.

Al hacer los cálculos deben aplicarse las fórmulas de las matemáticas financieras por la Corporación.

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 ordinales 1o., 2o. y 4o. de la sentencia de veinticuatro (24) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO: SE REVOCA parcialmente el ordinal 3o. en el sentido de que para la liquidación deben seguirse las pautas señaladas en este proveído, mediante el trámite incidental señalado en el artículo 172 del C.C.A.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha once (11) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO -Integración / **REQUERIMIENTO DE ARBITROS / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA**

Aunque el suscrito sigue considerando que el juez competente para tomar las decisiones a que se refiere el artículo 2020 del C. de Co. es el Consejo de Estado, es consiente de que por razones de orden debe acatar lo decidido por la Sala Plena de la Corporación en fallo según el cual "no podía citarse norma alguna que le señale competencia al Consejo de Estado para el trámite de requerimientos y de nombramiento de árbitros, de cuyos laudos, sí tiene competencia para conocer del recurso de anulación". Se evita así, dentro de lo razonable, la dilación del proceso por la interposición del recurso extraordinario de súplica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contrencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. abril veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Referencia: Expediente No. 6653. Actor: FERNANDO LONDOÑO HOYOS.

El apoderado de la Sociedad SEDIC LTDA., en escrito visible a folios 1-6 Cdno.. No. 1, solicita:

1o.- Que se requiera a la Central Hidroeléctrica de Betania S.A., para que concurra a la designación en audiencia pública de los árbitros que compondrán el Tribunal de Arbitramento que dirima el conflicto entre la Central Hidroeléctrica de Betania S.A.. y SEDIC LTDA.

2o.- Que en ausencia de acuerdo entre SEDIC LTDA. y la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. para designar los árbitros en la audiencia pública respectiva sean designados por esa Honorable Corporación.".

Para resolver,

SE CONSIDERA

No obstante que el Consejero conductor de estas diligencias, en auto de 22 de julio de 1.985, expediente No. 4730. Proceso Arbitral de "Aguilar y Compañía Ltda Construcciones" contra el Fondo Vial Nacional, definió: ". . . . que el juez competente para tomar las decisiones a que se refiere el Art. 2020 del C. de Co. es el Consejo de Estado. . . ", por las razones que en el citado proveído se enlistan, perspectiva jurídica que inicialmente aceptó la Sección tercera por mayoría, es igualmente cierto que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 7 de marzo de 1.989, expediente No. S-071. Recurso de Anulación Laudo Arbitral, demandante Carlos José Rubiano B. Consejero Ponente: Doctor: Carlos Ramírez Arcila, definió también por la vía jurisprudencial, que : ". . . y en verdad no podía citarse norma alguna que le señale competencia al Consejo de Estado para el trámite de requerimientos y de nombramiento de árbitros, de cuyos laudos, si tiene competencia para conocer del recurso de anulación por disposición expresa del Art. 128 numeral 12 del C. C. A.".

Aunque quien suscribe sigue considerando que la interpretación razonable es la que se hizo en el auto de 22 de julio de 1.985, es conciente de que por razones de orden debe acatar lo decidido por la Sala Plena de la Corporación, pues en puridad de verdad lo por ella decidido, es la única fuente creadora de jurisprudencia. Se evita, así, dentro de lo posible y razonable, la dilación del proceso por la interposición del recurso extraordinario de súplica, con vocación de prosperidad en todos los asuntos en que no se acata la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Agrégase a todo lo anterior que en virtud de la ley 23 de marzo 21 de 1.991, por medio de la cual se crea mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones, en su Art. 101, se dispuso; "El Art. 9o. del Decreto 2279 de 1.989, quedará así:

> "Las partes podrán nombrar los árbitros directamente y de común acuerdo, o delegar en un tercero total o parcialmente la designación. A la falta de acuerdo o cuando el tercero delegado no efectúe la designación, cualquiera de las partes podrá acudir al juez civil del circuito para que se requiera a la parte renuente a lograr el acuerdo, o al tercero para que se lleve a cabo la designación.
>
> "El requerimiento lo hará el juez en audiencia que para el efecto deberá citar, con la comparecencia de las partes y el tercero que debe hacer el nombramiento. Si alguno de ellos no asiste o no se logra el acuerdo o la designación, el juez procederá, en la misma audiencia, a nombrar el árbitro o árbitros correspondientes, de la lista de la cámara de comercio del lugar,

y a falta de ella,, la de jurisdicción más próxima".

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

RESUELVE

PRIMERO: No se hace el requerimiento solicitado por el apoderado especial de la Sociedad SEDIC LTDA, por no ser competente la Corporación para ello, por las razones ya destacadas en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvanse al interesado los anexos sin necesidad de desglose.

TERCERO: Se reconoce personería al doctor FERNANDO LONDOÑO HOYOS, para representar a la sociedad SEDIC LTDA, dentro del marco de facultades conferidas en poder visible a fl. 7 de las presentes diligencias.

Cópiese y notifíquese

Julio César Uribe Acosta.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS / HECHO NOTORIO

El operativo militar antiguerrillero fue una acción legítima de las Fuerzas Armadas. Pero esa operación bélica puso a las familias domiciliadas en el sector en situación de quedar expuestas a un riesgo de naturaleza excepcional, que excedió las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos como contrapartida por la protección que le brinda el Estado. Se configuran los supuestos de la responsabilidad sin falta del Estado.

PERJUICIOS MORALES

La prueba del parentesco mediante los medios idóneos del registro civil hace presumir los perjuicios morales en cuanto al padre, la madre, los hijos y el cónyuge se refiere. En relación con los hermanos, además de la prueba del parentesco, se debe acreditar las condiciones de convivencia y familiaridad entre el occiso y sus hermanos que pretenden indemnización.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Policarpo Castillo Dávila*

Referencia: Expediente 6110. Actor Octavio Potes y otros.

El proceso de la referencia llegó a esta Corporación por vía de consulta a la sentencia del 12 de diciembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (fls. 66 a 67 C. 1), en el cual se acogieron las súplicas de la demanda.

Conforme al artículo 184 del C. C. A., la consulta es procedente.

I. ANTECEDENTES

1. OCTAVIO POTES y ADIELA MOLINA, obrando en nombre propio y como representantes legales de sus hijos menores de edad FAISURY y ALONSO POTES MOLINA, también OCTAVIO POTES MOLINA en su nombre, demandaron a la Nación para reclamar indemnización por los perjuicios que les causó la muerte de la niña NELLY POTES MOLINA, ocurrida el 30 de noviembre del año 1985 en la parte alta del barrio "Siloé", durante operativo militar realizado para desalojar un grupo guerrillero del M-19 de ese sector de la zona urbana de Cali.

2. Los hechos invocados como fundamento de la demanda señalan que la niña NELLY POTES MOLINA, de apenas quince años de edad, estaba con sus padres y hermanos en el interior de su casa cuando se desarrolló esa operación militar antiguerrillera, durante la cual ". . . . . llegaron al sector donde estaba ubicada la casa de habitación de la familia, disparando los soldados contra todas esas humildes viviendas en la presunción de que en ellas estaba refugiada la guerrilla del M-19. . . . .". Entonces, una de esas balas disparada por el Ejército Nacional, dice la demanda, hirió mortalmente a la niña.

3. La demanda dice, además, que esa operación militar de orden público, de la cual tuvo conocimiento toda la población de esa ciudad y sobre la que informaron ampliamente los periodistas de la radio y la prensa escrita, fue un HECHO NOTORIO porque duró dos días continuos en la zona urbana de Cali.

4.- Al señalar las normas violadas y sustentar el concepto de la violación, el apoderado de los demandantes dijo expresamente que aquella operación militar fue legítima y que no hubo ninguna ilegalidad en esa actuación administrativa. Pero en el curso de esa operación se causó un daño anormal a sus mandantes, la familia POTES MOLINA: daño "notoriamente superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas y la equidad que debe reinar ante los sacrificados que importa para los administrados la existencia del Estado. . . . . ". Luego alegó que sustentaba la pretensión indemnizatoria en el principio doctrinal conocido como "LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL".

5.- El apoderado especial del Ministerio de Defensa propuso en su libelo (fls. 22 a 31 C. 1) tres excepciones contra las pretensiones de la demanda que la providencia del Tribunal examina con detenimiento y desestima en forma razonada. La de INEPTA DEMANDA, la funda el excepcionante en aspectos formales de tecnicismo que con acierto el Tribunal descarta en ejercicio de su facultad para interpretar la demanda y orientar el proceso hacia el trámite

legalmente adecuado, respetando los elementos esenciales y lo sustancial de la litis propuesta, sin afectar ni el derecho de la defensa ni la estructura del proceso.

La de FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA se refiere al padre de la occisa, señor OCTAVIO POTES, fundada en el hecho de que no aparece la firma de éste en el registro civil presentado con la demanda para acreditar su carácter de padre de la niña NELLY POTES MOLINA; al respecto de lo cual el Tribunal, acogiendo la posición que el Dr. Antonio J. de Irisarri R. expone en su salvamento de voto a la sentencia de julio 21 de 1988 (Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe. Exp. 3751. Actor: Digna Rosa González y otros), pero que no corresponde a la de la Sala, considera: "No comparte el Tribunal la opinión del excepcionante por diversas razones que pueden reducirse a las siguientes: Los documentos anexados a la demanda tienen el carácter de públicos y por ello hacen fé de las declaraciones que en ellos hizo el Notario si se tiene en cuenta lo que previene el Artículo 264 del Código de Procedimiento Civil; si en ellos el Notario indica cuál es el estado civil de determinada persona debe inferirse que su conocimiento deriva del análisis de las pruebas que ante él deben haber presentado los interesados que promovieron el registro. En las certificaciones que expida o en las copias que autorice el Notario no puede dar testimonio de hechos de los que no exista constancia en el registro, pues, su obligación es velar por la autenticidad y pureza de aquel que implica la necesidad de comprobar ciertas afirmaciones de los denunciantes como los relativos a la paternidad natural. Por lo que debe concluirse que si el Notario registra con base en el registro civil que un determinado hombre es padre natural de una persona, ese es un hecho cierto que no requiere más prueba". Y termina diciendo: "en el caso de autos, las copias o certificados del registro civil anexados a la demanda (fls. 3, 4, 5 y 6 C. 1), debido a su carácter de documentos públicos demuestran la calidad invocada por los actores, que los autoriza para impetrar la indemnización por la muerte de Nelly Potes Molina, como què se trata de sus padres y hermanos".

La de FALTA DE REPRESENTACION DEL DEMANDADO, se invoca porque se demandó a la Nación sin señalar al Ministerio de Defensa como el organismo del Estado vinculado al hecho motivo del reclamo, pero la interpretación armónica y de conjunto del libelo esclarece este punto, porque a petición del demandante se notificó el auto admisorio al Secretario General del Ministerio de Defensa, su representante legal y quien constituyó apoderado especial en ese mismo acto (fl. 19 C. 1) por lo cual ni se violó el derecho de defensa ni se prescindió, para integrar el contradictorio del organismo cuyos agentes intervinieron en la ejecución, de los hechos que dan fundamento a las pretensiones de la demanda; además, las notificaciones al señor Fiscal como representante constitucional de los intereses de la Nación, se han cumplido todas rigurosamente (fls. 14 vto., 15 vto., 33 vto., 42 vto., 56 vto. y 77 vto.).

6. El Fiscal del Tribunal pidió que éste se declarase inhibido para decidir o proferir sentencia de fondo por ineptitud de la demanda (fls. 58 a 61 C. 1); su

argumento central es el de no haberse cumplido con lo dispuesto en el artículo 137-1 del C. C. A., que se refiere a la "representación de las partes y de sus representantes". Ciertamente el texto de la demanda presenta vaguedad en este aspecto, pero tanto el Ministerio de Defensa como el Fiscal de la Corporación fueron vinculados al proceso desde la notificación del auto admisorio hasta la notificación de la sentencia; el Ministerio mediante apoderado especial y el Fiscal directamente, comparecieron al proceso y se opusieron a las pretensiones de los demandantes, es decir, que intervinieron en la litis-pendencia las partes pertinentes y los representantes que a ellas correspondían por lo cual el contenido de la demanda sí corresponde a las exigencias del artículo 137 del C. C. A.

7. Testimonios, documentos y certificaciones expedidas por autoridades públicas, son los medios de prueba cuyo examen condujo al Tribunal hasta pronunciarse sobre las pretensiones de los demandantes. JOSE DIDIER VELEZ (fl. 9 a 11 C. 2), declaró en su condición de amigo de la familia POTES MOLINA, conocedor de la niña NELLY y testigo del operativo militar durante el cual pereció esta niña; narró que hubo fuego continuo hasta las seis de la tarde aproximadamente, cuando supo que habían matado a NELLY POTES, y al respecto dijo: ". . . .ella estaba en la casa debajo de una cama, estaba en el suelo con su familia cuando fue herida en la cabeza y en esas circunstancias estaba ella cuando la mataron. . . ."; luego agregó que en ese sector de su barrio solo había militares, que ellos eran los únicos que disparaban y que lo hacían contra las casas de habitación porque decían que allí se ocultaban miembros del M-19. A su vez JAIRO MEJIA GRAJALES (fls 15 y 16 C. 2), como vecino de la niña NELLY POTES MOLINA y su familia, fue testigo del operativo militar iniciado en la madrugada del 30 de noviembre de 1985, porque afectó el sector donde se ubicaba la residencia; dice que hubo disparos hasta las once de la mañana y luego desde la una hasta las cinco de la tarde, cuando se oyeron los gritos de la madre de la niña NELLY POTES y agregó: ". . . . .yo corrí para allá y ella estaba debajo de la cama yo la ayude a sacar y ya estaba muerta. . . . ". Preguntado sobre quien disparó el arma que dio muerte a NELLY POTES contestó: "pues un soldado, pues en ese momento no había guerrilla pues ellos mismos estaban combatiendo allí pues ellos decían que la guerrilla estaba en las casas. . . . . ".

El Secretario de Gobierno de la Alcaldía del Municipio de Cali, mediante oficio (fl. 7 C. 2) manifiesta: ". . . . como es de público conocimiento el día 30 de noviembre de 1985, las fuerzas armadas de la Nación, realizaron un operativo militar contra el grupo M-19 que se había instalado en el barrio Siloé de esta ciudad. . . . . ".

El señor Comandante de la Tercera Brigada en Cali, suscribió dos oficios que obran en el expediente (fls. 13 y 14 C. 2), el primero confirmó que ese Comando practicó la Orden de Operaciones Número 27, que se llevó a cabo en el barrio Siloé de Cali a partir del día 30 de noviembre de 1985 ". . . . .para detectar armas de fuego y combatir a los grupos armados que presentaran resistencia,

restableciendo el orden jurídico y la paz ciudadana. . . . " (fl. 13 C. 2). En el segundo oficio informó que la operación realizada en el barrio Siloé el día 30 de noviembre de 1985 se desarrollo con la participación del personal orgánico de los Batallones Rifles, Colombia y Policía Militar NR3 y con el apoyo de personal orgánico de los Departamentos de Policía Metropolitana y Valle (fl. 14 C.2).

En el Cuaderno No. 3 del expediente obran las ediciones del periódico "El País" de Cali, correspondientes a los días diciembre 1, 2, 3 y 4 del año 1985; y las ediciones del periódico "Occidente" también de Cali, correspondientes a los días 2, 3 y 4 de diciembre del año 1985; en cuyas páginas primera e interiores se publican crónicas en las que se advierte que aquella fue una operación militar de grandes proporciones, en la que hubo numerosos muertos y heridos, que duró varios días, comprendió siete barrios de la zona urbana de Cali, entre ellos el denominado "Siloé" y que fue un acontecimiento público, abierto y de conocimiento general para toda la población.

La necropsia médicolegal que se practicó en el cuerpo de la occisa según Acta de fecha noviembre 30 de 1985 (fls. 3 y 4 C. 2), confirma su edad en quince años en concordancia con su registro civil de nacimiento (fl. 6 C. 1), y el examen y diagnóstico del médico legista señalan su muerte a causa de herida en el cráneo por proyectil de arma de fuego, con orificio de salida por el paladar.

8. El proceso culminó en su primera instancia con sentencia del Tribunal que declaró responsable a la Nación-Ministerio de Defensa por la muerte de la menor NELLY POTES MOLINA y la condenó a pagar por concepto de daños morales subjetivos, el valor en moneda colombiana y al precio que tenga ese metal a la fecha de ejecutoria de la sentencia, un mil gramos oro para el padre Octavio Potes, un mil gramos oro para la madre Adiela Molina y quinientos gramos oro para cada uno de los hermanos de la occisa, a saber: FAYSURY, ALONSO y OCTAVIO POTES MOLINA.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de comenzar la Sala debe aclarar que la perspectiva manejada por el Tribunal al considerar las copias o certificados del registro civil como pruebas suficientes del parentesco, no es de recibo de la Sala. Por tanto, el consecuente vicio probatorio debió subsanarse con la petición de las pruebas requeridas.

Los medios de prueba examinados permiten identificar las concusiones siguientes:

La preexistencia de la guerrilla M-19 en el sector de "Siloé" y otros barrios de la zona urbana de Cali. Hubo orden oficial militar del Comando de la Tercera Brigada de Cali para su desalojo. Operativo militar legalmente ordenado para remover ese núcleo guerrillero, que se cumplió desde las primeras horas del día

30 de noviembre de 1985. En desarrollo de esa misión de orden público hubo combates donde se hallaba la casa de habitación de la familia POTES MOLINA. Esta familia se refugió en el interior de su casa de habitación durante los combates del día 30 de noviembre después del medio día.

La niña NELLY POTES MOLINA estaba con sus padres y hermanos debajo de una cama cuando una bala la hirió en el cráneo y le causó la muerte. Esa bala procedió de un grupo de soldados que disparaban hacia las casas de habitación de ese sector, presumiendo a los guerrilleros en el interior de esas residencias. Aquel operativo fue de público conocimiento para los habitantes de la zona urbana de Cali, duró por lo menos dos días y constituyó claramente un HECHO NOTORIO, que conforme al Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil no requiere de prueba, pero los medios probatorios aportados al proceso lo demuestran claramente.

Ciertamente ese operativo militar antiguerrillero cumplido en Cali los días 30 de noviembre y 1º de diciembre del año 1985 fue una acción legítima de las fuerzas armadas, porque ese reducto guerrillero implicaba peligro y amenaza permanente sobre la ciudad, sus habitantes y autoridades. Actuación que se cumplió en beneficio de toda la comunidad y en función de proteger sus intereses. Pero esa operación bélica puso a las familias a un riesgo de naturaleza excepcional, que excedió las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos como contrapartida por la protección y amparo que les brindan los organismos del Estado. Si el riesgo se consuma y ocasiona daño sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración aunque no pueda decirse que hubo culpa o falta del servicio estatal.

Y no hubo culpa de la víctima, porque se trató de una niña que con su familia estaba refugiada en el interior de su casa de habitación, ajena por completo a los combates que se realizaban en su barrio en aquel día fatal. Debe concluirse por consiguiente que se configuran los supuestos de la responsabilidad sin falta del Estado y que los actores tienen derecho a indemnización, porque se rompió la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, la equidad que debe reinar para todos los ciudadanos ante los sacrificios que implica para los administrados la existencia del Estado y las actuaciones legítimas de sus fuerzas armadas.

En varias oportunidades esta Sala para identificar los casos en que se configura la responsabilidad del Estado en el ámbito extracontractual ha precisado las características y alcance de la que se conoce como "responsabilidad por daño especial", también, "responsabilidad sin falta". Especialmente la sentencia de 23 de octubre de 1976 con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango, la sentencia de 20 de febrero de 1989 con ponencia del Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo y la sentencia de 28 de julio de 1987 con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo (Exp. 4983), de la cual recogemos el párrafo siguiente:

". . . . . cuando la actividad de la administración deba cumplirse en salvaguarda de los cometidos que tiene que desarrollar y de los intereses generales que deba proteger y daña a alguien en forma excepcional en su vida, honra y bienes le está imponiendo a este una carga especial que no tiene por qué sufrir aisladamente. . . . .

". . . . .En otros términos, cuando se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas porque estas excedan las conveniencias generales y normales, el estado estará obligado a ese resarcimiento a nombre de todos, para así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido. . . . . ".

Los demandantes reclaman indemnización por daños morales subjetivos, únicamente. Sobre esto la Sala siempre ha sostenido que la prueba del parentesco mediante los medios idóneos del registro civil hace presumir los perjuicios morales en cuanto al padre, la madre, los hijos y el cónyuge se refiere. Porque la pena que causa la muerte violenta del hijo o de la hija, hace presumir como verdad indiscutible el daño moral subjetivo en los padres de la víctima. En relación con los hermanos, ya en forma reiterada la Sala exige que además de la prueba del parentesco se acrediten las condiciones de convivencia y familiaridad entre el occiso y sus hermanos que pretenden indemnización. Sobre esto no hay reglas formales para su valoración que puedan fijarse de antemano. En cada caso, el sentenciador apreciará las pruebas aportadas al proceso en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, como lo reiteró esta Sala en sentencia de febrero 7 del año 1989 con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez. En el caso que nos ocupa, los parentescos fueron probados con los certificados que obran en los folios 93, 94, 95 y 96 del Cuaderno Nº 1; la convivencia del grupo familiar integrado por los padres, la occisa y sus hermanos menores y la estrecha unión que los agrupa, se advierte en las narraciones de los dos testigos señores JOSE DIDIER VELEZ y JAIRO MEJIA GRAJALES (fls. 9 a 11 y 16 a 16 C. 2) ambos vecinos y amigos de la familia POTES MOLINA, que los identifican viviendo a todos bajo un mismo techo, y el día de la tragedia los sitúan reunidos debajo de una cama dentro de su casa abrigándose mutuamente para protegerse de las balas de los combatientes. Todos estos hechos constituyen indicios que muestran la estrecha relación y la intensidad del afecto que unía los tres hermanos menores con NELLY su hermana mayor y el intenso dolor moral que debió causarles la muerte de ésta, al serle destrozado el cráneo por una bala cuando se hallaban debajo de aquella cama. Esos medios de prueba incorporados al expediente nos llevan a la convicción de la existencia e intensidad del afecto y del daño moral que causó a sus hermanos menores la muerte de su hermana mayor NELLY POTES MOLINA.

Vistos el expediente y las pretensiones contenidas en la demanda, solo hay lugar a la reparación de perjuicios subjetivos. Lo cual se hará conforme lo dispuesto por el Tribunal, que a su vez acoge la reiterada jurisdicción de esta Sala.

La Sala no considera a OCTAVIO POTES MOLINA como hijo extramatrimonial de Octavio Potes porque éste lo reconoce sólo el 21 de marzo de 1991, esto es, con posterioridad al auto que decretó la prueba de oficio, sin embargo, por el hecho de ser hermano materno extramatrimonial se le hace el correspondiente reconocimiento.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo del Valle, de fecha 12 de diciembre de 1989, por la cual accedió a las súplicas de la demanda promovida mediante apoderado común por OCTAVIO POTES, ADIELA MOLINA, OCTAVIO POTES MOLINA, ALONSO POTES MOLINA y FAISURY POTES MOLINA.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 17 de abril de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DEMANDA - Corrección / **CADUCIDAD**

El término de caducidad debe referirse a la fecha de presentación del libelo y no al momento en el cual el juez se pronuncia sobre su admisión, porque esa decisión puede comprender un lapso más o menos amplio, y el retardo que pueda presentarse no es imputable en todo caso al accionante. Ninguna dificultad ofrece hoy el artículo 143 del C. C. A. en la forma que lo modificó el Decreto 2304/89, al consagrar la corrección de la demanda por defectos simplemente formales, cuando ésta se presenta dentro del término de caducidad.

LEGITIMACION PROCESAL / REPRESENTACION LEGAL / MENORES - Representación

La capacidad para comparecer o como suele denominarse la legitimatio ad processum, es presupuesto procesal cuya falta constituye impedimento para la formación válida de la relación jurídica que el juez puede declarar al momento de decidir sobre la admisión de la demanda. Puede suceder que al momento de iniciarse la acción, el menor no tenga sus representantes, pero en este caso, la ley prevé la posibilidad de que se haga conocer al juez la situación, para que éste proceda con conocimiento de causa a nombrar curador para la litis o designe al postulado por aquel. En el sub lite no podrá accederse a su reconocimiento como litisconsorte mientras no se cumplan los requisitos exigidos.

PODER ESPECIAL - Requisitos / **FIRMA** - Reconocimiento / **DOCUMENTO PRIVADO.**

Son claras las disposiciones contenidas en los artículos 68 y 69 del Decreto 960/70, que hacen referencia al reconocimiento de los

documentos privados y exigen no sólo la impresión de la huella dactilar del compareciente sino también la firma a ruego de un testigo de la diligencia. En el sub lite tan sólo se estampó la huella de los poderdantes sin que aparezca la firma del testigo rogado por los mismos. De otro lado no existen requisitos legales que impongan determinadas condiciones para la firma de los documentos privados, y por tanto, nada impide que ésta sea completa, es decir, que contenga nombres y apellidos, o incompleta o parcial, pues lo importante es la autenticidad de la misma por reconocimiento de su autor y la atestación del funcionario competente para ello.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Policarpo Castillo Dávila*

Referencia: Expediente No. 6105. Actor: Lucía Moreno Villegas y otro.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra el auto de octubre 26 de 1989, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por el cual inadmitió la demanda presentada con relación a los señores Mauricio Ramírez Castillo, Teresa Fernández Domínguez, Luis Alfonso Plazas, Luz Myriam Fernández, Dora Nidia Fernández, Ernestina Plazas y Alba Mery Fernández, por considerar que no se habían cumplido algunos requisitos exigidos por la ley, y no se concedió el término para subsanarla por caducidad de la acción impetrada. A continuación se transcribe el proveído en su parte pertinente:

"Se admite la demanda en cuanto hace relación a los señores:

"a) MAURICIO RAMIREZ CASTILLO, quien por ser menor de edad, debe comparecer por medio de su representante legal (fls. 5 y 26).

b) TERESA FERNANDEZ DOMINGUEZ y LUIS ALFONSO PLAZAS, por cuanto no hicieron presentación del poder en la forma señalada en los artículos 68 y 69 del Decreto 960/70. Igual anotación se hace en cuanto a LUZ MYRIAM y DORA NYDIA (sic), ERNESTINA PLAZAS y ALBA MERY FERNANDEZ, no sólo no firmaron los poderes para hacer la respectiva confrontación de la firma, tal como lo contempla el art. 73 ibidem, sino que, las dos primeras ni siquiera firmaron con sus respectivos apellidos. (fls. 8 y 9 vto.)."

"No se les puede conceder los cinco (5) días de que habla el inciso 2º del art. 26 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el art. 143 del C. C. A., por cuanto este término quedaría incluído en el de la caducidad de la acción, que se

surtió el día 6 de septiembre de 1989". (fl. 59).

De otra parte, en el mismo auto, el Tribunal la admitió parcialmente con relación a Lucía Moreno Villegas, Angela María Ramírez Moreno, María Nelly Parra Villegas, Nidia Lucero Ramírez Parra, Juana María Castillo, Alexandra Socorro Ramírez Castillo y Héctor Fabio Ramírez Castillo.

A folios 73 y siguientes aparece el escrito por el cual el mandatario judicial de la parte actora sustentó el recurso de apelación, y en el se extiende en algunas consideraciones sobre el caso del menor adulto y el mandato conferido por éste, con apoyo en varios preceptos contenidos en el Código Civil y el estatuto de procedimiento, para luego referirse a la presentación personal de los poderes de los otros reclamantes. Dice sobre el particular el apoderado de los accionantes que: "El hecho de que uno de los poderes con base en los cuales fue elaborada la demanda con la cual se dió comienzo a este proceso hubiese sido suscrito por un menor adulto no habilitado de edad, en ningún momento puede considerarse como lesivo del derecho de postulación, y mucho menos carencia de poder bastante para ejercitar en su nombre la correspondiente acción" (fl. 74).

Afirma que de acuerdo el artículo 1745 del Código Civil, la sola incapacidad relativa no vicia el negocio "si por ese solo hecho no ha habido violación de otra solemnidad o formalidad especial establecida en la ley".

"Debe tenerse en cuenta, además, que la nulidad relativa, que es la sanción correspondiente a los casos de incapacidad relativa, ha sido consagrada por el Legislador **en favor** del incapaz, y en consecuencia, es éste, y nadie más, el llamado a aducir el correspondiente vicio que pesa el acto jurídico" (fl. 74).

Sostiene además, que los actos ejecutados por el mandatario son válidos con apoyo en el artículo 2199 del Código Civil, que el 2151 ordena a las personas que ejercen una profesión liberal, "ejercitar las funciones urgentes que requiera el negocio que se les recomiende, inclusive en ausencia de escrito mismo de apoderamiento" (fl. 75), y que de acuerdo al artículo 45 del C. de P. C. ha debido confirmarse al apoderado designado por el menor adulto.

En cuanto a la presentación personal del poder por los otros demandantes, dice que el artículo 84 del C. de P. C., "no establece en ninguna parte que la persona (el otorgante) tenga que firman de tal o cual modo, que tenga que repetir el nombre completo que le fue puesto al momento del registro civil de su nacimiento, o cosa por el estilo".

"Lo único que exige la ley, práctica y sabia en este punto, es que pueda constatarse la identidad física del otorgante, esto es, la correspondencia entre la persona que dice otorgar el poder, y quien en dicha calidad se hace presente en el correspondiente despacho judicial" (fl. 77).

Señala que los artículos 3, 39, y 95 del Decreto 960 de 1970 indican que el Notario "puede dar fe de los hechos que acaecen ante su presencia, inclusive cuando no queda copia de tales datos en el archivo de la Notaría, o cuando quien los suscribe o interviene en ellos es persona que no puede firmar. Pese a ello, esta certificación del Notario tiene pleno valor probatorio, y debe dársele el correspondiente acatamiento legal". (fls. 78 y 79).

La apoderada de la parte demandada solicita, en escrito dirigido a impugnar la anterior sustentación, que se mantenga la decisión con respecto al menor Mauricio Ramírez Castillo, por carecer de capacidad para conferir el poder y por cuanto sólo lo puede celebrar el representante legal, generando con esta situación "ausencia del presupuesto procesal establecido para asegurar la debida representación de los sujetos de la relación jurídica procesal". (fl. 81).

Para resolver

SE CONSIDERA:

Para una mejor comprensión del asunto, conviene hacer algunas precisiones, en síntesis:

1. Los hechos que dieron origen a esta controversia, por la que se reclama indemnización de perjuicios, tuvieron ocurrencia el 6 de septiembre de 1987, en el predio la Bananera, con motivo del estallido de un transformador colocado entre los kilómetros 38 y 39 de la carretera Buga-Madroñal-Buenaventura. (fl. 37, hechos 1 y 4).

2. La demanda se presentó en el Tribunal el 29 de agosto de 1989, y por auto de septiembre 8 del mismo año, fue inadmitida en parte por las razones que expuso el a-quo en el proveído de la fecha (fl. 53). Posteriormente, el 19 de septiembre siguiente, adicionó el referido auto para admitirla con relación a la menor Alexandra Socorro Ramírez Castillo (fl. 55).

3. Por auto de octubre 26 de ese año, folio 58, declaró la nulidad de lo actuado por considerar, en especial, que el auto de septiembre 8 no había sido proferido en Sala; y sobre las peticiones del libelo, resolvió admitir en parte la demanda e inadmitirla con relación a las personas anteriormente señaladas, relacionadas en el numeral 8, literales a y b del proveído.

Llama la atención de la Sala, en primer término, la actuación del Tribunal en el sub-lite, por la falta de cuidado y reflexión al proferir las decisiones en cumplimiento de su misión de administrar justicia.

Si la demanda fue presentada el 29 de agosto de 1989, es decir, ocho días antes de que venciera el término de caducidad previsto para el 6 de septiembre

del mismo año, en el auto admisorio inicial proferido el 8 de ese mes y año, bien habría podido concederse el término de cinco (5) días para que se subsanaran y corrigieran los defectos de la misma por aplicación del artículo 143 del C. C. A., vigente para la época del proveído. En vigencia de la norma, podía dictarse auto ordenando subsanar los defectos formales del libelo, cuando a la fecha de su presentación no hubiera ocurrido la caducidad. En este caso, quedaban ocho días para que venciera el término concedido por la ley, que establece el de dos años contados a partir de la fecha en que se sucedieron los hechos, tratándose de la acción de reparación directa, que es precisamente la que se ejerce en el sub-lite (Art. 136 del C. C. A., inciso 4º).

Es claro que el término debe referirse a la fecha de presentación del libelo y no al momento en el cual el juez se pronuncia sobre su admisión, porque esa decisión puede comprender un lapso más o menos amplio, y el retardo que pueda presentarse no es imputable en todo caso al accionante.

Debe advertirse que, si bien la presentación de la demanda no interrumpe la caducidad, la norma prevé la posibilidad de que ésta se subsane, cuando los cinco (5) días queden dentro de este término, sin hacer consideración al momento en que el juez decida sobre ella. Ninguna dificultad ofrecé hoy el artículo 143 de la misma obra en la forma que lo modificó el Decreto 2304 de 1989, al consagrar la corrección de la demanda por defectos simplemente formales, cuando esta se presenta dentro del término de caducidad.

Dilucidado lo anterior, se ocupará la Sala de lo concerniente al poder conferido por Mauricio Ramírez Castillo y a lo relacionado con la presentación personal del poder por los otros accionantes.

De los elementos aducidos al proceso, se establece la condición de menor del demandante Mauricio Ramírez Castillo, cuya fecha de nacimiento fue el 28 de abril de 1973, (fls. 26 y 32). En el escrito de apoderamiento visible a folio 5, manifiesta que designa para que lo represente "al doctor Tarsicio Roldán Palacio, en la demanda contra la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA (C.V.C.) que el mismo doctor Roldán incoara buscando el reconocimiento y pago de la totalidad de los daños y perjuicios que me causó la muerte de mi hermano JORGE ELIECER RAMIREZ CASTILLO, ocurrida el 6 de septiembre de 1987 en la vereda de Zabaletas del municipio de Restrepo, Valle".

Para la Sala las circunstancias anotadas tienen que ver con la capacidad del menor para comparecer al proceso, asunto regulado por las normas contenidas en los artículos 44 y 45 del C. de P. C. La capacidad para comparecer o como suele denominarse la **legitimatio ad processum,** es presupuesto procesal cuya falta constituye impedimento para la formación válida de la relación jurídica que el juez puede declarar al momento de decidir sobre la admisión de la demanda.

El tratadista Devis Echandía, sobre su trascendencia e importancia,

manifiesta que determinan "el nacimiento válido del proceso, su desenvolvimiento y su normal culminación con la sentencia" y que "se trata de supuestos previos al proceso o requisitos sin los cuales este no puede ser iniciado válidamente, y deben, por ello, concurrir en el momento de formularse la demanda o denuncia o querella, a fin de que el juez pueda admitirla o iniciar el proceso; o de requisitos de procedimiento para que el proceso pueda ser adelantado válida y normalmente, una vez que sea iniciado". (Compendio de derecho Procesal, Tomo I Décima edición, Editorial ABC 1985, pág. 283.

Al tenor del artículo 44 del C. de P. C. inciso segundo, pueden comparecer al proceso "las personas que puedan disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales"., norma que por ser de carácter procesal, es de orden público y cuya observancia es de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, puede suceder que al momento de iniciarse la acción, el menor no tenga sus representantes, pero en este caso, la ley prevé la posibilidad de que se haga conocer al juez la situación, para que éste proceda con conocimiento de causa a nombrar curador para la litis o designe al postulado por aquel, según lo dispone el artículo 45 numeral 1 del mismo código.

Como se observa, no fue la situación planteada en el sub-lite y no podrá accederse a su reconocimiento como litis consorte mientras no se cumplan los requisitos exigidos.

En relación con el otro aspecto debatido, que tiene que ver con la presentación de los poderes de los otros accionantes, debe observarse que tales documentos desempeñan una función de carácter probatorio y procesal, por lo que es importante que hayan sido aportados al proceso con las formalidades requeridas para que puedan ser apreciados por el juez. En el caso de autos consideró el a-quo que los poderes conferidos por Teresa Fernández Domínguez y Luis Alfonso Plazas, no cumplieron los requisitos exigidos en los artículos 68 y 69 del decreto 960 de 1970, aplicables por cuanto su presentación fue hecha ante Notario. Y en cuanto a los presentados por Luz Myriam Fernández, Dora Nydia Fernández, Ernestina Plazas y Alba Mery Fernández, hace la misma observación, pero considera que además, "no sólo no firmaron los poderes para hacer la respectiva confrontación de la firma, tal como lo contempla el art. 73 ibidem, sino que, las dos primeras ni siquiera firmaron con sus respectivos apellidos" (fl. 59).

Para la Sala, son claras las disposiciones contenidas en los artículos 68 y 69 del decreto mencionado, que hacen referencia al reconocimiento de los documentos privados y exigen, de acuerdo al artículo 69, no solo la impresión de la huella dactilar del compareciente sino también la firma a ruego de un testigo de la diligencia. Como se observa, tales requisitos no se cumplen en los documen-

tos de los folios 6 y 7, pues tan solo en ellos se estampó la huella de los poderdantes sin que aparezca de otra parte la firma del testigo rogado por los mismos.

En cuanto hace relación con las firmas de los demandantes que aparecen en el documento del folio 8 y 8 vuelto, en especial las de Luz Myriam y Dora Nydia, debe tenerse presente que no existen requisitos legales que impongan determinadas condiciones para la firma de los documentos privados, y por tanto, nada impide que esta sea completa, es decir, que contenga nombres y apellidos, o incompleta o parcial, como la que se observa en este caso, pues lo importante es la autenticidad de la misma por reconocimiento de su autor y la atestación del funcionario competente para ello.

Conviene precisar que si los poderes fueron presentados al Notario de Restrepo para su reconocimiento, fue este funcionario quien hizo las confrontaciones respectivas de las firmas con los documentos presentados en el momento que se practicó la diligencia.

En virtud de lo anteriormente expuesto la sala

RESUELVE

PRIMERO: Revocar el auto impugnado en cuanto a los numerales octavo (8) y noveno (9).

SEGUNDO: Conceder el término de cinco (5) días a Mauricio Ramírez Castillo, Teresa Fernández Dominguez y Luis Alfonso Plazas, a fin de que se subsanen las deficiencias anotadas. Vencido dicho término el Tribunal resolverá sobre la admisión de la demanda en cuanto a tales accionantes.

TERCERO: Admitir la demanda en relación con Luz Myriam Fernández, Dora Nydia Fernández, Ernestina Plazas Fernández y Alba Mery Fernández.

Notifíquese personalmente al señor Director administrativo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, C.V.C., en su calidad de representante legal o a su delegado;

Notifíquese personalmente al señor Fiscal del Tribunal;

Fíjese en lista el presente proceso por el término de cinco (5) días para los efectos del numeral 5 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo;

Solicítese al funcionario correspondiente copia auténtica de los antecedentes administrativos;

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 17 de abril de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO

Existió un funcionamiento anormal del servicio, imputable en buena parte a los oficiales que debían vigilar el aseo de las armas y los disparos al polígono. Si éstos hubiesen cumplido con sus funciones, es válido suponer que el soldado, así se hubiese dado a la tarea de "bromearse" con su compañero, no habría acabado con la vida del primero, pues en el momento oportuno se habría impedido que una bala quedara en el proveedor del fusil, si se hubiese verificado que todos los tiros que debían hacer al polígono se habían hecho.

PRUEBA TRASLADADA / SENTENCIA PENAL - Valor probatorio

El hecho imputado al agente, no puede ponerse en duda ni su responsabilidad penal; si estos dos extremos configuran así mismo una falla del servicio, será un problema de subsunción del hecho en los supuestos de la norma que contempla la responsabilidad y no un simple problema probatorio. Como es obvio, la conducta así se subsume en normas diferentes. La penal, desde la órbita del código correspondiente; y la falla del servicio de la entidad pública, porque ese acto se le imputa a su propio y directo accionar, dentro de las reglas que gobiernan su conducta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., Abril veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5849. Actor: Manuel Salvador Gallego Marín. Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

I.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe ninguna causal que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, el día dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), que denegó las pretensiones de la demanda; por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

"En ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, los señores Manuel Salvador Gallego Marín, María Teresa Aguirre de Gallego, María Dilia Gallego de Morales, María Gladys Gallego de Osorio, María Omaira, Hernán y Nelson Gallego Aguirre, solicitaron que, previos los trámites establecidos en el Código Contencioso Administrativo, se hicieran las siguientes o similares DECLARACIONES Y CONDENAS".

"Declárase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional), administrativamente responsable de la muerte del soldado del Ejército GERMAN GALLEGO AGUIRRE y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios causados a MIGUEL SALVADOR GALLEGO MARIN (padre), MARIA TERESA AGUIRRE DE GALLEGO (Madre), MARIA DILIA GALLEGO DE MORALES, MARIA GLADYS GALLEGO DE OSORIO, MARIA OMAIRA, HERNAN Y NELSON GALLEGO AGUIRRE (Hermanos). Los hechos ocurrieron en Salento, Vereda de Boquía, Hacienda Venecia, Jurisdicción del Departamento del Quindío, el 26 de noviembre de 1987, a manos del soldado del Ejército Nacional FULI MAMBUSCAY VITELIO, adscrito a la compañía de Contraguerrillas "Escorpión" Octava Brigada, en ejercicio de funciones oficiales, utilizando para cometer el hecho punible una de las armas del Estado, muerte atribuible a la Nación Colombiana por falla o falta en el servicio o de la Administración.

"Como consecuencia de la anterior declaración háganse las siguientes o similares condenas:

"A) Condénese a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar a MANUEL SALVADOR GALLEGO MARIN (Padre) o a quien o quienes sus derechos representaren el (sic) momento del fallo, los daños y perjuicios **materiales** en la modalidad de lucro cesante, más los intereses compensatorios desde la fecha de su causación hasta cuando se produzca la indemnización en la cuantía que resultare demostrada dentro del proceso. El pago de estos perjuicios se hará teniendo en cuenta la Variación

Promedio Mensual del Indice Nacional de Precios al Consumidor, entre las fechas de causación del daño y perjuicio; y, la sentencia.

"Subsidiariamente: A falta de bases suficientes para la fijación matemático-actuarial de la indemnización que se le debe, el Tribunal la fijará en el equivalente en pesos a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de cuatro mil (4.000) gramos de oro fino (art. 107 del C. P. y 8o. de la Ley 153 de 1887).

"B) Condénese a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar a cada uno de los actores del proceso (ya mencionados en el literal A), de este capítulo I) o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios morales ocasionados con la muerte del soldado GERMAN GALLEGO AGUIRRE, ocurrida en las circunstancias de modo, tiempo y lugar descritas ya suficientemente. El Código Penal determina estos perjuicios en el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro fino, conforme a la certificación sobre el precio internacional de gramo oro expida el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

"C) Condénase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar a cada una de las personas indicadas en el literal A), o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo los intereses aumentados con la Variación Promedio Mensual del Indice Nacional de Precios al Consumidor desde la fecha de la sentencia hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento.

"La Nación Colombiana dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su ejecutoria y se pagarán intereses comerciales desde este momento y transcurridos seis (6) meses los de mora, conforme a lo dispuesto en los Art. 176, 177 y 178 del C. C. A.", (fls. 15 a 17, C. 1).

"Como respaldo de las anteriores pretensiones, narraron los siguientes "HECHOS":

"1o. El 26 de Noviembre de 1987, el destacamento de soldados de la Compañía de Contraguerrilla "Escorpión" fueron desplazados hasta el Municipio de Salento, Vereda de Boquía, Hacienda Venecia, Jurisdicción del Departamento del Quindío, con el fin de adelantar prácticas de entrenamiento.

"2º Al parecer después de haber realizado algunas prácticas de polígono y de efectuarle aseo a las armas de dotación oficial, el personal de uniformados se hallaba en descanso transitorio; fue entonces cuando el soldado GERMAN GALLEGO AGUIRRE, se desplazó hasta donde estaba su

similar FULI MAMBUSCAY VITELIO, diciéndole en charla que le "PEGARA UN TIRO", sin más; éste último colocó un proveedor que creía con vainillas desocupadas o utilizadas y le disparó, causándole la muerte.

"3º Indudablemente, FULY MAMABUSCAY (sic) VITELIO, no tuvo la más mínima intención de darle muerte a su compañero de militancia, pues el homicidio se debió exclusivamente a la imprudencia de quien portaba el fusil de dotación oficial, influenciado por la convicción de que las vainillas habían sido utilizadas, sin percatarse de la existencia de un proyectil de guerra en óptimas condiciones, que fue el que en última sirvió para darle muerte a GALLEGO AGUIRRE.

"4º La conducta del victimario o sujeto activo del homicidio fue a todas luces culposa, pues imprudentemente cargó el arma de dotación oficial, la desaseguró y finalmente oprimió, sin fórmula de juicio el disparador en contra de su compañero, quien se encontraba de pié.

"5º El autor del homicidio fue un soldado del Ejército Nacional en ejercicio de funciones oficiales, claramente determinadas por el Comando de la Octava Brigada, utilizando un fusil de dotación oficial que le había sido entregado con fines muy diferentes a de adelantar charlas tan siniestras, como la de autos.

"6º. Por su parte, GERMAN GALLEGO AGUIRRE había culminado la prestación de su servicio militar obligatorio, incorporándose en las filas de los soldados profesionales, devengando un salario, que se establecerá en el curso del proceso. En esta labor, estaba próximo a completar el primer mes de funciones.

"7º La necropsia fue practicada por el médico MARCO ALFONSO NIETO el 26 de Noviembre de 1987, mediante oficio No. 273 y en ella encontró un orificio de entrada a la altura del epigastrio, que dividió en dos partes su recorrido, causando serias lesiones que le produjeron la muerte. Conviene destacar que el legista observó anillo de contusión y tatuaje, aspecto que identifica la distancia que separaba al tirador de la víctima (aproximadamente un metro), elemento de capital importancia en la configuración de la culpa del homicidio y por consiguiente de la responsabilidad del Estado.

"Además, las trayectorias son demasiado elocuentes: de abajo hacia arriba, de derecho a izquierda y de adelante hacía atrás, formando un ángulo de sesenta (60) grados con la horizontal; y, la segunda con iguales características en su recorrido, pero formando un ángulo de 50 grados con la horizontal.

"8º Las experiencias del técnico y los escasos conocimientos que tenemos a cerca de los hechos nos permiten inferir que la víctima estaba de pié y el victimario en posición de sentado; y fue desde allí que oprimió el disparador.

"9º GERMAN GALLEGO AGUIRRE era hijo legítimo de MANUEL SALVADOR GALLEGO MARIN y MARIA TERESA AGUIRRE, tenía al morir 20 años aproximadamente. Tenía siete hermanos, cinco de los cuales se han constituido en actores del proceso.

"10. GERMAN GALLEGO AGUIRRE, era soltero y siempre vivió en casa de sus padres, hasta cuando ingresó en las filas del Ejército Nacional, sin interrumpir sus magníficas relaciones de confraternidad con sus padres y sus hermanos.

"11. Antes de ingresar al Ejército GERMAN GALLEGO AGUIRRE demostró especial afecto, solidaridad y aprecio por todo el conglomerado familiar, ayudando a sus padres económicamente en la manutención de los integrantes de aquel núcleo. Pues esta razón, entre otras, la que lo animó a continuar una vez culminando su servicio militar obligatorio como militar en calidad de profesional.

"12. GERMAN GALLEGO AGUIRRE, había ayudado económicamente a sus padres antes de ingresas al Ejército y exteriorizaba su intención en igual sentido ya incorporado como soldado profesional. No se trataba entonces, de una ayuda eventual, sino cierta y determinada, fundamentada en sus magníficas relaciones familiares que hacían presagiar su cumplimiento, de no haber ocurrido su muerte.

"13. El salario que devengaba GERMAN GALLEGO AGUIRRE era de unos Treinta y cinco mil pesos ($35.000.oo) aproximadamente, suma que se establecerá con las certificaciones que expida el Comando del Ejército en su Jefatura de Personal y que se actualizarán al momento del fallo. De ese salario, entregaría a su padre como Jefe de Hogar, la suma de quince mil pesos ($15.000.oo) mensuales.

"14. MANUEL SALVADOR GALLEGO MARIN reclama perjuicios materiales en la modalidad de LUCRO CESANTE (art. 1614 del Código Civil), consistentes en la privación de una ayuda económica cierta, determinada y exigible. Estos perjuicios se estiman teniendo en cuenta entre otros factores los siguientes: La supervivencia de la víctima; la supervivencia del padre reclamante; el salario devengado; destinación; su estabilidad laboral; la falta de productividad del fallecido -LUCRO CESANTE- igual a los intereses con corrección monetaria de la indemnización causada desde la fecha de la muerte (26 de Noviembre de 1987), hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento, liquidación que deberá hacerse teniendo en cuenta el FACTOR POR RENTA. aceptado por la Jurisprudencia y la Doctrina para la dosificación de la indemnización futura.

"15. Tomando en cuenta los treinta y cinco mil pesos ($35.000.oo), corres-

pondiente al salario y los quince mil pesos ($15.000.oo) que entregaría al padre, como ayuda económica, debemos diferenciar la INDEMNIZACION CONSOLIDADA, que son las sumas dejadas de percibir desde el momento de la muerte (Noviembre 26 de 1987), hasta la fecha de la presentación de la demanda.

"En cuanto a la INDEMNIZACION FUTURA, se determina por la supervivencia de la víctima, la esperanza de vida del padre reclamante, teniendo en cuenta la Variación Promedio Mensual del Indice Nacional de Precios al Consumidor, partiendo desde el momento de la comisión del hecho punible que origina la responsabilidad, hasta la fecha que se fije como límite futuro.

"16. Se suplican perjuicios morales para MANUEL SALVADOR GALLEGO MARIN (padre), MARIA TERESA AGUIRRE DE GALLEGO (Madre), MARIA DILIA GALLEGO DE MORALES, MARIA GLADYS GALLEGO DE OSORIO, MARIA OMAIRA, HERNAN Y NELSON GALLEGO AGUIRRE (Hermanos) en el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro fino, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia y conforme a la certificación que sobre el precio internacional del gramo oro fino, expida el Banco de la República. La reclamación se formula para cada uno de los actores y por ser parientes próximos con la víctima.

"Los perjuicios morales solicitados para los padres no presentan inconveniente alguno, pues la Jurisprudencia y la Doctrina han coincidido en señalar que se presumen y así lo ha aceptado también (sic) el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Quindío. En lo atinente a los hermanos, afianzamos nuestra reclamación por vivir algunos, bajo el mismo techo con los padres y otros en sector cercano del barrio El Nevado en la ciudad de Manizales (C). Además GERMAN siempre vivió allí, como ya se dijo, hasta el momento de ingresar al Ejército. Durante su permanencia en el servicio militar los visitaba periódicamente, comportamiento que era retribuído en igual forma por todos sus familiares, incluyendo sus hermanos.

"17. Al estudiar los hechos; su autor (un soldado del Ejército Nacional); sus funciones (oficiales); los medios empleados (un fusil del Ejército); los hallazgos del médico legista; los perjuicios causados y la calidad de los actores del proceso, se concluye la falta del servicio o de la administración y por consiguiente la relación de casualidad". (fls. 17 a 23, c. 1). (Fls. 68-73. Cuaderno 1.).

. . . . . .

CONSIDERACIONES

"Pretenden los demandantes que se declare a la Nación Colombiana

(Ministerio de Defensa Nacional) administrativamente responsable de la muerte del soldado Germán Gallego Aguirre, ocurrida en la Hacienda "Venecia" de la Vereda Boquía de Salento, Quindío, el día 26 de noviembre de 1987, a manos del también soldado del Ejército Nacional Fuli Mambuscay Vitelio y que, consecuencialmente, se condene a la Nación pagarles el valor de los perjuicios morales y materiales sufridos con la muerte de aquel.

"Con las certificaciones notariales de nacimiento de los señores Germán Gallego Aguirre (occiso), María Dilia, María Gladys, María Omaira, Hernán y Nelson Gallego Aguirre; así como con los registros de matrimonio de sus padres Manuel Salvador Gallego Marín y Teresa Aguirre y de defunción de Germán Gallego Aguirre (fls. 5 a 13 C. 1) que se anexaron a la demanda, se acreditó la legitimación en la causa que los demandantes tienen para formular las pretensiones contenidas en el libelo, lo mismo que el interés sustancial para actuar.

"Reiteradamente se ha dicho que para la prosperidad de la pretensión resarcitoria por perjuicios, formulada contra el Estado, deben acreditarse plenamente los siguientes elementos:

"1.- Falla en el servicio a cargo del Estado.

"2.- Daño o perjuicio

"3.- Relación de casualidad entre los dos elementos anteriores.

"A continuación se analizará si en el presente asunto fueron acreditados, o no, los antedichos elementos:

1.- La existencia del hecho generador de la falta o falla del servicio a cargo del Estado, que los actores hacen consistir en que el soldado del Ejército Nacional Fuli Mambuscay Vitelio, quien formaba parte del destacamento militar de la Compañía de Contraguerrilla "Escorpión" en la Hacienda "Venecia" de la Vereda Boquía, Salento, Quindío, haya procedido a cargar el fusil de dotación oficial, sin percatarse que el proveedor que creía completamente vacío contenía un proyectil, y a disparar imprudentemente dicha arma, terminando con la vida de su compañero Germán Gallego Aguirre. Agregan que de esta forma fue violado el "DECALOGO DE SEGURIDAD DE LAS ARMAS DE FUEGO" de la disposición 011 del 3 de octubre de 1969, aprobatoria del manual de normas contra accidentes, expedido por el Señor Comandante General de las Fuerzas Militares.

Por su parte, el demandado afirma que la muerte del soldado Germán Gallego Aguirre no ocurrió por causa ni razón del servicio que Fuli Mambuscay Vitelio le prestaba a la Nación, sino por culpa personal tanto de la víctima como del homicida.

Los hechos narrados por los demandantes fueron acreditados dentro del proceso mediante las declaraciones de los señores JUAN CARLOS CHAVEZ GORDILLO y JOSE HERIBERTO FLOREZ VELASQUEZ (fls. 26 y 102, C. 3); con la diligencia de inspección judicial practicada al sitio de los hechos, por el Juez 121 de Instrucción Penal Militar, el día 27 de noviembre de 1987, consignada en acta cuya copia aparece al folio 7 del cuaderno número 4; y con las demás actuaciones que hacen parte del expediente disciplinario adelantado en contra del soldado Fuli Mambuscay Vitelio (cuaderno 4).

Aun cuando en su declaración el Sr. Flórez Velásquez se refiere al occiso mencionando equivocadamente su nombre, el despacho le reconoce pleno valor probatorio a dicho testimonio, ya que de la indicación del lugar y la fecha de la ocurrencia de los sucesos y de las circunstancias de modo en que acaecieron, se desprende claramente que su narración se refiere a la muerte del soldado Germán Gallego Aguirre.

Las declaraciones de los señores Juan Carlos Chavez Gordillo y Heriberto Florez Velásquez, tienen para el Tribunal el carácter de plena prueba de los hechos a que se refieren, dado que se trata de testigos presenciales de los sucesos y que manifiestan en forma acorde las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los mismos ocurrieron, desvirtuando la versión del soldado Fuli Mambuscay Vitelio en el sentido de que el arma se disparó en el momento en que él forcejeaba con el occiso para no dejársela quitar (diligencia de indagatoria, fl. 26, C. 4). Es bueno transcribir el siguiente aparte de la declaración rendida por el soldado Chávez Gordillo:

".....entonces Gallego Aguirre estaba al pié de una carpa y ahí por hay a los 2 metros se encontraba Fuli Mambuscay..... Entonces ahí fue donde Gallego le dijo a Fuli "Fuli: pégueme un tiro", entonces Fuli le dijo: "Sabe hermano, así no juguemos", entonces Gallego le dijo: "entonces usted no es capaz de pegarme un tiro?, entonces Fuli.....colocó el fusil como oblicuo, con la culata hacia abajo y el cañón hacia arriba y la trompetilla estaba al pié de Gallego, al frente de Gallego. Entonces ahí fue donde se escuchó el disparo". (fl. 26. C. 3).

La calidad de militar del Sr. Mambuscay en el momento en que ocurrieron los hechos, lo mismo que su adscripción a la Compañía de contraguerrilla "Puma" de la Octava Brigada del Ejército Nacional y el porte del arma de dotación oficial se demostraron con la copia de la orden de operaciones No. 3134 de noviembre 21 de 1987 (fl. 56, C. 4) y con la constancia suscrita por el Jefe de Personal del Batallón de Servicios No. 8 (fl. 117. C. 4).

De las probanzas anteriores, que respaldan los hechos narrados por los demandantes, puede deducirse claramente que los sucesos en los cuales perdió la vida el soldado Germán Gallego Aguirre a manos del soldado Fuli Mambuscay Vitelio, si bien tuvieron ocurrencia dentro del servicio que por

conducto de ellos prestaba la Nación Colombiana, tales hechos no se originaron por causa ni en razón del mismo servicio, sino que fueron consecuencia de las bromas y chanzas que se estaban haciendo los indicados soldados, situación ésta que no tiene porqué comprometer la responsabilidad de la nación.

En este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, en sentencia de abril 11/85, con ponencia del Consejero Dr. Julio César Uribe Acosta:

"La parte actora del proceso hace consistir la falla del servicio en el funcionamiento irregular del servicio militar de formación profesional, al dejar abandonado en un polígono de tiro un cartucho de fogue (sic) para ser utilizado por cualquiera; al no tomar las precauciones indicadas para evitar que el cadete que lo encontró pudiera hacer uso indebido de él en perjuicio de terceras personas, a través de las inspecciones de rutina; al no tomas las precauciones para evitar que el fusil se mantuviera cargado con un cartucho de fogueo durante más de quince horas y sin medida de seguridad alguna.

". . . . .Estos declarantes son armónicos al relatar las actividades a que se dedicaban cuando se produjo el disparo y el sitio donde se encontraban. Se trataba, como se vió, de preparar un uniforme con destino a la lavandería, en cumplimiento de una orden que en tal sentido les había sido impartida, para ello debía escribir su nombre en un papel, y fue precisamente esta exigencia la que originó el juego, que califican como "pesado y peligroso" que culminó con los nefastos resultados conocidos, cuando la víctima se dirigió a su compañero Miranda con el fin de "quitarle" el papel, "en son de juego", para escribir su nombre.

"Según lo visto, la actividad que realizaban los alumnos era totalmente ajena a las de entrenamiento e instrucción en el manejo de armas. Los alumnos estaban libres para acatar la orden impartida, completamente ajena a las de instrucción militar que debía desarrollarse en un período corto de tiempo y en la cual no se requería la vigilancia de sus superiores. No debían los cadetes en ese momento utilizar armas. Si ello ocurrió, se debió precisamente a la camaradería y costumbre de los enfrentados de jugar y "chancearse" en la forma relatada, contraviniendo las órdenes que en tal sentido les impartían sus superiores.

"b) No puede predicarse negligencia de los oficiales Jefes de Escuadra al servicio de la Escuela Militar de Cadetes, por encontrarse en poder de un alumno un cartucho de fogueo. Este tipo de munición les había sido entregado porque se estaban preparando para salir a compaña. . . . .El arma fue tomada de un armario donde estaba guardada y no era requerida ni necesaria para la actividad que se desarrollaba en ese preciso momento. Si

cada cadete permanecía con su fusil como dice Pava Camelo, ello obedece al reglamento interno de la Escuela y al respecto, los alumnos son instruidos y preparados en las medidas de seguridad que deben atender "como tener el fusil asegurado, siempre que se termina una práctica teníamos que bajar la palanca de mecanismo y estar seguros de que el fusil no quedara cargado, como también no jugar con las armas" (Jaime Humberto Prada. Fl. 68 fte., C. 2).

"La situación que se deja descrita y analizada pone de presente la existencia de una falta personal, que como muy bien la define Laferriere, citado por Georges Vedel, es aquella ". . . . . que revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia" (Derecho Administrativo. Aguilar. Sexta Edición, pag. 291). A ninguna otra conclusión distinta podría llegar la Sala frente a realidades como las que pone de presente los declarantes cuyos testimonios han sido apreciados. Si el ". . . . . sistema de juego o chanzas de ellos era muy pesado". . . . . .si esa conducta no se realiazaba" frente a los oficiales" como lo declara Fernando Pava Camelo (fls. 66, 67 C. No. 2) y si como lo afirma el otro deponente, señor Jaime Humberto Prada Hernández, ". . . . . .ellos se la pasaban bromeando y Moncada fue a quitarle el papel en son de juego. . . . ." (fl. 68, C. No. 2), mal podría llegarse a una conclusión distinta. De otra parte, no se acreditó dentro del proceso que junto a esa falta personal se registrara también la del servicio, pues la actividad de los instructores no puede extenderse hasta el límite de controlar en forma constante y permanente la conducta de cada uno de los alumnos aún en los momentos más íntimos en que transcurren sus vidas. Finalmente, está debidamente probado que los alumnos eran instruidos por sus superiores respecto de las medidas de seguridad que debían tener en cuenta, ". . . . .como tener el fusil asegurado, siempre que se terminaba la práctica teníamos que bajar la palanca de mecanismos y estar seguros de que el fusil no quedara cargado, como también no jugar con las armas" (fl. 68, C. 2).

No configurándose la falta del servicio, mal podría atenderse las súplicas del libelo". (Sentencia extraída de los "ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, primer semestre del año de 1985, páginas 491 y 497).

Por todo lo expuesto el Tribunal Administrativo del Quindío, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. Niéganse todas y cada una de las súplicas de la demanda.

2. Condénase a la parte demandante a pagar en favor de la Nación - inisterio de Defensa- Ejército Nacional- las costas causadas en este proceso. iquidense oportunamente por la Secretaría (fls. 79-84, Cuaderno 1.).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 117 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el procurador judicial de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo argumenta dentro del siguiente temperamento:

"III. LA FALTA O FALLA EN EL SERVICIO O LA RESPONSABILIDAD POR FALTA O FALLA PRESUNTA

"Ya se dijo que la Nación Colombiana fue absuelta por el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Quindío, argumentado que los hechos "no se originaron por causa ni en razón del mismo servicio. . . . .", presupuesto que no compartimos, por cuanto la responsabilidad de la Nación se pone de manifiesto desde el mismo momento de incorporación a las filas del Ejército Nacional, en la prestación del servicio militar obligatorio entregándoles artefactos cuya utilización es peligrosa.

"aunque se solicitó responsabilizar a la Nación por falta o falla en el servicio, tal como ya lo ha dicho la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ". . . . Ello no es óbice para que el juez, al calificar la realidad histórica del proceso, y prevaliéndose del principio IURA NOVIT CURIA, goce de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto que es objeto de la decisión. En efecto, la escogencia de uno 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", por tanto es perfectamente viable que se acoja de acuerdo al enunciado bajo el numeral 3º de este escrito la responsabilidad por falta o falla presunta.

De todas formas, estudiaremos lo atinente a la falta o falla en el servicio, por cuanto sostenemos que los hechos si ocurrieron por causa y en razón del servicio, pues tal como se desprende del contenido de los diferentes proveídos de la justicia penal militar y de la prueba testimonial recogida (fl. 26), una vez realizadas las prácticas de tiro, los militares debieron dedicarse al aseo del armamento, actividad que no fue vigilada por los superiores jerárquicos de los Soldados, entre los que se encontraban Mambuscay Vitelio, amén que una vez realizadas las prácticas fue dejado un cartucho sin disparar en poder de los militares, que finalmente sirvió para causar la muerte a GALLEGO AGUIRRE, pues en cierta forma creó confusión con la errónea creencia de que el proveedor sólo contenía vainillas.

Además, la sentencia citada no se ajusta al caso sometido a estudio, pues

no puede predicarse como lo hace el fallo que se hubieran presentado juegos o chanzas, toda vez que no deben tomarse como tales las simples expresiones de la víctima "Pégame un tiro", como tampoco la reacción inmediata del agresor al cargar el arma y dispararla en forma por demás imprudente. En aquella sentencia por ejemplo uno de los presupuestos de la negación de la responsabilidad fue precisamente que los alumnos realizaban actividades totalmente ajenas a las de entrenamiento e instrucción en el manejo de las armas, muy diferente a nuestro caso, por cuanto los militares estaban dedicados a ejercicio de tiro y luego a la limpieza de los artefactos.

Si no se declarara la responsabilidad de la Nación Colombiana por falta o falla en el servicio, podrá hacerse por falta o falla presunta, tal como se hizo en proceso de igual naturaleza en sentencia del 30 de julio de 1989. Exp. 2852: Actor JORGE ARTURO HERRERA VELASQUEZ. Consejero Ponente: Dr. ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO:

"Teniendo en cuenta lo anterior, se abstendrá la Sala de estudiar en el presente caso la posible falla del servicio por omisión que hubiere podido cometer la Policía Nacional, al no impedir el egreso a vacaciones de uno de sus miembros, portando un arma de dotación oficial con la que a la postre causó el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende mediante el presente proceso. Y estima irrelevante el análisis de dicho elemento, **porque considera que el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por si la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir.**

En este sentido, se expresó la Sala en Sentencia de 27 de Abril de 1989 (Exp. 4992, Actor: Olga Celis de Sepúlveda), en la cual afirmó:

"Probado está que el agente de la Policía Nacional causó el perjuicio cuya resarcimiento se pretende en el presente proceso con arma y cartuchos de dotación oficial. Se presente así, en el caso en estudio, **la existencia del nexo instrumental mediante el cual el servicio colocó al agente en posibilidad de causar perjuicio.** Este nexo sería por sí solo suficiente para declarar la responsabilidad de la Administración habida consideración de la peligrosidad extrema que tales instrumentos conllevan".

"Puede entonces afirmar la Sala que la prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con arma de dotación oficial, no es necesaria para comprometer la responsabilidad de la Nación, siempre y cuando, obviamente, se haya probado el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio. Sobre el particular dijo recientemente la Sala:

"Si bien es cierto el enfoque de la demanda y su prueba no permiten la

prosperidad de la misma, la Sala Considera, con apoyo en el principio IURA NOVIT CURIA, que la interpretación racional de los hechos permite hacer un enfoque diferente para concluir que sí se comprometió la responsabilidad de la nación por la presunción de responsabilidad que se le puede imputar a ésta por el hecho de los conscriptos sometidos a instrucción militar; actividad de especial peligrosidad, no sólo por los peligros que ella implica para los que la reciben, sino por la manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo". (Sentencia de 28 de abril de 1989. Exp. No. 3852, Actor: Jairo Rodríguez Durán)."

"En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa que no hay motivo alguno para variar tal posición jurisprudencia (sic); por el contrario, dicha posición debe ser reiterada: cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio".

"Por ello, entiende la Sala que frente a este tipo de perjuicios, el régimen aplicable es el denominado de la falla del servicio presunta".

II- CARACTERIZACION DEL REGIMEN DE LA FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA

"En sentencia de Febrero 20 de 1989, precitada se había expresado la Sala sobre el régimen de la falla del servicio presunta en estos términos:

"En segundo término y como régimen intermedio entre el que acaba de mencionarse y los de responsabilidad puramente objetiva de que adelante se tratará, se encuentra aquel en donde la falta o falla es presunta. En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad".

En este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompen la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entra al hecho de la administración y el perjuicio continue intacto. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo pero en cierto modo inverso, es decir, en cuanto es a la entidad demandada a la que corresponde proveer al Juez de los dos medios de convicción necesarios para que este realice una valoración positiva del comportamiento administrativo". (Lo destacado es nuestro).

IV. PETICION

"de conformidad con lo anotado, suplico revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar proferir la que debe reemplazarla, declarando a la Nación Colombiana administrativamente responsable de la muerte del Soldado GERMAN GALLEGO y por consiguiente obligada a cancelar la totalidad de daños y perjuicio causados a los demandantes en los términos contenidos en el escrito de demanda". (fls, 128-135, Cuaderno Ppal).

III VISTA FISCAL

El Fiscal Octavo de la Corporación, Dr. JAIME MOSSOS GUARNIZO, en su concepto de fondo **OBSERVA:**

"Pues bièn, esta Agencia del Ministerio Público, no comparte lo decidido por el **a-quo**, pues si bien es cierto, que al disparar el Soldado Fuli Mambuscay Vitelio su fusil de dotación oficial, no lo hizo en función del servicio que prestaba a la Nación, también es cierto que en el momento en que el occiso le solicitó a éste que le disparara el arma, debía haber rechazado tal solicitud debido al riesgo que producen las armas y esto lo sabía el soldado que disparó.

"También es de observar, que el Soldado Fuli Mambuscay, al seguir el juego propuesto por Gallego debía haber tomado todas las precauciones del caso como era revisar que la vainilla estuviere vacía al introducirla en el fusil.

"Por último, hubo falla en el servicio por parte de los superiores jerárquicos de los soldados, por no haber vigilado la actividad realizada por los mismos y ordenada por ellos.

"Determinada la responsabilidad administrativa por parte del Ministerio de Defensa Nacional, se entra a analizar los perjuicios en la siguiente forma:

"De las probanzas allegadas al proceso se pudo establecer que el occiso Germán Gallegos Aguirre, después de haber prestado su servicio militar ingresó como soldado voluntario en el Batallón de ASPC No. 8 con sede en la ciudad de Armenia con una asignación mensual de $32.315.66, una parte la destinaba para ayuda económica de su casa; por consiguiente, se debe reconocer perjuicios materiales, solicitados por Manuel Salvador Gallego Marín, padre de éste, haciéndose su tasación de conformidad con el artículo 369 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a los perjuicios morales, en la prueba testimonial se demostró que el occiso Gallego compartía su hogar con sus padres, Manuel Salvador

Gallego Marín y María Teresa Aguirre de Gallego, y sus hermanos Hernán y Nelson Gallego Aguirre; por lo tanto, se les puede reconocer 1.000 gramos oro para cada uno de sus padres y 500 gramos oro para cada uno de sus hermanos.

Ahora con relación a las señoras María Dilia, María Gladys y María Omaira Gallego, hermanas del mencionado occiso, si bien es cierto ya habían conformado sus propios hogares, también es cierto, que continuaban unidas al hogar paterno, en una relación de parentesco y efecto, por lo tanto son acreedoras de los perjuicios morales en 500 gramos de oro para cada una, estima la Fiscalía.

"En este orden de ideas, esta Agencia del Ministerio Público, solicita al H. Consejo de Estado se revoque la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Quindío el 18 de mayo de 1989, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto anteriormente". (fls. 203 a 205, Cuaderno Ppal.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) **FALLA DEL SERVICIO,** la sentencia apelada será revocada pues el **ad quem** no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el **a-quo** y que lo llevó a definir que en el **sub lite** no se dió la falla del servicio sino la personal del agente. Y no la patrocina, porque dentro del informativo quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA. Que el día 26 de noviembre de 1987, el Comandante de la Compañía de Contraguerrilla "ESCORPION" ordenó que sus integrantes formaran ".... con la finalidad de hacer aseo de armamento...." habiendo procedido a ".....revisar las armas como es lo ordenado...." que terminada esa tarea, el alto oficial ordenó nuevamente ".....armar los fusiles...." y nuevamente pasó "...revista de que las armas quedaran descargadas....", no obstante lo cual el soldado FULI MAMBUSCAY VITELIO dió muerte al soldado GERMAN GALLEGO AGUIRRE, haciendo uso de su arma de dotación oficial (ver informe del Comandante de la Compañía para el Comandante del Batallón de Servicios No. 8. C. 1 fol. 2);

SEGUNDA. Que por tales hechos fue condenado en primera instancia el soldado FULY MAMBUSCAY VITELIO a la pena principal de un (1) año de prisión por el delito de HOMICIDIO CULPOSO, y a la pena accesoria de ".... .separación absoluta de las Fuerzas Militares, e interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad si la tuviera, por igual tiempo al de la pena principal, como se lee en el referido proveído (C. 4, fol 17), el cual fue confirmado por el Tribunal Superior Militar, por providencia de dieciséis (16) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), la cual obra en el mismo cuaderno, folio 188).

TERCERA. Que el fusil G-3 No. 24939 a que se hace referencia en las providencias anteriores, era de dotación oficial, como se desprende del oficio No. 0755 de 22 de marzo de 1988, que obra al folio 111 del C. No. 4).

CUARTA. Que según el alcance de la declaración ratificada rendida por el señor MANUEL CEBALLOS RINCON, no es cierto que al personal adscrito a la compañía se le hubiesen revisado las armas pues los dos oficiales y los cuatro suboficiales encargados de ese control se limitaron a dar ". . . la orden de hacer el aseo del armamento, y se fueron para la carpa" (C. 1, fol. 157). A esta realidad se agrega la particular circunstancia, según el declarante, de que los soldados, debiendo hacer 20 disparos al polígono tampoco fueron controlados en ésta misión. Al ser interrogado el testigo sobre este aspecto dijo:

> "Recuerda usted cuantos objetivos habían para dispararles? CONTESTO: habían 20 objetivos. Debían ustedes dispararles a todos los objetivos? CONTESTO: Si, un tiro a cada uno. Sírvase decir una vez los oficiales y sub oficiales que dirigían la labor, a qué se dedicaron? CONTESTO: **Ellos se entraron para carpa y como ellos quedaban por allá lejos, no se qué hacían dentro de la carpa porque no se veía"** (C. 1 fol. 155 y ss., ss.).

Dentro del marco probatorio que se deja enlistado, no hay espacio para la duda que impida concluir que en el sub lite se registró un funcionamiento anormal del servicio, imputable en buena parte a los oficiales que debían vigilar el aseo de las armas y los disparos al polígono. Si estos hubiesen cumplido con sus funciones, es válido suponer que el soldado FULI MAMBUSCAY VITELIO, así se hubiese dado a la tarea de "bromearse" o "chancearse" con su compañero GERMAN GALLEGO AGUIRRE, no habría acabado con la vida del primero, pues en el momento oportuno se habría impedido que una bala quedara en el proveedor del fusil si se hubiese verificado que todos los tiros que se debían hacer al polígono se habían hecho. Incomprensible también la conducta de los superiores, que en lugar de estar al frente de la misión que se les había encomendado, de dirección, control, vigilancia, optaron por dejar solo a la tropa, para aislarse en la carpa. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley; comportamientos como el censurado no le hace ningún bien a la administración y la comprometen seriamente a la luz de la ley y el Derecho.

La Sala aprecia y valora en todo su universo la declaración rendida por el señor MANUEL GERARDO CEBALLOS RINCON, porque fue testigo presencial de los hechos pues estaba parado frente al occiso y como a unos siete metros del autor del disparo, soldado FULI MAMBUSCAY VITELIO, y porque ilustra en forma desinteresada y clara al sentenciador sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ellos ocurrieron. A la realidad probatoria anterior se agrega que en el informativo obran las sentencias de primera y segunda instancia que condenaron al sindicado por el delito de HOMICIDIO CULPOSO,

como ya se destacó en uno de los apartes de este proveído. Sobre la incidencia de tales providencias en el proceso administrativo, la Sala, en jurisprudencia reiterada ha dicho:

"Las copias de las sentencias penales.

"El punto presenta un enfoque diferente, ya que aquí no se cuestiona el traslado de las pruebas practicadas dentro del proceso penal en el que estuvo involucrado el funcionario, sino que sólo se lleva al de responsabilidad la copia de la sentencia proferida en aquel.

Estima la Sala que esa copia prueba algo más que su expedición y que con ella se calificó la conducta de una persona natural determinada.

"Basta leer las normas que en el Código de Procedimiento Penal hablan del valor de los fallos condenatorios y absolutorios para confirmar este aserto. En primer término la sentencia penal condenatoria no permitirá poner en duda el proceso civil (o administrativo, se agrega) la existencia del hecho ni la responsabilidad condenado (art. 28); y la absolutoria tendrá efecto de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa (art. 30).

Y el valor demostrativo de la sentencia en los extremos indicados no puede negarse con el argumento de que las pruebas que sirvieron de apoyo al juez penal no fueron ratificados dentro del proceso de responsabilidad, porque esa ratificación sería inocua, ya que una nueva valoración no permitiría conclusiones diferentes, por impedirlo el efecto de la cosa juzgada.

El hecho imputado al agente, no puede ponerse en duda ni su responsabilidad penal; si estos dos extremos configuran asímismo una falla del servicio, será un problema de subsunción del hecho en los supuestos de la norma que contempla la responsabilidad y no un simple problema probatorio.

Como es obvio, la conducta así se subsume en normas diferentes. La penal, desde la órbita del código correspondiente; y la falla del servicio de la entidad pública, porque ese acto se le imputa a su propio y directo accionar, dentro de las reglas que gobiernan su conducta". (Expediente 4955. Actor: DIOSELINA ARCE CASTAÑO)".

B) De la falla del servicio la Corporación ha predicado, siguiendo en ello el pensamiento del Profesor Jean Rivero, que es un incumplimiento en el funcionamiento normal del mismo, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero que no es imputable a ellos personalmente. Igualmente, que ella 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 distinguido tratadista, 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 DE SERVICIO TIENE UN CARACTER RELATIVO, PUDIENDO EL MISMO HECHO, SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS, SER REPUTADO COMO CULPOSO O COMO NO CULPOSO** (Derecho Administrativo. Novena Edición. Caracas 1984, págs. 303 y ss. ss).

Si se trae a colación la doctrina anterior, es porque el sentenciador de instancia, prima facie, consideró aplicable al caso en comento la jurisprudencia que se recoge en el fallo de 11 de abril de 1985, que definió que en ese conflicto de intereses no se daba la falla del servicio sino la personal del agente. Al proceder así incurrió en error, pues las circunstancias particulares de cada proceso son en puridad de verdad diferentes, aunque muy parecidas. Así, por ejemplo, en el diferendo que ahora se falla, hubo sentencia condenatoria contra el sindicado, en el otro no. En el numeral segundo, literal b) de la sentencia de 11 de abril de 1985 se precisa que no hubo negligencia ". . . . en los oficiales de Escuadra al servicio de la Escuela Militar de Cadetes, por encontrarse en poder de un alumno un cartucho de fogueo. . . .", por las razones que allí se precisan. En el **sub-lite**, en cambio, se deja en claro que los oficiales encargados de vigilar las prácticas de tiro al blanco tuvieron una conducta negligente por no haber estado al frente de la tropa cumpliendo con la tarea que tenían asignada.

La realidad que se deja brevemente comentada pone de presente el peligro de citar fragmentariamente las sentencias, sin la comprensión cabal del universo que ellas tienen. La experiencia judicial demuestra que es muy difícil encontrar dos casos iguales que ameriten decisiones idénticas. Esta verdad jurídica la recordaba LORD HALSBURY en el caso "Quinn v. Leathem, al decir:

> "Un caso tiene solamente autoridad para aquello que realmente decide. Niego terminantemente que él pueda ser citado en apoyo de una proposición que pueda parecer derivarse lógicamente de él. Semejante manera de razonar supone que el Derecho es necesariamente un código lógico cuando todo abogado debe reconocer que el Derecho no es en absoluto siempre lógico" (Cita de Benjamín Cardozo. La Naturaleza de la Función Judicial, pag. 20).

C) **EL DAÑO**. El daño, entendido como ". . . .el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. . . ." (De la responsabilidad Civil. Tomo II. Dr. Javier Tamayo

Jaramillo, pag. 5) resultó debidamente probado dentro del informativo, así:

1o.) Al folio 73 del C. 4 aparece el acta de necropsia suscrita por el Médico Patólogo Forense de cuya lectura se desprende que GERMAN GALLEGO AGUIRRE falleció como consecuencia de las heridas que recibió con dos proyectiles que penetraron por un solo orificio.

2o.) Al folio 63 C. No. 4, aparece el acta de levantamiento del cadáver en la cual se detalla que la víctima recibió ". . . . impacto de arma de fuego fusil en región mesogastrios con dos orificios de salida en región escapular;

3o.) Al folio 6 del C. No. 1, obra el certificado de defunción de Germán Gallego Aguirre.

D) **RELACION DE CAUSALIDAD.** Del material probatorio que obra en el plenario y que se deja apreciado y valorado a lo largo de ésta providencia, se evidencia que el hecho constitutivo de la falla del servicio es la causa directa, inmediata y necesaria del daño, es decir, que sin la ocurrencia de aquel no se habría producido la muerte del ciudadano GERMAN GALLEGO AGUIRRE. Por lo demás, ninguna circunstancia exonerativa de responsabilidad se acreditó dentro del proceso.

E) **LOS PERJUICIOS.** En la demanda se solicita el reconocimiento de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a favor del padre de la víctima SEÑOR MANUEL SALVADOR GALLEGO MARIN, pero dentro del informativo no hay prueba que acredite que en puridad de verdad el occiso ayudara económicamente a éste. La declarante LUZ STELLA POVEDA GONZALEZ es muy clara al testimoniar que la ayuda la brindaba el hijo a la madre, quien no impetra el pago de perjuicios por el rubro que se estudia. En lo pertinente de su oposición ella discurre dentro del siguiente temperamento: "PREGUNTADA" Sírvase decir al despacho, si a usted le consta, si el señor Germán Gallego Aguirre le daba apoyo económico a sus padres. CONTESTO: Sí a mi me consta que sí. El lo que trabajaba era para la casa, **para la mamá y para lo que ellos necesitaban. El se preocupaba mucho porque ella estuviera bien económicamente. Desde que él era muy niño, él se iba a trabajar a lavar tumbas para ayudarle a ella, todo lo que se ganaba se LO DABA A LA MAMA. Tanto que después de que pagó el servicio militar decidió reintegrar allá a trabajar porque él tenía muchos planes. El decía que el plan de él era sacarla a vivir a una casa mejor y a un barrio mejor. . . . .**" (Subrayas de la Sala).

Como se desprende de la literatura anterior, todo indica que la ayuda económica era brindada a la madre, nó al padre. Por lo demás, del testimonio rendido por el señor JOSE FERNANDO OCAMPO GUTIERREZ, el sentenciador no alcanza a tener la convicción de que la víctima atendía económicamente a las

necesidades materiales del padre. Por ello la pretensión no prospera.

En el literal b) del petitum se solicita condena por perjuicios morales en favor de los padres MANUEL SALVADOR GALLEGO MARIN y MARIA TERESA AGUIRRE DE GALLEGO y de los hermanos MARIA DILIA GALLEGO DE MORALES, MARIA GLADYS GALLEGO DE OSORIO, MARIA OMAIRA, HERNAN Y NELSON GALLEGO AGUIRRE. La pretensión se despachará favorablemente, pues respecto de los padres se presume el afecto y con relación a los hermanos éste se demostró con las declaraciones rendidas por LUZ STELLA POVEDA GONZALEZ y JOSE FERNANDO OCAMPO GUTIERREZ, que el **ad quem** valora en todo su temperamento pues ilustran al fallador dentro del siguiente universo:

LUZ STELLA POVEDA GONZALEZ

"PREGUNTADA: Sírvase decir cómo era la relación de Germán con sus hermanos. CONTESTO: La relación de Germán con sus hermanos era única, era muy buen hermano, muy unido, él se preocupaba mucho por los (sic) por el estudio, por el trabajo de ellos, por la salud, era muy buen hermano y se ayudaban mutuamente entre todos. . . .PREGUNTADA: Sírvase decir al despacho, si a usted le consta, en qué consistía el apoyo moral que German Gallego le prestaba a sus hermanos. CONTESTO: Pues él se preocupaba mucho por el bienestar de ellos, por lo que ellos hacían o no hacía (sic). Los aconsejaba que no le dieran que sentir a la viejita mientras él estaba lejos. Se preocupaba también por la salud de todos y bregaba porque todos estuvieran bien en cuanto al comportamiento familiar ahí en la casa.... PREGUNTADA: Sírvase decir al despacho si durante el tiempo que el Sr. Germán Gallego Aguirre prestó el servicio militar, sus hermanos lo visitaban al Batallón donde estaba él prestando el servicio. CONTESTO: Sí, cada que tenía visita iban todos los hermanos, hasta yo iba, cuando prestó el juramento de bandera. . . . ."

FERNANDO OCAMPO POVEDA

"PREGUNTADO: Sírvase decirnos cómo eran las relaciones de Germán con sus hermanos. CONTESTO: Era extraordinaria. El se preocupaba demasiado por ellos, en todo sentido. Era un muchacho que a pesar de ser tan jóven, él aconsejaba mucho a los hermanos y les exigía mucho respeto para con los padres. Era un muchacho sumamente bueno, inclusive de ver la situación económica tan difícil de la familia, él se reintegró nuevamente al ejército para poder seguir ayudando a la casa. Como él era el hermano menor, todos todos lo querían mucho, le acataban las observaciones. . . . .PREGUNTADO: Sírvase decirnos por qué sabe usted en tan precisa forma los datos que acaba de mencionar. CONTESTO: Yo visito esta familia, dos o tres veces a la semana, siempre he tenido esa devoción. Yo venía aquí a visitarlo a él, me venía con toda la familia de Germán y me enteré de esa situación, por los vínculos con la familia. . . . .".

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

FALLA

A) REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, el día dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste fallo, y en su lugar

RESUELVE:

PRIMERO. Declárase a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, administrativamente responsable de la muerte del soldado del ejército Sr. GERMAN GALLEGO AGUIRRE, en hechos ocurridos el día veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), en las circunstancias descritas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, al pago de las siguientes sumas de dinero, y a favor de las personas que a continuación se enlistan, y por concepto de PERJUICIOS MORALES.

Para los padres de la víctima, señor MANUEL SALVADOR GALLEGO MARIN y Sra. MARIA TERESA AGUIRRE DE GALLEGO, el equivalente a UN MIL GRAMOS DE ORO (1.000) para cada uno, liquidados al precio que éste metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada ésta sentencia.

Para los hermanos del occiso, MARIA DILIA GALLEGO DE MORALES; MARIA GLADYS GALLEGO DE OSORIO, MARIA OMAIRA, HERNAN Y NELSON GALLEGO AGUIRRE, el equivalente a QUINIENTOS GRAMOS ORO (500) para cada uno, liquidados al precio que éste metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado éste fallo.

TERCERO. Se deniegan las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. Las sumas reconocidas a ésta sentencia devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de su ejecutoria y moratorios después de este término. (Art. 176 y 177 c.c.a.)

B) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila, Policarpo Castillo Dávila.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO / TORTURA

No se encuentra que los considerandos del a-quo se ajusten a la lógica de lo razonable, pues dando por probado que el cadáver de la víctima fue encontrado en una bolsa plástica, dentro de una cueva, junto con los de otros compañeros, habiéndose hallado culpables a oficiales del Ejército, termine concluyendo que no se demostró la falla del servicio. No se puede patrocinar la tesis de que no hubo falla del servicio porque no se demostraron las torturas y vejámenes, pues habiéndose acreditado lo más no interesa la prueba de lo menos.

PERJUICIOS MORALES - Destinatarios / **LEGITIMACION POR ACTIVA**

No comparte la Sala la conclusión del a quo según la cual la reparación del daño moral subjetivo sufrido por la víctima se transmite, en caso de muerte, a sus herederos, por tratarse de un derecho personal o crédito. En apoyo de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte, la Sala considera que no son los perjuicios causados al muerto los que se pueden reclamar, trátese de acción contractual o extracontractual; es el perjuicio causado a las personas que recibían ayuda o beneficio económico del que ha muerto. La reparación del daño moral no es otra que la de proporcionarle a la víctima satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido, es decir, que el resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel satisfactorio que, fallecida la víctima en forma inmediata, ya no puede darse.

ESTADO CIVIL / HEREDERO - Prueba

La Corte tiene sentado la diferencia y exigencia probatorio del

estado civil y de la calidad de heredero. Basta para acreditar su posición de heredero, aportar la copia del auto en que se le conoció como tal dentro del respectivo proceso de sucesión cuando aquella prueba se exige en litigios distintos de éste último. Lo anterior no se opone a que la prueba de la calidad de heredero también se haga directamente a través de la demostración de su capacidad sucesoral, con la acreditación de la existencia de la persona; su dignidad sucesoral, que se presume y su vocación sucesoral, con la prueba del estado civil o del testamento en que se funda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6220. Actor: Aura Ligia Posada. Demandado: La Nación - 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 recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el día nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa (1990), por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las pretensiones de la demanda por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

"La señora Aura Ligia Posada Londoño, asistida de abogado idóneo, demanda ante este Tribunal a la NACION (Ministerio de Defensa Nacional) para que se hagan las siguientes o similares declaraciones:

I. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. La NACION (Ministerio de Defensa Nacional), es responsable de los daños morales causados al señor VICTOR MANUEL LONDOÑO POSADA a manos de efectivos del Ejército Nacional, el 18 de septiembre de 1986, en la vereda LA SALAZAR, del municipio de Belmira, Antioquia.

Condénase a la NACION (Ministerio de Defensa), a pagar a la **sucesión** del señor VICTOR MANUEL LONDOÑO POSADA, representada por su madre que le sobrevive AURA LIGIA POSADA, los daños morales a él

causados, por el equivalente en pesos de la fecha de **ejecutoria** de la sentencia de mil gramos de oro fino y las costas y gastos del proceso".

HECHOS

1. El 18 de septiembre de 1986, el C. T. TOMAS IGNACIO MONROY RONCANCIO y el S. S. AURELIO MENDOZA MENA, del Ejército Nacional, dieron muerte al señor VICTOR MANUEL LONDOÑO POSADA, en la vereda LA SALAZAR del municipio de Belmira, Antioquia.

2.- El hecho se debió a falta o falla del servicio pues:

2.1 Sus autores adelantaban Operaciones contra grupos subversivos en la región;

2.2. La víctima era un honrado e inerme campesino que estaba trabajando en labores agrícolas cerca al lugar donde acampaba la tropa;

2.3. Cuando fué arbitrariamente detenido y, en acto de inusitada crueldad y barbarie acuchillado, degollado, descuartizado su cuerpo y metido a pedazos en bolsas y costales para arrojarlo en una cueva vecina, donde fue encontrado al día siguiente por sus familiares.

3. Por el trato cruel e inhumano a que fue sometido y que finalmente condujo a su muerte, el señor LONDOÑO POSADA vivió antes de expirar temor, angustia, profunda aflicción y congoja, daño moral que, de no haber fallecido, hubiera podido demandar que le indemnizara la NACION (Ministerio de Defensa Nacional).

4. Pero como falleció, dejando ese derecho, el mismo se trasmitió, desde el momento de su muerte, a su sucesión, representada por su señora madre que le sobrevive que ahora demanda de la NACION (Ministerio de Defensa Nacional) que le pague la indemnización que desde el momento de la contravención se causó y se debe en favor de su finado hijo, representado como se dijo, por su más alto valor permitido, el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos de oro, pues casos de la gravedad del que origina la presente demanda carecen de antecedentes, y,

5. Que la Nación tiene el deber, verdadera obligación, de dejar totalmente indemnes, pues, como se sabe, "el constituyente tiene proscrito el daño sin indemnización". . . . . .

". . . . . .

CONSIDERACIONES

1.1. Como puede observarse, la demandante actúa como heredera o causahabiente del fallecido Víctor Manuel Londoño Posada.

1.2. Tal calidad, la de heredera de Londoño Posada, aparece acreditada con el registro civil de nacimiento que obra a folios 2 del expediente.

1.3 De otro lado, es perfectamente válido que la demandante reclame jurisdiccionalmente para la sucesión, pues en tal caso no existe Litis consorcio necesario.

1.4. Así las cosas, puede afirmarse que la actora Posada Londoño, está legitimada para demandar a nombre de la sucesión.

Decimos lo anterior porque la actora no está reclamando como perjudicada directa del hecho, sino como causahabiente. Es decir no reclama los perjuicios sufridos por ella misma, sino los que sufrió el de cujus o causante.

Si ella reclamare los perjuicios sufridos por ella misma, es claro que en la acción pertinente debe invocar su calidad de damnificada con el hecho -la acción directa que llaman algunos- y no la de heredera, pero como hemos visto es esta última calidad la que invoca y la acción escogida es la acción hereditaria.

No encuentra además el Tribunal que una y otra acción se opongan o sean excluyentes, pues unos son los perjuicios sufridos por el perjudicado o damnificado y otros los sufridos por el causante, a más de que el fundamento jurídico de la acción es diferente.

1.5 Cual es el sustento fáctico de la pretensión? el dolor moral, la aflicción y la congoja que vivió Víctor Manuel Londoño Posada por las torturas que le causaron antes de su muerte a manos de efectivos del Ejército, daño que genera un derecho según la demanda, a la indemnización y que a su vez se transmite o se hereda, mejor, por sus herederos o asignatarios.

1.6 Surge entonces el siguiente interrogante: ¿Puede deferirse al heredero el daño moral o pretium doloris del de cujus?

Para el Tribunal tal pregunta debe contestarse de manera afirmativa.

Se ha considerado que el daño moral subjetivo, representa una lesión de un derecho extra patrimonial, que por lo mismo no podría transmitirse a los herederos, a título de sucesión por causa de muerte.

Y se ha dicho además que es un derecho extrapatrimonial porque el mismo

no es susceptible de estimación pecuniaria, característica esencial cuando se habla de bienes o derechos patrimoniales.

No obstante, algunos tratadistas han sostenido que si bien los derechos extrapatrimoniales no son "transferibles", la lesión de un derecho de tal naturaleza, puede originar una acción civil indemnizatoria contra el causante del perjuicio, esta sí susceptible de valoración económica que por consiguiente hace parte del patrimonio y es susceptible de radicarse en cabeza de los causahabientes -véase curso de derecho civil Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva - Tomo II, página 110. Ed. Nascimiento - 1962-.

Surgiría entonces un derecho personal o un crédito contra el causante del daño, que por ende está obligado a indemnizarlo bien sea a título de compensación o como satisfacción o reparación.

Tesis que tiene respaldo en el artículo 2341 del Código Civil, que consagra un principio general en materia de responsabilidad pública o privada en el sentido de que quien causa un daño está obligado a indemnizarlo. Lesión que además, tratándose del daño moral subjetivo, es susceptible de estimación económica como que de tiempo atrás viene reconociéndose por la jurisprudencia indemnización aunque no tenga carácter de reparatoria sino de compensatoria o satisfactoria.

Es que el daño, sea material o moral, tiene que ser indemnizado por quien lo causa.

Obviamente que si es posible su estimación económica, este derecho personal o de crédito hace parte del patrimonio.

Si un bien o derecho es protegido o amparado por la Ley, el derecho debe preveer los mecanismos para reparar o satisfacer su violación, reparación o satisfacción que, por regla general, se traduce en un valor económico que hace parte del patrimonio.

Esto incluso podría llevar a pensar si es válido determinar la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial de una cosa, por su posibilidad de ser estimado pecuniariamente y no por la protección que el orden jurídico le brinde en cuyo caso asignarle un valor económico sería únicamente consecuencia de su protección legal.

¿Si un bien o derecho está consagrado y amparado por el ordenamiento jurídico, no hará parte del patrimonio de la persona?

Recuérdese que el patrimonio es un atributo o una "emanación de la personalidad, una especie de proyección de esta personalidad en el dominio

del derecho", como dice algún autor, y personalidad deriva de la calidad de persona, esto es el sujeto de derechos y obligaciones, dentro de los cuales, se encuentra el derecho a la vida, a la integridad física y moral etc.

1.7 Se podría decir que el dolor, como dolor, no se puede transmitir, esto es que sólo lo siente la persona que lo sufre. Y aunque ello es cierto, no lo es menos que lo que se trasmite no es ese dolor, sino el derecho de reparación por la violación de un bien jurídico tutelado el derecho a la vida, a la integridad, etc., que se viola que como vimos sí es patrimonial y por ende transferible.

Sino, ¿cómo se puede ceder un derecho litigioso, cuya causa petendi sea una semejante a la que analizamos?. En otras palabras, si una persona demanda por el daño moral subjetivo y fallece en el transcurso del proceso, sí puede trasmitir su derecho a sus herederos. Y si fallece sin demandar, ¿no lo puede transmitir?.

1.8 En síntesis si de la violación del derecho nace un derecho personal o un crédito, este se radica en el patrimonio.

1.9 Definido entonces que se trata de un derecho de crédito o personal, patrimonial, por ende susceptible de transferirse a los herederos, resta por definir si efectivamente hubo violación de ese derecho a la integridad, y sí por lo mismo es procedente acceder a las pretensiones.

Ahora bien, de la prueba aportada al proceso se colige:

1.10.1 Durante el mes de septiembre de 1986, la fuerza de tarea antiguerrilla "Halcón", se hallaba operando en el Municipio de Belmira (ant.).

1.10.2 El día 18 de septiembre de ese año, el mencionado contingente del ejército se encontraba acampando en la Hacienda La Sierra, vereda La Salazar, del citado municipio, donde laboraban algunos labriegos entre los que se encontraban el señor Orlando Londoño Londoño.

1.10.3 Este gozaba de perfecta salud y el día de los hechos fue visto por los moradores del lugar trabajando cerca del lugar donde estaba acantonado el personal del ejército.

1.10.4 Posteriormente fue encontrado su cadáver envuelto en una bolsa plástica, dentro de una cueva junto con sus demás compañeros.

De éste hecho se sindicó a los miembros del ejército por ser las únicas personas a quienes se había visto cerca de los campesinos, además de haber

actuado en forma sospechosa luego de su desaparición.

1.10.5 Por estos hechos fueron juzgados en Consejo Verbal de Guerra el Capitán Tomás Ignacio Montoya Roncancio, el Sargento Viceprimero Samuel de Jesús Mejía González y el Sargento Marco Aurelio Mendoza Mena, quienes fueron condenados a diferentes penas de prisión, al haber sido hallados responsables del delito de homicidio agravado.

1.11 Las conclusiones anteriores surgen de la lectura de la prueba trasladada del proceso radicado en este Tribunal con el número 22.631. Aura Ligia Posada y otros contra la Nación-, especialmente de las sentencias condenatorias dictadas contra los citados miembros del ejército nacional, documentos públicos que se presumen auténticos -artículo 252, inciso 2o. del Código de Procedimiento Civil- y que además se ven corroborados por los testimonios rendidos en el proceso penal, que si bien es cierto no fueron contradichos en este proceso, si revisten la calidad de indicios que permiten, por ende, reafirmar la convicción del juzgador sobre la existencia o no del hecho.

Así las cosas, no se desprende de la prueba relacionada que Víctor Manuel Londoño Posada hubiera sido sometido a torturas o vejámenes previos a su muerte por parte de los efectivos del ejército. Antes por el contrario lo que se concluye es que estos procedieron de inmediato a causarle la muerte.

Véase al respecto la diligencia de necropsia - folios 66-, indagatoria del Sargento Mendoza Mena -folios 53 y siguientes-, quien fue el ejecutor de las muertes, y las providencias dictadas en el curso del proceso penal - folios 676 y siguientes y 787 y siguientes, todos ellos de las copias del proceso penal, donde se llega a la convicción de que antes de su muerte Víctor Manuel no fue sometido a torturas, sino que fué ejecutado en forma sumaria, "en condiciones de inferioridad o indefensión o poniéndola en cualquiera de estas circunstancias como la insidia, la asechanza, la alevosía. . . . ".

1.13. Basándose entonces el régimen de responsabilidad del Estado en el concepto de "la falla, sino el daño y la relación de causalidad entre ambos extremos para que pueda prosperar la pretensión, aún en el caso de regímenes de falla presunta, donde si bien puede presumirse la falla, de todas maneras debe probarse que el hecho efectivamente ocurrió.

No se demostró en este caso el hecho: esto es, la ocurrencia de torturas o vejámenes que hubieran dado lugar al derecho de indemnización.

Por lo mismo, no fue demostrado el daño moral sufrido y mucho menos la relación de causalidad.

En mérito de los expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SECCION SEGUNDA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

SEGUNDO: COSTAS A CARGO DE LA ACTORA. (fls. 39 a 49 Cdno. # 1).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 55 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento.

Se negaron las pretensiones de la demanda porque "no se demostró en este caso el hecho: esto es, la ocurrencia de torturas o vejámenes que hubieran dado lugar al derecho de indemnización.

Por lo mismo, no fue demostrado el daño moral sufrido y mucho menos la relación de causalidad". Página 10 de la sentencia que impugnó.

Pero se puede concluir de las providencias dictadas en el curso del proceso penal, del acta de levantamiento del cadáver, necropsia, y demás pruebas arrimadas al expediente que la ejecución no fue sumaria como se afirma en la sentencia, sino que por el contrario fueron retenidos o capturados arbitrariamente y obligados a esperar su ejecución según el turno asignado para él y sus otros cinco compañeros, ya que como se afirma fueron ultimados por sus victimarios por intervalos de diez o quince minutos, lo que obviamente produce una profunda angustia, congoja y tristeza de sabersen retenidos injustamente, bajo sindicación de ser guerrilleros y esperar el turno de su muerte inminente, por demás las múltiples heridas que registran las diligencias de levantamiento del cadáver y necropsia, determinan a las claras que también hubo fuera de las torturas sicológicas, torturas físicas, previas al deceso de VICTOR MANUEL LONDOÑO POSADA.

Si se encuentra entonces demostrado el perjuicio moral que sufrió LONDOÑO POSADA antes de su muerte por la injusta captura, sindicación y torturas físicas y sicológicas, de que fue víctima por parte de los efectivos Militares, razón por la que deberá procederse a condenar a La Nación a pagar, para la sucesión de VICTOR MANUEL LONDOÑO POSADA los

perjuicios morales que se solicitan en la demanda".

III. CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO.

Para dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión para destacar.

"Como puede apreciar el H. Consejero Ponente, la actora presentó dos demandas ante el H. Tribunal Administrativo de Antioquia, que cursaron bajo los procesos Nos. 24445 y 24446, como legítima heredera en su calidad de madre de la sucesión de los señores VICTOR MANUEL LONDOÑO POSADA y ORLANDO ALVEIRO LONDOÑO POSADA, lo cual, fue analizado claramente en el ´termino de contestación de la demanda, al expresarse que el H. Consejo de Estado ha establecido jurisprudencialmente que en las acciones de responsabilidad civil extracontractual, se debe actuar a título de damnificado y nó de heredero, conforme lo planteó la parte actora, por eso, dicha Corporación, mediante auto proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - el 1o. de julio de 1988, Consejero Ponente, Carlos Betancur Jaramillo, expediente No. 5307, actor MARIA OFIR BELTRAN DE SANTAMARIA, manifestó que la acción de responsabilidad extracontractual no requiere que sean herederos de la víctima directa, pues su acción no se deriva de ésta, sino que les pertenece por derecho propio en razón del daño sufrido personalmente y la Ley solo atiende al hecho de haber sido perjudicadas y nó a la naturaleza del vínculo que las liga con ellas.

Así mismo, se expuso en los hechos de la demanda, que las víctimas en el momento de su muerte, vivieron antes de expirar, temor, angustia, profunda aflicción y congoja, lo cual consideran que hubo daño moral y que si no hubieren fallecido, habían podido demandar a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

El anterior planteamiento riñe con la sana lógica, pues la muerte, salvo casos excepcionales conlleva dolor, en el caso que nos ocupa uno y otro estuvieron íntimamente unidos, ligados de manera inseparable, conforme se expresó en el memorial de alegato de conclusión.

Por lo anotado, solicito muy respetuosamente H. Consejero Ponente, que se confirme en todas y cada una de sus partes la sentencia del 9 de marzo del año en curso, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Antioquia". (fls. 60-61 Cdno. 1).

IV. VISTA FISCAL

La Fiscal Séptima de la Corporación, Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE

MAGYAROFF, en su concepto de fondo

OBSERVA

En primer término debe observarse que, tal como se reseñó en otro aparte de este escrito la sentencia de primera instancia fue firmada por los cuatro Magistrados integrantes de la Sala de decisión, pero dos de ellos manifestaron que aclaraban su voto; no obstante, de la lectura de las aclaraciones se deduce que estas constituyen verdaderos salvamentos de voto. La decisión, entonces, no habría sido adoptada conforme lo establece el art. 102 del Decreto 01 de 1984, aplicable en lo pertinente a los Tribunales Administrativos según lo previsto por el Art. 120 del mismo estatuto.

En tales circunstancias no habría competencia para conocer la Apelación.

No obstante lo anterior, si se considerara que la Sentencia de primera instancia cumple con los requisitos para tenerla como tal por considerar que prima la expresión formal sobre el contenido de las denominadas aclaraciones y que, por lo mismo, existe competencia para conocer de la apelación, procede la Fiscalía a efectuar el estudio correspondiente.

Como planteamiento general, la Fiscalía considera que es viable solicitar la declaratoria de responsabilidad por los daños morales sufridos, por una persona antes de morir, porque la indemnización de los mismos tiene una expresión económica y los derechos litigiosos son susceptibles de transmitirse entre otras, por sucesión.

Es posible por lo tanto que quien representa a la sucesión pueda demandar, demostrando su calidad y la existencia de la sucesión que representa.

En el caso en estudio quien demanda lo hace en calidad de heredero en representación de la sucesión, pero no prueba ni la existencia de la sucesión ni su reconocimiento como heredero.

En efecto, los documentos que aparecen a folios 2 a 5 del cuaderno principal, acompañados a la demanda (sin entrar a un análisis detallado de los mismos, por no ser del caso), sirven para demostrar el nacimiento y la defunción de la víctima y el parentesco de quien demanda: pero no demuestran la existencia de la sucesión ni la representación de la misma por parte de quien demanda.

En tales condiciones para la fiscalía no aparece cumplido el presupuesto establecido en el Art. 139 del Decreto 01 de 1984 y, por lo mismo el fallo deberá ser inhibitorio.

Si no obstante lo anterior, se considera que es procedente analizar el fondo

del negocio para la fiscalía las peticiones deben recibir despacho desfavorable porque no aparecen demostrados los hechos en los cuales se fundamentan.

En efecto, los elementos de la responsabilidad de la Nación por la falla del servicio son el hecho de la Administración, el daño producido y la relación de causalidad entre ellos.

En el presente caso aparece plenamente demostrada la muerte del señor Víctor Manuel Londoño Posada ocasionada por miembros de las Fuerzas Armadas, pero lo que no aparece probado es que la muerte se hubiera producido como consecuencia de las torturas, pues todas las pruebas demuestran la muerte violenta en forma inmediata.

Así las cosas, la Fiscalía considera que no se demostraron los hechos que en el presente proceso se alegan para configurar la responsabilidad de la Nación, y que no son otros que la sobrevivencia a las torturas que se alega se produjeron y que a la postre sería según la demanda las causantes de la muerte de la víctima.

En este orden de ideas las peticiones de la demanda deben ser denegadas.

CONCLUSION

En atención a lo expuesto la Fiscalía considera que el fallo debe ser inhibitorio o, en subsidio, debe ser denegatorio de las peticiones incoadas". (fls. 66-69 Cdno. 1).

V CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) El fallo proferido por el **a-quo** será confirmad, pero por razones muy distintas de las que expone el sentenciador de instancia para darle fuerza de convicción a su proveído.

En el **sub-lite** no hay espacio para la duda que impida concluír que la demandante, señor AURA LIGIA POSADA LONDOÑO, pide que se le pague a la SUCESION del señor VICTOR MANUEL LONDOÑO POSADA, representada por ella, en su calidad de madre de la víctima, los daños morales causados a éste último, por el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria del fallo de mil gramos de oro fino. Esta perspectiva se desprende claramente de la lectura de los hechos tercero y cuarto de la **causa petendi** en los cuales, y en lo pertinente, se discurre dentro del siguiente temperamento:

".... por la crueldad y barbarie del hecho, del trato cruel e inhumano a que fue sometido y que finalmente condujeron a su muerte, el señor LONDOÑO

POSADA vivió antes de expirar temor, angustia, profunda aflicción y congoja, **daño moral que, de no haber fallecido, hubiera podido demandar que le indemnizara la NACION.** (Ministerio de Defensa Nacional).

"Pero como falleció, dejando ese derecho, el mismo se transmitió, desde el momento de su muerte, a su sucesión, representada por su señora madre que le sobrevive que ahora demanda de la NACION (Ministerio de Defensa Nacional) que le pague la indemnización que desde el momento de la contravención se causó y se debe en favor de su finado hijo, representado como se dijo, por su más alto valor permitido, el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos oro. . . . .".

B) Dentro del marco anterior, el **ad-quem**, no encuentra que los considerandos del fallo se ajusten a la lógica de los razonable, pues dando por probado que el cadáver de la víctima fue encontrado en una bolsa plástica, dentro de una cueva, junto con los de otros compañeros, habiéndose sindicado de los hechos al Capitán Tomás Ignacio Montoya Roncancio, al Sargento Viceprimero Samuel de Jesús Mejía González y al Sargento Marco Aurelio Mendoza Mena, quienes fueron condenados a diferentes penas de prisión, al haber sido hallados responsables del delito de homicidio agravado, termina concluyendo que no se demostró la "falla del servicio" porque no se acreditó "**. . . . .la ocurrencia de torturas o vejámenes que hubieren dado lugar al derecho de indemnización. . . .** "(Subrayas de la Sala). Olvidaron los magistrados que discurrieron dentro de ese universo que la vida, como el primero de los bienes de la personalidad, goza de la protección del Derecho. Por ello deben ser severamente castigados los semejantes que atenten contra ella, ora a través de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes, ora a través de la pena de muerte, no aceptada en nuestra carta fundamental en ningún caso. No se puede patrocinar, pues, la tesis de que no hubo falla del servicio porque no se demostraron las "TORTURAS" o "VEJAMENES", pues habiéndose acreditado lo más no interesa la prueba de lo menos. Cuanto atenta contra la vida (homicidios, genocidios), cuanto atenta contra la integridad de la persona, (mutilaciones, torturas morales o físicas), cuanto ofende a la dignidad humana, como las detenciones arbitrarias, las deportaciones, la esclavitud, son prácticas infamantes que degradan a la civilización y deshonran más a sus autores que a las víctimas mismas y, por lo mismo, dan pie para que se sancione a los responsables y se condene al pago de los perjuicios causados. En esta materia no se puede olvidar la célebre sentencia de Tomás y Valiente quien al terminar una conferencia sobre la tortura judicial en la Universidad de Salamanca en 1971, recordaba:

"Como decían los personajes de la Antígona Griega, y de la Antígona de Bertolt Brech, no hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre".

Para el **adquem** es claro que en el caso en comento se dio falla del servicio.

Si no se despachan favorablemente las pretensiones de la parte actora, ello se debe a una especial valoración jurídica de las circunstancias legales y particulares del caso, como se precisará en el aparte siguiente.

C) El **ad-quem** tampoco hace suya la perspectiva jurídica que manejó el **a-quo** y que lo llevó a concluir que el derecho a la reparación del daño moral subjetivo sufrido por la víctima se transmite, en caso de muerte, a sus herederos, por tratarse de un derecho personal o crédito, tesis defendida entre nosotros por el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, en su obra De la Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial Temis, pag. 420, y en la doctrina chilena por el Dr. Arturo Alessandri Rodríguez (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Tomo II, pág. 470).

En casos como el presente, cuando la víctima no alcanzó a demandar la reparación del daño causado, es de recibo la tesis patrocinada por la H. Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reiterada, y que el Dr. Alvaro Pérez Vives recuerda en su obra, al enseñar:

> "Por el momento nos limitaremos a destacar que el problema que dejamos enunciado es apenas la consecuencia de un hecho fundamental: que la pérdida de la vida humana no es fuente de ganancias; por lo tanto, **"el accidente que causa la muerte de una persona y que da lugar a la indemnización de perjuicios, no puede considerarse como un bien patrimonial del muerto, por cuanto la muerte no tiene eficacia para acrecentar el patrimonio del fallecido".**
>
> "En otros términos: **la muerte inmediata** no produce perjuicios al fallecido que puedan transmitirse herencialmente. El accidente, al cortar de manera imprevista la vida de la víctima, le ocasionó a ésta el máximo perjuicio: privado del ejercicio de uno de los derechos fundamentales del hombre: la vida; truncar todas sus actividades productivas. Pero ya nada de esto tiene valor en relación con el muerto, precisamente porque ha fallecido, y a un cadáver no se le pueden causar perjuicios. **De allí que sea unánimemente aceptado que no son los perjuicios causados al muerto los que se puedan reclamar, trátese de acción contractual o extracontractual.** "La vida humana por las especiales relaciones que existan entre la víctima y el que acciona con fundamento en el accidente - por ejemplo, relaciones de parentesco- puede llegar a ser causa de reparación si, v. gr., se presentaren tales relaciones como fuente de ingresos para los perjudicados con la muerte o como fuente probable de mayores beneficios patrimoniales legítimos".
>
> "La finalidad de la acción de reparación no es indemnizar el perjuicio causado al muerto con su fallecimiento, sin restablecer el equilibrio perturbado por el hecho culposo, sustituyendo o reemplazando la prestación que

venía haciéndose por la víctima directa del accidente, en beneficio de sus allegados. La ley actúa en cuanto al resarcimiento del daño, imponiendo una reparación que corresponda al bien de que se priva a los lesionados. "La indemnización se dirige a obtener para aquellos las mismas condiciones en que se hallarían si no hubiere ocurrido el hecho ilícito".

"Es, pues, el perjuicio causado a las personas que recibían ayuda o beneficio económico del que ha muerto, o que con su deceso hayan sufrido cualquier perjuicio (por ejemplo, los gastos del entierro, la pérdida del dinero invertido por los padres en los estudios universitarios, ya concluídos, del muerto), el que puede ser causa de indemnización.

"Esta misma idea ha sido expresada en otras palabras por la Corte: "Para los efectos indemnizatorios por perjuicio material no es propiamente la duración de la vida lo que vale, sino su capacidad productiva en relación con el apoyo cierto y concreto que dejó de tener el demandante al extinguirse esa vida dentro de las peculiaridades propias de cada caso" (Teoría General de las Obligaciones, Volúmen II, Parte Primera, Editorial Temis, 1968, pags. 266 y ss. ss.). (Subrayas de la Sala).

En la materia que se viene analizando tampoco puede perderse de vista, como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, que la filosofía que informa la reparación del daño moral no es otra que la de proporcionarle a la víctima SATISFACCIONES EQUIVALENTES a lo que ha perdido, es decir, que el resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel SATISFACTORIO que, fallecida la víctima, en forma inmediata, ya no puede darse. Esta verdad jurídica explica bien que, en el caso en comento, las pretensiones indemnizatorias no estén llamadas a prosperar (Ver Sentencia C. Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Septiembre 27 de 1974, Magistrado Ponente, Dr. Germán Giraldo Zuluaga. Jurisprudencia y Doctrina Tomo III No. 34. Octubre de 1974, pág. 623).

Muy cercana a ésta perspectiva jurídica discurre el Dr. Alvaro Pérez Vives, en la obra ya citada, página 320, cuando enseña:

"234.c) **Transmisibilidad de la acción a los acreedores y cesionarios.** La regla general es la de que todos los derechos y acciones son cesibles. Dejan de serlo, por excepción, desde que una ley lo prohibe o cuando por su naturaleza son intransferibles. Por ejemplo, por querer de la ley no puede cederse por acto entre vivos el derecho que nace del pacto de retroventa; por naturaleza son intransmisibles los derechos personales personalísimos, como los que nacen de la calidad de padre, hijo o cónyuge, el derecho a obtener alimentos, etc.

"Aplicando los anteriores principios, nuestra corte ha decidido que la acción

de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) es, en principio, cesible. Pero cabe hacer aquí una limitación indispensable: **sólo la acción de indemnización por el perjuicio material es susceptible de cederse;** sólo ella puede ser ejercida por los acreedores del damnificado o por los herederos, en su caso. La acción por perjuicios morales, subjetivos u objetivos, es personalísima e intransferible; nunca puede pasar a otra persona que aquel que los ha sufrido, precisamente porque sólo este es capaz de recibirlos. Sobra agregar que nadie puede transferir a otro su propio dolor o el efecto que causa este dolor.

"La reparación por daño moral goza de la misma naturaleza de aquellos otros derechos que son incesibles en razón de tal naturaleza. Entre ellos, los que nacen de la calidad de padre, hijo o esposo. Sería imposible que un padre cediera su calidad de tal; o que otra persona se subrogara en el estado de hijo o de cónyuge. De igual manera, son incesibles los derechos de uso y de habitación, el derecho a pedir alimentos y demás a que anteriormente nos hemos referido.

"Si la reparación por perjuicios morales tiene como fundamento el dolor que una persona recibe por causa de la muerte de otra, no cabe ni es admisible ceder ese dolor, transferir a otro el derecho a pedir o recibir la indemnización. El sufrimiento moral humano, que en este evento se presenta como imponderable, no es susceptible de desplazarse hacia persona distinta del que lo sufre, y, por tanto, sólo a éste es lícito pedir su reparación. Es inmoral e inaceptable que se negocie con el dolor humano.

"Y en cuanto a los perjuicios objetivables, salta a la vista que si ellos son la consecuencia de un traumatismo psíquico, mal puede reclamarlos persona distinta de quien ha sido su víctima. En el cesionario no se dan los presupuestos psicológicos que habrán de producir en el futuro la merma patrimonial. Sólo el daño ya producido, que en este caso se incorpora al patrimonio de la víctima y cobra un contenido material, podría ser objeto de una transmisión.

"Pero el crédito que surge de los perjuicios morales, judicial o extrajudicialmente reconocidos, sí es cesible, como otro crédito cualquiera". (Subrayas de la sala).

D) La Sala no patrocina los puntos de vista de alcance jurídico expuestos por la Fiscalía, en su concepto de fondo, pues considera que en el sub-lite la existencia de la sentencia no permite el manejo de espacios para la duda ya que los magistrados Dres. F. Mario Vélez Atehortúa y Joaquín J. Jarava del Castillo, al estampar sus firmas en la providencia, expresamente manifestaron que aclaraban su voto, nó que la suscribían con salvedades. En el manejo de circunstancias como la anotada, no parece conveniente darle a éstas más

universo que el que en puridad de verdad tienen, pues de lo contrario se sacrifica la oportuna administración de justicia.

Tampoco es de recibo la tesis de que en el **sub-lite** la demandante no acreditó ni la existencia de la sucesión ni su reconocimiento como heredera. Para descartar la primera posibilidad basta recordar que el folio 3 del Cuaderno No. 1 obra el certificado de defunción del señor VICTOR MANUEL LONDOÑO POSADA, con lo cual se demuestra que la sucesión se abrió en el momento de la muerte de éste (Art. 1012 C. Civil) y que la DELACION de la herencia se hizo en ese mismo instante (Art. 1013 C. Civil). Por lo demás, dentro del informativo obran el certificado de nacimiento del occiso, y la partida de matrimonio de sus padres, documentos con los cuales es fácil inferir la vocación hereditaria de la madre demandante, que, por lo demás, no ha sido cuestionada dentro del proceso. En esta materia la Sala hace suya la pauta jurisprudencial fijada por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de febrero de 1989, Magistrado Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta. Extractos de Jurisprudencia. Primer Trimestre de 1989, pags. 24 y ss. ss., en la cual se lee:

> "Tiene sentado esta Corporación la diferencia y exigencia probatoria del estado civil y de la calidad de heredero.
>
> Sobre el particular es abundante la jurisprudencia que hace tal distinción permitiendo la prueba de la calidad de heredero con la copia auténtica del auto de reconocimiento hereditario (G. J. Tomo XCVII, pág. 224) mientras no se pruebe lo contrario, así como la sentencia proferida en el proceso de sucesión (ibídem), "en juicio diferente del sucesorio o en que la litis no verse precisamente sobre el estado civil que acreditan aquellas partidas" (G. J. Tomos LXXI, pags. 102 y 104, LXXVIII, pág. 69), puesto que el auto admisorio mencionado "tiene el valor de documento auténtico, según lo dispuesto por el Artículo 632 del Código Judicial y su copia es idónea para demostrar la calidad de herederos" (G. J. Tomo CXVIII, págs. 149 y ss.). De allí que en desarrollo de esa distinción se halla admitido que basta para acreditar su posición de heredero, aportar la copia del auto en que se le conoció como tal dentro del respectivo proceso de sucesión cuando aquella prueba se exige en litigios distintos de este último, como ocurre con la prueba del heredero demandado en el proceso de filiación natural, donde la Corte, con base en el citado criterio admitió la mencionada prueba, concluyendo que el demandado lo era "no ser hijo natural del presunto padre, sino por tener la calidad de heredero de éste, que es la que verdaderamente lo legitima para ser la parte demanda"; todo lo cual se entiende sin perjuicio de que también pueda demostrar esa calidad hereditaria con las pruebas del estado civil cuando no hay repudiación (Sentencia del 22 de marzo de 1969).
>
> "Las razones expuestas también encuentran fundamento en el C. de P. C.,

vigente porque las copias de autos expedidos por el juez competente de la sucesión (Art. 116 C. de P. C.) o por el notario donde ya se encuentra protocolizado el proceso (Art. 254, num. 1 del C. de P. C.) son documentos públicos y auténticos (254, num. 1 y 252 C. de P. C.), con el alcance probatorio de su contenido (Arts. 258 y 264 ibidem) de la calidad de heredero, que debió fundarse en la prueba de la capacidad sucesoral con la demostración de la existencia personal; la dignidad, por presunción legal; y la vocación hereditaria intestada o testamentaria, con la prueba idónea del estado civil o del testamento correspondiente. Luego, tales documentos siguen siendo idóneos para demostrar la calidad de heredero y, si fuere el caso, de cónyuge con interés social o hereditario, que han sido demandados en el proceso de filiación extramatrimonial, puesto que el Art. 10 de la Ley 75 de 1968 consagra la exigencia de esta calidad para la legitimación pasiva, adoptando así legislativamente, lo que, sobre la materia, había reiterado la jurisprudencia, tal como quedara expuesto.

"Además, este tipo de prueba se halla admitido en nuestro estatuto procesal, específica y expresamente para los procesos de ejecución contra herederos (Art. 81, inc. 2o. C. de P. C.); y específica e implícitamente para los demás procesos contra herederos determinados, mediante copias del auto de reconocimiento y su ejecutoria, obtenidas directamente por los interesados (Art. 81, inciso 1o. ibídem) o por orden judicial en caso contrario (Arts. 77, num. 5o. y 78 num. 1o. ibídem).

"Pero lo anterior no se opone a que la prueba de la calidad de heredero también se haga directamente a través de la demostración de su capacidad sucesoral, con la acreditación de la existencia de la persona; su dignidad sucesoral, con la acreditación de la existencia de la persona; su dignidad sucesoral, que se presume (Arts. 1018 C. C. y 177 C. de P. C.), y su vocación sucesoral, con la prueba del estado civil o del testamento en que se funda. (Subrayas de la Sala).

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 nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa (1990), dentro del proceso del rubro, pero por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

SEGUNDO. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al

tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila, Policarpo Castillo Dávila.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

MONOPOLIO DE LICORES / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -Procedencia

Cuando se crea un monopolio por ley, como árbitro rentístico, surge para la persona afectada o sea para la que quedó privada del ejercicio de una industria lícita, el derecho a ser indemnizada. En el caso sub judice se dan ciertas circunstancias que muestran que el actor no tenía derecho a reclamar indemnización alguna. Aunque el contrato habla de la Ley 14 de 1.983, que estableció el monopolio de producción, distribución y venta a favor de los departamentos, ya en ese momento no se podía ignorar la vigencia del Decreto-Ley 469 de 1.986 que le dio el mismo monopolio a las intendencias y comisarías; y por esa razón el contrato mencionado no podía, so pena de ser nulo, hacer inoperante las normas que regularon este último monopolio. Si lo pretendido por el demandante era la indemnización de los perjuicios causados por la constitución del monopolio, debió demandar en acción de restablecimiento el acto administrativo en que se ordenó la indemnización por la prohibición en la distribución de licores.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. veintiseis (26) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6183.- Indemnizaciones.- Actor: JAIME OSORIO RIOS.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 6 de abril de 1.990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Nariño se declaró inhibido para decidir por las razones

expuestas en la motivación.

En la demanda presentada el 24 de julio de 1.989 se formularon las siguientes pretensiones:

"1a.- La Intendencia Nacional del Putumayo es responsable de todos los perjuicios tanto materiales como morales, causados en la persona del señor JAIME OSORIO RIOS, por haberle prohibido la introducción, distribución y comercialización de licores; actividades que mi tutelado judicial venía cumpliendo en desarrollo del contrato No. 1422 de junio 17 de 1.986, celebrado con la Industria de Licores de Caldas y la autorización que hiciera el señor Intendente Nacional del Putumayo a través de la resolución 1920 de agosto 26 de 1.986.

"2a.- Condénase a la Intendencia Nacional del Putumayo, a pagar en favor del señor JAIME OSORIO RIOS la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($350.000.000.oo) Mda. cte por concepto de indemnización de perjuicios materiales, causados por haberle prohibido la introducción, distribución y comercialización de licores en la Intendencia Nacional del Putumayo, o la suma que se liquide en el proceso a través de incidente.

"3a.- Condénase a la Intendencia Nacional del Putumayo, a pagar el equivalente en moneda nacional a un mil gramos oro, por perjuicios morales causados a mi representado.

"4a.- Ordénase a la Intendencia Nacional del Putumayo, que las sumas liquidadas a pagar deben reajustarse teniendo en cuenta el índice de precios del consumidor y la devaluación monetaria, así como también el pago de los intereses comerciales y moratorios que tales sumas devenguen por no haberse reconocido y pagado oportunamente."

Como hechos se narraron en la aludida demanda, en síntesis:

a) Que entre la Industria Licorera de Caldas y el señor Jaime Osorio se elebró un contrato de distribución de licores para la Intendencia Nacional del 'utumayo el 17 de junio de 1986, con vencimiento el 17 de junio de 1.990.

b) Que mediante resolución #1920 de agosto 26 de 1.986 el señor Osorio ecibió autorización del Intendente para la distribución correspondiente.

c) Que el señor Osorio cumplió a cabalidad sus obligaciones, tanto con la icorera de Caldas como con la Intendencia y fué declarado campeón nacional en enta de Ron Viejo.

d) Que el Consejo Intendencial reglamentó el monopolio de licores en su

jurisdicción, mediante el acuerdo 005 de enero de 1.988, prohibiendo la intervención de particulares en esas actividades.

e) Que mediante resolución 0021 de abril 18 de 1.988 el intendente prohibió la introducción de licores del exterior y de otros entes territoriales del interior del país.

f) Que en ninguno de esos actos administrativos se ordenó la indemnización de perjuicios que consagra la Constitución en su artículo 31 y en el 20 del Decreto 469 de 1.986.

g) Que el señor Osorio para ejecutar su contrato tuvo que conseguir bodegas y oficinas en la Intendencia, contratar personal y hacer propaganda. En ese orden organizó establecimientos para la distribución en Puerto Asís, Orito, La Ormiga, San Miguel y Leguízamo.

h) Que la actividad comercial del señor Osorio se encuentra registrada en la Cámara de Comercio del Putumayo con la razón "Distribución de Licores Jaime Osorio."

i) Que como consecuencia de esas determinaciones sufrieron perjuicio, además del demandante y los trabajadores que tuvo que liquidar, el Fondo Rotatorio de Licores (hoy Industria Licorera del Putumayo) y el Servicio Seccional de Salud.

La cuantía de la demanda se estimó en $350.000.000.oo y se hizo la discriminación de los distintos rubros que conforman la indemnización de perjuicios.

El Tribunal a-quo luego del trámite de rigor, decidió la instancia en la forma notada. Para el efecto se transcriben apartes del fallo recurrido, que muestran claramente la posición del Tribunal, en el sentido de que debió demandarse expresamente la resolución 0021 de 18 de abril de 1.988 (a folios 96 y 97 del cuaderno principal).

Así sostuvo:

"De los textos de la resolución y diligencia de notificación se infiere, que la acción que debió instaurar el demandante era el restablecimiento del derecho, como consecuencia de la nulidad de la Resolución que le prohibió la introducción de licores a la Intendencia del Putumayo. Sobre este aspecto el Tribunal mediante auto de 14 de marzo del año en curso , dijo:

"A juicio de la Sala, parece que el apoderado del actor, confunde el acto con el hecho administrativo, al pretender demandar la reparación del daño a través de la acción de REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO POR

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Sabido es que el acto es producto de la voluntad, como claramente los definía el artículo 83 del C.C.A. modificado por el artículo 13 del decreto 2304 de 1.989, que suprimió las definiciones dejando en forma más técnica su apreciación y concepto a la doctrina, la cual no ha variado sino cimentando aún más que el acto es la manifestación de voluntad de la administración con el fin de producir un efecto jurídico y el hecho administrativo como el acontecimiento capaz de producir un efecto jurídico en cuya realización no influye de modo directo la voluntad de la administración. Antes de la reforma del C. C. Administrativo, operada por el Decreto 2304 de 1.989, la acción de reparación directa y cumplimiento tenía origen en la comisión de un hecho o UN ACTO ADMINISTRATIVO PARA CUYA PRUEBA HAYA GRAVE DIFICULTAD, situación en la cual no se encontraba el demandante. El Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, en su tratado de Derecho Procesal Administrativo, explicaba así esta acción: "ACCIONES DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO.

Consideraciones generales. En estas acciones el resarcimiento se pide directamente al juez, bien que la causa de la lesión sea un hecho o un acto administrativo cuya prueba haya grave divicultad (sic). Aunque el primer extremo se entiende sin dificultad alguna, ya que se trata de hechos tomados en su aceptación genérica, comprensivos no sólo de los actos materiales de ejecución, sino de las abstenciones u omisiones, el segundo (acto administrativo de difícil prueba) requiere una interpretación restrictiva y sólo para aquellos casos en que sea prácticamente imposible detectar cuál es el acto administrativo, cuando y quién lo expidió, porque puede servir de pretexto para utilizar esta vía directa en lugar de la típica de restablecimiento, por ser aquélla más favorable en cuanto al plazo de caducidad. Podría darse el caso con los actos verbales, perdidos dentro de la maraña administrativa y sobre los cuales los distintos funcionarios, bien de un mismo nivel o dentro de la escala jerárquica, niegan haberlos proferido. Y busca la ley proteger al administrado contra las posibles maniobras secretas de la administración, al facilitarle, en casos como el aquí estudiado, la acción reparadora directa. De manera que ese obstáculo probatorio hay que entenderlo en el sentido de que esa dificultad emane de la misma administración, que ésta la haya propiciado, por no permitir que su decisión sea claramente identificada. Se atiende así más el resultado dañoso que se quiere resarcir que a su causa. De lo contrario, se favorecía la actividad secreta, difusa e incontrolada de la administración, ya que el administrado podría verse ante la perspectiva de no poder accionar por no saber cuál es el acto, quién y cuándo fue expedido. En estos eventos, el acto de difícil recibe el tratamiento de hecho para facilitar la reparación del daño.""

"Que el demandante debió instaurar el restablecimiento del derecho mediante el instauramiento de la acción de nulidad que en lo pertinente se

transcribe, se deduce del artículo 31 de la Constitución Nacional, en concordancia, con el artículo 20 del Decreto 469 de 11 de febrero de 1.986, como quiera que, el Acuerdo Nro. 5 de 29 de enero de 1.988, no podía aplicarse sin antes no haber sido indemnizado el actor."

Descontenta la parte actora con la decisión, interpuso el recurso de apelación. Cumplido el trámite de la segunda instancia, para la Sala a decidir. Para ello, se considera:

La señora fiscal séptima estima en su vista de fondo de febrero 5 de 1.991 (002-91) que la sentencia merece ser confirmada, aunque por razones diferentes. De esa opinión se destaca:

"Del análisis de los documentos que obran en el informativo, el Despacho deduce que la sentencia de primera instancia debe confirmarse en lo que hace al pronunciamiento inhibitorio pero por razones diferentes a las expuestas por el a-quo.

"En efecto, a folios 26 a 29 aparece una solicitud presentada por el señor Jaime Osorio, mediante apoderado, ante el señor Intendente Nacional del Putumayo con constancia de haber sido recibida el 13 de marzo de 1.989, por la cual el hoy demandante pedía la indemnización a la que consideraba tenía derecho por razón de la implantación del monopolio en la introducción y venta de licores por parte de la administración intendencial.

"Observa la fiscalía que al estar presentada la petición en mención la vía para ocurrir a la jurisdicción no podía ser otra que la acción de nulidad con restablecimiento del derecho por las siguientes razones:

"Una petición hecha ante la administración, genera para ésta, entre otras, la obligación de decidirla en el término fijado por la Ley, vencido dicho término la misma ley presume una decisión negativa cuyos efectos no son los de liberar a la administración de resolver la solicitud salvo que se recurra contra el acto presunto (Art. 40 del Decreto 01 de 1.984).

"Ahora bien, la Ley establece, también un término para resolver los recursos interpuestos, en tal forma que si se vence el término sin que se produzca un fallo por parte de la autoridad competente, la ley presume una decisión negativa que no le resta competencia a la administración para decidir salvo que se ocurra ante la jurisdicción contra el acto presunto (Art. 60 del Decreto 01 de 1.984).

"Cabe anotar que si no proceden recursos contra la negativa presunta la administración en relación con la petición inicial, se puede ocurrir directamente ante la jurisdicción.

"En este orden de ideas, cuando hay un acto administrativo, sea real o presunto, que va en contra de los intereses del administrado, la vía para acudir a la jurisdicción será siempre la de nulidad con restablecimiento del derecho en vigencia del Decreto 01 de 1.984 que es el caso en estudio, con el fin de que se anule el acto y, como consecuencia, se restablezca el derecho conculcado.

"La acción de reparación directa y cumplimiento no puede ser incoada en el presente caso porque la solicitud de indemnización sería estudiada en forma simultánea por la administración, que no pierde la competencia para decidir, como ya se vió, y por la jurisdicción a través de una acción incoada con inobservancia de lo dispuesto por el Art. 135 del Decreto 01 de 1.984."

Por su lado, el señor apoderado de la parte actora insiste en la procedencia de la acción incoada, entre otras razones, porque los actos expedidos por la Intendencia están ajustados a la ley; porque la administración al establecer el monopolio omitió cumplir el mandato legal de indemnizar los perjuicios a las personas afectadas con él; y porque la responsabilidad del Estado no surge sólo de la falla del servicio, sino que puede provenir del acto legal o sin culpa.

Para la Sala la sentencia del Tribunal deberá ser confirmada, fundamentalmente por las razones expuestas por el Tribunal aunque cabe reconocer también que el enfoque del Ministerio Público no estaría desacertado teóricamente como se explicará luego.

Efectivamente, el a-quo basó su inhibición en el hecho de haberse instaurado una acción de reparación directa en lugar de una de restablecimiento. Estima que el perjuicio no lo causó un hecho de la administración sino un acto administrativo y que, por tal motivo, no quedaba a su arbitrio la elección de una u otra sección.

Muestra el expediente y así lo narra la demanda, que el señor Jaime Osorio tenía la distribución de los licores de la Industria Licorera de Caldas en la Intendencia Nacional del Putumayo y que para tal efecto no sólo suscribió el contrato de distribución de tales licores con aquélla el día 17 de junio de 1.986 y con vigencia hasta el día 17 de junio de 1.990, sino que el aludido señor obtuvo la autorización de la Intendencia para hacer dicha distribución; autorización que se concedió inicialmente mediante la resolución #867 de mayo 29 de 1.986; prorrogado luego por la #1920 de 26 de agosto del mismo año, en la que se dispuso en su artículo 1o.:

"El gobierno intendencial acepta en todas sus partes del (sic) contrato #1422 celebrado entre la Industria Licorera de Caldas y el señor Jaime Osorio Ríos, fechado en junio 17 de 1.986, en consecuencia se modifica la resolución #867 de mayo 29 de 1.986 prorrogando la licencia del señor

Jaime Osorio Ríos, para introducir, distribuír y comercializar licores de Caldas y extranjeros dentro del territorio de la Intendencia Nacional del Putumayo hasta el 17 de junio de 1.990 previo el pago de los impuestos de consumo fijados por ley 14 de 1.983 y el cumplimiento de los demás requisitos que establece el acuerdo intendencial #0012 del mismo año."

También permite afirmar el expediente que el Intendente del Putumayo mediante acto administrativo de 18 de abril de 1.988 (resolución 0021/88), basado fundamentalmente en el Decreto Nacional 469 de 1.986, en el acuerdo #005 de enero 29 de aquél año y en el incumplimiento de lo acordado en la cláusula décima cuarta del contrato suscrito entre el señor Osorio y la Licorera de Caldas (aceptado como se dijo, por la Intendencia), prohibió la introducción de licores provenientes del exterior y de otras regiones del interior del país por personas naturales o jurídicas diferentes al Fondo de Licores del Putumayo.

Esta resolución de aparente sentido general, es de alcance particular para el señor Jaime Osorio Ríos. Se hace esta afirmación no sólo porque su considerando i) se refiere específicamente a su incumplimiento de lo convenido en la cláusula décima cuarta del contrato que celebró con la Licorera de Caldas y que aceptó la Intendencia, sino también porque esa resolución 0021 le fué notificada personalmente al mismo señor Jaime Osorio Ríos (a folios 98 del cuaderno principal) con la advertencia del recurso de reposición procedente y de que así se daba por terminada la actuación administrativa. Recuérdese que el acto fuera de carácter general no habría sido susceptible de recurso alguno.

Aquí se pregunta la Sala:

Debió el actor demandar el mencionado acto? Fue éste la causa del perjuicio alegado por el demandante?

Para la Sala, y en esto comparte la opinión del Tribunal, las respuestas son afirmativas, dada la forma como fue motivado el acto. En este se habla concretamente de que el señor Osorio le incumplió a la Intendencia al vender productos de otras licoreras distintas a la de Caldas. Si además agrega o expresa la razón del monopolio creado a favor de la Intendencia, no se varía el enfoque. Ese incumplimiento, declarado en un acto administrativo como razón justificativa de la medida, le imponía a la afectada con esa decisión la carga de la impugnación de ésta, so pena de no poder obtener el resarcimiento pretendido.

En otros términos, al resultar lesionado el actor por el acto administrativo el restablecimiento pretendido no lo podía lograr sino mediante la acción de nulidad y restablecimiento contemplada en el artículo 85 del C.C.A. (Decreto 2304 de 1.989).

En esto coincide la Sala con el Tribunal.

La Sala aprovecha la ocasión para hacer algunas precisiones en torno al asunto planteado.

Cuando se crea un monopolio por ley, como arbitrio rentístico, (artículo 31 de la Constitución) surge para la persona afectada o sea para la que quedó privada del ejercicio de una industria lícita, el derecho a ser indemnizada. Esta es la regla general.

Frente al caso subjudice se dan ciertas circunstancias que muestran cómo el señor Osorio Ríos no tenía derecho a reclamar indemnización alguna, por la realidad jurídica vigente en la época en que celebró el contrato de distribución de los licores con la Licorera de Caldas. Para afirmar esto se observa:

El Decreto Ley 469 de 1.986, que empezó a regir el 13 de febrero de ese año (Diario Oficial #37346) creó en su artículo 20 el monopolio de "la producción, introducción y venta de licores destilados" como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política y orden la regulación de dicho monopolio o la gravación de las industrias, según caso; autorizando a los respectivos intendentes o comisarios para celebrar los contratos a que hubiere lugar.

Estando ya en vigencia dicho Decreto, la Industria Licorera de Caldas celebró con el señor Osorio Ríos el contrato #1422 de 17 de junio de 1.986 para la distribución de licores de Caldas en el Putumayo con un plazo de cuatro años y con vencimiento el 17 de junio de 1.990.

Luego la Intendencia dictó el acuerdo #006 de 14 de agosto de ese año en el que permitió la introducción de licores a personas jurídicas que cumplieran las exigencias del acuerdo intendencial 12 de 1.983 y el pago de impuestos.

El señor Osorio, prevalido de ese contrato, obtuvo la autorización de la Intendencia, la que no sólo dijo aceptar ese contrato sino que prorrogó la autorización de mismo para la distribución de los licores hasta la fecha de vencimiento del mismo.

Aquí observa la Sala que aunque el acto administrativo (resolución 1920 de 1.986, agosto 26) haya aceptado el contrato 1422 y proyectado la aludida prórroga hasta junio de 1.990, ésta estaba en todo condicionada a lo pactado en el contrato, el cual en su cláusula penúltima (trigésima tercera) dispone que la duración de éste (los cuatro años inicialmente convenidos) quedaba condicionada a la puesta en marcha del monopolio de producción, distribución y venta de licores, creado a favor de las entidades territoriales.

Aunque el contrato 1422 de 17 de junio de 1.986 en esa cláusula habla de la ley 14 de 1.983, que estableció el monopolio de producción, distribución y venta

a favor de los Departamentos, ya en ese momento no se podía ignorar la vigencia del Decreto Ley 469 de aquel año que le dio el mismo monopolio a las intendencias y comisarías; y por esa razón el contrato mencionado no podía, so pena de ser nulo, hacer inoperantes las normas que regularon este último monopolio.

En la Intendencia del Putumayo, tal como lo muestra el acervo probatorio, esa regulación se hizo mediante los acuerdos #s. 01 de 1.987 (agosto 6) y 005 de enero de 1.988; y no puede aceptarse que esa regulación esté contenida en el acuerdo 006 de 14 de agosto de 1.986, porque éste no contiene desarrollo alguno del monopolio creado por el Decreto Ley 469, tal como lo ordena en su artículo 20. Puede afirmarse entonces que ese acuerdo 006 es inaplicable por desconocer la normatividad vigente dictada con apoyo en el artículo 31 de la Constitución y porque, en el fondo, no hace otra cosa que desconocer de entrada el monopolio mismo en favor de unos particulares ya conocidos.

Visto lo anterior cabe aceptar que a partir de la vigencia del acuerdo 005 de 1.988, regulador del monopolio en la Intendencia del Putumayo, cesaba la autorización que el interesado había dado al señor Osorio para distribuír los licores de Caldas. Autorización que no constituía un derecho adquirido para éste por todo el término del contrato, por lo precisado en cláusula trigésima segunda.

Fuera de lo dicho, cabe decir que si lo pretendido por el demandante era la indemnización de los perjuicios causados por la constitución del monopolio, debió demandar en acción de restablecimiento el acto administrativo #1048 de 26 de agosto de 1.988 (a folios 126 del cuaderno principal), por cuanto en él se ordenó precisamente la indemnización por la prohibición en la distribución de licores. Basta leer el considerando final de dicho acto, para confirmar este aserto: "Que con el fin de no causar perjuicios de ninguna índole a los señores Raúl Gómez Cruz y Jaime Osorio Ríos y después de haber oído el concepto de la oficina jurídica, **a manera de indemnización**: Resuelve: ARTICULO PRIMERO: Permítase a los señores RAUL GOMEZ CRUZ Y JAIME OSORIO RIOS la introducción y distribución de 2.664 garrafas de aguardiente cristal en el territorio del Putumayo, previo el pago del impuesto de consumo , ley 1a. de 1.983."

Si no se hubiera dictado esa resolución 1048 el asunto habría tenido que manejarse como lo sugiere la fiscalía en su concepto de fondo.

La no impugnación de dicha resolución implicó la aceptación de su contenido y le cerró la viabilidad a la acción de reparación directa estudiada. No entiende la Sala, cómo después de haber aceptado lo dispuesto a título de indemnización en el acto, haya formulado la presente acción.

Esta omisión deja ver otro motivo más para confirmar el fallo del a-quo.

Por lo expuesto y parcialmente 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 de 6 de abril de 1.990 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 25 de abril de 1.991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

MINAS / EXTINCION DEL DOMINIO / EXPLOTACION DE MINAS

La extinción del derecho de dominio minero se produce de pleno derecho, así el acto que constate la existencia del fenómeno y que le dé publicidad en el registro público se produzca con posterioridad. Por esta razón, el que explota una mina de su propiedad deberá, tan pronto se produzcan los hechos constitutivos de fuerza mayor o a más tardar dentro de los seis meses siguientes, ponerlos en conocimiento del Ministerio para que éste los evalúe y estime si tienen o no la virtualidad alegada. Esta oportunidad es así preclusiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E. Abril veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente 5623.- Minas y Energía. Actor : Antonio Sánchez Naranjo y Otra.

Procede la sala a decidir el presente asunto.

Los señores Antonio Sánchez N. y Soledad Quebrada de Sánchez demandaron la nulidad de las resoluciones #S 001204 y 002543, en su orden, de 6 de mayo y 10 de agosto de 1988 dictadas por el Ministerio de Minas, por medio de las cuales se declaró extinguido el derecho de propiedad privada de unas minas de carbón en el municipio de Quinchía y como consecuencia el restablecimiento de los perjuicios causados con tales actos.

Como hechos se narraron en la demanda presentada el 15 de diciembre de 1988, los siguientes:

1) Que por sentencia de esta sección de 29 de marzo de 1979 se resolvió que los demandantes tenían la propiedad sobre los yacimientos de carbón existentes en las minas El Encenillal, Guarguará, Ceibal o Zaibal y Marisol (reconocimiento de propiedad 311) ubicados en Quinchía (Departamento de Risaralda).

2) Que la decisión de la Corporación fué acatada por el Ministerio, mediante resolución # 001480 de 3 de septiembre de 1979.

3) Que luego el Ministerio llego a la conclusión, con base en visitas efectuadas, que los trabajos de explotación, si en algún momento se iniciaron, fueron suspendidos por más de un año, incurriendo así los propietarios en la causal de extinción del derecho contemplado en el literal b) del artículo 3o. de la ley 20. de 1.969.

4) Que con base en esto se expidieron las resoluciones acusadas.

5) Que como se demostrará, la grave situación de orden público en la región de ubicación de las minas se impidió tanto a los dueños como a los arrendatarios adelantar regularmente la explotación comercial.

Como fundamentos de derecho se citan en la demanda los artículos 26, 30 y 202 de la constitución; 3 de la ley 20 de 1969 y 84 del c.c.a.

Durante el trámite de la instancia, alegó la entidad demandada y conceptuó el ministerio público. La actora guardó silencio. Aquélla se remitió a la contestación de la demanda e insistió en que existe prueba dentro del expediente que desvirtúa la supuesta fuerza mayor que impidió la explotación, consistente en la tramitación de ocho licencias, ocho permisos, un aporte y siete expedientes, en relación con minas situadas en el municipio de Quinchía. El Ministerio público, por su lado, en su opinión fiscal de diciembre 6 de 1990 (a folios 97 y siguientes), estima que se deben denegar las súplicas de la demanda. De esa vista, se destaca:

> "Del anterior informe se deduce claramente que demuestra hechos contrarios a os alegados. En efecto, mientras se trata de demostrar que por la situación de orden público se suspendieron las actividades mineras, en el texto del informe se manifiesta que la situación de orden público se alteró por la suspensión de dichas actividades o suspensión de reapertura de fuentes de trabajo en las minas.
>
> "Ahora bien, por parte de alguna las normas reguladoras de la materia establecen que de las diligencias tendientes a verificar si están o no cumpliendo las actividades de explotación debe enterársele previamente a los interesados, pues por el contrario se trata de una función discrecional

que tienen las autoridades competentes, luego se descarta que para ello debe ajustarse a un determinado trámite, de tal suerte que los informes rendidos y en especial el último al cual ya se hizo alusión tienen plena validez probatoria, sin que pueda aceptarse que hubo violación del derecho de defensa.

"De otro lado se observa que los demandantes sólo se interesaron en tratar de probar la fuerza mayor en el etapa de impugnación de los actos demandados, pero en tal oportunidad conforme a la naturaleza del recurso presentado, es decir, el de reposición no hay práctica de pruebas, conforme a las normas vigentes sobre el particular; ante esta jurisdicción, como se desprende del informativo a pesar de haberse intentado en varias oportunidades la practica de inspección judicial sobre los terrenos de marras, pedida por parte de la actora, el día que se reunieron todos los interesados para llevarla a cabo, justamente el señor apoderado de la parte demandante no se hizo presente ni presentó excusa o pidió que se le señalará nueva fecha.

"En tales circunstancias para este Ministerio Fiscal resulta evidente que la actuación administrativa realizada a través de las Resoluciones números 001204 de mayo 6 y 002543 de agosto 10 de 1988, se ajusta a derecho. Luego se descarta que con tales actos administrativos los interesados no pudieran ejercitar su derecho de defensa dentro de los cánones legales, razón por la que no resulta infringido el artículo 26 de la C.N, los mecanismos sirvieron de esa base para tomar la decisión no atentan contra las normas procedimentales, por tanto los actos demandados no violan el artículo 84 del C.C.A. Desde el punto de vista sustancial las normas tenidas en cuenta en las Resoluciones mencionadas para el efecto, esto es la Ley 20 de 1969, así como el Decreto 2477 de 1986 son las aplicables, descartándose en esta forma cualquier transgresión a los artículos 202 y 30 de la C.N., razón por la que se deben resolver en forma adversa las peticiones de la demanda"

Para la sala asiste la razón tanto a la parte demandada como a la señora fiscal séptima de la Corporación y por consiguiente deberán denegarse las súplicas de la demanda.

Como se ha dicho en pasadas oportunidades los actos administrativos están amparados por dos presunciones, que imponen al impugnador determinadas conductas, así: la de legalidad, la carga de alegar las normas violadas y de explicar el concepto de violación de las mismas (artículo 137 del c.c.a. numeral 4, parte final); y la de certeza o veracidad, la carga probatoria de demostrar que los motivos expuestos por la administración en el acto administrativo no son ciertos o no corresponden a la realidad o son insuficientes para justificar la medida.

En este orden de ideas, la parte demandante alegó la violación de las normas citadas atrás y explicó el concepto de la violación. Para desvirtuar la afirmación hecha por el Ministerio de que las minas de propiedad privada permanecieron inexplotadas por un término superior al señalado en la ley para la extinción del derecho de dominio, trató de demostrar la explotación hasta el año de 1986 y la justificación de que de allí en adelante no pudo continuar con dicha explotación por fuerza mayor, o sea por la violencia generalizada en la región.

Para la actora, los actos acusados violaron los artículos 26, 30 y 202 de la Constitución.

Para la sala la violación alegada no se da por parte alguna, como pasa a explicarse.

Superada desde 19936 con la carta constitucional de ese año la concepción privatista de la propiedad, con sus atributos ilimitados de uso, goce y disposición, para darle entrada a la función social de dicho derecho, perdieron sus titulares el poder absoluto que tenían y quedaron sometidos a la condición resolutoria que implica dicha función y que le permite a la administración, luego de la constatación de los hechos que demuestren ese incumplimiento, declarar extinguido el derecho. Así, con base en el artículo 30 de la constitución el legislador ha venido desarrollando el principio de la función social de la propiedad y para el efecto ha expedido, entre otras, leyes como las de reforma agraria (ley 135 de 1961) y urbana (ley 09 de 1989) y la de minas (ley 20 de 1969 y decretos 1275 de 1970 y 2655 de 1988), Estatutos estos que tienen en común la extinción del derecho por la no explotación adecuada durante determinado tiempo.

Y si se justifica plenamente la condición resolutoria en los campos urbano y rural, en el minero es aún mas clara la exigencia por los intereses que para la economía del país representa esa propiedad, la que desde hace muchos años está radicada en la nación, con las salvedades indicadas en la ley y relacionadas con los derechos constituídos a favor de terceros (situaciones subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos).

La ley 20 de 1969 desarrolla esos principios y luego de afirmar en su artículo 1o. que "todas las minas pertenecen a la Nación" pero que respetan los derechos adquiridos en términos de la misma norma, en su artículo 3o. reafirma el principio de que el derecho particular de propiedad de las minas se extingue a favor de la nación, **salvo fuerza mayor o caso fortuito**, en las hipótesis reguladas, en sus literales a y b. Y precisamente la administración basó su decisión en este último literal o sea porque el titular del derecho de dominio suspendió la explotación de las minas, una vez iniciada, por más de un año.

Como se dijo atrás, el actor en lugar de demostrar que no era cierto lo

afirmado por la administración, trató de probar la circunstancia de fuerza mayor que le impidió cumplir con su obligación de explotar. En otros términos, aceptó la no explotación, pero trató de justificarla.

Y se dice que trató de probar esa circunstancia porque no lo logró dentro del proceso, dadas las deficiencias probatorias que se observan dentro de éste; vacíos probatorios imputables a la parte actora, la que ni siquiera facilitó la práctica de la inspección judicial decretada (fundamental en el presente asunto) ni se preocupó porque evacuara en otra fecha distinta a l inicialmente señalada. Fuera de esto, tampoco solicitó que las declaraciones extra-juicio que acompañó en la vía administrativa fueran ratificadas y ni siquiera las mencionó en la demanda. Quizás se confió en el poder demostrativo que creyó poseía la constancia rendida por el señor alcalde de Quinchía, la que desde el punto de vista probatorio, como se verá luego, carece de significación en el presente caso.

Fuera de lo anotado, no le tocaba demostrar a la actora que esa fuerza se había producido a partir de 1986, como quiso hacerlo, sino que esa circunstancia se había dado a partir del 22 de septiembre de 1976, fecha a partir de la cual esta misma sala, en proceso de extinción adelantado sobre las mismas minas, aceptó que había cesado la causal de fuerzo mayor que impedía continuar la explotación (ver la sentencia de marzo 29 de 1979 a folios 122 y siguientes de los antecedentes, proceso 2224, actores José A, Sánchez Naranjo y Soledad Quebrada de Sánchez).

La extinción del derecho de dominio minero se produce de pleno derecho, así el acto que constate la existencia del fenómeno y que le dé publicidad en el registro público se produzca con posterioridad, tal como lo dispone el artículo 4o. de la ley 20 de 1969. Por esa razón el que explota una mina de su propiedad deberá, tan pronto se produzcan los hechos constitutivos de fuerza mayor o a mas tardar dentro de los seis meses siguientes, ponerlos en conocimiento del Ministerio para que éste los evalúe y estime si tienen o no la virtualidad alegada. Esta oportunidad es así preclusiva.

El ministerio ejerce sobre las minas de propiedad nacional y sobre las de dominio privado un auténtico poder de policía. Poder que le permite vigilar permanentemente el estado de las minas y que lo autoriza para constatar la manera como se están explotando.

Y ese poder de policía puede ejercerse de oficio, tal como lo da a entender el inciso final de ese artículo 4, que a la letra dice: El Ministerio de Minas.... podrá verificar la exactitud de los informes y documentos allegados y hacer las comprobaciones que estime necesarias y mediante providencia motivada, resolverá si se ha demostrado o no el hecho de la explotación o la causal justificativa de la suspensión."

En parte alguna dice la ley que para ejercer ese derecho de vigilancia tenga

que notificársele previamente a la persona interesada lo que piensa hacer o constatar dicho Ministerio,. No, a éste le bastará notificar la decisión que tome luego de la investigación hecha para que la persona interesada pueda ejercer su derecho defensa, primero mediante el agotamiento de la vía gubernativa y luego ante la jurisdiccional, mediante la acción correspondiente.

En tales eventos con la notificación de personal del acto y con la indicación de los recursos posibles se salva la garantía del debido proceso. Circunstancias éstas que se dieron en el caso subjudice. Prueba de ello, que la resolución de extinción (la #00122114/88) fué objeto del recurso de reposición y este fué decidido (Resolución # 0622543/88).

Aquí se pregunta la sala: Probó la parte actora que a partir del 22 de septiembre de 1976 y por un término de un año no pudo continuar la explotación de las minas por impedírselo la violencia en la región?

Para la sala, por lo ya insinuado, la respuesta rotunda es no existe una sola prueba que acredite la fuerza mayor alegada y relacionada con el periodo indicado; y, antes, por el contrario, del expediente administrativo se infiere la no explotación de las minas no sólo durante ese lapso sino durante el comprendido entre septiembre de 1976 y la fecha de la resolución de extinción # 001214 de 6 de mayo de 1988.

Esta afirmación no es gratuita ya que encuentra su respaldo en el acervo probatorio.

Trató la demandante de probar la fuerza mayor (la violencia en la región) con el informe rendido por el señor Alcalde de Quinchía el 31 de agosto de 1989 (a folios 37 y 38). En este , en síntesis, se narran hechos de violencia acaecidas entre 1.958 y 1.960 y se afirma el recrudecimiento de la violencia a partir de 1986.

Pues bien. Ese informe, que no alcanza a tener el carácter de certificación, ni de testimonio, no demuestra lo que se pretende acreditar, o sea l situación de violencia que impidió explotar las minas durante el año septiembre de 1976-septiembre de 1977. En primer término, porque el indicado funcionario no podía certificar sobre hechos anteriores a su gestión de alcalde popular y que se inició en 1988.

Aquí la sala hace suya la perspectiva manejada por la Corte Suprema en su sentencia de septiembre 13 de 1947 en torno a los informes de los funcionarios administrativos y que conserva toda su vigencia. Dijo ese alto tribunal:

"Los informes administrativos son medios de prueba que se asemejan a los instrumentos públicos cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. Hacen fé en cuanto a los hechos ejecutados por ellos

mismos y sobre los que en estas circunstancias se hayan realizado en su presencia y puedan contratarse por los sentidos".

Sobre los hechos informados y correspondientes a hechos ocurridos por fuera de su periodo como alcalde, bien pudo llamársele a rendir testimonio. No se hizo así. El informe, en estos extremos ,por consiguiente, no tiene valor probatorio alguno. Pero obsérvese que fué tan escasa la actividad probatoria del actor que ni siquiera insistió en las declaraciones extrajuicio que acompaño durante el agotamiento de la vía gubernativa, quizás se debió al escaso poder de convicción que tenían y a la falta de precisión en el relato de los hechos constitutivos de la violencia y en la fecha de su ocurrencia (ver testimonios o folios 44 y siguientes de los antecedentes)

Como es obvio, estos testimonios no pueden valorarse porque tampoco fueron ratificados (artículo 229 del c. de p.c.)

Aquí la sala observa que hizo bien la administración al no decretar las pruebas solicitadas con el memorial de reposición. Es sabido de todos que este recurso se resuelve de plano (artículo 56 del c.c.a) y que, por ende, sólo admite la presentación de pruebas, documentales o documentadas, se entiende, y no la proposición de éstas para su práctica. No entiende la sala cómo ante el fracaso probatorio que tuvo la parte actora ante la administración, no trató de llenar ese vació con la amplia oportunidad que la ley le brindó durante el trámite del proceso.

Fuera de todo lo dicho, el expediente administrativo pone de presente, en forma que no deja margen a dudas, el abandono de las citadas minas no sólo desde 1986 sino prácticamente desde 1976. Son prueba de esto los informes técnicos rendidos por los funcionarios del Ministerio comisionados para el efecto, en septiembre de 1983, junio y diciembre de 1987.

Por lo expuesto y de acuerdo con el concepto fiscal el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República Colombiana y por autoridad de la ley.

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y Notifíquese,

Esta Providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 25 de abril de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo.- Presidente Sala, *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACTO SEPARABLE - Inexistencia / ACTO CONTRACTUAL / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

El acto mediante el cual se impone una multa no se ha considerado por la jurisprudencia como separable, realidad que ha debido llevar al Tribunal a concluir, dentro de su lógica, que tampoco podía hacer pronunciamiento o condena alguna respecto de las multas, pues la controversia sería esencialmente de naturaleza contractual. Por lo demás, no encuadra dentro de la lógica de lo razonable que un mismo acto administrativo tenga que discutirse, en sus alcances jurídicos, en dos procesos distintos, en ejercicio de acciones también distintas y por procedimientos diferentes.

CONTRATO ADICIONAL - Plazo /PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Hay derecho a un reconocimiento económico por la mayor permanencia en la obra, pues no es justo que se obligue al contratista a que lleve a cabo una obra adicional significativa sin reconocerle el mayor costo que ello le significa. Tampoco es justo, ni encuadra dentro de la lógica de lo razonable, que la ampliación del plazo no se ajuste a lo que es necesario. En esta materia la doctrina administrativa se ha mostrado particularmente celosa al enseñar que el principio general de la buena fe puede infringirse por la concesión de uno que resulte inadecuado.

PRINCIPIO DE EFICACIA / LIQUIDACION DEL CONTRATO

La mera circunstancia de que el demandante no hubiese acompañado con la demanda el texto completo de la resolución por medio de la cual se liquidó el contrato, no tiene el mérito de impedir que por el sentenciador se haga un pronunciamiento de fondo, máxime

cuando el acta de liquidación anexa obra dentro del informativo. El vacío anotado por el apoderado del centro de imputación jurídica demandado es un mero obstáculo formal que, por lo mismo, no puede impedir al juez un pronunciamiento de fondo sobre el alcance del conflicto de intereses sometido a su consideración.

DICTAMEN PERICIAL - Objeción / **ERROR GRAVE**

El hecho de que los auxiliares de la justicia hayan utilizado un criterio que no coincide con el empleado por el apoderado del demandado, no da pie para predicar que se tipificó un error grave. El error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. Los reparos que se hacen al trabajo de los auxiliares de la justicia ameritan simplemente que el juez los examine dentro del marco de libertad que tiene para definir si las conclusiones de éstos son claras, firmas y consecuencia lógica de sus fundamentos. REITERACION JURISPRUDENCIAL: Auto agosto 25/89, Exp. 2397, actor: Margarita Villa de Gómez Jaramillo. Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta.

ACCION INDEMNIZATORIA

No peca contra la lógica de lo razonable, que si las partes no se ponen de acuerdo al liquidar ciertos rubros, sea el juez de lo contencioso administrativo el que, en vista de lo alegado y probado, defina si es puridad de verdad ellos han debido ser reconocidos o no en favor de una de las partes. Para llegar a esta verdad jurídica bien puede intentarse en forma autónoma la acción para exigir el pago de los perjuicios sin impetrar necesariamente ora la resolución del contrato ora su cumplimiento.

REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. mayo 17/90, Exp. 5128, Actor: Sociedad Pavimentamos Ltda. Ponente Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E. Mayo dieciséis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5931. Demandado: Empresas Públicas de Medellín. Actor: Sudamericana de Electrificación S. A. -SADE- S.A. Demandado: Empresas Públicas de Medellín.

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 los apoderados de ambas partes, contra la sentencia calendada el día catorce (14) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva dispuso:

"PRIMERO: Son parcialmente nulas las resoluciones números 433 de noviembre 29 de 1983, (parte final del artículo 1o.) en cuanto dispuso "Tal retardo dió lugar a la causación de las multas estipuladas en el contrato principal por el valor que aparece en el acta de liquidación anexa y que hace parte integral de esta resolución" y 167 de mayo 7 de 1984, en cuanto confirmó lo anterior, expedidas por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín.

"SEGUNDO: Como consecuencia, la entidad EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN está en la obligación de devolver a la sociedad "SADE-SUDAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A." la suma retenida por concepto de multas, actualizada como se indicó en la parte motiva, es decir, CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL PESOS CON CUARENTA Y SEIS CVS. ($42.591.900.46).

"TERCERO: La entidad EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN dará cumplimiento a este fallo dentro del término señalado en el artículo 176 del D. 01 de 1984". (Fl. 803 Cdno. No. 1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente de la parte motiva de la referida providencia, en la cual se discurre dentro del siguiente universo:

"Obrando a través de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho (f. 60), mediante escrito presentado el día 11 de septiembre de 1984, la sociedad SUDAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A. "SADE S.A.", solicita al Tribunal que declare la nulidad de las resoluciones números 433 de noviembre 29 de 1983 y 167 de mayo 7 de 1984, expedidas por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, en razón de las cuales la entidad demandada procedió a liquidar el contrato 3/D.J. 6964/51.

"Que se reconozca y ordene el pago a su favor, con cargo a las Empresas Públicas de Medellín, de la suma de ciento cincuenta y cinco millones de pesos, o la que, en su defecto, se demuestre en el juicio, con las sumas adicionales por intereses comerciales corrientes y corrección monetaria por

devaluación del peso. Como peticiones consecuenciales, en su orden: la condena se efectúe "in genere" o en abstracto para liquidación posterior; o se declare incumplido el contrato por la demandada y se ordene su liquidación, de acuerdo con lo que se pruebe y sobre las sumas a cargo de las Empresas Públicas de Medellín que no pague oportunamente se decrete la causación de intereses del 3% mensual o los previstos en la ley.

HECHOS FUNDAMENTALES

"Resultó favorecida con la adjudicación de la licitación pública DCC-03-81, relativa a las obras civiles de captación de los ríos Dolores, Pajarito y Nechí, y la conducción Nechí-Pajarito, para la ampliación de la Central Hidroeléctrica de Guadalupe, conocida como "Guadalupe IV", propiedad de las Empresas Públicas de Medellín, por lo que celebró y firmo el contrato administrativo de obra pública No. 3/DJ-6964/51. De acuerdo con su propuesta la obra debió comenzarse efectivamente el 1o. de octubre de 1981, para el total aprovechamiento de la estación seca, que por el fin de año se extiende en la región desde el 15 de diciembre hasta el 15 de marzo, pero solo recibió la minuta a mediados de octubre y aunque propuso un texto aclaratorio Empresas Públicas no lo aceptó, afirmando que el pliego de condiciones, la propuesta y los términos de la minuta eran suficientes para el estudio de las situaciones que se presentaran en desarrollo del contrato; suscribió el contrato y recibió la orden de iniciar la ejecución de las obras el 21 de diciembre de 1981, cuando tenía en la obra gran parte de los equipos requeridos, había iniciado trabajos de topografía y trabajaba en el montaje de oficinas, campamentos e instalaciones provisionales.

"Entre los hechos 5o. y 15 (fl. 63 a 79) se refiere por separado a los cuatro frentes principales de que constaba la obra, lo que tenían previsto los pliegos de licitación, el incumplimiento por parte de las Empresas Públicas, los problemas presentados que dificultaron la ejecución de los trabajos y determinaron plazos mayores, las obras extras y adicionales, las reclamaciones presentadas y las multas impuestas por retardo en la entrega de las obras, sin dictar en su oportunidad las resoluciones que le permitieran controvertir su causación y prueba.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION. POSICION DE LA DEMANDADA Y DEL MINISTERIO PUBLICO

A folios 86 y 87, dice:

B) **Normaciones sustantivas:**

a) Decreto 02 del 11 de octubre de 1983, de las Empresas Públicas de Medellín (sobre contratos).

Artículo 16 y concordantes; Título XII, en especial. Artículos 196-197 y 198. Concordantes de estas citas.

b) **Acuerdo No. 16 de septiembre 10 del H. Concejo Municipal de Medellín** (Modificaciones Estatuto Contractual).

Artículos 13 - 14 - 16 - 19 - 55 y ss. 73 - 79 - 80 - 83 - 231 - 232 - 233 y concordantes de estas citas.

c) **Ley 19 de 1982:**

Artículos 1-2-3-4-5-6-7-8- y concordantes de estas citas.

d) **Decretos 150 de 1976 y 22 de 1983** en cuanto fueren aplicables (de este último: Artículos 1-16-18-19-20-21-23-24-58-62-81-82-86- **287 - 288 - 289** y concordantes).

e) **Código Civil:**

Artículos 1602 - 1603 - 1609 - 1618 y ss; 1626 y concordantes.

C) **Constitución Nacional:**

Artículos 16 - 17 - 20 - 30 - 32 - 45 y 51 y concordantes de estas citas.

D) **Contrato SADE E.P.M. 3/DJ - 6964/51 y sus Anexos adicionales y los Pliegos la Licitación DCC 0381.**

En su integridad normativa de la conducta y obligaciones recíprocas de las partes, y de la forma en que debían ejecutarse las obras" Expresa el concepto de la violación.

En su alegato de conclusión, el apoderado de la demandada solicita fallo inhibitorio, porque sólo se aportó parcialmente la resolución 433 del 29 de noviembre de 1983, dado que no se acompañó copia del acta de liquidación anexa y que según lo dispuesto allí mismo ". . . .forma parte integral de esta resolución" (f. 729 y 730). Subsidiariamente, que se declare la validez de los actos impugnados.

Igualmente afirma que la acción intentada no es procedente para obtener el restablecimiento de un derecho originado no en el acto que se imputa sino en otra supuesta causa; que el artículo 87 del D. 01 de 1984 se encamina, entre otros aspectos, a que se declare el incumplimiento de una de las partes y la responsabilidad respectiva; si no se ha solicitado la declaración de incumplimiento no puede el Tribunal pronunciarse sobre los hechos que

originaron los reclamos presentados por el contratista (f. 730, 731 y 732).

El señor fiscal Primero concluye su alegato manifestando que el fallo debe ser favorable a las peticiones de la demanda, al anular las multas impuestas en la forma y oportunidad descritas, o sea mediante el acto acusado (f. 786).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. En cuanto a la solicitud de fallo inhibitorio, se observa que el planteamiento sobre la ausencia de la copia del acta de liquidación, parte integral de la resolución no se presentó en la primera etapa, referente a la admisión y los recursos, sino en la correspondiente a los alegatos de conclusión, cuando ya había sido traída al proceso, como se observa en el libro D, anexo 2 de la Reclamación de "SADE", f. 70, por lo que no se accederá a lo pedido.

2. Como se anotó, la demandada afirma que debió solicitarse la declaratoria de incumplimiento del contrato y la responsabilidad correlativa, para efectos de resarcimiento patrimonial, conforme a lo previsto en el artículo 87 del D. 01 de 1984, y, por lo tanto, no puede Tribunal pronunciarse sobre los hechos que originaron los reclamos presentados por el contratista. A folios 732 se lee:

". . . . Si ello es así el Honorable Tribunal Administrativo no podrá pronunciarse sobre el incumplimiento por parte de la demandada, si es que lo hubiere, **sino sobre la validez o no de los actos demandados".**

3. El Decreto 01 de 1984 en el artículo 87 se refiere a las acciones relativas a contratos; en su inciso final, dice:

Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este código", sin precisar cuando el acto es separable, por lo que la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha entrado a establecerlo. En providencia de agosto 21 de 1986 esa H. Corporación, dijo:

"Es decir, "actos separables no pueden ser sino los pre-contractuales, 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 éste 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, infine 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". (Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango).

En tales condiciones, el acto que dispone la liquidación del contrato en

forma unilateral es impugnable en acción contractual, no de restablecimiento del derecho.

4. Pero en el caso a estudio el acto complejo acusado también impone o pretende legalizar multas por retardo a cargo del contratista, por lo que es del caso tener en cuenta:

4.1. La tendencia doctrinaria y jurisprudencial inicial, una vez expedido el Código Contencioso Administrativo (D. 01 de 1984), fue la de considerar al acto que impone una multa como **separable**, susceptible de impugnación a través de la acción de restablecimiento del derecho:

Resulta entendible por qué se presentó la demanda en acción de restablecimiento del derecho, fue admitida, y quizá por ello también, la entidad demandada no interpuso recurso.

4.2 En auto de septiembre 13 de 1985, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, el H. Consejo de Estado dijo:

2) El acto que se limita a imponer una multa o hace efectiva una cláusula penal, por fuera del acto que declara la caducidad, es una decisión ejecutoria que podría calificarse como separable del contrato susceptible de ser demandada como los demás actos administrativos; vale decir, mediante una acción de restablecimiento y dentro de los lineamientos trazados en el artículo 85 del C. C. A. De allí que pese a ser un acto administrativo contractual no esté sujeto al régimen general de las acciones contractuales propiamente tales (artículo 87 del C. C. A.).

3) En este orden de ideas puede afirmarse que la vía procesal adecuada para su juzgamiento sea la ordinaria y que su término de caducidad sea el indicado en el inciso 2o. del artículo 136 del Código Administrativo, pero con la salvedad de que dicho término no podrá contarse sino a partir de la liquidación o terminación del contrato (inciso 8o. del artículo 136)" - Extractos, páginas 693).

4.3 El Señor fiscal dice a folios 785:

"De acuerdo con lo expuesto, procede un fallo parcialmente favorable a las peticiones de la demanda en cuanto a la anulación de las multas y lo referente a la conducción Nechí-Pajarito. Pero se advierte que en los aspectos relativos a las demoras en la ejecución de obras previas por parte de la Empresas Públicas de Medellín, o también a retrasos imputables al contratista, existe una dificultad de orden legal para su reconocimiento judicial, y es la de que esas peticiones están necesariamente vinculadas a una declaración sobre cumplimiento

o incumplimiento del contrato, que no corresponde a la acción escogida por el demandante (folios 60) y que es la de restablecimiento del derecho regida por el artículo 85 del C. C. A.; **pero que sí opera contra las multas y contra el resto de la liquidación en cuanto no signifique el ejercicio de una acción contractual regida por el artículo 217 y siguientes de la misma obra;** es decir, mientras lo solicitado no involucre, como se dijo, una decisión del H. Tribunal sobre cumplimiento del contrato, **ya que no habría lugar a un fallo sobre esas peticiones específicas.** Sin embargo, falta precisar si todos los reclamos del contratista necesariamente conducen a que el Tribunal se pronuncie sobre el incumplimiento del contrato por parte de las Empresas Públicas de Medellín, lo que no es posible teniendo en cuenta la clase de acción instaurada por la demandante, pues invoca el artículo 85 del C. C. A.

4.4. En tales condiciones, se considera adecuado entrar a decidir lo referente a la multa, como lo plantea el señor Fiscal y el mismo apoderado de la demandada (fl. 732). A ello se procede a continuación: una posición estricta, consultando la orientación jurisprudencial **reciente** dejaría sin ninguna posibilidad a la sociedad demandante.

5. En la parte final del artículo 1o. la resolución 433 de noviembre 29 de 1983, se limita a decir, luego de comparar las fechas en que las obras fueron entregadas y aquellas señaladas en el contrato principal y las ampliaciones:

Tal retardo dió lugar a la causación de las multas estipuladas en el contrato principal por el valor que aparece en el acta de liquidación anexa y que hace parte integral de esta resolución (fl. 9).

En el escrito que contiene los recursos de reposición y apelación subsidiaria, la sociedad expresa su inconformidad, por considerar improcedentes las multas luego de aceptada la terminación de las obras y porque no se cumple con las disposiciones legales que requieren **resolución motivada**, para permitir el ejercicio del derecho de defensa (Libro D. Reclamación de SADE, anexo No. 2, folio 119, frente y vuelto).

La resolución 167 de mayo 7 de 1984 confirmó la anterior, con aclaración en cuanto al valor total del contrato (f. 11 a 15).

El del caso precisar:

5.1 En la resolución 433, **de noviembre 29 de 1983,** expresamente se acepta que las obras **han sido ejecutadas y se dan por recibidas a satisfacción,** así:

La captación del río Dolores, **en abril 16 de 1983.**

La captación del río Pajarito, **en mayo 7 de 1983.**

La captación del río Nechí, **en febrero 25 de 1983.**

Y la conducción Nechí-Pajarito, **en enero 15 de 1983**(f. 8 y 9).

5.2. El contrato No. 3/D.J.6964/51, en la cláusula DECIMA SEXTA, prevé las multas por retardo en la entrega de las obras, pero el decreto 02 de octubre 11 de 1983, "por el cual se expiden normas sobre contratos de las Empresas Públicas y se dictan otras disposiciones" en el inciso 2o. del artículo 83 establece que "SU IMPOSICION SE HARA MEDIANTE RESOLUCION MOTIVADA que se someterá a las normas previstas para el procedimiento gubernativo" f. 396 -repite, prácticamente lo dispuesto por el D. 222 de 1983, artículo 71, inciso 2o., que a su vez reproduce, en lo esencial, lo que establecía el inciso 2o. del artículo 60 del D. 150 de 1976 (Mayúsculas del Tribunal).

5.3 Refiriéndose al contrato de obra pública, en sentencia de febrero 21 de 1986, el H. Consejo de Estado (Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo), dijo:

"En estos el incumplimiento que haga imposible su ejecución, deberá calificarse tan pronto se patentice, so sólo para facilitar a la administración la toma de medidas de urgencia tendientes a evitar los perjuicios que pueda sufrir la colectividad con esa no ejecución, como sería la ejecución directa o por un tercero, sino para concretar la responsabilidad que en ese incumplimiento le toque al contratista. Así podrá hacer exigible las garantías y la cláusula penal pecuniaria, una vez esté ejecutoriada la medida de terminación. Pero si la administración por X o Y razones, deja vencer el contrato, perderá el poder exorbitante que tiene de definir o concretar ese incumplimiento del contratista y deberá someterse, si quiere sacar ventajas del mismo, al juez del contrato.

Al terminar el contrato de obra, bien normal o anormalmente, el únicó paso que queda es el de su liquidación, etapa en la que se observa cierta exorbitancia, ya que la administración podrá liquidar unilateralmente si no existiere acuerdo entre las partes para el efecto.

Si la administración deja vencer el contrato sin hacer uso de su poder exorbitante, ya no podrá hacerlo hacia el futuro y si quiere sacar avante pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento del contratista tendrá que acudir al juez del contrato. Este, al constatar ese incumplimiento, le dará exigibilidad a las garantías y a la cláusula penal pecuniaria.

Surge aquí un interrogante: cuándo se entiende vencido el contrato de obra?

Normalmente cuando se ejecute la obra a satisfacción dentro del plazo pactado.

Y anormalmente cuando dentro de ese mismo plazo no alcanza a ejecutarse en su integridad o se ejecute por fuera de las especificaciones convenidas. Si se vence el plazo sin que haya podido ejecutarse la obra, puede afirmarse que ésto se debió o a incumplimiento de una de las partes, o de ambas, o a caso fortuito o fuerza mayor. Y es aquí donde debe intervenir forzosamente el juez del contrato para establecer la responsabilidad que puede caberle a las partes y exigir las prestaciones correlativas:. Extractos de Jurisprudencia, páginas 25 y 25.

En fallo de enero 29 de 1988, la misma Corporación, con el mismo ponente, rectificó la tesis para afirmar -con fundamento en lo dispuesto en el inciso 1o., del artículo 72, del D. 222 de 1983-, que en contratos como los de obra pública, suministro o prestación de servicios, en los cuales la nota de tracto sucesivo es clara, la administración puede declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual, sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la **cláusula penal pecuniaria** (extractos de jurisprudencia, páginas 29 a 31).

5.4 La cuantía de las multas fue establecida en **$12.203.982.94,** si se tiene en cuenta que de la suma de $13.183.477.10 se dispuso la devolución de $979.494.94, mediante acta 46D, de noviembre 29 de 1983, incluida en el acta de liquidación de la misma fecha -libro D, reclamación de SADE, anexo 2 fl. 70, 81 y 82.

5.5 En síntesis:

Las multas no fueron impuestas mediante resolución motivada, como lo requieren las normas citadas y parcialmente transcritas.

Tampoco la resolución 433 de noviembre 23 de 1983 (f. 9) contiene motivación alguna en cuanto a las multas que pretende imponer o legalizar.

Además, las multas no podían imponerse en la resolución que dispone la liquidación, **porque las obras habían sido recibidas a satisfacción con bastante anterioridad** -más de 7, 6, 9, y 10 meses, respectivamente, para cada obra, numeral 5.1.-:

Terminado el contrato y recibidas las obras a satisfacción, las Empresas Públicas perdieron su poder exorbitante para imponer multas por retardo en forma unilateral; como lo ha dicho la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, habría tenido que recurrir en demanda, a fin de que se declarara

el incumplimiento del contratista y se dispusiera condena en tal sentido.

Consultando el último certificado sobre el índice de precios al consumidor (f. 788) y lo dispuesto por el artículo 178 del D. 01 de 1984, para el ajuste respectivo se tendrá en cuenta:

Indice final (Mayo de 1989) = 112.72

Indice inicial (Mayo de 1983) = 32.30

= 3.49

Cuantía de las multas 12.203.982.94

Suma ajustada

12.203.982.94 X 3.49 = 42.591.900.46 .". (folios 789 a 802 Cdno. No. 1)

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 812 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el mandatario judicial de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

SITUACIONES FACTICAS QUE IMPONE LA APELACION

"La parte resolutiva del fallo apelado contiene como única decisión la declaratoria de nulidad parcial de las resoluciones 433 de Noviembre 29 de 1983 y 1687 de mayo 7 de 1984, en cuanto a la parte final del artículo primero de la primera resolución dispuso: "Tal retardo dió lugar a la causación de las multas estipuladas en el contrato principal por el valor que aparece en el acta de liquidación anexa y que hace parte integral de esta resolución". Y por cuanto la segunda de las resoluciones mencionadas confirmó la anterior. Como consecuencia de tal anulación parcial el acto del "a quo" ordena devolver a la sociedad actora la suma retenida por concepto de multas, actualizada como indicó la parte motiva de esa sentencia, es decir por una suma total de $42.591.900.46 (Cuarenta y dos millones quinientos noventa y un mil novecientos pesos con cuarenta y seis centavos). Finalmente la sentencia apelada ordena que las Empresas Públicas de Medellín, entidad demandada, debe dar cumplimiento a ese fallo en los términos que señala el artículo 176 del C. C. A.

Lo anterior es todo el contenido del fallo que se apela y que acoge tan solo

parcialmente las pretensiones de la demanda formuladas de acuerdo con los hechos escritos en ella y apoyada con las razones de derecho que se explicaron en el Capítulo VI "Concepto de la Violación".

La parte resolutiva del fallo apelado guarda silencio con relación a las pretensiones de fondo de la demanda, por lo cual se ha dejado de cumplir con lo ordenado por el artículo 170 del C. C. A. que dispone:

"La sentencia analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis **resolverá las peticiones,** en forma que no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos. Para el sólo efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 a 88, podrán estatuírse en las sentencias disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidas, y modificar o reformar aquellas". (El subrayado no es del texto).

"Es conveniente recordar que la demanda formulo siete pretensiones así:

PRIMERA: Es nula la Resolución numero 433 del 29 de noviembre de 1983 de las Empresas Públicas de Medellín, mediante la cual . . . . . "procédase a liquidar el Contrato 3/D.J. - 6964/51. . . . .".

SEGUNDA: Es nula la Resolución número 167 del 7 de mayo de 1984, de las Empresas Públicas de Medellín, notificada el 16 de los mismos, mediante la cual resuelve ". . . . .confirmar. . . . .La resolución 433. . . . . por la cual se procedió a liquidar el Contrato 3/D.J. -6964/51, y no conceder el recurso de apelación interpuesto contra la misma. . . . . ".

TERCERA: Que, como consecuencia, de las anteriores declaraciones y condenas y para que la Sociedad Sudamericana de Electrificación S. A. SADE S.A. sea restablecida en sus legítimos derechos, se le reconozca y ordene el pago a su favor, y a cargo y cuentas de las Empresas Públicas de Medellín, de la suma de Ciento Cuarenta y Cinco millones de pesos o la que en su defecto, se demuestre en juicio, junto con las sumas adicionales de dinero que a la anterior corresponda, por concepto de intereses comerciales corrientes, corrección monetaria por devaluación del peso, efectivas a la fecha real en que se produzca el pago. La cantidad indicada corresponde a la sumatoria de todos los conceptos reclamados por SADE S. A. a E. P. M. calculada al 31 de agosto de 1984.

CUARTA: **O Primera Subsidiaria:** Que, en el evento de que no se demuestren cabalmente, las sumas anteriores, la sentencia condenatoria se produzca **"in genere"** o en abstracto, para que, luego, se regule el Quantum mediante incidente, de regulación de perjuicios, según lo nombrado en los

artículos 307 y 308 del C. de Procedimiento Civil.

QUINTA: O **Segunda Subsidiaria:** Que en el evento de que el H. Tribunal desestime las dos precedentes pretensiones, y al anular las resoluciones acusadas, declare incumplido por parte de las Empresas Públicas de Medellín, el Contrato 3/D.J. -6964/51 y ordene su liquidación, sobre las bases que, conforme a lo probado en juicio, considere aplicables el H. Tribunal.

SEXTA: Que sobre las sumas a cargo de las Empresas Públicas de Medellín que ésta no pague oportunamente se decrete la causación de intereses, del 3% mensual o los previstos en la ley.

SEPTIMA: Las anteriores declaraciones y condenas se cumplirán por las Empresas Públicas de Medellín dentro del plazo señalado al efecto en la Ley.

Una simple lectura de la parte resolutiva del fallo que se apela es suficiente para entender que el H. Tribunal Administrativo de Antioquia guardó silencio con relación al fondo de las pretensiones incoadas que se dirigen a buscar la nulidad total y absoluta de las resoluciones por medio de las cuales las Empresas Públicas de Medellín liquidaron unilateralmente el contrato No. 3 D.J. -6864/51 y por tanto dejó de reconocer a la Sociedad Sudamericana de Electrificación SADE S.A., las sumas a que tiene derecho por el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad demandada.

El H. Tribunal Administrativo de Antioquia anula parcialmente los actos acusados en cuanto contienen la imposición de unas multas en contra de la sociedad actora, con lo cual acoge parcialmente también los razonamientos de la demanda y se adhiere al concepto fiscal. Esta parte de la sentencia que es favorable a los intereses de mi patrocinada no constituye objeto de apelación, precisamente por esa favorabilidad que contiene. Pero esa apelada precisamente por las falencias que son evidentes: silencio sobre las pretensiones de fondo y pretensiones subsidiarias y silencio sobre la prosperidad o no de las excepciones incoadas.

La parte considerativa del fallo que recurro hace un análisis relativamente somero, apoyado en jurisprudencia, con fundamento en el cual parece concluir que únicamente era posible declarar la nulidad parcial de los actos acusados en cuanto contienen decisiones de multa pues sólo estos actos administrativos pueden considerarse separables del contrato y por tanto ser demandados con apoyo en la acción del restablecimiento del derecho consagrada en el Artículo 85 del C. C. A. Se afirma en la parte considerativa que el actor únicamente hizo uso de esta acción y por tanto sólo era posible

acoger su pretensión en cuanto los actos acusados le impusieron multa en forma irregular. Este análisis de índole puramente jurídico da origen a un estudio de los llamados actos separables del contrato y de la acción que en su contra puede instaurarse.

LOS ACTOS SEPARABLES DEL CONTRATO

Sabido es que la legislación colombiana nunca habló de actos separables o no separables del contrato hasta la expedición del Decreto 01 de 1984 contentivo del actual Código Contencioso Administrativo. La Ley 167 de 1941 y su legislación complementaria así como los estatutos que reglamentan la contratación pública en Colombia (Decretos 1670 de 1975, 150 de 1976 y 222 de 1983 ni los códigos fiscales departamentales o distrital), no estatuyen, ni reglamentan ni definen los llamados actos separables del contrato. Solo el legislador derivado, en 1984 dijo:

"Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en éste código (Artículo 87 in fine C. C. A.)

Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato" (Artículo 136, inciso 8o. del C. C. A.).

Las anteriores son las únicas referencias que hace hoy la Ley a los llamados actos separables del contrato. Su contenido es evidente exiguo y casi lacónico, pues deja al arbitrio del juzgador o del intérprete cuestiones tan esenciales y de fondo como son la definición de los actos separables, su clasificación, la determinación de la vía procesal y de la acción que los impugne o proteja, así como el término respectivo de caducidad. Dicho en otros términos, la Ley colombiana hasta hoy no ha definido taxativamente lo que deba entenderse por acto separable de un contrato ni ha dicho cuáles son esos actos separables. Al carecerse de una definición de acto separable, se ignora precisamente qué es lo que a un acto relativo a contrato lo hace separable de él, es decir, que se ignora la esencia o razón de ser de la separabilidad. Si no se sabe qué es un acto separable del contrato, mal puede saberse cuáles son los actos separables demandables como tales.

Esta fuera de toda duda que el contrato mismo es un acto bilateral, por medio del cual, según el artículo 1495 del C. C., una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser constituida por una o por muchas personas. En los contratos administrativos existen claramente esas dos partes; por una, el ente público contratante y por la otra, el particular contratista. Para uno y otro, el contrato es fuente de obligaciones. El contrato administrativo es entonces un acto administrativo bilateral que, en principio, nace a la vida jurídica con el acuerdo de

voluntades; la voluntad de la administración que contrata con la voluntad del particular contratista; pero ambos comprometen a cumplir sus recíprocas obligaciones.

Dejando entonces fuera de toda duda que el contrato es un acto bilateral, se puede encontrar el primer criterio para definir los actos separables: es separable del contrato todo acto unilateral de cualquiera de las partes. La propia naturaleza del contrato administrativo, caracterizado precisamente por la preeminencia del ente público que, revestido de poder, impone a su contratista unas cláusulas privilegiadas, hace de estos contratos unos verdaderos contratos de adhesión. Quien contrata con el ente público debe someter su voluntad a la casi soberana del ente oficial que le impone condiciones y cláusulas específicas de preeminencias como son entre otras, la cláusula de caducidad, la de multas, la de pena pecuniaria, la de un preciso valor de garantías, la de terminación unilateral del contrato, la de interpretación unilateral del contrato, la de modificación unilateral del contrato, la de liquidación unilateral del contrato, etc. Por exigirlo la Ley la persona jurídica de derecho público contratante está en la obligación de imponer esas cláusulas y el particular contratista está en la obligación de aceptarlas, hasta el punto de llegar el momento en que deba entenderse por disposición legal que han sido pactadas aunque en el texto literal del convenio no llegaren a estipularse expresamente.

Si bien es cierto que el contrato es un acto bilateral, también lo es que es un acto complejo. Desde el momento en que la autoridad administrativa necesita una autorización legal, para contratar, pasando por la necesidad de llevar a cabo un proceso licitatorio, la adjudicación, la aprobación de garantías, la revisión por tribunal competente, las actas de iniciación de obras, la designación de interventor, el pago de anticipos, las actas de recibo parcial del objeto, los pagos parciales, los reajustes de precios, las ampliaciones o reducciones del objeto, el acta final de recibo, la imposición de multas que apremien la voluntad del contratista, hacer efectivas las garantías y liquidar el contrato; todo ello es sin duda, elemento claramente constitutivo de un acto complejo.

Al recorrer el camino anterior el contrato, el que corresponde al perfeccionamiento del contrato, el que corresponde a la ejecución del contrato y llegar a su liquidación, el ente administrativo contratante se manifiesta por actos unilaterales que, por ser precisamente tales no están subordinados ni antes ni después a la voluntad del contratista. Esos actos unilaterales serían precisamente los actos separables del contrato. En todo ese gran itinerario de la contratación pública, el ente administrativo produce actos cuyos unilaterales: La autorización para contratar, la resolución que ordene la licitación, los avisos en que se publique esa licitación, los pliegos de condiciones que determinen las especificaciones del contrato, los estu-

dios técnicos, jurídicos y económicos con los cuales se califique y clasifique las ofertas; las recomendaciones de adjudicación, la resolución de adjudicación, la imposición de multas tendientes a constreñir la voluntad del contratista para evitar incumplimientos mayores o totales; la resolución que imponga la cláusula de pena pecuniaria, la que haga efectiva las garantías, las resoluciones en que unilateralmente se interprete, modifique o termine el contrato y, finalmente, la liquidación final unilateral del contrato cuando el contratista no esté de acuerdo con ella; son todos actos unilaterales de la administración que los realiza porque así la ley lo autoriza. Todos estos actos por ser precisamente unilaterales, serán los actos separables del contrato.

Fuera de este criterio, el de la unilateralidad del acto, se encuentra un segundo criterio que acoge como fundamento de separabilidad la autonomía del acto. Este criterio se inclina a decir que son actos separables del contrato aquellos unilaterales de la administración que tienen vida propia "per-se", independientemente de que exista o no exista el contrato, la autorización para contratar, la resolución que ordena abrir la licitación, las recomendaciones de adjudicación y la adjudicación misma. Según este criterio que acoge la doctrina francesa, son actos separables del contrato únicamente los actos precontractuales. Este es el criterio que ha acogido el Honorable Consejo de Estado en ya reiteradas jurisprudencias. Esta corporación ha dicho: "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 éste 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." (Auto del 6 de abril de 1987, sociedad actora la Cámara Colombiana de la Construcción contra Interconexión Eléctrica S. A., expediente No. 5050.

Esta ha sido la tesis acogida por el H. Tribunal de Antioquia en la sentencia que apelo. Después de transcribir el mismo párrafo citado concluye que "en tales condiciones, el acto que dispone la liquidación del contrato en forma unilateral es impugnable en acción contractual, no de restablecimiento de derecho".

Los criterios anteriores no solo determinan que son separables los actos precontractuales o los actos autónomos unilaterales, sino que también indican la acción correspondiente.

Los actos separables pueden o deben ser acusados en ejercicio de la acción

distinta a la contractual, es decir por medio de la acción simple de nulidad. (Artículo 84) o por medio de la acción de restablecimiento del derecho (Artículo 85) o haciendo uso de la acción de reparación directa y cumplimiento (artículo 86), según el caso o según las pretensiones del actor.

Según el criterio que acoge la opinión generalizada del Honorable Consejo de Estado y que para este caso hace suya también el H. Tribunal Administrativo de Antioquia, son separables únicamente los actos precontractuales y por tanto ellos únicamente pueden ser demandados por medio de las acciones ya señaladas. Todos los demás actos, incluyendo el contrato mismo, por ser postcontractuales deben ser demandados por medio de la acción relativa a contratos consagrada en el artículo 87 del C. C. A.

Anótese bien que si se acoge este criterio todos los actos que produzca la administración a partir del contrato mismo y su perfeccionamiento hasta su liquidación incluyendo esta no son actos separables sino que son actos contractuales que deben ser o pueden ser atacados exclusivamente haciendo uso de la acción del artículo 87.

Este es el fundamento esgrimido por el H. Tribunal Administrativo de Antioquia para desconocer las pretensiones de la demanda tendientes a pedir la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales las Empresas Públicas de Medellín, resolvieron liquidad unilateralmente el contrato No. 3 D. J. -6964/51. Adviértase que tal razonamiento se encuentra en la parte considerativa del fallo y que la parte resolutiva guardó silencio total respecto a la negativa de las pretensiones formuladas por la parte actora en su demanda y que debida y exhaustivamente alcanzaron plena demostración procesal mediante el voluminoso acervo de pruebas recaudadas.

Lo anterior pone en evidencia que hoy existen dos criterios para definir cuales son los actos separables:

PRIMER CRITERIO: Son separables únicamente los actos precontractuales. Pueden o deben ser demandados en ejercicio de las acciones distintas a las del artículo 87.

SEGUNDO CRITERIO: Son separables los actos unilaterales y autónomos de la administración. Deben o pueden ser demandados en ejercicio de las acciones distintas a las del artículo 87.

El H. Tribunal Administrativo de Antioquia, acoge simultáneamente los dos criterios, lo cual me parece erróneo. Por una parte, afirma que la acción propia para pedir la nulidad de las resoluciones con las cuales las Empresas Públicas de Medellín declararon unilateralmente liquidado el contrato varias veces mencionado, es la acción contractual el artículo 87, precisa-

mente porque tales actos son postcontractuales. Pero, simultáneamente, y a pocos renglones acoge el segundo criterio pues afirma, que esas mismas resoluciones pueden considerarse como actos separables por contener la imposición de unas multas apoyadas en cláusulas del convenio. Para ello se apoya en la jurisprudencia también del H. Consejo de Estado expuesta en el auto de Septiembre 13 de 1985 con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, que dijo:

"2) El acto que se limita a imponer una multa o hace efectiva una cláusula penal, por fuera del acto que declara la caducidad, es una decisión ejecutoria que podría calificarse como separable del contrato susceptible de ser demandada como los demás actos administrativos; vale decir, mediante una acción de restablecimiento y dentro de los lineamientos trazados en el artículo 85 del C. C. A. De allí que pese a ser un acto administrativo contractual no esté sujeta al régimen general de las acciones contractuales propiamente tales (artículo 87 C. C. A.).

3) En este orden de ideas puede afirmarse que la vía procesal adecuada para su juzgamiento sea la ordinaria y que su término de caducidad sea el indicado en el inciso 2o. del artículo 136 el Código Administrativo, pero con la salvedad de que dicho término no podrá contarse sino a partir de la liquidación o terminación del contrato (inciso 8o. del artículo 136).

Lo anterior hace patente el conflicto de criterios existente dentro del acervo de jurisprudencia y la lógica contradicción que acoge equivocadamente, en mi criterio, el fallo apelado. Por una parte son separables únicamente los actos precontractuales, contra ellos únicamente operan las acciones de los artículos 84, 85 u 86; por eso el acto unilateral de liquidación del contrato es un acto no separable por ser postcontractual y por tanto debe ser demandado por la acción de relativa a contratos del artículo 87. Pero como la demanda hizo uso de la acción del artículo 85, el H. Tribunal Administrativo de Antioquia se abstiene de pronunciarse sobre el incumplimiento por parte de la demandada, incumplimiento que precisamente engendra la oposición de mi representada al acto unilateral de liquidación. Pero por otra parte, acoge que los mismos actos acusados, aunque postcontractuales también, son separables por imponer una multa en forma unilateral y en este sentido son parcialmente anulables. Es decir que los mismos actos para una cosa son separables y para otra no son separables.

Toda esta confusión ha venido presentándose a medida que evoluciona y se decantan la doctrina y la jurisprudencia colombianas con relación a la naturaleza y clasificación de los actos separables el contrato administrativo. Todo ello surgió, como ya se dijo, con la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo, en 1984 y ha venido evolucionando sin que todavía se perciba una unanimidad de criterio estable que dé firmeza a las

pretensiones de los asociados para hacer efectivos sus derechos. Los cuales no pueden, según me parece, ser vulnerados ostensiblemente por consideraciones (sea dicho con el debido respeto) eminente formales.

Muy claramente se percibe que la sentencia apelada se apoya en jurisprudencias de los años 1985, 1986 y posteriores; pero la demanda fue presentada el 11 de septiembre de 1984 contra actos, el uno de noviembre 29 de 1983, anterior al nuevo código y otro del 7 de mayo de 1984, recientemente posterior a este nuevo estatuto. Era imposible para el actor predecir el desarrollo jurisprudencial que iba a sobrevenir y que seguirá modificándose hasta cuando la ley sea reformada, tal como ahora públicamente se propone.

Cuando fue expedido y entró en vigencia el Decreto 01 de 1984 era fácil interpretar su artículo 87 en el sentido de que son actos separables del contrato y por tanto controlables por medio de las otras acciones allí previstas, todos aquellos actos que no estuvieran dentro de la órbita del contenido del inciso 1o. de este artículo. Según el artículo 87 en su inciso 1o. las acciones relativas a contratos pueden pedir un pronunciamiento sobre:

1o.- La existencia o validez del contrato,

2o.- Que se decrete su revisión,

3o.- Que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él, y

4o.- La nulidad absoluta del contrato.

El acto de la liquidación del contrato no está en la órbita de estas cuatro posibles pretensiones, era y es posible por lo tanto pensar que se trata de un acto separable y que la acción adecuada en su contra es la del artículo 85 para el restablecimiento del derecho, es decir para que se ordene una nueva liquidación correcta y justa. No era dable pensar en 1984 que la jurisprudencia en lo contencioso administrativo iba a tomar ciertos rumbos a través de los cuales se llegara a afirmar que únicamente son actos separables los actos precontractuales y por tanto el acto de liquidación, por ser evidentemente postcontractual llegaría a tenerse como no separable y por tanto controlable únicamente por medio de la acción del artículo 87.

Frente a la duplicidad de criterios existentes, debe preguntarse todavía hoy cual es la acción adecuada contra el acto de liquidación unilateral de un contrato administrativo. Por una parte puede decirse que tal acto es no separable por ser postcontractual, luego su acción es la del artículo 87, y, por otra, puede decirse que sí es separable por ser unilateral y entonces su

acción será la del artículo 85. Si esto sucede hoy, no era posible predecirlo en 1984 mediante una difícil labor adivinatoria.

Es cierto que en el libelo demandatorio se citó como apoyo la acción del artículo 85, por lo cual se pidió la nulidad de los actos acusados y el respectivo restablecimiento del derecho consistente en pedir una nueva liquidación del contrato de acuerdo con los probado en el juicio y pedir la devolución de lo retenido a título de multas. Para ello la demanda formuló claramente su pretensión quinta o segunda subsidiaria: "Que en el evento de que el H. Tribunal desestime las dos precedentes pretensiones, al anular las resoluciones acusadas, declare incumplido por parte de las Empresas Públicas de Medellín el contrato No. 3/D.J. 6964%61 y ordene su liquidación, sobre las bases que, conforme a lo probado en juicio, considere aplicables el H. Tribunal.

La anterior formulación contiene una clara petición tendiente a que se declare el incumplimiento del contrato (perfectamente consonante con lo dispuesto por el artículo 87 del C. C. A.) y la responsabilidad derivada de tal incumplimiento, que, necesariamente, se refleja en la liquidación de ese mismo contrato. Siendo ello así y teniendo el H. Tribunal Administrativo de Antioquia acogido y criterio amplio ecléctico de los dos criterios sobre la naturaleza y clasificación de los actos separables, era lógico además que se hubiera pronunciado sobre tal incumplimiento con fundamento en la pretensión formulada, que tiene apoyo en el artículo 87 aunque expresamente no se haya invocado.

La sentencia apelada aduce que el actor no haya hecho uso de la acción contractual del artículo 87; pero qué otra cosa contiene la pretensión que se acaba de transcribir?

Los anteriores razonamientos son suficientes para pedir atentamente al Honorable Consejo de Estado, al sustentar, como lo hago, debidamente, el recurso de apelación, con todo respecto, que revoque el fallo apelado en cuanto no atendió las pretensiones de fondo formuladas en la demanda consistentes en ordenar una nueva liquidación del contrato teniendo en cuenta las circunstancias ya probadas que lo hicieron más oneroso a mi cliente y que demostraron el incumplimiento de las Empresas Públicas de Medellín al contrato materia del litigio". (folios 812-823 Cdno. No. 1).

III SUSTENTACION DE LA APELACION ADHESIVA HECHA POR EL MANDATARIO JUDICIAL DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término de ley el procurador judicial de la parte demandada APELO ADHESIVAMENTE y sustentó el recurso dentro del siguiente marco:

1. Dentro de la oportunidad para alegar de conclusión ante el Honorable Tribunal de Antioquia, solicité que se profiriera sentencia inhibitoria por falta del presupuesto procesal de la "demanda en debida forma" pues no se llenaron los requisitos exigidos por la ley para ello. Como fundamento de la solicitud se afirmó que con la demanda no se acompañó copia del acto acusado, pues la resolución No. 433 del 29 de noviembre de 1983 que liquidó el contrato no fue aportada íntegramente, toda vez que la copia que se adjuntó a la demanda no incluye el anexo referido en el artículo primero de la parte resolutiva que contiene una acta de liquidación y que forma parte integral de dicha resolución.

De acuerdo con ello, la parte dispositiva de la resolución impugnada está conformada no solo por los artículos de la parte que presentó la actora, sino además por el acta que se anexó se contienen los valores que las Empresas Públicas de Medellín reconocieron al contratista por la mayor permanencia reclamada y por los gastos de administración que se generaron, aspectos que son básicos en la pretensión que aspira deducir el actor.

Esto significa que la demanda no fue presentada con los requisitos formales exigidos, según el artículo 139 del decreto 01 de 1984.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en posición que no comparto se abstuvo de declarar la inhibición por cuanto consideró que con posterioridad en otros documentos anexados al proceso, se incluyó la parte faltante, y que además la entidad demandada no ejercitó los recursos propios en la admisión de la demanda.

La demanda en forma debe existir desde el momento de admitirse y se constata, por última vez, al momento de proferirse el fallo. Los requisitos no pueden llenarse aleatoriamente con la actuación de las partes en el proceso. Al fallador le corresponde comprobar si hay demanda en debida forma y no tratar de llenar los vacíos que la parte dejó de cumplir en su actuación.

Cosa diferente sería que el demandante, al presentar la demanda, hubiera solicitado que se complementara dicha resolución incompleta requiriendo a la entidad para que la remitiera, lo cual tampoco sería lógico pues nunca alegó que no se le hubiera dado copia completa del acto o que se le hubiera negado la expedición de copias.

Al respecto el Doctor Horacio Montoya Gil, para no mencionar otros tratadistas, decía en sus notas de clase sobre derecho procesal que "cuando el Juez al momento de dictar sentencia encuentre que falta algún presupuesto procesal y su ausencia no se hizo valer por algunos de los medios anteriores (se refería a los recursos que caben contra la admisión de la

demanda, a la vía incidental, o como causal de nulidad) se abstendrá de dictar sentencia de fondo o mérito y en su lugar proferirá fallo inhibitorio.

En consecuencia, reitero al Honorable Consejo de Estado que se revoque la sentencia y en su lugar se profiera sentencia inhibitoria por no existir demanda en debida forma.

II. De otro lado, haciendo referencia a la naturaleza de la acción invocada se encuentra dentro del proceso que el actor invoca la acción de Restablecimiento del derecho que es aquella en la cual se faculta a la persona que se sienta lesionada en un derecho para que solicite la nulidad del acto lesionador y que se le restituya en su derecho.

Esta acción nada tiene que ver con las acciones contractuales, obviamente sin olvidar que dentro de la operación contractual también se dan actos unilaterales de la administración que pueden vulnerar los derechos del contratista y que son controlables mediante las acciones contenciosas de nulidad y de restablecimiento del derecho, pero ejercidas con una entidad propia dentro de la controversia contractual. Así entonces hablamos de acción de restablecimiento contractual y acción de nulidad contractual. Esto significa que el trámite propio de las acciones que se originen en un contrato, cualquiera que sea, salvo las referentes a los actos denominados separables, se tramitan por el procedimiento de la controversia contractual previsto en el artículo 217 del decreto 01 de 1984.

De conformidad con la demanda presentada, la acción invocada por el actor es la de Restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del decreto 01 de 1984, pues así lo dice expresamente antes de iniciar el acápite de las pretensiones.

Según el párrafo tercero del artículo 87 del Código Contencioso, solamente los actos separables del contrato son demandables por las demás acciones previstas en el código. Y son actos separables, en concepto del Consejo de Estado, respaldado por la doctrina colombiana, el acto de apertura de la licitación y el acto de adjudicación, aunque entre estos dos pueden darse actos unilaterales que también podrían ser objeto de control.

Así las cosas, como el demandante solicita la nulidad de las resoluciones que liquidaron el contrato y dichas resoluciones no son actos separables del contrato, hay una indebida petición que impide al Juez decidir de fondo. Por tanto también habría sentencia inhibitoria por este aspecto.

III. En cuanto a las multas impuestas al contratista, su retención se hizo previa autorización del mismo tal como se había previsto en la cláusula décima sexta del contrato, mediante notificación previa de la interventoría,

valores que simplemente se tuvieron en cuenta en la liquidación del contrato, tal como lo ordena el artículo 289 del decreto 222 de 1983, en concordancia con el artículo 195 del estatuto contractual de las Empresas.

De acuerdo con lo anterior, el acto cuya nulidad se debe pedir para la devolución del dinero retenido, es el acto que impuso las multas y no el acto de liquidación del contrato pues allí solamente se tienen en cuenta los valores para efectos de liquidación final. Si el demandante, como alega, considera que las multas no fueron impuestas en forma legal, siempre hubo un acto de la administración por conducto de la interventoría que concretaba la sanción, y en el peor de los casos, la sancionada tuvo expedito el camino para solicitar la devolución de lo indebidamente pagado mediante la acción de Reparación Directa, si se trataba de un acto de difícil prueba.

Para no hacerme más extenso en este alegato, me remito a las conclusiones que en la misma pieza procesal presenté ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y en la cual se hace un análisis profundo de los aspectos más importantes debatidos en el proceso". (folios 826 a 829 Cdno. No. 1).

IV. VISTA FISCAL

El Fiscal Octavo de la Corporación Dr. Jaime Mossos Guarnizo, en su concepto de fondo, visible a folios 857 y siguientes del cuaderno No. 1

OBSERVA:

La parte actora, al apelar el fallo de primera instancia se fundamenta en el hecho que el tribunal omitió pronunciarse sobre la pretensión quinta o segunda subsidiaria que dice: "Que en el evento de que el H. Tribunal desestime las dos precedentes pretensiones y al anular las resoluciones acusadas, declare incumplido por parte de las Empresas Públicas de Medellín el contrato 3/DJ 6964/51, y ordene su liquidación sobre las bases que conforme a lo aprobado en juicio, considere aplicables el H. Tribunal".

El Tribunal Administrativo de Antioquia, al decidir este proceso dijo: "Las multas no fueron impuestas mediante resolución motivada, como lo requieren las normas citadas y parcialmente transcritas".

Tampoco la resolución 433, de noviembre 23 de 1983 (f.9) contiene motivación alguna en cuanto a las multas que pretende imponer o legalizar:

Además, las multas no podían imponerse en la resolución que dispone la liquidación, **porque las obras habían sido recibidas a satisfacción con bastante anterioridad** - más de 7, 6, 9, y 10 meses, respectivamente, para cada obra, numeral 5.1.-:-

Terminado el contrato y recibidas las obras a satisfacción, las Empresas Públicas perdieron su poder exorbitante para imponer multas por retardo en forma unilateral; como la ha dicho la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, había tenido que recurrir en demanda, a fin de que se declarara el incumplimiento del contratista y se dispusiera condena en tal sentido".

Pues bien, esta Agencia del Ministerio Público, observa que al acceder a las pretensiones principales de la demanda, no estaba obligado el Tribunal de entrar a decidir sobre las subsidiarias, pues esta últimas deben ser estudiadas y decididas por el Juzgador, cuando las principales no prosperan. Al declararse parcialmente nulas las Resoluciones 433 de 1983 y 167 de 1984 y ordenarse a las Empresas Públicas de Medellín la devolución de las sumas respectivas por concepto de multas a la Sociedad Suramericana de Electrificación S. A. "SADE S.A." esta decisión atendió lo solicitado en las principales y ello está acorde con la acción instaurada en el presente proceso que es la consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, o sea, la del restablecimiento del derecho.

Ahora, si llegare a entrar a decidir sobre la petición quinta o segunda subsidiaria de la demanda, se estaría frente a una acción diferente a la instaurada en este proceso, pues de la lectura de la referida pretensión, se concluye que sería una acción relativa a contratos, consagrada en el artículo 87 del C. C. A. Habría indebida acumulación de acciones, lo cual conduce a una decisión inhibitoria de este punto.

Por consiguiente, esta fiscalía, considera, que no es del caso acceder a lo pretendido por la parte actora en el recurso de apelación y solicita al H. Consejo de Estado se confirme la sentencia de 14 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia". (folios 858 a 860 Cdno. 1).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será revocada parcialmente pues el **ad-quem** no hace suya la perspectiva parcial que manejó el **a-quo** y que lo llevó a concluir que las Resoluciones Nos. 433 de 29 de noviembre de 1983 y 167 de 1984, tienen el universo de ACTO SEPARABLE en tanto y en cuento mediante ellas se imponen o legalizan MULTAS, y, por lo mismo, podían ser demandadas, como efectivamente se hizo, a través de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A.; pero que habida consideración de que mediante los mismos actos administrativos se liquidó también el contrato, el alcance del conflicto de intereses, que de ésta última decisión unilateral de la administración resulta, es de naturaleza CONTRACTUAL, y, por lo mismo, el demandante ha debido invocar el artículo 87 del C. C. A., que trata de las "ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS", que, en el momento en que se presentó la demanda -se recuerda- se tramitaban por la vía indicada en el artículo 217 del mismo estatuto.

Razonando dentro del anterior temperamento, el sentenciador de instancia denegó las pretensiones de la parte actora orientadas a obtener el reconocimiento de los derechos que afirma se le conculcaron al hacer la liquidación en comento.

La filosofía jurídica anterior no la patrocina la Sala porque ella conduce al manejo de vivencias de contradicción, pues a la luz de las pautas jurisdiccionales que ha fijado esta Corporación, el acto mediante el cual se impone una multa no se ha considerado por la jurisprudencia como SEPARABLE, realidad que ha debido llevar al tribunal a concluir, dentro de su lógica, que tampoco podía hacer pronunciamiento o condena alguna respecto de las MULTAS, pues la controversia sería esencialmente de naturaleza contractual. Por lo demás no encuadra dentro de la lógica de lo razonable que un mismo acto administrativo tenga que discutirse, en sus alcances jurídicos, en dos procesos distintos, en ejercicio de acciones también distintas y por procedimientos diferentes. Llenar los espacios intersticiales que deja la legislación es tarea del juez sin que por ello pueda afirmarse que esté está creando derecho.

En apoyo de la afirmación parece conveniente recordar que en una de las primeras providencias que profirió esta Sala, después de la expedición del nuevo código contencioso administrativo (expediente No. 4880. Actor Occidental de Colombia inc.) con ponencia del Consejero Dr. Jorge Valencia Arango, se dijo:

> e) No puede decirse lo mismo de **otros actos administrativos contractuales -no separables- precisamente porque no se conciben sin la existencia del contrato y lo afectan en su perfeccionamiento, interpretación, ejecución o liquidación, como son, a manera de ejemplo LOS QUE IMPONEN UNA MULTA, la cual no puede discutirse sin controvertir el cumplimiento del contrato, la que interpreta unilateralmente el contrato o lo modifica unilateralmente.**, contra los cuales- D. L. 222/83- hay que agotar el procedimiento gubernativo pero solo pueden impugnarse una vez liquidado el contrato; **las que decretan la caducidad del contrato inconcebibles sin él, aunque éste sí pueda existir sin tales actos**. . . . ." (Auto agosto 21 de 1986) (Subrayas de la Sala).

Posteriormente, en sentencia de 18 de octubre de 1989, Expediente No. 5655, Actor Constructora de Carreteras y Obras Civiles Ltda., Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, se recordó:

> ". . . . . **hay que entender por "ACTOS" los contractuales propiamente dichos**, o sea aquellos calificados por la jurisprudencia de esta misma Sala como **los expedidos por la entidad pública contratante luego de la celebración del contrato, con incidencia en la relación negocial misma (efectos, derechos y obligaciones) y que no pueden**

entenderse sin la existencia misma del contrato. Actos que, como también se ha dicho, son manifestaciones exorbitantes de la conducta contractual de la administración contratante, la que también, como el contratista particular, manifiesta su conducta a través de los hechos u operaciones de ejecución.

Se insiste en estos actos por oposición a **LOS SEPARABLES,** sometidos por el mismo código (artículo 87 in fine) a acciones distintas a las contractuales, o sea las de nulidad o restablecimiento, y **que no son otros que los expedidos por la administración en la ETAPA PREVIA A LA CELEBRACION DEL CONTRATO y que pueden existir sin que éste llegue a celebrarse.** Actos separables cuya impugnación deberá hacerse por la vía del proceso ordinario, una vez terminado o liquidado en contrato, salvo el de adjudicación (artículo 136, inciso 8o.).

Y como estos actos separables están sometidos a las acciones de nulidad y de restablecimiento propias de los demás actos administrativos, ésta última tendrá el término de caducidad de los cuatro meses señalados por el inciso 2o. del artículo 136. Se aclara, además, que cuando la controversia contractual gira en torno a un acto contractual propiamente dicho, la petición de nulidad que se haga contra él con fines de restablecimiento del derecho, no la convierte en una simple acción de las reguladas en el artículo 85 del C. C. A., en otros términos, porque las acciones del artículo 87 (relativas a contratos) pueden girar, o bien sobre el contrato mismo v. gr. nulidad, terminación y cumplimiento, o sobre los hechos u operaciones de ejecución **o bien sobre el acto contractual que incida en los derechos y obligaciones emanados del contrato, por ejemplo, en que declara su caducidad, su modificación o LIQUIDACION,** sin que por eso pueda hablarse de términos caducidad diferentes..... La acción intentada encaja en las del artículo 87 del código, ya que gira en torno a un acto contractual y su pretensión de nulidad busca dejar en firme la liquidación del contrato de obra celebrado entre las partes el 24 de agosto de 1984, **AUNQUE ASI NO LO PIDA EXPRESAMENTE EL DEMANDANTE.** La prosperidad de la misma, como es obvio, restablecerá el derecho de la contratista, **sin que por ello pueda hablarse de que la acción propuesta deje de ser contractual de las del citado artículo 87, para convertirse en una simple acción de restablecimiento de las reguladas en el artículo 85 del mismo estatuto, como lo sostiene el tribunal"** (Subrayas de la Sala).

B) La tarea que se impone el sentenciador, en el caso en comento, es la de interpretar la demanda, como se hizo en el caso antes citado, pues no resulta justo ni razonable que el valor justicia se sacrifique en homenaje a la forma, máxime cuando todo el entuerto jurídico resulta imputable en buena parte al legislador caótico que se padece y a la jurisprudencia vacilante, que en más de una ocasión

no orienta sino que confunde. Se predica lo primero, porque resulta incuestionable que el nuevo C. C. A., al consagrar la figura del ACTO SEPARABLE, no lo definió, dando lugar con ello a toda suerte de interpretaciones encontradas, con el agravante de haber dispuesto, en el inciso final del artículo 87 del C. C. A., que ellos serían controlables. . . . ". Dentro de éste marco de crítica la jurisprudencia de la Sala ya había recordado que: a) Desafortunadamente el nuevo estatuto, en forma **INCONSULTA E INJURIDICA E INNECESARIA,** importó de Francia la noción de los actos separables del contrato, según referencia expresa de los artículos 136, penúltimo inciso y 87 inciso final del actual C. C. A." (Auto agosto 21 de 1986, en antes citado).

También la doctrina se ha venido estructurando dentro de la misma perspectiva de crítica. Así el Dr. Miguel González Rodríguez, al estudiar el asunto en su obra "Código Contencioso Administrativo, Editorial Wilches, 1987, Tomo I, pags. 598 y ss.ss., enseña:

> "La cuestión no presentaría problemas de ninguna naturaleza, ni en cuanto a la acción que se debe seguir en sí misma, ni en cuanto a su caducidad, **si el legislador delegado se hubiera preocupado por definir legislativamente lo que debe entenderse por "ACTO SEPARABLE",** noción creada por el derecho Francés y trasladada sin beneficio de inventario alguno, como tantas otras, y por el solo prurito de importar por importar, de contaminar el derecho latinoamericano con instituciones o figuras foráneas -como lo dijo un profesor venezolano en alguna ocasión - primero por nuestra jurisprudencia y después por el nuevo C. C. A., al mencionar los actos separables del contrato en sus arts. 87 y 136, inciso final.
>
> En efecto, si el legislador expresamente hubiera dicho, siguiendo en ello la doctrina y la jurisprudencia del país en donde la figura tuvo su origen, que "ACTOS SEPARABLES" son los distintos tipos de actos que se han expedido durante la etapa de formación del contrato, incluído el de adjudicación de éste, conforme al criterio adoptado por el Consejo de Estado Francés en los arrets Commune de Gore (1903) y Martín (1905), para permitir con ello que terceros ajenos al contrato (oferentes o licitantes) pudieran impugnar, en defensa de sus derechos e intereses, los actos administrativos claramente PRECONTRACTUALES, no existiría problema alguno pues habría quedado claro lo siguiente: 1o.) Que los actos separables no son otros que esos, por lo cual quedaban excluidos de la noción - los surgidos en la etapa de ejecución y liquidación del contrato 2o.) Que los actos separables sólo son demandables mediante las acciones de nulidad y de la de restablecimiento del derecho 3o.) Que los actos contractuales, es decir, los que se dan en la etapa de ejecución y de liquidación del contrato, son demandables por conducto de la acción contractual prevista en el art. 87 del estatuto; 4o.) Que los actos separables son demandables dentro del

término de caducidad previsto en el artículo 136 para la acción de restablecimiento del derecho, si de ella es de la que se hace uso, o en cualquier término, si la escogida es la acción de nulidad 5o) Que los actos contractuales son demandables dentro de los dos años previstos en el inciso séptimo del art. 136 del C. C. A., y 6o.) Que, bien que se demande un acto separable o bien que se demande un acto contractual, **el procedimiento es el del juicio ordinario y no el procedimiento del juicio especial, por cuanto es claro que respecto de demanda contra actos administrativos no es viable la denuncia del pleito o la demanda de reconvención, ni la transacción, ni el allanamiento de las pretensiones de la demanda, que es lo que caracteriza nuestro juicio especial de contratos y de reparación directa.**

Pero ello no se hizo así, y hoy nos encontramos ante dos concepciones o criterios enfrentados: el de quienes, siguiendo la doctrina francesa, dicen que "ACTOS SEPARABLES" son solo aquellos que se dan en la etapa de formación del contrato, por lo cual también se los puede denominar ACTOS PRECONTRACTUALES; y el de quienes consideran que todos los actos administrativos relacionados intima o estrechamente, con un contrato, que puede ser administrativo o de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad-algunos sostienen que la noción de acto separable sólo tiene relación con el contrato administrativo y el interadministrativo-sea que se hayan expedido en la etapa de ejecución y en la de liquidación del vínculo, deben considerarse como actos separables del contrato (detachables). Que como consecuencia de ello, dicen, igualmente, que los actos separables, cuando se ejerce la acción de restablecimiento del derecho, deben ser impugnados ante el juez administrativo dentro del término de caducidad, de los cuatro meses previsto para dicha acción; y que, cuando se trata de actos contractuales el término de caducidad es el de los dos años previstos para las acciones contractuales; por el contrario, los segundos sostienen que todos los actos administrativos, sean expedidos durante la etapa de formación o durante la etapa de ejecución y de liquidación, son acusables ante la jurisdicción especial dentro de los dos años señalados como término de caducidad de las acciones contractuales. . . . . Consideramos como en múltiples ocasiones lo hemos dicho, **que asuntos de este orden, en donde la concepción doctrinaria o jurisprudencial es hoy una y mañana otra. . . . . lo aconsejable es que el asunto quede definido expresamente por el legislador, para, en esa forma conocedores todos de las reglas de juego, se protejan los derechos de los administrados, y no como sucede- y ha sucedido en múltiples ocasiones- que aquellos, SIGUIENDO LAS ORIENTACIONES DE NUESTRO MAS ALTO TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SOBRE DETERMINADO PUNTO PROCESAL, HAN VISTO FRACASADAS SUS PRETENSIONES POR UNA CUESTION MERAMENTE FORMALISTA, QUE ES EL CRITERIO QUE EN LOS ULTIMOS TREINTA AÑOS PARECE HABER ORIENTADO A**

NUESTRA JURISPRUDENCIA, CON ALGUNAS HONROSAS EXCEPCIONES" (Subrayas de la Sala).

También el doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, en conferencia que pronunció en la Cámara de Comercio de Bogotá, con ocasión del seminario que la citada entidad patrocinó para la actualización jurídica, y quien aparece publicada en su revista bajo el rubro "EL NUEVO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO" pags. 159 y ss., recuerda el viacrucis legal, doctrinario y jurisprudencial que se ha padecido en el país con el mejor deseo de tener la cabal comprensión jurídica del ACTO SEPARABLE. En lo pertinente de la misma, el citado profesional del derecho, recuerda:

". . . .se afrontó la polémica sobre cuáles eran los actos separables del contrato a que hacía referencia el nuevo Código Contencioso Administrativo. Lógicamente, como es natural cuando se trata de debatir reformas de alguna importancia, la polémica fue complicándose debido a que aparecieron diversas opiniones.

Haciendo un recuento de las controversias que tuvieron lugar en foros y seminarios de la época, podríamos decir que se plantearon fundamentalmente dos posiciones:

La primera buscaba el concepto de actos separables a través de un análisis gramatical de la denominación. A este respecto quienes la defendían hacían una serie de reflexiones teóricas en el sentido de que los actos separables eran aquellos que para efectos de su controversia jurisdiccional podían "separarse" del contrato. Sin embargo, a pesar de que esta reflexión parecía sencilla, en la práctica era de muy difícil aplicación concreta porque cuando se iba a precisar cuales eran separables y cuales no, la discusión retornaba al punto inicial. Otros, dentro de esta misma orientación, decían que para determinar si el acto era separable o no, era necesario establecer si el acto tenía su propia identidad, por lo cual podía existir por sí mismo, independientemente del contrato. En este último caso también la idea era teóricamente lógica, pero de muy difícil aplicación práctica y concreta cuando se trataba de precisar cuáles actos efectivamente tenían esa independencia del contrato y cuáles no. En la búsqueda de esa concreción sobre cuáles eran actos separables desde el punto de vista del análisis gramatical de la expresión, la idea que logró una mayor precisión consistió en decir que los actos que tenían la propia identidad de que se hablaba, es decir, la autonomía frente al contrato, eran los llamados actos administrativos contractuales, o sea, aquellos que se expedían en las diferentes situaciones en que la administración estaba habilitada legalmente para tomar decisiones unilaterales en materia contractual. En consecuencia, según esta posición, los actos separables del contrato eran todos los actos administrativos contractuales, ya fueren expedidos en la etapa precontractual o en la

ejecución o liquidación del contrato.

De acuerdo con lo anterior, como ya sabemos que la consecuencia legal de que un acto fuera separable consistía en que no era controvertible por las acciones contractuales sino por las demás acciones, las contractuales quedaban destinadas solamente para aquellas controversias en las cuales no estuviera de por medio un acto administrativo, como serían especialmente los casos de responsabilidad por incumplimiento de una de las partes, cuando ese incumplimiento no proviniera de un acto de esa naturaleza.

Esa interpretación alcanzó a ser aplicada jurisprudencialmente por la Sección Tercera del Consejo de Estado, orientada en buena parte por el consejero Carlos Betancur Jaramillo quien la había acogido en una conferencia dictada sobre el tema en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y la había adoptado en la edición entonces de su libro sobre derecho procesal administrativo (véase Carlos Betancur Jaramillo, Derecho Procesal Administrativo, 2a. Edición, Medellín, Señal Editora, 1985, pags. 30 y ss. y las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 15 de febrero de 1985. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4557. Actor: Hernando Castro; 13 de septiembre de 1985. Consejero Ponente, Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4699. Actor: Sociedad E. R. Squibb y Sons; 17 de septiembre de 1985. Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 4672. Actor: Compañía Colombiana de Ascensores Ltda).

No obstante lo anterior y con el voto favorable del mismo consejero Carlos Betancur Jaramillo, quien expresamente reconoció su equivocación inicial, posteriormente la misma Sección Tercera cambió de orientación y adoptó la segunda posición que había sido planteada por otro grupo de juristas.

Esa segunda posición partió de la base de que no era claro ni lógico excluir de las acciones contractuales todas las controversias originadas en actos administrativos contractuales, y, además, que si las interpretaciones ensayadas y basadas en el análisis simplemente gramatical de la expresión no eran satisfactorias, era necesario acudir a las fuentes de donde seguramente había sido tomada esa institución, así fuera criticable el que se hubiera trasplantado al derecho colombiano sin ningún análisis previo.

En ese sentido, quienes habíamos planteado esta interpretación hacíamos notar que si bien la figura de los actos separables era novedosa y extraña en el derecho colombiano, ella tenía un significado técnico y muy preciso en el derecho administrativo francés, del cual, como todos sabemos, se han traído diversas instituciones al derecho administrativo colombiano, y muy seguramente era de allí de donde la habían tomado quienes la incluyeron

en el nuevo Código Contencioso Administrativo.

Esta posición, además del antecedente en el derecho francés, tomó fuerza por las debilidades de la primera. En efecto, en dicha primera interpretación, si bien era finalmente fácil identificar los actos separables en la medida en que eran todos los actos administrativos conceptualmente presentaba muchas dificultades para sostenerla. Por ejemplo, no se entendía cómo, según ella, una controversia sobre la resolución que declaraba la caducidad de un contrato, por tratarse de un acto administrativo, y por consiguiente, separable, no fuera objeto de la acción contractual, sino de las acciones propias de los actos administrativos. Yendo más al fondo del problema, no se entendía cómo, según esa interpretación, la controversia sobre el acto de caducidad podía separarse del contrato y no ser, en consecuencia, una controversia contractual, si los fundamentos de la caducidad se encuentran en el contrato, ya que sus causales están previstas en la ley y en dicho contrato. Si, además, para saber si esas causales se presentaron es necesario analizar la ejecución del contrato de las partes e, inclusive, desde el punto de vista probatorio, el contrato debía acreditarse pues el acto no podía ser objeto de análisis sin este último.

De tal manera que esas dificultades hicieron que el análisis jurisprudencial del problema fuera cambiado de orientación y hoy podemos decir que el tema se había decantado en el sentido de que el mismo Consejo de Estado, que había adoptado inicialmente la primera interpretación, no la pudo sostener y terminó adoptando la segunda con base en la jurisprudencia y la doctrina francesas según las cuales los actos reparables son únicamente los precontractuales, es decir, aquellos actos administrativos que se producen como decisiones unilaterales de la administración en la etapa de formación del contrato.

En ese sentido encontramos un buen número de providencias del Consejo de Estado que han venido reiterando la anterior interpretación, como las siguientes auto de 21 de agosto de 196. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 4880. Actor Occidental de Colombia Inc. auto de 1o. de octubre de 1986. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 4880. Actor Occidental de Colombia Inc., auto del 6 de abril de 1987. Sección Tercera. Consejero Ponente: doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 5050. Actor: Cámara Colombiana de la Construcción, Camacol.

En una de las primeras providencias anteriormente citadas se dijo lo siguiente, que muestra con claridad el sentido de la nueva interpretación:

"Tanto 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. (artículos 87 y 136), no cabe duda de que por tales solo pueden tenerse

en aquellos actos administrativos que pueden existir jurídicamente sin necesidad del contrato, aunque la existencia o validez de este no puede 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, sin importar que el respectivo contrato nazca o no a la vida jurídica" (auto del 1o. de octubre de 1986, citado).

Puede decirse, entonces, a pesar de que en algunos tribunales puedan continuar aplicando todavía la primera interpretación que el problema de los actos separables había sido resuelto por el Consejo de Estado a través de la última interpretación mencionada, la cual había venido reiterándose suficientemente como para pensar que constituía el camino definitivo adoptado en relación con este tema.

Lo anterior quería decir, en conclusión, que cuando el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo excluía de las acciones contractuales las controversias sobre actos separables, sólo estaba excluyendo las acciones sobre actos precontractuales, como las autorizaciones previstas en las normas para la celebración de contratos, la apertura de la licitación y la adjudicación de la misma, de tal manera que todos los demás actos que hacen parte de esa larga lista de actos administrativos contractuales no eran separables, y por consiguiente, se controvertían a través de la acción contractual. Como ejemplo de esos actos administrativos contractuales no separables, podemos citar todos los que se expiden en la etapa de ejecución del contrato, como el que declara la caducidad, los de interpretación, modificación y terminación unilaterales, el que hace efectiva la cláusula penal, los que decretan multas al contratista, etc., cuyas controversias se debían adelantar a través de la acción contractual; así se tratara de controversias sobre actos administrativos".

Toda la literatura jurídica que se deja expuesta se orienta a dejar en claro que dentro de ese caos legislativo, doctrinario y jurisprudencial, se presentó la demanda con que se inició el presente proceso (septiembre 11 de 1984), lo que explica que en justicia no se le pueda cobrar a la parte actora el no haber procedido conforme a los desarrollos jurídicos posteriores, que el mismo Consejo de Estado patrocinó o bendijo. Por ello la demanda, como ya se dijo antes, debe ser interpretada para que en el caso en comento más que la ley, se realice el Derecho.

C) Tan preocupante para la seguridad y la certeza jurídicas fue la situación que se deja descrita, que el legislador de 1989 pretendió ponerle coto a la misma

con la expedición del Decreto 2304 de 7 de octubre de ese mismo año, que SUPRIMIO la referencia que en el C. C. A., se hacía a los ACTOS SEPARABLES y acabó con el procedimiento especial para la tramitación de los conflictos de intereses relativos a contratos. Eliminó, igualmente, el último inciso del primitivo texto del artículo 136 del citado estatuto que preceptúa que: "Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato". Infortunadamente todo indica que nuevos vacíos y fallas han aparecido, consolidándose así la sensación de desconcierto que antes de la nueva normatividad existía. Este sentimiento, al menos, es el que expuso el Dr. DIONISIO GOMEZ RODADO en conferencia que pronunció en el mismo foro a que en antes se hizo referencia, y que aparece publicada en la misma revista. En lo sustancial de su exposición el citado profesional del derecho discurre dentro del siguiente temperamento:

Cada vez es más frecuente asistir al doloroso espectáculo de producción de normatividad de especial importancia para la comunidad, fruto del bien intencionado pero **INGENUO** y, por qué no decirlo, **IMPRUDENTE** comportamiento de sus progenitores. . . . .qué poco se tiene en cuenta el objeto de la legislación. No interesan los destinatarios de las normas. No se consultan sus necesidades. No se les invita a las mesas de la producción legislativa. Por el contrario, **se les esconden los proyectos y se expiden los estatutos y las leyes están próximas a vencer las facultades extraordinarias que se han recibido y por ello, la época del ejercicio de las competencias para expedirlos.**

Finalmente, y nos duelo también tener que expresarlo, asistimos a cambios e innovaciones legislativas CAUSADOS POR LA VANIDAD HUMANA; por el deseo de imponer todo aquello que otrora no fue aceptado; de elevar a categoría de ley y los argumentos rechazados; de tornar en legislación mecanismos de defensa que en el pasado carecieron de validez, de convertir las salvedades en la verdad legislativa.

Todo ello aunado a las felices y laxas interpretaciones del mandato otorgado por el legislador ordinario de 1987, **no pudo conducir sino a un NEFASTO Y DECEPCIONANTE estatuto, como lo es el Decreto-ley 2304 de 1989".** (Obra citada, pags. 67 y ss. s.s.) (Subraya la Sala).

No es de extrañar, pues, que frente a las dificultades creadas por LA LEGISLACION, corresponda al Juez, en cada caso concreto, interpretar la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva, que como reiteradamente lo ha dicho ésta Sala, en más de una ocasión resulta de más interés que la de la propia ley. Esa tarea se impone, pues como bien lo recuerda el Profesor Norberto Bobbio, "a) El lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso; la primera tarea del jurista es hacerlo más riguroso; b) El lenguaje del legislador no es necesariamente completo: la segunda tarea del jurista en completarlo lo más posible; c) El lenguaje del legislador no es necesariamente ordenado: La tercera

tarea del jurista es reducirlo a sistema. La primera fase es de PURIFICACION la segunda de INTEGRACION y la tercera de ORDENACION del lenguaje jurídico. En el ciclo de estas tres fases se desenvuelve y se agota la labor del estudio del jurista en el sentido tradicional de la palabra, por lo menos en los ordenamientos jurídicos basados en la monopolización del Derecho por parte de la norma legislativa y en donde, por tanto, **se distingue claramente la actividad del legislador de la del juez, así como la del jurista que interpreta las leyes de la del juez que las aplica al caso concreto".** (Contribución a la Teoría del Derecho. Fernando Torres Editor, pags. 187 y ss. ss.) (Subrayas de la Sala).

Con lo que se deja expuesto no se quiere significar que la jurisprudencia resulte con las excelencias que no tiene la ley, pues el juez necesariamente trabaja con ésta. Es el auxilio de los principios generales que informan el Derecho y la convicción de que éste no es la ley, lo que permite, en más de una ocasión, amasar una decisión justa, equitativa y razonable para la definición del caso concreto.

D) El **ad-quem** falla, pues, este diferendo, interpretando la demanda y considerando la controversia como contractual. Aplica así la jurisprudencia que se abrió paso después del 11 de septiembre de 1984, (momento en que se presentó el libelo), pues considera que su aplicación, en el **sub-lite,** no genera ninguna injusticia. No sería justo ni razonable, se repite que los administrados, por seguir las pautas jurisprudenciales vigentes en el momento en que acuden a la jurisdicción, tengan que ver fracasadas sus pretensiones por cuestiones simplemente formalistas de las cuales ellos no son ni autores ni responsables. En la doctrina se discute el alcance retrosprectivo de la jurisprudencia y una fuerte corriente se inclina por aceptarlo cuando con él no se genera una GRAVE INJUSTICIA. Al respecto el jurista americano BANJAMIN CARDOZO enseña:

> "Digo, en consecuencia, que en la gran mayoría de los casos el efecto retrospectivo del Derecho Judicial (Judge-made law) se siente porque no contiene **NINGUNA INJUSTICIA,** o porque contiene solamente aquellas **INJUSTICIAS QUE SON INEVITABLES** cuando no hay ninguna norma establecida. Pienso que es importante observar que cuando se **TIENE LA SENSACION DE QUE LA INJUSTICIA ES DEMASIADO GRANDE, O INNECESARIA,** ese efecto retrospectivo se detiene" (La Naturaleza de la Función Judicial. Ediciones Arayu, pág. 119) (Subrayas de la Sala).

Finalmente, en casos como el presente se impone poner en marcha también el PRINCIPIO DE LA EFICACIA, que enseña que los procedimientos deben lograr su finalidad y que se deben remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitando así decisiones inhibitorias.

E) Antes de entrar a considerar el alcance de las pretensiones y su vocación

de prosperidad, se impone entrar a resolver la OBJECION QUE POR ERROR GRAVE formuló la parte demandada al experticio rendido por los auxiliares de la justicia señores ENRIQUE ORDOÑEZ MONTOYA Y GUSTAVO PATIÑO DUQUE, la cual se concretó en los siguientes términos:

> " . . . . mi objeción se basa, entre otras razones, en el grave error de apreciación en que incurren los peritos por partir de supuestos técnicos, sin ninguna fundamentación, toda vez que para ello era necesario acudir a los estudios de diseño de la obra, los que nunca fueron consultados por los peritos, y porque confundieron en mi sentir, las condiciones de los pliegos con las condiciones técnicas esto es, las normas de ingeniería- que permitían, como en efecto lo permitieron, construir las presas sin haber terminado los túneles, si es que, en gracia de discusión, aceptamos que era presupuesto indispensable la terminación de los mismos.
>
> Que en efecto lo permitieron porque incluso LAS EMPRESAS, haciendo uso de las atribuciones que le son propias como entidad pública contratante- atribuciones que conocemos los abogados y en ocasiones aquellas personas que han trajinado en este tipo de contratos-ordenaron al contratista que procediera a construir las presas, órdenes que de haber sido acatadas no habrían retardado la terminación de la obra" (Cdno. No. 1, fol. 634 y ss. ss.).

Para demostrar el cargo se solicitó la práctica de algunas pruebas, de las cuales el **a-quo** sólo decretó la realización de un nuevo dictamen, designado para llevar a cabo éste trabajo a los ingenieros civiles especializados en hidráulica, OSCAR JOSE MESA SANCHEZ y LILIAN POSADA GARCIA, quienes en el momento procesal oportuno presentaron el trabajo que obra a folios 661 y siguientes del Cuaderno No. 1. La Sala observa que éste último, en puridad de verdad, no se centró sobre los puntos que dieron pié para hacer la objeción por error grave, motivo por el cual el sentenciador no tiene ningún elemento de juicio que le permita concluir que el primer trabajo PARTIO DE SUPUESTOS TECNICOS SIN NINGUNA FUNDAMENTACION o que se hubiese presentado confusión entre LAS CONDICIONES DE LOS PLIEGOS Y LAS CONDICIONES TECNICAS. Los nuevos auxiliares de la justicia concretaron su tarea a volver a absolver los interrogantes que ya habían contestado los primeros, en el mismo orden, y con algunas precisiones de detalle que no dan margen para dar por probado el error grave. Entre los dos trabajos existen coincidencias muy marcadas y matices de manejo de cada realidad fáctica que para el **ad-quem** no alcanzan a tipificar el ERROR GRAVE. Es normal que si los auxiliares de la justicia manejan, respecto de un mismo punto, perspectivas diferentes, puedan llegar a conclusiones variadas pero en ningún caso erradas, que por lo demás, resultan muy ilustrativas para la mejor comprensión de los distintos puntos que son objeto de debate.

La Sala encuentra, por ejemplo, que entre el primer dictamen y el segundo hay acuerdo pleno al establecer las cantidades de obra previstas en el contrato

para la Captación - Nechí y la conducción Nechí-Pajarito, dentro del siguiente marco:

CAPTACION NECHI

Item 54	Excavación en corte abierto	Cantidad	%
a	En tierra-según contrato	9.000 M3	
	real excavado	8.669 M3	
b	En roca según contrato	3.600 M3	
	real excavado	15.718 M3	
	Total item-según contrato	12.600 M3	
	Total item-real excavado	24.387 M3.	193.55
Item 66	Concretos		
	según contrato	3.365 M2	
	real vaciado	4.221 M3	125.44
Item 58	Rellenos estructurales		
	según contrato	2.000	
	real rellenos	3.211	160.55
Item 67	Acero de Refuerzo		
	Según contrato	96.000 Kg.	
	real aceros	118.641	123.58

CONDUCCION NECHI-PAJARITO

Item 29	Excavación en corte abierto		
	según contrato	18.000 M3.	
	real excavado	32.339	179.66
Item 34	Relleno estructural		
	según contrato	1.700	
	real relleno	4.621	271.82
Item 87	Encapotados		
	según contrato	15.000 M2	
	real encapotado	19.513	130.09
Item 86	Enrocados		
	según contrato	350 M3	
	real enrocado	782	223.43

Por lo tanto en la Captación Nechí las cantidades realmente ejecutadas en

los items 54, 66, 58 y 67 excedieron en más de un 120% las cantidades contractuales. Y en la Conducción Nechí-Pajarito las cantidades de obra ejecutadas de los items 29, 34, 87 y 86 excedieron en más de un 120% las cantidades previstas originalmente" (folios 505 a 506 del Cdno. No. 1).

SEGUNDO DICTAMEN

Captación Nechi

Item 54	Excavaciones en corte abierto		
	En tierra	Previsto	9.000 m3
		Real	8.669
	En roca	Previsto	3.600
		Real	15.718

El 120% de la cantidad prevista para excavaciones en corte abierto sería 15.120 m3, con lo cual, la cantidad excedida por encima del 120% sería de 9.267 M3.

Item 58	Rellenos estructurales		
		Previstos	2.000 M3
		Real	3.211

El 120% de la cantidad prevista para relleno estructural sería 2.400 m3, con lo cual, la cantidad por encima del 120% fue de 811 M3.

Item 67	Acero de refuerzo		
		Previsto	96.000 Kg.
		Real	118.641 Kg.

El 120% de la cantidad prevista para acero de refuerzo sería 115.200 Kg. con lo cual, la cantidad por encima de este valor fue de 3.441 Kg.

Item 66	Concretos (excluyendo numerales d(e i)		
		Previsto	3.365 M3.
		Real	4.221

El 120% de la cantidad prevista sería 4.038 m3, con lo cual la cantidad excedida por encima del 120% fue de 183 M3.

Conducción Nechí-Pajarito

Item 83	Excavación en corte abierto		
		Previsto	18.000 m3.
		Real	32.339

El 120% de la cantidad prevista son 21.600 M3, con lo cual, la cantidad excedida por encima del 120% fue de 10.739 M3.

Item 85 Relleno estructural

Previsto	1.700 M3
Real	4.621 M3

El 120% de la cantidad prevista con 2.040. La cantidad excedida por encima de este valor fue 2.581 M3.

Item 86 Enrocados de roca echada

Previsto	15.000 M2.
Real	19.513 M2.

El 120% de la cantidad prevista son 18.000 M2. La cantidad excedida por encima de este valor fue 1.513 M2.

Pilotines en llaves estructurales (obra extra).". (folios 676 a 678 Cdno. No. 1)

Tanto en uno como en otro trabajo los auxiliares de la justicia están de acuerdo en que las Empresas Públicas de Medellín han debido ampliar a Sade los plazos. Los primeros afirman que ". . . . .los mayores plazos que EE. PP de Medellín debió conceder a SADE son los mismos que ésta solicitó en su propuesta de reprogramación contenida en las gráficas que aparecen a folios 50, 51, 52 y 53 del Libro E. . . ." (Cdno. No. 1, fol. 521); los segundos, al contestar la pregunta 38 del cuestionario son más precisos y convincentes, pero sin que por ello pueda predicarse que se registre entre los dos trabajos un error que pueda calificarse de grave.

Como los rubros anteriores determinarán la condena que se hará en la parte resolutiva del fallo, bien puede concluirse que en lo sustancial de los dos trabajos hubo acuerdo, lo que produce en el sentenciador certeza y da fuerza de convicción al fallo, como más adelante se destacará.

En materia de error grave, la Sala reitera en esta ocasión la filosofía jurídica que se recoge en providencia de 25 de agosto de 1989, Expediente No. 2397. Actor: Margarita Villa de Gómez Jaramillo, en la cual se lee:

"La objeción por error grave sólo se deja manejar y tiene vocación de éxito cuando se encuadra dentro de la filosofía que sobre el particular exponen los tratadistas de pruebas judiciales. Por vía de ejemplo puede citarse al doctor Antonio Rocha sobre la materia enseña:

¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción de

error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que éste realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción moderna de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama,, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase "Precis de Philosophie", por Paul Foulquié, profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, Lógica Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis).... pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿cuál sería ese error, en qué consiste, como se comprueba?. . . . .Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es el procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estará, en últimas, sujeta - su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial..... Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terreno para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio, error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante, y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya o de Borrero.

Desde luego el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. Subrayas de la Sala U. Nacional de Colombia 3a. Edición. 1951, pags. 230 y ss.).

Para la Sala la objeción de error grave, encuadrada dentro de la perspectiva

anterior, no es de recibo, pues los reparos que se hacen al trabajo de los auxiliares de la justicia ameritan simplemente que el juez los examine dentro del marco de libertad que tiene para definir si las conclusiones de éstos son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos".

F) Al definir el fondo del presente conflicto de intereses, de suyo complejo, la Sala desea destacar que ha apreciado en todo su universo los dictámenes periciales rendidos por Enrique Ordoñez Montoya y Gustavo Patiño Duque, lo mismo que el presentado por los auxiliares de la Justicia Oscar Mesa Sánchez y Lilian Posada García. Respecto de este último trabajo parece conveniente recordar que el mismo apoderado de las Empresas Públicas de Medellín, en su alegato ante el **a-quo** destaca que:

". . . . son peritos idóneos, expertos en la materia, ingenieros hidráulicos. . . . .". (Cdno No. 1 fol. 760) y presentaron un trabajo más ajustado a la realidad probatoria y a las distintas circunstancias particulares del caso. Esta verdad fáctica explica bien que el mismo mandatario judicial del demandado, al comentar su alcance, en varios rubros no ahorre elogios para el mismo al precisar:

". . . . .se logró demostrar con verdaderos peritos idóneos, expertos en la materia, ingenieros hidráulicos, que el primer dictamen es técnicamente erróneo. . . . .". (Cdno. No. 1, fol. 760).

". . . . .los primeros peritos sostienen sin ningún recato y sin fundamento, que los túneles eran requisitos técnicos para la ejecución de las presas. Esto es un error gravísimo pues **los peritos, expertos en ingeniería hidráulica,** dictaminan **que tal supuesto no es cierto pues técnicamente no era necesario construir primero los túneles ni los pliegos exigían tal cosa. . . . .**" (Cdno. No. 1 fol. 760)

". . . . .también hay error grave en cuanto a la valoración de los perjuicios pues, los primeros peritos han partido de la simple afirmación del demandante sobre una cifra no razonada y la han adoptado. **El segundo peritazgo, que repito es el que debe ser acogido pues se trata de aspectos técnicos que no pueden ser afirmados sino por conocedores de la materia, en FORMA RAZONADA Y METODICA REBAJA LOS PERJUICIOS A LA MITAD. . . . .**" (Cdno. 1 fol. 761).

". . . . .Sin embargo el dictamen de los segundos peritos es más objetivo y científico que el primero, describiendo claramente que se trata de una zona tropical donde en las épocas más secas, mal llamadas verano y veranillo, también se presentan lluvias. . . . .". (Cdno. No. 1 Fol. 761).

". . . . . La respuesta dada por los primeros peritos a esta pregunta es

inexacta y carece de objetividad, pues descartan otras alternativas de ejecución acordes con el contrato y **QUE SI FUERON TENIDAS EN CUENTA POR LOS SEGUNDOS PERITOS,** tales como modificar los programas, las intensidades y la maquinaria asignada a los distintos frentes y actividades para cumplir los compromisos de plazos pactados; o realizar los llenos en épocas de invierno. . . . ". (Cdno No. 1, fol. 762);

". . . . los primeros peritos demuestran su poco análisis pues nuevamente desconocen las diferentes alternativas de que disponía el Contratista para la ejecución de los llenos y se limitan a responder con el mismo contenido de la pregunta, **lo que no hacen los segundos peritos, pues plantean las alternativas de desplazar la ejecución de los llenos a la época seca siguiente. . . . ."** (Cdno. No. 1, Fol. 763);

"Nuevamente los primeros peritos ignoran que la limitante para iniciar la construcción del terraplen o relleno en la captación Pajarito, además de tener terminado el túnel Pajarito-Dolores, era la de tener disponible para su operación el conducto de desvío, incorporado al vertedero. . . . . .Por eso el segundo peritaje, **DESPUES DE HACER UN ANALISIS CIENTIFICO DE LA FUNCION QUE CUMPLEN** las obras dice. . . . . " (Cdno. No. 1 fol. 763);

". . . . .los primeros peritos fundamentan su respuesta a esta pregunta en argumentos que carecen de validez técnica. . . . . .Por su parte **los segundos peritos ANALIZANDO TECNICAMENTE LA OBRA dicen que el vertedero era requisito previo para la presa. . . . . ".** (Cdno. No. 1, fol. 764).

". . . . **queremos resaltar la conclusión de los segundos peritos** donde afirma "Es decir, aquí si hay una razón técnica para que la no terminación a tiempo y la posterior salida de servicio del túnel **influyera en los trabajos de SADE"** (Cdno. No. 1 fol. 767).

"Compartimos la afirmación de los segundos peritos en el sentido de "que el Contratista hizo algunos trabajos previos desde enero/82" y que "intentó ajustarse a su programa de oferta en este frente, sin tener en cuenta la demora en la orden de iniciación. . . . ". (Cdno. No. 1 fol. 768);

". . . . . De otro lado, tal como lo dice el segundo dictamen, se debe tener en cuenta el acuerdo entre las partes en el cual se excluye la limitante, lo que significa que técnicamente no había ningún inconveniente. . . . . " (Cdno. No. 1 fol. 769).

". . . . .El primer peritaje basa su respuesta en argumentos que han sido claramente rebatidos en las respuestas anteriores y por lo tanto no tiene

validez. **EL SEGUNDO DICTAMEN ES CIENTIFICO, OBJETIVO, PRECISO Y RAZONADO, POR TANTO DEBERA SER ACOGIDO. . . . .".** (Cdno. No. 1 fol. 770).

"Los peritos del primer dictamen como en sus respuestas van acomodándose a las preguntas del demandante, tienen que hacer un análisis de cada uno de los frentes para responder este asunto. . . . .En cambio el segundo dictamen QUE SI ES TECNICO, CONGRUENTE, UNIFORME, ya ha contestado lo preguntado en los puntos anteriores. . . . .". (Cdno. No. 1 fol. 770).

"Los primeros peritos dan una respuesta vaga e imprecisa, basados en argumentos que ya han sido claramente rebatidos. . . . .Por su parte, el segundo dictamen explica técnicamente que no habían condicionamientos para el Contratista y las limitaciones puestas en uno de los frentes, que no eran técnicas, se eliminaron por mutuo acuerdo. . . . . ". (Cdno. No. 1 fol. 772).

Respecto a la aclaración que hacen los primeros peritos a su dictamen, en ella abundan las imprecisiones pues no solo contradicen la realidad sino que además contradicen técnicamente y en sustancia grave las razones dadas por **VERDADEROS EXPERTOS EN LA MATERIA COMO SON LOS SEGUNDOS PERITOS, ingenieros hidráulicos especializados en presas. . . . .".** (Cdno. No. 1 fol. 775).

Con base en el análisis del peritazgo hecho por los primeros peritos, considero que se ha probado el error grave en materia técnica y aún en las cantidades resultantes de la liquidación: **POR TANTO DEBE DESECHARSE EL PRIMERO Y ACEPTAR COMO UNICO EL SEGUNDO DICTAMEN CON LAS SALVEDADES HECHAS EN MATERIA DE PLAZOS Y DE VALORIZACION DE PERJUICIOS EN LO CUAL SE DEBE ACUDIR, EN EL PEOR DE LOS CASOS A UNA NUEVA LIQUIDACION"** (Cdno. No. 1, fol. 775).

Para el sentenciador no deja de ser extraña ésta última conclusión, pues siendo los peritos excelentes, como lo reconoce el apoderado de la parte demandada, resulta extraño, por decir lo menos, que se equivoquen precisamente en los puntos que ameritan una condena para el centro de imputación jurídica demandado.

En pocas ocasiones es posible apreciar y valorar dictámenes periciales tan serios como los que obran dentro del informativo y que prácticamente suscitaron el acuerdo entre las partes en controversia. El apoderado de la parte actora, en su alegato de conclusión (Cdno. No. 1, fol. 830) y siguientes discurre dentro del mismo universo que el procurador judicial de la parte demandada al afirmar:

"9 Dictámenes periciales

Entre las pruebas solicitadas con la demanda, se pidieron inspecciones judiciales al sitio de la obra, con asocio de peritos ingenieros civiles de vasta experiencia y sólida reputación profesional, que el H. Tribunal Administrativo de Antioquia designó, y que concurrieron al sitio de la obra, en un primer diligenciamiento, que para efectos de inmediación y mejor claridad de la prueba, Sade contrató vuelo de helicóptero que recorrió los distintos puntos de ejecución de los trabajos, pudiéndose adelantar realmente un trabajo de información muy técnica y seria, que fue complementado con la aportación por las partes de planos, cálculos, documentos, correspondencia y demás medios probatorios, que permitieron a tales expertos rendir un dictamen serio, extenso, documentado y detallado, que luego, a petición de EPM, fue aclarado, y que una vez objetado por ésta, por supuesto error grave, fue complementado con un segundo trabajo o experticia igualmente de gran hondura profesional, que constituye extenso documento que merece, como el anterior, ser leidos con el debido detenimiento, y que finalmente conducen a afirmar, como aquí afirmo, que el dictamen pericial quedó en firme y demostró la seriedad con la que fueron elaborados los narrativos de los hechos de la demanda, y que muestran bajo el punto técnico de ingeniería y económico, la seriedad de los asertos de Sade por intermedio del suscrito apoderado, tal como se indica en el libelo demandatorio.

Indican dichos experticios cual es el monto de los mayores costos financieros sufridos por el contratista, de los desplazamientos en la cronología de la obra,————————————————————de las variaciones en las cantidades de obra, de los cambios de especificaciones, en fin dan cuenta de las circunstancias bajo las cuales los pliegos de licitación concibieron la obra inicialmente, las partes contratantes acordaron las estipulaciones contractuales, y, luego EPM cambió sustancial y determinantemente muchas de tales presuposiciones y gran número de tales estipulaciones contractuales, con notorio detrimento económico-patrimonial para el contratista demandante". (folios 837 a 838 del Cdno. No. 1).

Finalmente, los dictámenes reunen todos los requisitos exigidos por la ley para su existencia jurídica (forman parte del proceso, son consecuencia de un encargo judicial, son fruto de un trabajo personal, versan sobre hechos y fue tarea de terceros ajenos al diferendo). También se dan las condiciones indispensables para su validez, pues la prueba se ordenó en forma legal, los auxiliares de la justicia son personas capaces, tomaron posesión del encargo y el trabajo realizado aparece como un acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción. Por lo demás, los estudios básicos del dictamen fueron hechos personalmente por los auxiliares de la justicia. Los requisitos de eficacia probatoria también se dan, pues el medio es conducente respecto al hecho por

probar, aparecen debidamente fundamentados y no se probó la objeción por error grave formulada contra el primero. Agrégase a todo lo anterior que la prueba testimonial que se recepcionó dentro del proceso no logra desvirtuar el alcance de los dictámenes, en los rubros fundamentales, ni los tornan dudosos o inciertos.

G) PERJUICIOS POR MAYOR PERMANENCIA

Como ya se anticipó en uno de los considerandos de éste proveído, no hay espacio para la duda que impida llegar a la conclusión de que la firma SADE sí ejecutó OBRA ADICIONAL, circunstancia particular del caso en la cual están de acuerdo los peritos que intervinieron en los dos dictámenes que se practicaron a lo largo del presente proceso. Los auxiliares de la justicia OSCAR JOSE MESA SANCHEZ y LILIAN POSADA GARCIA, al contestar la pregunta veintisiete del cuestionario que se les formuló, afirman que para llegar a tal conclusión tuvieron en cuenta el estudio que las Empresas Públicas de Medellín hicieron del alcance de la reclamación presentada por la firma demandante (Libro 1). Para la mejor comprensión de éste asunto, se transcribe a continuación el alcance de la pregunta y el temperamento que tiene la respuesta:

"27. Digan los señores peritos, si Empresas Públicas de Medellín otorgó al contratista mayores plazos y/o reconocimiento de perjuicios por tales excedentes en más de 120% de la obra estimada.

Las Empresas concedieron ampliación de plazos en reconocimiento a situaciones imprevistas, obra adicional y obra extra que se presentaron en cada uno de los frentes y justifican el motivo para conceder la ampliación de plazos, pero no encontramos en ningún documento la justificación del número de días que se concedió al contratista:

"Captación Nechí (Libro I, pag. 67), ampliación 58 días:

La obra adicional más significativa se presentó en las excavaciones y en el enrocado; la ejecución de estas actividades en el conducto para desviación incidieron en el progreso de los trabajos por hacer parte de la ruta crítica. Con base a estas circunstancias, a las condiciones contractuales y a la ejecución real de la obra, la interventoría ha considerado que el Contratista tiene derecho a que se le conceda una ampliación en el plazo.

En cuanto a los precios no hubo acuerdo con las directivas de SADE; por lo tanto, el reconocimiento de perjuicios no queda entonces claro, ni hay circunstancias en el expediente por parte de Empresas hacia SADE que lo acrediten. En cuanto a los plazos, se realizaron 12.118 m3 de excavación en roca en exceso de los previsto (3.600 m3) lo cual requeriría de 16 semanas adicionales a las cinco semanas programadas; reconociendo que el contratista inició los trabajados antes de lo previsto, aún así, las 21 semanas

quedarían por fuera del plazo contractual. Sin embargo, solo se reconocieron 8 semanas por las razones anotadas en el párrafo anterior.

Conducción Nechí-Pajarito (Libro I, pág. 68) ampliación 29 días:

La obra adicional más significativa se presentó en las excavaciones y en los llenos: no obstante la ejecución de estas actividades no influyó substancialmente en el progreso de las obras debido a que las excavaciones fueron terminadas antes de cumplirse la fecha final indicada en el programa contractual y de que los llenos no pueden considerarse dentro de la ruta crítica, al menos que en lo que nó es imputable al contratista. La ejecución de la obra extra no tuvo ninguna influencia en el progreso de la obra, excepto en la estructura No. 1. La interventoria analizó todas estas circunstancias dentro del marco contractual y de ejecución de la obra y su concepto es de que el Contratista tiene derecho a que se le conceda ampliación en el plazo pactado".

Se puede observar que la causa determinante para la concesión de plazos extras fueron las dificultades presentadas en la construcción de estructura No. 1, más no la cantidad de obra extra. Tampoco hubo entre las partes para los precios de obra adicional por encima del 120%.

Captación Pajarito (Libro I, pág. 68) ampliación 21 días.

La obra adicional más significativa se presentó en la excavación de las brechas cortaflujo, en el material de filtros para la pantalla colectora de la presa y en el engramado. La ejecución de estas actividades fueron críticas en algunos períodos durante el curso de la construcción; la influencia en el progreso de la obra variable de acuerdo a lo antes mencionado. Analizadas estas circunstancias dentro del marco contractual y de ejecución de la obra, la interventoria considera que se presentaron motivos razonables para conceder ampliación al plazo pactado.

En el Libro D. folio 171, se encuentra una comunicación de las Empresas a SADE con fecha diciembre 20/82 donde se expresa que, en este frente, sólo es motivo de reconocimiento por parte de las Empresas los perjuicios que tuvo el contratista debido a la avenida del río pajarito en Agosto 2/82, la cual superó la ataguia de protección del vertedero construido para captar ese río.

Captación Dolores (Libro I, pág. 69) ampliación 5 días.

En la construcción de esta captación no se ejecutó obra adicional. Se presentó la necesidad de ejecutar obras no previstas debido a que el río Dolores no fue desviado a través del conducto construido en el vertedero como estaba establecido en los pliegos. Estos trabajos fueron atendidos por

el contratista bajo el régimen de administración. Con base a esta circunstancia, la interventoría conceptuó que existen motivos justificables para conceder ampliación al plazo". (folios 679 a 681 Cdno. No. 1).

Para la ejecución de esa OBRA ADICIONAL, afirman los peritos, la firma SADE requeriría de una ampliación del plazo muy superior a la que concedieron las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN.

Finalmente, los peritos citados concluyen que los perjuicios sufridos por la firma demandante, por MAYOR PERMANENCIA montan TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS ($38.914.587.99), suma a la cual llegan después de discurrir dentro del siguiente universo:

Según SADE en su demanda y en su Reclamación, el monto de los perjuicios es de $72.637.041.oo pesos, suma que incluye sobrecostos indirectos por mayor permanencia en obra y reajuste de precios correspondientes a esa mayor permanencia. Los peritos anteriores revisaron las cálculos antes mencionados y llegaron a una cifra parecida, teniendo en cuenta que ellos le concedieron a SADE todas las ampliaciones de plazo solicitadas. Como los plazos a que, en nuestro concepto, tiene derecho SADE son diferentes a los solicitados, decidimos que de los perjuicios calculados por SADE, sólo tiene derecho a la proporción correspondiente al plazo ampliado (según se indica en la respuesta a la pregunta 38). Teniendo en cuenta que en los diversos frentes las ampliaciones fueron distintas, consideramos justo repartir la incidencia de cada frente en los perjuicios, en proporción a la participación de cada frente en el contrato original. Así:

Captación Dolores, 28%. Captación Pajarito 27%. Captación Nechí, 22% Conduc. Nechí-Pajarito, 23%.

De acuerdo a lo anterior, los perjuicios por mayor permanencia son:

Captación Dolores (116 días de mayor permanencia)
0,28 X $72.637.041 X 71 días/116 = $12.448.485.99

Captación Pajarito (151 días de mayor permanencia)
0,27 X $72.637.041 X 31 días/151 = $4.026.304.86

Captación Nechi (188 días de mayor permanencia)
0,22 X $72.637.041 X 112 días/188 = $9.520.088.78

Conduc. Nechi-Pajarito (75 días de mayor permanencia)
0,23 X $72.637.041 X 29 días/75 = $6.459.854.18

Total Perjuicios por mayor permanencia = $ 38.914.587.99". (folios 687 a

688 Cdno. No. 1)

A la luz de la prueba que se aprecia, la Sala encuentra claro que SADE tiene derecho a un reconocimiento económico por el monto ya indicado, por la MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA, pues a la luz de la ley y el derecho no es justo que se obligue al contratista a que lleve a cabo una obra adicional significativa, como la que ejecutó en las captaciones NECHI, PAJARITO Y DOLORES y en la CONDUCCION NECHI-PAJARITO, sin reconocerle el mayor costo que ello le significa. Tampoco es justo, ni encuadra dentro de la lógica de lo razonable, que la ampliación del plazo no se ajuste a lo que es necesario. En esta materia la doctrina administrativa se ha mostrado particularmente celosa al enseñar que el PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE puede infringirse por la concesión de uno que RESULTE INADECUADO. Esa filosofía lleva al profesor Jesús González Pérez, a predicar:

> c) **Fijación de un plazo inadecuado para cumplir la prestación.-** Por último, también puede jugar el tiempo para apreciar la existencia de una conducta contraria a las exigencias de la buena fe, si el titular del derecho subjetivo o de la potestad fija un plazo al obligado desproporcionado. Aquí, como en otras ocasiones, se impone una delimitación entre lo que sería contrario a la norma jurídica positiva o al acto constituido y lo que sería contrario a las exigencias de la buena fe. **Pues si el plazo concedido es de tal duración que resultaría imposible en absoluto la prestación, el acto en que así se acordara sería nulo de pleno derecho sin tener que acudir al principio general de la buena fe. Este sólo operará cuando, siendo posible la prestación, tal posibilidad sería a costa de unos esfuerzos y sacrificios cuya imposición no cabe esperar de un comportamiento leal.** La jurisprudencia administrativa suele proscribir tal forma de ejercicio de una potestad en aplicación del principio de proporcionalidad. Así, una sentencia de 4 de noviembre de 1975, dice que "la demolición acordada transcurrido el plazo de cuatro horas que se concede al particular con intimación de ejecución subsidiaria por la Administración.....es notoriamente ilegal por desproporcionada" (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, págs, 102 y ss. ss.). (Subrayas de la Sala).

En el **sub-lite** el **ad-quem** encuentra que no tiene filosofía de recibo que la administración hubiese ampliado los plazos dentro del marco limitado que destacan los peritos, cuando la obra adicional demandaba que ellos fuesen más prolongados en el tiempo físico. Qué sentido tiene, por ejemplo, que en la CAPTACION NECHI, donde la obra adicional más significativa se presentó en las excavaciones y en el enrocado, la administración sólo hubiese concedido una ampliación del plazo de cincuenta y ocho días (58), cuando el nuevo frente de trabajo demandaba ciento doce (112)? En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, situaciones como la que se deja descrita merecen censura y rechazo pues

dejan la impresión de que en el manejo de la relación negocial una parte pretende sacar provecho o beneficio económico a cargo de la otra, generándose de contera un desequilibrio patrimonial que de todos modos debe ser atacado. Por algo se enseña que nadie puede enriquecerse sin causa, siendo esta figura una de las fuentes de las obligaciones. La administración debe proceder de buena fe en el momento de suscribir los contratos y a lo largo del cumplimiento de los deberes jurídicos que de ellos surgen. "Las Administraciones Públicas son entes abstractos que han de realizar su actividad a través de personas físicas concretas, de hombres de carne y hueso, con los vicios y las virtudes de los demás hombres. Y es algo incontrovertible y reiteradamente constatado que aquella diferente posición institucional ha hecho de estos hombres una casta diferente, en la que, **por el olvido de la idea de servicio, sólo aparece la manifestación más pura del poder por el poder, en formas más o menos arbitrarias.**

Nada tiene de extraño, pues, que su actuación parezca incompatible con todas las virtudes que la buena fe comporta, y que engendre en los administrados una reacción análoga.

Pero, precisamente por ser hombres unos y otros, hombres que viven en una misma comunidad, para los que el bien común es la finalidad última de su actividad, no existe ninguna barrera con entidad suficiente para crear dos mundos irreconciliables. Cada uno en su esfera, cada uno en su diferente posición institucional, están sujetos a unos mismos principios" (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Jesús González Pérez. Editorial Civitas. pags. 32 y 33) (Subrayas de la Sala).

Como en el **sub-lite** la administración liquidó unilateralmente el contrato por medio de la Resolución No. 433 de 29 de noviembre de 1983, confirmada por la No. 167 de 7 de mayo de 1984, notificada esta última el 16 del mismo mes y año, se dispondrá en la parte resolutiva de la sentencia que la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS ($38.914.587.99), se actualice como fue pedido, por el período comprendido entre el dieciséis (16) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República, en los dos momentos en el tiempo físico ya relacionados. Para ello se aplicará la siguiente fórmula:

$$Vp = vh \quad \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

Sobre el monto histórico se reconocerá un interés técnico del seis por ciento anual (6%) por el período comprendido entre el 16 de mayo de 1984 y la fecha de ejecutoria de este fallo, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de

intereses.

H) **OBRA ADICIONAL Y EXTRA.** Los segundos peritos al responder las preguntas 25 y 26 del cuestionario que se les formuló, en relación con la materia del rubro, dictaminaron:

Captación Nechi

Item 54 Excavaciones en corte abierto

En tierra	Previsto	9.000 m3.
	Real	8.669 m3.
En roca	Previsto	3.600 m3.
	Real	15.718 m3.

El 120% de la cantidad prevista para excavaciones en corte abierto sería 15.120 m3. con lo cual, la cantidad excedida por encima del 120% sería de 9.267 m3.

Item 58 Rellenos estructurales

Previstos	2.000 m3.
Real	3.211 m3.

El 120% de la cantidad prevista para relleno estructural seria 2.400 m3, con lo cual, la cantidad por encima del 120% fue de 811 m3.

Item 67 Acero de refuerzo

Previsto	96.000 kg.
Real	118.641 kg.

El 120% de la cantidad prevista para acero de refuerzo seria 115.200 kg, con lo cual, la cantidad por encima de este valor fue de 3.441 kg.

Item 66 Concretos (excluyendo numerales d) e i)

Previsto	3.365 m3.
Real	4.221 m3.

El 120% de la cantidad prevista sería 4.038 m3, con lo cual, la cantidad excedida por encima del 120% fue de 183 m3.

Conducción Nechi-Pajarito

Item 83 excavación en corte abierto

Previsto	18.000 m3
Real	32.339 m3.

El 120% de la cantidad prevista son 21.600 m3, con lo cual, la cantidad excedida por encima del 120% fue de 10.739 m3.

Item 85 Relleno estructural
Previsto 1.700 m3.
Real 4.621 m3.

El 120% de la cantidad prevista son 2.040 m3. La cantidad excedida por encima de este valor fue 2.581 m3.

Item 86 Enrocados de roca echada
Previsto 350 m3.
Real 782 m3.

El 120% de la cantidad prevista son 420 m3. La cantidad excedida por encima de este valor fue 362 m3.

Item 87 Encapotados
Previstos 15.000 m2.
Real 19.513 m2.

El 120% de la cantidad prevista son 18.000 m2. La cantidad excedida por encima de este valor fue 1.513 m2.

Pilotines en llaves estructurales (obra extra)

Captación Dolores

Obras para control de infiltración (bombeo) Se cotizó globalmente en el anexo No. 1 al contrato.

Captación Pajarito

Obras para restablecer condiciones alteradas por avenida del río Pajarito en zona del vertedero. Drenes. Excavación brecha cortaflujo (Libro I, pág. 68). Material de filtros. Engramado. Ver respuesta a pregunta 16". (páginas 676 a 678).

Finalmente, al contestar la pregunta 39 del mismo cuestionario, concebida dentro del universo que a continuación se transcribe, ilustran dentro del siguiente temperamento:

"39. Digan los señores peritos, cuál es la cuantía total por mayor valor de las obras extras y/o adicionales, por concepto de las variaciones introducidas por Empresas Públicas de Medellín al contrato original, utilizando los

mayores valores correspondiente.

En su demanda SADE solicita $10.903.589.98 pesos por concepto de obras extras y/o adicionales. Las Empresas evaluaron dichas obras en $8.061.709.47 pesos, cifra que incluye la retención de Ley 4a. y Retención en la Fuente (Acta de Liquidación, folio 83 Anexo II de la Reclamación de SADE.).

Después de analizar las actas y las diversas maneras de calcular observamos que hay, en lo fundamental, un acuerdo entre las partes con respecto a esta evaluación y que la pequeña diferencia se debe a algunas cantidades de obra distintas. En definitiva, creemos que la evaluación de SADE es correcta". (folios 687 Cdno. No. 1).

Para darle fuerza de convicción al proveído, la Sala destaca que tanto los primeros como los segundos peritos están de acuerdo en señalar los items y áreas de trabajo en que se excedieron en más del 120% las cantidades realmente previstas en Captación Nechí y Conducción Nechí-Pajarito. Sinembargo parece necesario retener que en la ampliación del dictamen que los señores ENRIQUE ORDOÑEZ MONTOYA Y GUSTAVO PATIÑO DUQUE hicieron, a solicitud de parte, aclaran parte de la problemática que a lo largo de este proceso se ha discutido. En el punto once del cuestionario se les preguntó.

11. Se servirán indicar si la obra extra y adicional ejecutada dentro del contrato y que es relacionada por ellos en el dictamen, especialmente la que supera el 120% fue pagada o no por las Empresas, para cuyo efecto deberán consultar las correspondientes actas en pago, las cuales relacionarán, indicando volúmenes y sumas pagadas. Dirán además si dichas sumas fueron pagadas por el sistema de precios unitarios o por Administración y si tal forma de pago se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Si no se ajusta a lo estipulado en el contrato precisarán porque razones, si el Contratista pidió pacto de nuevos precios, y si hubo acuerdo sobre el particular. (La razón de esta aclaración estriba en que, en nuestra opinión, no fueron tenidos en cuenta los pagos con los cuales se remuneró la obra adicional y extra, según acuerdo logrado con los representantes del Contratista y que posteriormente trataron de desconocer. Lo mismo dirán con relación a los reajustes en lo atinente a su pago.

RESPUESTA

Las actas que aparecen en el expediente (ver folios 72, 75, 79, 81, 85, 88, 92, 94 del libro D) no tienen la firma del contratista. Se deduce, entonces, que la liquidación de las mismas no se hizo de conformidad con las estipulaciones contractuales y de aquí el reclamo de SADE.

Tanto en el peritaje original como en el presente hemos insistido en el derecho que asiste a la empresa contratista para solicitar un ajuste de precios en los items que sobrepasaron el 120%, así como a convenir una ampliación de plazos, de conformidad con las cláusulas cuarta y sexta del contrato. Igualmente hemos puesto de presente el derecho del contratista a ampliación de plazos en concordancia con la cláusula décima cuarta del contrato, en que se habla de actividades de ruta crítica que sobrepasen el 110% de las cantidades previstas". (fl. 107 Cdno. No. 1).

Para el **ad-quem**, es claro que en el ACTA DE LIQUIDACION impugnada las Empresas Públicas de Medellín reconocen el valor que se recoge en las Actas No. 43, 44R, 45%, 46D por un monto de OCHO MILLONES SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS NUEVE PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS ($8.061.709.47), que en el citado documento se discrimina así:

No. Acta	**Objeto del Acta**	**Valor liquidado**
43	Obra adicional, extra por administración y reconocimientos extracostos.	$ 5.227.502.86
44 R	Ajustes obra adicional, extra y por administración.	$ 975.378.65
45 R	Ajustes causados por ampliación	$ 879.333.02
46 D	Devolución retenidos ordenados para cubrir multas	$ 979.494.94
TOTAL ACTA LIQUIDACION.....		$ 8.061.709.47

NOTA: A las Actas Nos. 43, 44R y 45R, se les ordenarán las retenciones legales (Ley 4a. y retención en la fuente)."

Ese monto no lo desconoce el centro de imputación jurídica demandado, sólo que la firma SADE, al interponer el recurso de reposición contra la Resolución No. 433 de 29 de Noviembre de 1983 consideró que lo realmente adecuado por este concepto montaba DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETENTA Y CUATRO PESOS ($10.838.074), que será la que se ordenará pagar en la parte resolutiva de este fallo. (Libro D. pag. 120). Se registra así un matiz de discrepancia con el segundo experticio que consideró de recibo la suma que SADE fijó en la demanda, esto es DIEZ MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS ($10.903.589.98).

Para la Sala resulta incomprensible que habiéndose estipulado en la

cláusula sexta del contrato que las OBRAS ADICIONALES se pagarían a los ". . . . .mismos precios unitarios del contrato, excepto para aquellas cantidades que lleguen a sobrepasar el ciento veinte por ciento (120%) de la cantidad prevista en el listado de items. . . . .", las partes no hubiesen llegado a un acuerdo razonable orientado a fijar el NUEVO PRECIO del excedente, no obstante que en ella se señalan pautas serias para lograr el resultado buscado. Se olvidó, en el manejo de este conflicto de intereses, que la relación contractual descansa sobre los principios de la AUTODETERMINACION y la AUTOVINCULACION, esto es, que el contrato que las partes firmaron el día diez (10) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) tiene plena eficacia jurídica en cuanto sus cláusulas fueron consentidas en forma libre, coincidiendo en su contenido. Esta filosofía jurídica es la que lleva al Profesor Karl Larenz a enseñar: "Se vincula, porque sabe que sólo bajo este presupuesto el otro se vincula también y puede confiar en lo que otro promete. La conclusión de un contrato es de este modo un acto de AUTODETERMINACION a través de una AUTOVINCULACION". El contrato es una fuente de suscitación de confianza, y, por lo mismo, se impone justificarla en todos los momentos de su ejecución. No tiene sentido alguno que las partes, una vez celebrado el acto jurídico, se empeñen mas en burlar sus cláusulas que en cumplirlas. Transitando por este sendero las personas se acostumbran a desconfiar las unas de las otras, generándose de contera un estado de lucha, de guerra y no de paz. Se impone, pues, hacer esfuerzos para conservar el valor ético de la confianza, política que en la practica permitiría realizar más fácilmente la justicia. La contratación administrativa no puede continuar siendo un semillero de pleitos nacidos, muchos de ellos, de la INFORMALIDAD misma con que las partes interpretan o pretenden cumplir sus cláusulas.

La Sala dispondrá también en la parte resolutiva del presente fallo, que la suma de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETENTA Y CUATRO PESOS ($10.838.074.oo), se actualice por el período comprendido entre el dieciséis (16) de Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, teniendo en cuenta para ello los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República.

Sobre el monto histórico ya citado se reconocerá un interés técnico del seis (6%) por ciento anual por el período comprendido entre el 16 de mayo de 1984 y la fecha de ejecutoria de éste fallo, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

I) **MULTAS.** La Sala hace suya la perspectiva jurídica que manejó el **a-quo** cuando decidió anular las resoluciones No. 433 de 29 de noviembre de 1983, pues la valoración jurídica y fáctica que se hace en la providencia impugnada, es de recibo a la luz de la ley y el derecho. No dispondrá nada nuevo sobre la condena actualizada que hizo el sentenciador de instancia y que monta CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS PE-

SOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS ($42.591.900.46), porque haría más onerosos el fallo para la administración.

No obstante la realidad anterior, se dispondrá igualmente, que se pague a la sociedad demandante la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS ($979.494.94), que en el ACTA DE LIQUIDACION que se anula se ordenaba devolver a SADE, también por concepto de multas.

Este último monto deberá actualizarse por el período comprendido entre el 16 de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y la fecha ejecutoria de ésta sentencia, teniendo en cuenta para ello los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República.

Sobre tal suma histórica se reconocerá un interés técnico del seis (6% por ciento entre el 16 de mayo de 1984 y la fecha de ejecutoria de éste fallo, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses).

J) Las demás pretensiones de la firma demandante serán denegadas, pues dentro del informativo no obra prueba alguna que permita acceder a ellas. Por lo demás, el dictamen pericial que se deja apreciado no da margen para ninguna condena adicional. Así, por ejemplo, los auxiliares de la justicia que intervinieron en el segundo experticio son muy claros en precisar:

1) Que el desplazamiento del programa de obra originalmente previsto resulta sin incidencias contractuales, pues SADE".....se comprometió a realizar las obras en plazos muy precisos contados a partir de la fecha en que las Empresas le comunicaran por escrito la orden de empezarlos. Esto implica que el cronograma de la oferta debe desplazarse de acuerdo a la nueva fecha de inicio. En la propuesta de SADE la fecha de iniciación de trabajos era Octubre 1 de 1981, mientras que la orden de iniciación de trabajos es de Diciembre 21 de 1981, ...En nuestro concepto, a la propuesta de SADE le faltó incluir una condición acerca de la fecha de iniciación de trabajos. Esta omisión produjo una situación jurídica en la que **SADE quedó comprometida en algo diferente a lo que probablemente tuvo en mente cuando elaboró su propuesta.....".**.....
.....
.....Técnicamente sin embargo, es posible modificar los programas, las intensidades y la maquinaria asignada a los distintos frentes y actividades para cumplir los compromisos, realizando los llenos en verano, teniendo en cuenta que en realidad los llenos no son de magnitudes grandes (estaban programados para ser realizados en dos semanas en Captación Nechí, en cuatro semanas en Captación Pajarito y en cuatro semanas en Captación Dolores), Estas modificaciones hubieran implicado mayores costos. **SUPONEMOS QUE ASI LO ENTENDIO SADE CUANDO DE TODAS MANERAS DECIDIO FIRMAR EL CONTRATO".**

La Sala prohija ésta última conclusión, pues en ella se recoge la filosofía que informa la doctrina de LOS ACTOS PROPIOS. Reiteradamente ha dicho la Sala que a las partes no les es permitido realizar conductas contradictorias en el manejo de la relación negocial, destejiendo como Penélope lo que antes habían tejido. Si la firma SADE suscribió el contrato el día diez (10) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), sin reservas, no obstante que en su cláusula DECIMA CUARTA se estipuló que:" EL CONTRATISTA se compromete a iniciar los trabajos dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que LAS EMPRESAS le comuniquen por escrito la orden de empezarlos. . . . .", de qué se puede quejar ahora? Acaso no sabía o debió saberlo, dada su profesión u oficio, que en el momento en que se vinculaba contractualmente ya no le iba a ser posible hacer los llenos en las presas en la temporada tradicionalmente seca que había contemplado para llevar a cabo la tarea? La doctrina de los actos propios tienen su fundamento en el principio general del Derecho que predica que se debe proceder de buen fe en el manejo de la relación negocial, ora en la etapa precontractual, ora en la contractual, ora en la post-contractual. Jesús González Pérez, en la obra en antes citada, recuerda:

> La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer. Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967, ". la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente, hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestando explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, **por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto;** y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de ésta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963, y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus actos propios". Y la de 27 de febrero de 1981. (Ponente: Martín del Bugro) dice que "constituye un principio de derecho civil, y de la Teoría General del Derecho, **la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de FIDES que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia en la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. . . . . .** Pero es incuestionable que la norma que prohibe ir contra los propios actos no limita su ámbito de aplicación a los supuestos de ejercicio de un derecho subjetivo, **sino que se extiende a todos aquellos en que se produce una conducta de un sujeto en relación al nacimiento de la relación jurídica, ejercicio de los derechos subjetivos, CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION, y extinción de aquella, así como en la actuación procesal.**

En todo estos supuestos ha de darse una conducta contradictoria, **ESTO ES, DOS CONDUCTAS**: una anterior y otra posterior entre las que ha de existir una contradicción. . . .". (Obra citada pags. 117 y ss.ss. y pags. 125 y ss.ss.).

Agrégase a todo lo anterior que es un hecho cierto y probado que la firma demandante no tuvo una conducta diligente que permitiera la legalización del contrato en forma oportuna. Al folio 25 del Anexo No. 1, Reclamación Sade, aparece la comunicación No. 50601 de 25 de noviembre de 1981, dirigida por el Abogado Asistente División Jurídica de las Empresas Públicas de Medellín Sudamericana de Electrificación S.A., en la cual se le recuerda al demandante que debe enviar los documentos y pólizas que se deben adjuntar para poder someterlo a la aprobación del Tribunal Administrativo. En ese momento en el tiempo físico hacían falta las pólizas de constitución de las garantías de cumplimiento, de anticipo de salarios y prestaciones sociales y de responsabilidad civil extracontractual, con sus correspondientes recibos de cancelación, los certificados de existencia y representación legal de SADE y el paz y salvo de la administración de Hacienda Nacional por concepto de Impuesto de Renta y Patrimonio y el contrato debidamente firmado por el representante de la sociedad demandante.

Al folio 51 del mismo cuaderno aparece copia del telex que las Empresas Públicas de Medellín dirigieron a SADE el día 30 de noviembre de 1981, en el cual se le recuerda al actor que debe enviar la póliza de garantía de responsabilidad civil extracontractual en la forma en que fue acordada por las partes y la certificación del asegurador en la cual afirme que en la póliza No. 50468 está comprendida la garantía del Contrato No. 3/DJ-6964/51 en valor y cuantía.

Se insiste en la citada comunicación que se requiere la anterior documentación en forma **"URGENTE FIN TRAMITAR APROBACION TRIBUNAL ADMINISTRATIVO ESTE AÑO".**

Estos retrasos explican, a juicio de la Sala, que sólo el día dos (2) de diciembre de 1981, se hubiese enviado el contrato al tribunal administrativo de Antioquia, el cual impartió su aprobación dentro de un término razonable (diciembre once (11) de 1981). (Anexo No. 1 Reclamación Sade, fol. 57).

2o.) Tampoco hay lugar a reconocimiento alguno por la demora que se registró en la terminación del túnel de desvío del río, pues como lo expresan muy bien los segundos peritos, ". . . . .el vertedero que si se podía haber construido antes de terminal el túnel y que era requisito técnico para iniciar la construcción de la presa, no estaba listo en el momento de terminación del túnel (realmente, octubre 120 de 1982). . . .". Esta realidad lleva los mismos auxiliares de la justicia a concluir: "Como consecuencia de la anterior ocurrencia, no creemos que el Contratista haya tenido mayor permanencia en el frente **y por lo tanto no le**

determino mayores costos". (Cdno. No. 1 folio 668).

3o.) Por los mayores volúmenes de retiro de materiales tampoco hay lugar a ningún reconocimiento adicional pues la prueba pericial permite concluir que por este rubro se ". . . . .tenían previstos 58.000 m3 y la cantidad excavada fue de 67.000 m3, es decir 115.5% de lo previsto lo cual no excede el límite del 120% previsto en la cláusula sexta del contrato para fijar nuevos precios.

4o.) Como ya se precisó en uno de los apartes de esta providencia, tampoco hay lugar al pago de perjuicios por la demora de las Empresas Públicas de Medellín en dar la orden de iniciación de los trabajos, pues al firmarse el contrato sin reservas, con posterioridad a ese contratiempo, el contratista consintió su acto propio, contra el cual no es posible volver, salvo que se hubiese demostrado que el acuerdo está viciado por error, fuerza o dolo.

A la realidad anterior se agrega que los mismos peritos, al contestar la pregunta treinta (30) del cuestionario que se les formuló, concluyen diciendo:

> "La orden de iniciación de los trabajos fue el 21 de diciembre de 1981, **no tiene sentido hablar de retrasos antes de esa fecha.** Sin embargo, de acuerdo con el programa de oferta, la duración del retraso en iniciar las obras fue de 82 días solares contados desde el 1o. de octubre de 1981. Repetimos que **tanto SADE como las Empresas tuvieron que ver con la demora en la firma del contrato, ambos sufrieron sus consecuencias. Además SADE NO CONDICIONO SU PROPUESTA A LA FECHA DE INICIACION".** (Cdno. No. 1 fol. 682).

5o.) Es igualmente cierto, como lo afirman los peritos, que SADE no tiene derecho alguno a cobrar sobrecostos al no poder utilizar las arenas de los ríos de la zona para la elaboración de los concretos, pues las Empresas le reconocieron ". . . . .gastos de acarreo sin estar obligado contractualmente a hacerlo (Ver acta de reunión 7 de mayo, cuaderno 4, pag. 107-110), como se lee en el trabajo presentado por los auxiliares de la justicia (Cdno. No. 1 fol. 680).

La realidad fáctica que se deja estudiada no da margen para hacer ninguna condena adicional.

K) Para darle fuerza de convicción al fallo, la Sala considera de interés hacer algunos comentarios marginales a las tesis expuestas, desde el inicio del proceso, por el procurador judicial de la parte demandada, cuyo universo jurídico no hace suyos, por las siguientes razones:

a) **SENTENCIA INHIBITORIA**

En el **sub-lite** no es el caso de proferir fallo inhibitorio, como lo solicita el demandado, pues la mera circunstancia de que el demandante no hubiese

acompañado con la demanda el texto completo de la resolución No. 433 del 29 de noviembre de 1983, por medio de la cual se liquidó el contrato, no tiene el mérito de impedir que por el sentenciador se haga un pronunciamiento de fondo, máxime cuando el acta de liquidación anexa obra dentro del informativo (Libro D, anexo 2 fol. 70), como muy bien lo destaca el **a-quo**. Nuevamente recuerda la Sala que a la luz de LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES que se enlistan en el artículo 3o. del C. C. A., entre ellos el de EFICACIA, los procedimientos deben lograr su finalidad, debiéndose remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitando decisiones inhibitorias. Para el **ad-quem** el vacío anotado por el apoderado del centro de imputación jurídica demandado es un mero obstáculo formal que, por lo mismo, no puede impedir al juez un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de conflicto de intereses sometido a su consideración.

B) COMO EL DEMANDANTE NO SOLICITO LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO, DEL CONTRATO" EL TRIBUNAL NO PUEDE PRONUNCIARSE SOBRE LOS HECHOS QUE ORIGINARON LOS RECLAMOS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA, PUES ELLOS SUPUESTAMENTE TIENEN SU BASE EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS EMPRESAS Y COMO NO SE PIDE ELLO, NO PUEDE SER DECLARADO". (Cdno. No. 1, folio 732).

La Sala no hace suya la anterior perspectiva jurídica pues en más de una ocasión, y en casos como el presente, es viable demandar el simple pago de los perjuicios sin impetrar ora la resolución del contrato ora el cumplimiento del mismo. Así lo recordó esta Corporación en Sentencia de diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa (1990). Expediente No. 5128. Actor SOCIEDAD PAVIMENTAMOS LIMITADA. DEMANDADO MUNICIPIO DE SAN JOSE DE CUCUTA. Consejero Ponente, Dr. Julio César Uribe Acosta, en la cual se lee:

> A) El **a-quo** se declaró inhibido para un pronunciamiento de mérito, por ineptitud sustantiva de la demanda, rindiéndole tributo a la perspectiva jurídica que lleva a concluir que si el actor no solicita el cumplimiento del contrato, o su resolución, no puede poner en marcha la acción para exigir simplemente el pago de los daños, pues ésta no es autónoma. Esta realidad explica que en el proveído impugnado se destaque:
>
> Una demanda **meramente** indemnizatoria, fundada en el INCUMPLIMIENTO de un contrato, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales a fin de que se cumpla uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, desligando a las partes de sus obligaciones, bien destruyendo el contrato, bien agotándolo".
>
> La tesis anterior, aunque ha sido patrocinada por la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples fallos, fue cuestionada por esta Corporación en sentencia de nueve (9) de Febrero de mil novecientos ochenta y cuatro

(1984), Expediente No. 2903 ACTOR CLODOVEO LONDOÑO BARAJAS, Consejero Ponente, Dr. José Alejandro Bonivento proveído en el cual se hicieron las siguientes precisiones:

1. Antes que todo se debe hacer precisión sobre la índole de la acción instaurada, en procura de la inteligencia de asunto controvertido, y, por consiguiente, de los alcances de la pretensión.

Como quedó narrado, el doctor CLODOVEO LONDOÑO BARAJAS, demandó al Departamento del Meta, para el pago de perjuicios por el incumplimiento de un contrato de obra celebrado el día 19 de agosto de 1974.

Es decir, la demanda de reconocimiento y pago de los supuestos perjuicios se hizo con fundamento en que el Departamento del Meta incumplió el mencionado contrato sin invocar para ello, la acción resolutoria que permitiera, previamente, el aniquilamiento del negocio jurídico respectivo. Es, por tanto, una acción directa de carácter indemnizatorio, que tiene su fuente en un vínculo contractual.

Y ello es posible? Se puede, acaso separar, la indemnización de perjuicios de la acción principal, que frente a la perceptiva del artículo 1546 del Código Civil sería la de resolución, que como es sabido es de recibo y aplicación en materia de contratación con la administración? Ciertamente, en principio, no es viable intentar la condena de perjuicios, con prescindencia de la acción que permita la destrucción del contrato, puesto que el resarcimiento del daño debe tener una relación directa con el mismo: o se resuelve y, por tanto, se destruye el nexo, o se mantiene, mediante la pretensión del cumplimiento. Así lo predica la norma citada. Y así lo ha estimado tanto el Consejo de Estado, como la Corte Suprema. Veamos:

Dijo esta Corporación en sentencia de 6 de septiembre de 1974:

El anterior análisis se ha hecho para mejor inteligencia del problema, pero la tesis de fondo en la cual la Sala quiere apoyar su decisión, se expone a continuación, teniendo en cuenta lo dicho al principio de esta sentencia al iniciarse la parte considerativa, y la tesis sostenida por la doctrina y la jurisprudencia según la cual las reglas del derecho civil son aplicables a los contratos administrativos en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de este tipo de contratos llamados por algunos de servicios públicos. Con este criterio, pues se va a examinar la aplicación del Artículo 1546 del Código Civil al caso de autos, ya que esta es la acción propuesta en la demanda.

Es sabido que este precepto consagra dos acciones alternativas principales, a elección del demandante: la de resolución del contrato o la del cumpli-

miento del mismo, y en ambos casos, como secuela de una de tales declaraciones con indemnización de perjuicios, Con fundamento en este Artículo, o mejor, en ejercicio de las acciones consagradas en él, no es posible obtener la indemnización de perjuicios aisladamente, pues ésta va atada a la suerte que corra la acción principal escogida. Por consiguiente, si no se declara la resolución del contrato, o no se ordena su cumplimiento no puede haber condena a indemnización alguna.

Y por su parte la corte Suprema de Justicia, sostuvo, en sentencia de 9 de marzo de 1961, lo siguiente:

Establece el artículo 1546 del Código Civil dos acciones principales alternativas: o la resolución o la ejecución del contrato, y una accesoria que, por naturaleza, sólo puede ejecutarse como consecuencia de la principal que se postula: la de resarcimiento. Este resarcimiento es apenas un efecto de la acción invocada como principal, por lo cual no puede proponerse independientemente, sino solo en calidad de accesoria. Así se infiere del texto de la disposición citada, que no habla de tres acciones principales sino de dos, de carácter alternativo. Ni podría ser de otra manera, pues, tratándose de responsabilidad contractual, es conocimiento de la suerte definitiva de la convención, cuando no aparecen extinguidas las obligaciones recíprocas correlativas de las partes es premisa indispensable para la apreciación del daño causado con la infracción, ya que ese daño no puede ser el mismo cuando el contrato está destinado a ejecutarse, que cuando no lo está.

En otra providencia dijo la Corte en relación con este punto lo siguiente:

"De acuerdo con la Ley ha establecido la doctrina que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la Ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas".

Empero, todas esas reflexiones, frente al caso **sub-lite**, deben tener una proyección particular, que permite a la Sala concluir que si es dable intentar la acción de resarcimiento sin invocarse la resolución, en atención a la índole del contrato, por una parte, y por la otra a la situación creada por las partes contratantes, y en especial, frente al plazo acordado que como se precisará más adelante, ha de tener una incidencia en este caso.

El contrato de obra tiene entre sus características el de ser, por lo general, de ejecución sucesiva, es decir, de aquellos en que las obligaciones se han de cumplir periódicamente. La realización de la obra y el pago de la misma, suelen no atenderse en un solo acto, sino a través de permanentes conductas de las partes. Y, como es obvio, los actos de los contratantes deben ajustarse a lo pactado en el negocio. Si se ejecutan en condiciones normales, se operará el cumplimiento. De no ocurrir esto, devendrá la desatención, que permite su terminación, que, en desarrollo de la condición resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil, se llega con la declaración judicial.

Sin embargo, en un contrato de obra, de carácter administrativo, juega un papel importante, el plazo, o sea, el termino que señalen las partes para la ejecución y entrega del objeto de la prestación, con las consecuencias, posteriores, del pago del saldo del precio, que es frecuente diferir al cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Pues bien: si el contratista no cumple con la entrega, el contratante cuenta con instrumentos idóneos para lograr, no sólo que ese hecho se produzca sino que, también pueda hacer uso de determinadas prerrogativas, como las de imponer multas.

Y cuando es la administración la que durante el término o plazo del contrato es la que incumple, que ha de ocurrir? Durante ese período, como es natural, puede el contratista, exigir el pago de los perjuicios previa resolución o terminación del contrato, pero si el contrato se encuentra vencido, se ha de considerar que está extinguido, cuya terminación no ha de deprecarse, sino tan solo, la reclamación de los perjuicios. Es decir: la extinción del plazo, confiere, así mismo, la de contrato, para los efectos del resarcimiento del daño por el incumplimiento del contratante.

Todo esto, se hace relevante en el **sub-lite** puesto que la administración una vez celebrado el contrato, mostró conductas que estaban muy lejos de querer la ejecución del convenio durante el plazo acordado para la realización de las obras, y mucho menos después de vencido dicho plazo. Ahora bien, si el demandante accionó, después de vencido el plazo, lo hizo cuando el contrato estaba extinguido por fuerza de las circunstancias que impidieron su ejecución normal e imputable al demandado. Y, por tanto, sí era conducente reclamar el pago de los perjuicios, por incumplimiento del contrato. Constan para corroborar lo dicho que el contrato se suscribió el 19 de agosto de 1974, que el plazo convenido fue el de diez meses calendario (cláusula décima primera>) contados a partir de la legalización y que la demanda se presentó por fuera de esa fecha, 6 de marzo de 1978.

Entonces, la demanda reune la forma debida, como aptitud sustantiva para que pueda ser desatada en el fondo, como lo hizo el Tribunal Administrativo

del Meta en la sentencia apelada.

b) La pauta jurisprudencial anterior la reitera ahora la Sala, adicionando la motivación dentro del siguiente marco:

1a.) El artículo 1546 del Código Civil, interpretado a la luz de los métodos gramatical y exégetico, da pié para concluir que la indemnización de perjuicios es un derecho accesorio del acreedor, motivo por el cual no podría ejercerse, en los contratos bilaterales sin intentar ora la acción de cumplimiento, ora la de resolución del contrato. Dentro de esta filosofía jurídica discurrió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de abril de 1920, XXXIII, 325, donde se lee:

"La acción alternativa que otorga a los contratantes el Art. 1546 del C. C., para el cumplimiento del contrato o para su resolución, **es acción principal, a la cual esta subordinada la de perjuicios provenientes del incumplimiento, por lo menos mientras el contrato no haya expirado; pues si no se obliga al cumplimiento del contrato al que no lo haya cumplido o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa efectiva de la cual se deriven los perjuicios.** Salvo que en casos especiales la ley establezca la acción para éstos, sin subordinarlo a la efectividad o extinción del contrato, como parece que lo hace el art. 1610 para cuando no se cumpla la obligación de hacer". (Subrayas de la Sala).

La tesis anterior, como lo enseña bien el Dr. José Melich Orsini, conduce ". . . . .en la práctica a una serie de inicuos resultados, especialmente en aquellos casos en que habiendo recibido el acreedor un cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación y no pudiendo demandar la ejecución, carecía igualmente de sentido una demanda por resolución, pues el cumplimiento, aunque tardío o defectuoso, no dejaba de presentar interés para el acreedor, **sin que ello excluyera**, sin embargo, la efectiva consumación de un daño para él. Basta pensar en el ejemplo del paciente a quien graves negligencias del cirujano con quien haya contratado una intervención quirúrgica le causaron daños irreparables en su salud o en su integridad física. Qué sentido tendría para la víctima de tales daños ejercer en el caso una acción por resolución de contrato, que por principio supone la restitución de cuanto haya sido entregado al propio actor por el demandante a título de cumplimiento" (servicios ya prestados, medicinas consumidas, empleo de auxiliares etc.) Y cómo obligarla a demandar -valga decir- a sufrir- un nuevo cumplimiento, en particular si el daño que le fue irrogado consiste en una lesión ya insubsanable de su integridad física. . . . . ". (Estudios de Derecho Civil. Segunda Edición, Editorial Jurídica Alva S. R. L., Venezuela, pags. 260 y 261) (Subrayas de la Sala).

C) Para hacerle frente a los "inicuos resultados" que se dejan descritos en

el literal anterior, el jurista venezolano Dr. Pedro Arismendi Lairet, en su artículo intitulado "AUTONOMIA DE LA ACCION DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRACTUALES", publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, tomo IV, Octubre-Diciembre, 4, Caracas 1939, recordó:

"... **Los daños contractuales no nacen de la resolución judicial ni de la acción de ejecución, sino del incumplimiento total o parcial del contrato; se trata de tres acciones hermanas, puesto que nacen de un solo y único origen. Como hermanas, no pueden depender una de otra, sino que, demostrado el incumplimiento proceden todas las que se hayan intentado, o al menos la única que haya sido propuesta.** .... La acumulación permitida por la ley no obedece a la finalidad de establecer ninguna subordinación de acciones, sino sólo a un propósito de economía procesal, a fin de que cuando el acreedor tenga interés no sólo en la reparación de daños sino también en una declaratoria judicial de resolución, no se vea obligado a seguir dos juicios y pueda lograr ambos fines en uno solo..... Autores y Tribunales sostienen con harta frecuencia que el acreedor, aunque haya aceptado el cumplimiento tardío de la estipulación contractual y no pueda por ello demandar ya la resolución ni la ejecución, **no pierde por eso el derecho de ejercer la acción de daños y perjuicios que le hubiere ocasionado el retardo; y así mismo, que tampoco pierde el derecho de demandar los perjuicios ocasionados por la falta de calidad estipulada en la cosa permitida y que recibió en cumplimiento del contrato.** La razón de ésto es muy obvia. Un contratante puede aceptar al deudor el cumplimiento tardío del contrato o bien la cosa de calidad inferior a la prometida, **no porque ello no le cauce perjuicios o quiera perdonarle, sino porque se los causaría mayores el incumplimiento absoluto, la falta de la especie o cosa. Este su legitimo interés en hacer que el daño sea el menor posible no puede tomarse como una renuncia a su derecho a reclamar ese daño menor que de todos modos tuvo que sufrir.**

Las instituciones fundamentales, primordiales, son las primera, en manifestarse y en obtener una sanción, como que surgen espontáneamente, de satisfacción de necesidades y derechos de orden primario.....En cambio, las instituciones meramente accesorias o complementarias, o bien las sanciones de éstas, no aparecen sino tardíamente,..... .. **Esta ley o norma de desarrollo se halla perfectamente realizada en la institución del resarcimiento de los daños, por incumplimiento de contrato; esta acción fue la PRIMERA EN NACER; ya en el Derecho Romano se hallaba tan desarrollada como hoy en día, COMO UNA ACCION AUTONOMA independientemente del ejercicio de cualquier otra acción.** En cambio la acción resolutoria resultante del pacto comisorio tácito del Art. 1231 no surgió sino en el derecho

consuetudinario francés. . . . .lógico sería que lo que existió primero como sanción fundamental, y la mas indispensable, de la culpa contractual hubiere pasado a ser tan solo una dependencia de lo que no vino sino siglos después a completar aquella sanción. . . . . ".

La doctrina anterior fue acogida posteriormente por la Corte de Casación venezolana, en sentencia de 10 de noviembre de 1953, en la cual se lee:

No es cierto que la ley ordene que la acción de daños y perjuicios contractuales se intente siempre como SUBSIDIARIA de la PRINCIPAL por EJECUCION o por RESOLUCION DEL CONTRATO, o lo que es igual, que prohiba en forma absoluta y general, que se promuevan acciones de daños y perjuicios provenientes de contratos independiente o separadamente de la acción por incumplimiento o resolución de estos. Un contrato cumplido y liquidadas las obligaciones recíprocas, puede dar lugar a reclamaciones de daños y perjuicios por defectos o deficiencias apreciadas o descubiertas después de finiquitado. Igualmente, un contrato cumplido con retardo, por ejemplo, el transporte de una mercancía, que recibida con retraso y por ello vendida con pérdida o menor utilidad de la prevista, puede dar origen a UNA ACCION AUTONOMA DE DAÑOS Y PERJUICIOS, pues resultaría absurdo pedir RESOLUCION o CUMPLIMIENTO de un contrato de transporte de mercaderías o de frutos ya distribuidos o vendidos. En un contrato de arrendamiento rural o urbano extinguido por vencimiento del plazo, recibida por el arrendador la cosa arrendada y el precio del arrendamiento, no se puede hablar de resolución del contrato ni procedería una acción pidiendo el cumplimiento. Sin embargo, la ley da acción por los deterioros causados al inmueble. En materia conexionada con la cuestión que se ventila en el presente juicio, la Ley hace responsable al arquitecto y al empresario de una obra importante por defecto de construcción y hasta por vicio del suelo, y esa responsabilidad persiste durante diez años, a contar del día de la entrega de la obra o en que ha terminado la construcción.

Posteriormente el mismo alto tribunal, en sentencia de 8 de junio de 1955, hizo las siguientes precisiones:

". . . . . Esas tres acciones son independientes una de otras. . . . .todas son hermanas nacidas de una misma fuente, que es el INCUMPLIMIENTO, y con base en éste **PUEDE EJERCERSE AISLADAMENTE CUALQUIERA DE ELLAS, CON IGUAL AUTONOMIA QUE LAS OTRAS, o** ACUMULARSE las que no sean incompatibles, como lo serían la resolución y la ejecución de contrato, o las mismas incompatibles, una como subsidiaria de la otra. . . . . ". (Citas tomadas de la obra: "Estudios de Derecho Civil. José Melich Orsini. E. J. Alva, 1986, pags. 259 y ss.ss).

En el caso en comento la filosofía anterior es de recibo. Si el contrato de

obra pública terminó y las obras fueron recibidas a satisfacción por la administración, es apenas obvio que al entrar en la etapa de liquidación del contrato las partes puedan insistir en las reclamaciones que presentaron a lo largo de la ejecución del mismo. De la lectura del artículo 198 del Decreto No. 02 de 11 de octubre de 1983, que recoge las normas sobre contratos de las Empresas Públicas, que en lo sustancial coincide con lo preceptuado en el artículo 233 del Decreto 150 de 9 de marzo de 1983, por medio del cual se expidió el Estatuto Contractual para el Municipio de Medellín, se desprende que "Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.

Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a su cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del contratista, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato.

Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por las Empresas, la cual se expedirá mediante resolución motivada, que estará sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa" (Cdno. No. 1 fol. 42).

No peca, pues, contra la lógica de lo razonable, que si las partes no se ponen de acuerdo al liquidar ciertos rubros, sea el juez de lo contencioso administrativo el que, en vista de lo alegado y probado, defina si en puridad de verdad ellos han debido ser reconocidos o no en favor de una de las partes. Para llegar a esta verdad jurídica bien puede intentarse en forma autónoma la acción para exigir el pago de los perjuicios sin impetrar necesariamente ora la RESOLUCION DEL CONTRATO ora su CUMPLIMIENTO, por las razones que ya se dejaron expuestas. En el **sub-lite** la situación resulta todavía más clara ya que la normatividad local, en antes citada, abre la vía para que en el acta de liquidación se reconozcan **"LAS INDEMNIZACIONES A FAVOR DEL CONTRATISTA, SI A ELLO HUBIERE LUGAR, TODO DE CONFORMIDAD CON LO ACORDADO EN EL RESPECTIVO CONTRATO".**

Definir si a ello había lugar o no, cuando las partes no se ponen de acuerdo, es tarea del juez que bien puede cumplir al estudiar el alcance de la impugnación del acto administrativo por medio del cual la administración liquida unilateralmente el contrato.

Por lo dicho, la tesis expuesta por el apoderado de la parte demandada no es de recibo en el **sub-lite.**

L) Hechas las definiciones que se dejan expuestas a lo largo de peste proveído, procede la Sala a liquidar el contrato No. 3/DJ 6964/51 cuyo objeto fue la construcción de las captaciones de los ríos Dolores, Pajarito, y Nechí y la conducción Nechí-Pajarito, dentro del siguiente universo:

PRIMERO: Monto de los perjuicios sufridos por la firma SUDAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A. -SADE- por MAYOR PERMANENCIA en la obra, según dictamen, TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS. . . . . $38.914.587.99. Esta suma deberá ser actualizada por el período comprendido entre el 16 de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República en los dos momentos en el tiempo físico ya relacionados. Para ello se aplicará la siguiente formula:

$$Vp = vh \quad \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

Sobre el monto histórico se reconocerá un interés técnico del seis (6%) por ciento anual por el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 1984 y la fecha de ejecutoria de este fallo, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

SEGUNDO: Valor de la OBRA ADICIONAL Y EXTRA que las Empresas Públicas de Medellín, deben pagar a la firma demandante SUDAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A. -SADE-, según dictamen. DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE. . . . . .($10.838.074).

Esta suma deberá ser actualizada por el período comprendido entre el 16 de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República en los dos momentos en el tiempo físico ya relacionados. Para ello se aplicará la siguiente formula:

$$Vp - vh \quad \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

Sobre el monto histórico se reconocerá un interés técnico del seis (6%) por ciento anual por el período comprendido entre el 16 de mayo de 1984, y la fecha de ejecutoria de este fallo, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

TERCERO. Las Empresas Públicas de Medellín, deberán reintegrar a la firma SUDAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A. -SADE- la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS ($42.591.900.46), monto retenido por el entidad demandada por concepto de multas, en obedecimiento a lo dispuesto en el punto segundo del fallo impugnado. Esta suma

es fija, pues no amerita ningún ajuste a partir del momento del fallo proferido por el **a-quo**, pues este aspecto de la condena no fue cuestionado por el apoderado de la parte actora:

CUARTO. Las Empresas Públicas de Medellín, deberán reintegrar a la firma SUDAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A. -SADE- la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS ($979.494.94), monto registrado en el Acta No. 46D y que obedece a "Devolución retenidos ordenados para cubrir multas", como se lee en el anexo al acta de liquidación impugnada.

Esta suma deberá actualizarse por el período comprendido entre el 16 de mayo de 1984 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta para ello los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República en los dos momentos en el tiempo físico ya relacionados. Para ello se aplicará la siguiente formula:

$$Vp = vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

Sobre el monto histórico se reconocerá un interés técnico del seis por ciento (6%) anual por el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 1984 y la fecha de ejecutoria de este fallo, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de 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:

1o. Se declara no probada la objeción que por error grave se hizo en el dictamen pericial;

CONFIRMANSE los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el día catorce (14) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del proceso del rubro.

2o. REVOCASE el numeral primero del referido fallo, el cual quedará así:

PRIMERO. Son nulas las resoluciones números 433 de noviembre 29 de 1983 y 167 de mayo 7 de 1984, que confirmó la anterior, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

Como consecuencia de la declaración anterior, la liquidación del contrato

No. 3/DJ-6469, queda hecha dentro del universo que se recoge en el literal L) de este fallo, y, por lo mismo, las Empresas Públicas de Medellín, deberán pagar a la firma SUDAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A. -SADE- las siguientes sumas de dinero:

a) Por MAYOR PERMANENCIA en la obra, TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS ($38.914.587.99) debidamente actualizada y con intereses del seis por ciento (6%) anual, en la forma indicada en el literal L) de este proveído;

b) por OBRA ADICIONAL Y EXTRA, la suma de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (10.838.074), debidamente actualizada y con intereses del seis por ciento (6%) anual, en la forma indicada en el literal L) de esta providencia;

c) por reintegro de MULTAS, la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS ($979.494.94) debidamente actualizada y con intereses del seis por ciento (6%) anual en la forma indicada en el literal L) de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de Sala, *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SUSPENSION DEL PROCESO

La suspensión del proceso no requiere trámite incidental; se resuelve de plano. La solicitud de interrupción del proceso tiene vocación de prosperidad si se acompaña a ella prueba siquiera sumaria, situación que en el sub lite no se dio, pues el certificado médico no aparece suscrito ante dos testigos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., mayo dieciséis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta*

Referencia: Expediente No. 6506. Actor: Otoniel Varela Arias. Demandado: Instituto Nacional de Fomento Municipal-INSFOPAL

I

Procede la Sala a desatar el recurso de Súplica interpuesto por la parte actora, contra el auto calendado el día trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991), en virtud del cual el consejero conductor del proceso denegó la solicitud de suspensión del proceso 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 citada providencia, en la cual se discurre dentro del siguiente universo:

> "El apoderado del actor solicita interrupción de términos por causa de una enfermedad grave que le "impidió físicamente toda actividad profesional desde el pasado 11 de los cursantes hasta el día de hoy. . . . ." (Febrero 26 de 1991).

"Para dicho efecto acompañó certificado de un médico particular en el cual se lee:

""Por presentar un cuadro de dolor abdominal agudo con hematoma, no puede asistir a sus labores habituales por un tiempo prudencial de dos semanas a partir de la fecha de hoy: Febrero 11 (once) de 1991. Salvo complicaciones".

"Se considera:

"El art. 277 de. C. de P. C. prescribe:

""Documentos emanados de terceros. Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estiman por el juez.

"1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252.

"2. Si siendo simplemente declarativos, su contenido se ha ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios. La ratificación no será necesaria en el caso previsto en el inciso segundo, numeral 2 del artículo 229".

"Como en el presente caso se trata de un documento privado que no reune los requisitos para ser apreciado como prueba no se accede a la solicitud de interrupción del proceso hecha por el apoderado del actor (folios 161-162, Cuaderno Principal).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 163 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el impugnante hace sus valorizaciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual razona dentro del siguiente temperamento:

"1) Mediante escrito de 26 de Febrero del año en curso, elevé solicitud de interrupción del proceso, con base en lo dispuesto por el numeral primero del art. 168 del C. de P. C., a fin de que se volviera a correr traslado para alegar, motivado en la imposibilidad física del suscrito que me aquejó durante el traslado inicial, lo cual acredité con el respectivo certificado médico, expedido por el Doctor Gabriel Prieto Amézquita.

"2. La anterior solicitud de interrupción del proceso, que está consagrada como causal de nulidad por el numeral quinto del art. 152 del Estatuto

Procesal, debió ser tramitada como incidente, porque así lo dispone el art. 153 op cit, a fin de practicar las pruebas que corresponden.

"3. Sin embargo, el Honorable Magistrado Ponente procedió directamente a negar la interrupción del proceso mediante el auto acusado, por falta de autenticidad de la certificación médica, la cual se obtiene precisamente mediante la comparecencia del tercero ante el Juez para que se ratifique mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, como lo indica el numeral segundo del art. 271 ibídem.

"4. Por lo anterior, el auto interlocutorio recurrido no siguió los trámites establecidos por las normas de procedimiento citadas, lo que podría causar grave perjuicio a la parte que represento pues reviste la mayor importancia hacer uso cabal del traslado para alegar (folios 163-164, Cuaderno Principal).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Es verdad jurídica que a la luz de lo preceptuado en el artículo 168 del C. de P. Civil, modificado por el artículo 1o. numeral 88 del Decreto No. 2282 de 1989, el proceso se interrumpe por muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes y que ella se produce a partir del hecho que la origine, es decir, que acreditada la causal, en legal forma, no hay lugar a tramitar incidente alguno, pues el artículo 135 del citado estatuto preceptúa que: **SE TRAMITARAN COMO INCIDENTE LAS CUESTIONES ACCESORIAS QUE LA LEY EXPRESAMENTE SEÑALE....** " entre las cuales no se enlista la relacionada con la interrupción del proceso. Así las cosas, no le asiste la razón jurídica al impugnante cuando predica que la solicitud de interrupción del proceso debió ser tramitada como incidente. Ella se resuelve de plano, como lo recuerda muy bien el precepto jurídico últimamente citado.

B) La solicitud de interrupción del proceso tiene vocación de prosperidad si se acompaña a ella PRUEBA SIQUIERA SUMARIA (Art. 135 del C. de P. Civil), situación que en el **sub-lite** no se dió, pues el certificado médico no aparece suscrito ante dos testigos, como lo manda el artículo 279 del C. de P. Civil, que a la letra reza:

"Art. 279. Alcance probatorio de los documentos privados. Los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de tercero.

Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria si han sido suscritos ante dos testigos". (Subrayas de la Sala). Además, tampoco se dió cumplimiento a la exigencia que trae el numeral 2o. del artículo 277. del mismo estatuto.

La realidad jurídica que se deja expuesta, lleva a la Sala a confirmar la providencia suplicada.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto suplicado, esto es, el calendado el día trece (13 de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991), por las razones dadas en los considerandos de éste proveído.

Cópiese y notifíquese.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA / JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA

Las acciones de reparación directa contra los entes territoriales y los establecimientos públicos, son del conocimiento de esta jurisdicción. Esas mismas acciones contra las empresas estatales o las sociedades de economía mixta competen a la justicia ordinaria, porque frente a éstas existe normatividad especial que no fue derogada por el código administrativo vigente. En el presente caso se asumirá la competencia, aunque formalmente esté contrariando la jurisprudencia de la Sala. Y toma esta posición porque, sin formalizarse ningún conflicto, en el caso sub-judice ya hubo definición al respecto, definición que de ser contrariada en esta oportunidad no sólo atentaría contra el derecho de los demandantes sino contra la seriedad que debe guardàr siempre la administración de justicia.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO/ ACTIVIDAD PELIGROSA / FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA

Frente a la responsabilidad de la entidad pública por el servicio de energía eléctrica y en especial a su fuente, la Sala estima que cabe aplicar al caso la jurisprudencia reiterada que parte del riesgo especial a que la entidad explotadora del servicio somete a los usuarios de él, o a terceros, por desarrollar una actividad peligrosa. Si se debe indemnizar sin culpa, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, con mayor razón se producirá esa consecuencia cuando dentro del proceso se detecte que también se puso de presente la falla por el inadecuado funcionamiento del servicio o por falta en èl sostenimiento de las redes

y demás equipos. La realidad probatoria muestra una clara falla del servicio que, en cierta forma, hace innecesaria la aplicación de la tesis del riesgo especial o excepcional.

Consejo se Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., Mayo diez y siete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6175. Indemnizaciones. Actor: Ana Milena Escobar de Alvarez.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Compañía de electricidad de Tuluá S. A. contra la sentencia de 8 de marzo de 1990, dictada por el tribunal administrativo del Valle, mediante la cual dispuso:

"PRIMERO.- Declárase que la sociedad de economía mixta "COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A.", es administrativamente responsable, por riesgo excepcional, de los perjuicios morales y materiales causados con la muerte del señor MARIO ALVAREZ JARAMILLO, ocurrida el día 11 de mayo de 1982.

"SEGUNDO.- Condénase en consecuencia a la sociedad de economía mixta COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A., a pagar por concepto de perjuicios morales a la señora ANA MILENA ESCOBAR VDA. DE ALVAREZ, identificada con la cédula de ciudadanía Número 38.434.446 expedida en Cali; LUIS ENRIQUE ALVAREZ ESCOBAR, con cédula de ciudadanía No. 16.683.961 de Cali, y a MARGARITA ROSA ALVAREZ ESCOBAR, o a quien represente sus intereses, el equivalente en pesos colombianos de UN MIL (1.000) GRAMOS DE ORO PURO a cada uno de ellos, que se tomará como base en el certificado que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

TERCERO.- Condénase a la sociedad de economía mixta COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A. a pagar a ANA MILENA ESCOBAR VDA. DE ALVAREZ Y MARGARITA ROSA ALVAREZ ESCOBAR, o a su apoderado, por concepto de perjuicios materiales, la suma que se determine por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y de acuerdo con las pautas señaladas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO.- Esta condena deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO.- Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEXTO.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda".

Los presupuestos fácticos de la demanda, según la síntesis de la fiscalía de la Corporación, fueron los siguientes:

"Los hechos relatados en el libélo dan cuenta que el 11 de mayo de 1982 el doctor MARIO ALVAREZ JARAMILLO murió electrocutado al hacer contacto una cuerda de alta tensión con el vehículo que él conducía.

"Al haberse caído el cable de alta tensión, el fluido eléctrico debió suspenderse inmediatamente, pero esto no ocurrió por cuanto los fusibles eran de muy alto amperaje y la sub-estación no estaba provista de un relay diferencial que interrumpiera el paso de corriente; todo lo cual constituyó una falla en servicio por descuido de la Compañía de electricidad de Tuluá S. A. propietaria de las redes, sociedad de economía mixta en razón a que el 90.68% de sus acciones pertenecen a la CVC y al municipio de Tuluá, por tanto, se somete al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado en el Decreto 3130 de 1968.

"Perjuicios morales y materiales ocasionó a los actores el fallecimiento del doctor alvarez Jaramillo, médico veterinario y zootecnista de la Universidad Nacional y ampliamente reconocido en estas áreas".

El tribunal decidió en la forma anotada atrás. En torno a la falla de la administración concluyó que ésta se había puesto de presente, no solo por el mal mantenimiento de las redes, sino por la inoperancia de los mecanismos de seguridad, ya que de haber funcionado éstos, la tragedia no se habría producido.

Descontenta la entidad pública, formuló apelación. Tramitada la segunda instancia es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal segunda la sentencia merece ser confirmada, porque se establecieron dentro del proceso los presupuestos de la responsabilidad. Insiste el ministerio público en que no debe anularse la actuación cumplida por el tribunal y para ello arguye en su vista de 27 de noviembre de 1990 (a folio 529 y siguientes):

"El Tribunal Superior de Buga en auto de 5 de septiembre confirmó la nulidad declarada por el juzgado 1o. civil del circuito por cuanto era la jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer de la relación litigiosa trabada entre la señora Ana Milena Escobar y la compañía de Electricidad de Tuluá S. A. El juzgado se basó en que en ese momento, 12 de marzo de 1984, el art. 268 del Decreto 01 de 1984 había derogado el numeral 1o. del art. 16 del C. P. C. y la inexequibilidad de tal derogatoria

se produjo sólo hasta el 25 de julio del mismo año. Para el Tribunal Superior fue a partir del Decreto 528 de 1964, que la competencia se atribuyó a los Tribunales Administrativos.

"Para el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, no hubo ninguna duda sobre la calidad de economía mixta de la sociedad demandada y sobre el carácter administrativo del hecho causante del perjuicio, por lo tanto, la contienda jurídica competía a la jurisdicción contencioso administrativa. Tal decisión quedó ejecutoriada y en consecuencia, el proceso se tramitó y se decidió ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

"Si la ley sustancial, civil o administrativa otorga para quien sufre un daño o perjuicio el derecho a ser indemnizado, es deber de quienes administran la justicia hacer efectivo tal derecho.

"No se ajusta a la equidad ni a la justicia, que estableciendo la ley sustancial un derecho para el administrado y la ley procesal la manera de hacerlo cierto y concreto, no exista juez competente para ello, situación esta a la cual se llegaría en el presente caso, si se acogiera la reciente jurisprudencia de la Sección Tercera en donde se ha dicho que las demandas contra las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por hechos o actividad propia de su objeto comercial, corresponde conocerlas a la justicia ordinaria. (Expediente No. 5603. Actor Martha Inés Vda. de Salcedo y Expediente No. 6094 Actor Wilfrido Manuel Rosario Diaz)."

Por su lado la entidad demandada solicita la revocatoria de la sentencia. Estima que dada la situación económica de la familia del occiso no cabe hablar de perjuicios materiales causados por la muerte de éste; los que tampoco se probaron. En cuanto a los perjuicios morales considera que tal como ocurrieron los hechos no debió imponerse el máximo de la condena. Asimismo el distinguido apoderado insiste en sostener que la acción estaba caducada cuando se presentó la demanda, a tenor del artículo 136 del c. c. a. y que la jurisdicción administrativa no es la competente para dirimir la presente controversia. El alegato de instancia obra a folios 508 y siguientes.

También la parte actora presentó su alegación y reforzó los argumentos que expuso en los distintos escritos (a folios 526 y siguientes).

Para la sala, la sentencia será confirmada porque ella conforma un serio y ponderado estudio de la situación controvertida. Con todo, deberá en primer término hacer algunas precisiones en torno a la jurisdicción competente para dirimir esta clase de proceso, en el que una de las partes es una sociedad de economía mixta sometida al régimen de las empresas estatales.

A este respecto, se anota:

El decreto 528 de 1964, adscribió a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias tanto contractuales como extracontractuales por hechos u omisiones de la administración; entendiendo por esta los entes territoriales y los establecimientos públicos.

Los decretos 1050 y 3130 de 1968 precisaron luego el concepto de las entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios e indicaron en que casos los litigios eran del conocimiento de la justicia ordinaria y en que de la administrativa. Así, se precisó que los establecimientos públicos estaban sometidos, por regla general, al derecho público y a la jurisdicción administrativa, tanto en materia contractual como extracontractual; y de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estaban regidas, en principio, por el derecho privado y sometidas a la jurisdicción ordinaria. De esos mismos decretos se desprende que las sociedades de economía mixta de capital público superior al 90% estarán sometidas a las reglas propias de las empresas estatales (artículo 3 del decreto 3130).

El Código Administrativo, adoptado por el decreto 01 de 1984, insistió en la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de los asuntos de reparación directa de las entidades territoriales o "descentralizadas de los diferentes órdenes, sin distinguir, luego el decreto 2304 de 1989, que le introdujo modificaciones a dicho código, no tocó el punto.

La jurisprudencia de la Corporación, entonces, se ha venido moviendo dentro de este marco legal y en forma reiterada sostiene:

a) Las acciones de reparación directa contra los entes territoriales y los establecimientos públicos, son del conocimiento de esta jurisdicción.

b) Esas mismas acciones contra las empresas estatales (industriales o comerciales) o las sociedades de economía mixta competen a la justicia ordinaria, porque frente a éstas existe normatividad especial (arts. 30 y siguientes del decreto 3130 de 21968) que no fue derogada por el código administrativo vigente (arts. 131 y 132 numerales 10). Esta orientación jurisprudencial tiene el respaldo de múltiples y reiteradas decisiones, de las cuales pueden citarse, entre las más recientes las sentencias de marzo 1o. de 1991 (proceso 6061) y 27 de septiembre de 1990 de la Sección III, En esta última, con ponencia del señor Consejero Uribe Acosta, se hizo un serio reestudio del asunto para ratificar la tesis (Proceso 5683).

Cabe recordar aquí que el Tribunal Disciplinario al resolver algunos conflictos de jurisdicción en asuntos similares, ha decidido que la competencia en tales casos es de esta jurisdicción. Pero también debe afirmarse que esas decisiones son de efectos relativos y no erga omnes. Y que asimismo la Corte Suprema ha reafirmado en varios y recientes fallos lo contrario.

En el presente caso la sala asumirá la competencia, aunque formalmente

esté contrariando la jurisprudencia de la sala. Y toma esta posición porque, sin formalizarse ningún conflicto, en el caso subjudice ya hubo definición al respecto; definición que de ser contrariada en esta oportunidad no sólo atentaría contra el derecho de los demandantes sino contra la seriedad que debe guardar siempre la administración de justicia, la que, entre sus principios rectores consagra en materia procesal el siguiente: :Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. . . . .(artículo 4o. del C. de P. C.)

Aunque lo expuesto no encaja exactamente en lo dispuesto en el inciso 4o. del artículo 155 del C. de P. C., que le permite al juez no estudiar la nulidad cuando dentro del proceso esa misma causal haya sido resuelta incidentalmente, si permite su aplicación analógica, porque el presente proceso muestra que la causal de falta de jurisdicción alegada por la parte demandada ante la justicia ordinaria no sólo fue decidida por esta cuando estimó que era la administrativa la competente (ver auto de 5 de septiembre de 1984 dictado por el Tribunal Superior de Buga) sino que la volvió a estudiar el tribunal administrativo del Valle, a petición de la misma demandada, durante el trámite de la primera instancia. (ver auto de febrero 21/86, fol 234); auto que no fue apelado por la parte que ahora, en esta instancia, la alega como excepción en el alegato de bien probado.

Además como los conflictos de jurisdicción no puede proponerse de oficio (artículo 216 del c. c. a.,), la sala estima que deberá fallar el asunto de fondo, máxime cuando la misma fiscalía comparte también esta idea.

A este respecto, se anota:

Estuvo acertado el tribunal en el estudio de las excepciones y lo estuvo cuando criticó la actitud de la parte demandada, la que a su amaño, para eludir las resultas del juicio, ha venido alegando la falta de jurisdicción en relación tanto con la justicia ordinaria como con la administrativa, según sus conveniencias. No existe duda de que la Compañía de Electricidad de Tuluá S. A. es una sociedad de economía mixta sometida al régimen de las empresas estatales, ya que su capital público es superior al 90%, concretamente al 90.68%.

Aunque en teoría la sala ha venido sosteniendo tesis diferentes a la expuesta por el a-quo en materia de jurisdicción, en esta oportunidad y por lo escrito atrás, el asunto se decidirá de fondo. La posición de la sala aparece bien explicada en los fallos mencionados atrás.

Frente a la caducidad tampoco cabe hacer reparo alguno, ya que la demanda fue presentada oportunamente el 11 de marzo de 1985, cuando aún no había vencido el término de 3 años que el artículo 28 del Decreto 528 de 1.964 tenía establecido para tal efecto. Esto aceptando que antes del decreto 01 de

1.984 la acción correspondiera también a la jurisdicción administrativa. Porque aún aceptando que en ese entonces la competencia radicaba en la justicia ordinaria la oportunidad se vería aún más clara, porque su régimen aplicable sería el de la prescripción extintiva; prescripción que se cambió para la reparación directa por caducidad de dos años y que para las acciones por hechos ocurridos con anterioridad a dicho código y que aún no se habían formulado cuando empezó a regir éste, empezó a correr el 1o. de marzo de 1.984.

En torno al análisis de los hechos y su prueba dentro del proceso, la Sala no tiene reparos porque el acervo probatorio puso de presente no sólo un mantenimiento inadecuado de las líneas eléctricas y sus soportes, sino también el hecho de la no operancia de los mecanismos de seguridad que fallaron tan pronto se produjo la caída de los cables al suelo.

La Sala hace suya la siguiente argumentación del a-quo por considerarla acertada y ajustada a la realidad procesal y probatoria. Dijo el tribunal:

"Es un hecho cierto que el mantenimiento no era adecuado ya que como dijimos antes está probada la rotura de la cruceta y que fue entregada a las autoridades respectivas, que está carcomida y quebrada; y al suceder este hecho y romperse el cable de alta tensión, no funcionaron las sistemas de seguridad tanto en los automáticos como en el relay como debe acontecer de manera normal y tanto es así qué la línea permaneció con corrientes después del accidente. Pero es más, con la rotura de la cruceta el contacto de la línea con la maleza y posteriormente la rotura de la línea, no hubo interrupción del fluído eléctrico, lo que demuestra que los sistemas de seguridad que debe tener cualquier red de energía no funcionaron.

"La razón técnica que se observa para que un fusible no se salte cuando se presenta la rotura de una línea de alta tensión que está dotada de fusibles o automáticos, es cuando el emperaje del fusible es más alto que la capacidad de carga de la línea.

"Finalmente digamos con relación a lo anterior, que la afirmación de la no existencia del relay diferencial, se apoya, en que no se cortó e fluído eléctrico de la zona donde ocurrió el accidente en el momento de la reventada de la línea o cuando ésta hizo contacto con la maleza alrededor del quiebrapatas; o en caso contrario estaba funcionando en malas condiciones.

"De las anteriores piezas se observa que la objeción hecha al dictámen pericial inicial, no prospera, ya que como se ha analizado de manera pormenorizada existe la responsabilidad administrativa, pues el mantenimiento era deficiente e igualmente sus componente como la madera en las crucetas y la fatiga de las cuerdas por el uso.

"A pesar de que en el caso que nos ocupa el presente caso no encaja dentro

de los elementos denominados falla del servicio, ni como "onus probandi" a cargo del actor, ni como presunción de falla inversora de la carga de la prueba. Se trata se los regímenes que la generalidad de la doctrina denomina objetivos, que también reunen como elementos constitutivos un hecho y un perjuicio causados por aquél. En los campos de la actividad administrativa a los cuales se aplican, la administración solamente se exonera si demuestra la fuerza mayor o el hecho de la víctima. No ocurre otro tanto con el caso fortuito.

"Para el caso que nos interesa tenemos que no encaja la teoría del daño especial sino el de responsabilidad por el riesgo excepcional, como vamos a verlo a más espacio y más adelante.

"Como se puede ver de todo lo analizado, a través de este proveído, tenemos que se produjo un daño consistente en el paso de unas redes eléctricas por predios de una persona, con lo cual se causó daño a pesar de que con ello de estaba prestando un servicio; lo cual conlleva inexorablemente a la indemnización de perjuicios ya que el administrado no solo no puede soportar las cargas que conlleva el riesgo excepcional."

También, como lo dice el Tribunal, se probó el deceso del Doctor Mario Alvarez Jaramillo (ver acta de levantamiento y de la necropsia, como el registro notarial de defunción).

Frente a la responsabilidad de la entidad pública por el servicio de energía eléctrica y en especial a su fuente, la sala estima que cabe aplicar al caso jurisprudencia reiterada de la sala a ese respecto; jurisprudencia que parte del riesgo especial a que la entidad explotadora del servicio somete a los usuarios de él o a terceros por desarrollar una actividad peligrosa. Riesgo especial o excepcional que, por sí solo, al producir un daño sin que tenga que mediar falla en el servicio, amerita la indemnización del perjudicado. Y si se debe indemnizar sin culpa, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, con mayor razón se producirá esa consecuencia cuando dentro del proceso se detecte que también se puso de presente la falla por el inadecuado funcionamiento del servicio o por falta en el sostenimiento de las redes y demás equipos.

Las ideas que se dejan expuestas han sido desarrolladas en los fallos de esta misma sala dictados el 20 de febrero de 1989 (proceso 4655), diciembre 11 (Proceso 6090) y diciembre 18 de 1990 (proceso 5925).

En el caso subjudice la sala acepta el análisis del tribunal y sus conclusiones, los que no se apartan fundamentalmente de la jurisprudencia antecitada. Y los acepta porque la evaluación del acervo probatorio se estima acertada y ajustada a la realidad procesal, como se expresó atrás; realidad que muestra una

clara falla del servicio y que, en cierta forma, hace innecesaria la aplicación de la tesis de riesgo especial o excepcional.

También comparte la sala el estudio del perjuicio causado a los damnificados y la relación de casualidad existente entre la falla y el daño. El estimativo de los morales se ajustó a la jurisprudencia de la sala. En cuanto a los materiales, la sala asimismo acepta la posición del tribunal y las pautas señaladas, con estas precisiones: en el considerando 5o. (a folios 466 del cuaderno principal) se crea el equívoco de la mayor edad del hijo de la víctima a los 19 años, cuando la ley habla de 18; y en los puntos 2 y 3 (a folios 467) las fórmulas utilizadas por la jurisprudencia son: a) para actualizar la renta o encontrar a Ra;

$$Ra = r \frac{ind.f}{ind,i} \text{ (ord. 1o.)}$$

b) indemnización vencida con la fórmula

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

e indemnización futura:

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

Además, deberá precisarse el ordinal 3o. de la sentencia en el sentido de que el procedimiento para la concreción del perjuicio material será el incidental que contempla el artículo 137 del C. de P. C., el que deberá presentarse dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de este fallo. Lo anterior, por cuanto el artículo 308 del decreto 1400 de 1970 fue derogado por el decreto 2282 de 1989.

Por lo expuesto y de acuerdo con la fiscalía 2a. el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de marzo 8 de 1990, dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca, con las precisiones hechas en la motivación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 16 de mayo de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila, Juan de Dios Montes Hernández*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO - Naturaleza / **SENTENCIA COMPLEMENTARIA**

Es extraño que en el presente caso la misma ponente está salvando el voto, es decir no esté aprobando su propia ponencia. Si la Sala no estaba de acuerdo con el proyecto de fallo en su integridad o con parte de él, lo lógico era que el proceso hubiese pasado al magistrado siguiente para que él hubiera elaborado la ponencia y ya en esta etapa proceder a salvar el voto. Es extraño también que en la sentencia complementaria, la misma ponente que había salvado el voto en la decisión argumentó el excesivo reconocimiento por perjuicios morales a los hijos de la víctima, condene a la misma cantidad a favor de los mismos parientes.

Consejo de estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nro. 6146.- Indemnizaciones.- Actor: MARGARITA ZAPATA Y OTROS.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1.989, proferida por el tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso de la referencia y mediante la cual resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: DECLARASE ADMINISTRATIVAMENTE responsable a la NACION (MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL), por muerte del señor ELISEO DE JESUS RUIZ SANCHEZ, en hechos ocurridos el 28 de noviembre de 1.982, en el Municipio de Betania (Antioquia).

"SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, LA NACION pagará por concepto de PERJUICIOS MATERIALES en su modalidad de DAÑO EMERGENTE (indemnización Vencida y Futura) y LUCRO CESANTE, tal como se indicó en la parte motiva de esta providencia las siguientes sumas:

PARA BLANCA MARGARITA ZAPATA V. DE RUIZ.....	$ 6.751.182.21
PARA CARLOS ALBERTO RUIZ ZAPATA..	$1. 037.080.85
PARA RUDY AMPARO RUIZ ZAPATA.....	$ 693.686.42
PARA DORIS ELENA RUIZ ZAPATA.....	$ 445.233.52
PARA MARIA DOLLY RUIZ ZAPATA.....	$ 112.149.57
TOTAL.....	$ 9'039.332.57

"Esta condena se entenderá en concreto.

"TERCERO: En posterior incidente de regulación y sobre la base de $12.500 mensuales se establecerá por los medios probatorios autorizados legalmente, el término de duración del contrato de arrendamiento de la finca de la cual obtenía dichos ingresos. Este reconocimiento se hará en favor de las personas citadas en el numeral SEGUNDO.

"CUARTO: LA NACION pagará las siguientes sumas de dinero , por su equivalente en gramos-oro por concepto de DAÑOS MORALES , al precio que certifique el Banco de la república a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"A. Mil (1.000) gramos-oro a la señora BLANCA MARGARITA ZAPATA VIUDA D RUIZ.

"B. Mil (1.000) gramos-oro a cada uno de los hijos: DORIS ELENA, RUDY AMPARO, CARLOS ALBERTO, MARIA LUZ DARY, JOHN JAIRO, WILSON DE JESUS, WILLIAM DE JESUS, MARIANO DE JESUS, MARIA DOLLY Y FABIOLA RUIZ ZAPATA, quedan excluídas de toda indemnización MARIA NIDIA Y REGINA DE JESUS RUIZ ZAPATA, de acuerdo con lo visto en la parte motiva de esta providencia.

"QUINTO: Como se dijo, el anterior reconocimiento se efectuará con base en la certificación que expida el Banco de la República sobre el precio del gramo-oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"SEXTO: NIEGANSE LAS DEMAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

"SEPTIMO: LA NACION dará cumplimiento a este fallo, en los términos previstos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo."

La anterior providencia fue adicionada por el a-quo en la siguiente forma:

"ADICIONASE el numeral CUARTO de la sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SECCION PRIMERA, el ocho (8) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), el cual quedará así:

"LA NACION pagará las siguientes sumas de dinero, por su equivalente en gramos-oro por concepto de DAÑOS MORALES, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"A. Mil (1.000) gramos-oro a la señora BLANCA MARGARITA ZAPATA VIUDA DE RUIZ.

"B. Mil (1.000) gramos-oro a cada uno de los hijos DORIS ELENA, RUDY AMPARO, CARLOS ALBERTO, MARIA LUZ DARY, JOHN JAIRO, WILSON DE JESUS, WILLIAM DE JESUS, MARIANO DE JESUS , MARIA DOLLY, FABIOLA, MARIA NIDIA Y REGINA DE JESUS RUIZ ZAPATA, de acuerdo con lo visto en la parte motiva de esta providencia."

Los hechos que dieron origen a la controversia se sintetizan así:

El día 28 de noviembre de 1.982 el señor Eliseo de Jesús Ruiz se encontraba cerca de la sastrería "La Amistad", ubicada en el marco de la plaza de Betania (Antioquia), cuando en un sitio cercano frente a la farmacia San Martín de la misma localidad, en forma injusta, los agentes de la Policía Nacional Libardo Herrera Flórez y José Roberto Bedoya Vigoya agredieron al señor José Loaiza propinándole una puñalada. Ante la agresión éste trató de despojar de su carabina de dotación al agente Herrera Flórez, quien en actitud imprudente , sin importarle el gran número de personas que se encontraban en el lugar por ser día de mercado, disparó su arma causando la muerte a Loaiza y al señor Eliseo de Jesús Ruiz. Este, que no participó en el incidente, sostenía a su familia con su trabajo como barbero, el que combinaba con las labores agrícolas.

El Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda porque "en conclusión hubo falla en el servicio prestado debido al exceso y el abuso en la utilización de las armas de dotación oficial, que llevó a los agentes a dispararles innecesariamente e injustificadamente con los resultados funestos a que nos hemos referido, hechos en los cuales perdió la vida el señor ELISEO DE JESUS SANCHEZ." (folios 169 , 170).

En la decisión se excluyeron del reconocimiento de perjuicios morales a María Nidia y a Regina de Jesús Ruiz Zapata, porque "no hicieron presentación

personal como ordena la ley." (folio 187).

Posteriormente el Tribunal de oficio adicionó la sentencia reconociendo perjuicios morales a las personas anteriormente enunciadas, ya que "a folios 19 y siguientes, mas concretamente a folios (sic) vuelto , se observa un sello secretarial y en él, anotados los números correspondientes a dos cédulas de ciudadanía sin que aparezca allí el nombre de las personas a quienes pertenecen. Sin embargo (sic), confrontadas estas cédulas con las que aparecen en el poder visible a folios 19 (sic), es posible deducir, sin lugar a equívocos que aunque en el sello secretarial de representación (sic) personal de la Corporación (folios (sic) 20 vuelto) no están los nombres , ellos corresponden precisamente a MARIA NIDIA Y REGINA DE JESUS RUIZ ZAPATA. En consecuencia, se omitió en la sentencia la presentación personal (?), con la cual queda acreditado que los números de las cédulas corresponden a las dos personas citadas.'" (folio 200).

El señor apoderado de la parte actora impugna la sentencia en lo relacionado con el reconocimiento de los perjuicios morales a María Nidia y Regina de Jesús Ruiz Zapata, porque la sentencia complementaria es nula ya que "es al H. Consejo de Estado a quien compete decidir", porque el Tribunal violó "el principio de intangibilidad e inmodificabilidad de las sentencias". La apoderada de la demanda en esta instancia, en un incomprensible memorial hace relación únicamente a la sentencia complementaria sin tocar para nada la decisión de fondo (folios 212 y 213).

La señora representante del Ministerio Público en su concepto considera que la falla del servicio se encuentra debidamente acreditada y que la sentencia se debe confirmar. En lo relacionado con la complementación solicita se declare nula por haber sido dictada sin competencia por el tribunal, pero se accede a lo propuesto por el recurrente por tener el debido respaldo probatorio. (folios 214 a 220).

SE CONSIDERA

La Sala encuentra, en primer término, que en el caso concreto se puede aplicar la tesis de la falla presunta, ya que la muerte del señor Eliseo de Jesús Ruiz fue ocasionada por dos agentes de la Policía Nacional, debidamente uniformados y con armas de dotación. De ello dan prueba el certificado de defunción que obra al folio 4 y los testimonios de folios 69 a 82. Estos últimos merecen plena acogida por ser espontáneos, mesurados y de sencilla presentación, propia de campesinos aún no contaminados.

Además de lo anterior, la falla en el servicio también resulta acreditada del acervo probatorio y en especial del informativo disciplinario No. 006, iniciado en el Departamento de Policía Antioquia el 30 de noviembre de 1.982 y terminado en la Dirección General de la Policía Nacional el 6 de mayo de 1.983 en el cual se dispuso separar en forma absoluta de la institución a los agentes BEDOYA

VIGOYA JOSE ROBERTO Y HERRERA FLOREZ LIBARDO, por haberse comprobado que incurrieron en faltas constitutivas de mala conducta, consistentes en : "La conducción de dos particulares, y debido al trato soez propinado por los uniformados, uno de los civiles intentó despojar del arma de dotación al agente Bedoya, a lo cual el agente Herrera disparó lesionando la integridad de los dos particulares y el agente Bedoya lesionó a uno de ellos con arma cortopunzante. Una vez conducidos los lesionados a un centro asistencial fallecieron, hechos ocurridos el 28 de noviembre de 1.982 en Antioquia." (folios 84 y siguientes).

Además el resultado de la investigación realizada por la misma entidad demandada da cuenta de la gravedad del hecho y de la conducta de los agentes del orden por fuera de todo marco legal.

De otro lado, se encuentran debidamente probados los parentescos de los demandantes con la víctima, según certificados que obran a folios 3 a 17 y la actividad que cumplía en vida el señor Eliseo de Jesús Ruiz, con los testimonios de folios 70 a 82, piezas que sirvieron de fundamento para el cálculo de la indemnización por parte del a-quo; decisión que la sala prohija. Las fórmulas empleadas fueron las que se ha venido utilizando para estos casos y los cálculos matemáticos se encuentran correctos.

En cuanto al punto específico de la apelación asiste la razón al impugnante por cuanto el tribunal efectivamente perdió toda competencia para modificar la sentencia, ya que en las partes motiva y resolutiva de ella se dijo expresamente que María Nidia y Regina de Jesús Ruiz Zapata, hijas de la víctima, quedaban excluídas del reconocimiento de perjuicio morales y materiales.

Por lo tanto dando aplicación a los artículos 140 numeral 2o y 143 del C. de P. C. , se declarará la nulidad de la sentencia complementaria de fecha 24 de noviembre de 1.989. Sin embargo, se accederá a hacer el reconocimiento de perjuicios a favor de María Nidia y Regina de Jesús Ruiz Zapata porque al folio 20 vuelto aparece la nota de presentación personal del poder de las mencionadas damas con sus números de cédula y aunque no aparecen los nombres, seguramente por olvido secretarial, no queda duda de que el requisito se cumplió.

Por último se advierte la falta de técnica procesal del a-quo en las siguientes actuaciones:

1) Al tenor del artículo 103 del C.C.A. el salvamento de voto sólo es posible cuando el magistrado o Consejero discrepa de la providencia aprobada mayoritariamente en la Sala. Esta discrepancia significa que no está de cuerdo en todo o en parte con ella y que por lo tanto no le da su aprobación. Por lo anterior es extraño que en el presente caso la misma ponente esté salvando el voto, es decir no esté aprobando su propia ponencia. Si la Sala no estaba de acuerdo con el proyecto de fallo e =n su integridad o con parte de él, lo lógico era que el proceso

hubiese pasado al magistrado siguiente para que él hubiera elaborado la ponencia y ya en esta etapa proceder a salvar el voto.

2) Es extraño también que en la sentencia complementaria de fecha 24 de noviembre de 1.989 (folios 199 y siguientes), la misma ponente , que había salvado el voto en la decisión principal argumentando que le parecía excesivo el reconocimiento de 1.000 gramos oro por perjuicios morales a los hijos de la víctima, condene a la misma cantidad de los mismos parientes.

3) Tampoco fué correcto que el a-quo, de oficio, como ya se trató anteriormente, modificara la sentencia y mucho menos con el confuso argumento de que "se omitió en la sentencia la presentación personal, con lo cual queda acreditado que los números de cédula corresponden a las dos personas citadas." (folio 200).

Las anteriores irregularidades le quitan seriedad a las decisiones judiciales y revelan una notoria y preocupante falta de cuidado.

Como la sentencia, por haber sido desfavorables a la entidad demandada, se conoce en esta oportunidad también en grado de consulta, habrá de revocarse en su ordinal 3o. por tratarse de una renta de capital que no tiene porque desaparecer con la muerte del sedicente dueño de la finca, la que, por las leyes de la sucesión entra a formar parte del patrimonio de los herederos. Además, tampoco se probó la propiedad de dicho bien y no se sabe porqué el a-quo cambió el título alegado en la demanda de propietario (hecho 13) por el arrendatario.

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) Declárase la nulidad de la sentencia adicional de fecha 24 de noviembre de 1.989, junto con su notificación, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso de la referencia.

2) Confírmase la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1.989, proferida por el mencionado tribunal y se revoca la frase del literal B del numeral 4o. de la parte resolutiva que dice : "quedan excluídas de toda indemnización MARIA NIDIA Y REGINA DE JESUS RUIZ ZAPATA de acuerdo con lo visto en la parte motiva de esta providencia. "En su lugar, se reconoce el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro para cada una de las citadas.

3) Revócase el ordinal 3o. de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y en firme regrese al tribunal de origen.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 24 de mayo de 1.991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Juan de Dios Montes H., Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA -Improcedencia / **ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO ADMINISTRATIVO** - Ejecución

Cuando el acto administrativo inicial susceptible de recursos se ejecuta antes de la decisión de éstos, bien porque la media era de efectos inmediatos o por ignorancia de la administración en cuanto al efecto suspensivo de los recursos , podrá causar perjuicios mientras estuvo vigente así haya sido revocado después como consecuencia de la prosperidad de éstos. Cuando el acto se ejecuta en tales condiciones y se produce la lesión, ésta no desaparecerá con su revocatorio posterior, sólo cesará hacia el futuro. En tal evento, la persona que pretenda el reconocimiento de los perjuicios no podrá hablar de que la causa de éstos fue un hecho (el acto administrativo no se convierte en hecho por su revocatoria) y tendrá que impugnarlo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Y deberá hacerlo, así al momento de la presentación de la demanda ya se haya producido su revocatoria; revocatoria que produce efectos hacia el futuro, pero que no tiene la virtualidad de borrar los efectos que el acto produjo mientras estuvo vigente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nro. 6299.- Indemnizaciones.- Actor: GUILLERMO BENITO VALLEJO AMA

Procede la Sala a decidir el recursos de apelación interpuesto por la parte

actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 1o. de febrero de 1.990, mediante el cual se denegaron las súplicas de la demanda.

En dicho escrito presentado el 10 de diciembre de 1.987 (a folio 6) se formularon las siguientes pretensiones:

"PRIMERA.- Que por Resolución No. 0032 del 28 de septiembre de 1.987 emanada del Ministerio de Justicia se repuso integralmente el contenido de la resolución No. 0032 de julio 25 de 1.986 emanada de la misma autoridad la que había suspendido el certificado de aeronavegabilidad de la aeronave HK-3071-P de propiedad del señor GUILLERMO BENITO VALLEJO AMA, extralimitándose en lo prescrito en la ley 30 de 1.986 art. 91 referente a indicios graves de narcotráfico, causando lógicamente perjuicios de orden económico y moral.

"SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración de condene a la Nación -Ministerio de Justicia- a pagar a mi mandante todos los perjuicios materiales y morales causados con la resolución No. 0032 de julio 25 de 1.986 en donde existe extralimitación en la aplicación del art. 91 de la Ley 30 de 1.986.

"TERCERA.- Que para efectos de la liquidación y pago se haga de acuerdo al período comprendido entre las dos resoluciones antes mencionadas y los que se causen posteriormente a la presentación de esta demanda y su liquidación será de acuerdo al avalúo de la aeronave."

Como hechos se narraron en síntesis, los siguientes:

1) Que el señor Guillermo Benito Vallejo A. adquirió el 29 de enero de 1.986 la aeronave HK-3071-P; la que se encuentra debidamente registrada con subrogación de hipoteca, y que venía disfrutando honestamente y sin contratiempos.

2) Que el 25 de julio de ese año, el Ministerio de Justicia, mediante resolución #032 y sin mediar indicios graves de narcotráfico, ordenó la suspensión del certificado de aeronavegabilidad de la citada aeronave.

3) Que luego de un lento proceso, el mismo Ministerio , mediante la resolución 0032 de 28 de septiembre de 1.987, repuso la decisión y permitió la operación libre de la nave, exhortando a las autoridades para el efecto. Con lo anterior dejó sin piso la imputación de narcotráfico.

En el capítulo Fundamentos de Derecho, se afirma que la resolución 0032 de 1.986 violó los artículos 91 de la Ley 30 de 1.986; 30 y 16 de la Constitución

Nacional.

Decidida la primera instancia , el tribunal , como se dijo, denegó las súplicas de la demanda. En uno de los apartes del fallo se anota:

"3. De un acto administrativo que no pudo producir EFECTOS JURIDICOS no pude derivarse INDEMNIZACION.

"4. La pretensión tendiente a que esta Corporación declare que la resolución número 0032 de septiembre 27 de 1.987, REPUSO, la número 0032 de julio 25 de 1.986, para obtener COMO CONSECUENCIA LA DE CONDENA, haga aparecer de bulto la INEPTITUD SUSTANTIVA del libelo. Las PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS O RESARCITORIAS no provenientes de la nulidad de actos administrativos y de las consagradas en el artículo 86 del Decreto 01 de 1.984, se deducen de HECHOS ADMINISTRATIVOS o ACTOS DE DIFICIL PRUEBA (3). De manera que, AL NO ATACARSE en la demanda ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, y por el contrario, al afirmarse en la misma, el ilógico de obtener REPARACION DE DAÑOS a causa de un acto administrativo que se repuso totalmente al decidirse gubernativo interpuesto contra él, hacen que el juez desestime las pretensiones, PORQUE NO EXISTE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA MATERIAL QUE JUZGAR, presupuesto sine qua-non de la acción de REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO, denominada en el Decreto 2304 de 1.9889, simplemente como ACCION DE REPARACION DIRECTA.

"Adolece así la demanda de UN DEFECTO GRAVE no formal, como es el no existir ACTIVIDAD MATERIAL ADMINISTRATIVA que juzgar, que impone una decisión denegatoria."

Descontenta la parte actora con la decisión interpuso el recurso d apelación. Tramitada la segunda instancia, y para decidir se anota:

Para el señor fiscal décimo de la Corporación , Doctor Ospina Henao, la sentencia deberá ser inhibitoria porque al no probar el actor la propiedad de la nave, quedó huérfano de prueba el interés sustancial que debía demostrar para lograr una sentencia de fondo. Agrega, además , que el proceso muestra protuberantes fallas de carácter probatorio. Su concepto de 20 de febrero de 1.991 aparece a folios 61 y siguientes del cuaderno principal.

Por su lado, la demandante insiste en sus puntos de vista en su escrito que obra a folios 57 y siguientes. Allí reitera su tesis de la falta de pruebas para tomar la medida de suspensión del certificado de aeronavegabilidad por parte del ministerio.

Como se observa de lo narrado, mientras el a-quo denegó las súplicas de

la demanda, el fiscal de la Corporación pide sentencia inhibitoria porque el actor no probó el interés sustancial para actuar.

Para la Sala, el punto amerita las siguientes precisiones:

La responsabilidad del Estado se compromete ordinariamente por los actos administrativos que expide la administración o por lo hechos, omisiones u operaciones administrativas; haciéndose efectiva, en el primer evento, por la acción de restablecimiento (artículo 85 del C.C.A.) y en el segundo, por el de reparación directa (artículo 86).

Esta presentación, con todo, no es tan evidente en algunas hipótesis. Así, la lesión la produce el acto administrativo en firme y su ejecución se ajusta a lo dispuesto, la acción será de restablecimiento. Pero si el perjuicio no lo causa el acto (éste, incluso, es legal para el afectado) sino la ejecución irregular del mismo, vgr. excediendo su mandato, la acción será de reparación directa. Como será de reparación directa cuando el acto esté ajustado al ordenamiento pero rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

El acto administrativo susceptible de recursos solo adquirirá firmeza cuando los recursos interpuestos se hayan decidido . Firmeza que le permitirá a la administración ejecutar de inmediato a los actos necesarios para su cumplimiento. Por eso mismo dispone la ley que esa firmeza es requisito indispensable para la ejecución aún contra la voluntad de los interesados (artículos 62 numeral 2 y 64 del C.C.A.).

A contrario sensu, el acto inicial objeto de recursos no podrá cumplirse antes de la decisión de estos, entre otras razones porque los recursos de vía gubernativa se conceden en el efecto suspensivo.

Pero el efecto suspensivo en materia de recursos es sólo regla general, porque existen casos señalados en la ley que le permiten a la administración se ejecución inmediata, como en algunos asuntos de policía administrativa relacionados con el orden público y de fallas graves en el ejercicio de la función pública por parte de los servidores del Estado. En tales eventos la formulación de los recursos no impedirá la ejecución de la medida. Aquí, por razones de orden público aceptadas en la ley, se anticipan los efectos ejecutorios a la firmeza del acto administrativo.

Normalmente los actos administrativos que culminan una actuación administrativa son posibles de recursos. Pero la ley puede disponer lo contrario.

Si el acto administrativo carece de recursos porque la ley así lo dispone, la interposición de uno cualquiera no impedirá su firmeza ni aplazará los efectos ejecutorios que le otorga la ley.

En este orden de ideas, para poder hablar de acto administrativo productor de perjuicios habrá que esperar que éste quede en firme, bien porque carece de recurso o bien porque los interpuestos posibles ya se decidieron.

Pero cuando el acto administrativo inicial susceptible de recursos se ejecuta antes de la decisión de éstos, bien porque la medida era de efectos inmediatos o por ignorancia de la administración en cuanto al efecto suspensivo de los recursos, podrá causar perjuicios mientras estuvo vigente así haya sido revocado después como consecuencia de la prosperidad de éstos.

Cuando el acto se ejecuta en las condiciones anotadas ya se produce la lesión, ésta no desaparecerá con su revocatoria posterior, sólo cesará hacia el futuro. En tal evento, la persona que pretenda el reconocimiento de los perjuicios no podrá hablar de que la causa de éstos fue un hecho (el acto administrativo no se convierte en hecho por su revocatoria) y tendrá que impugnarlo mediante la acción apropiada en la ley para el efecto, o sea la contemplada en el artículo 85 del C.C.A.). Y deberá hacerlo , al momento de la presentación de la demanda ya se haya producido su revocatoria. Revocatoria que produce claros efectos hacia el futuro, pero no tiene la virtualidad de borrar los efectos que el acto produjo mientras estuvo vigente.

Para la Sala el problema planteado en la demanda (ejecución del actos de la decisión del recurso y su revocatoria posterior) y que se ajusta a la condición teórica que se deja expuesta en el párrafo precedente, no es nuevo en la jurisprudencia de la Corporación. La Sala Plena tuvo oportunidad de pronunciarse en asunto similar en su sentencia de 31 de agosto de 1.988 (Proceso R-030). Allí se produjo el cierre inmediato de un centro médico en Bucaramanga, por infringir las normas de salubridad, medida que luego fue revocada por el Ministerio de Salud. De ese fallo se destacan las siguientes conclusiones:

"1. En la sentencia impugnada se sostiene que, así como la acción de plena jurisdicción tiene su origen en un acto administrativo, la indemnizatoria parte de la existencia de un hecho u operación administrativa.

"No existe planteamiento diferente en la jurisprudencia invocada. Ni podría existir a decir verdad, pues la diferencia de las dos figuras radica fundamentalmente en el diverso origen o causa de la respectiva acción.

"2. La sentencia que se impugna declaró probada la excepción de inepta demanda por haberse accionado a través de la hipótesis del artículo 68 que presupone la existencia de un hecho u operación administrativa, al paso que la situación planteada en el **sub-lite** es el de un acto administrativo que produjo eventuales perjuicios.

'No trae la jurisprudencia invocada doctrina de la cual pudiera inferirse que

la ausencia de acto administrativo al tiempo de la demanda signifique **per se** que un acto administrativo revocado administrativamente se convierta **ipso facto** en hecho u operación administrativa, transmutando su naturaleza y dando lugar a una acción diferente.

"3. Son radicalmente diversos los presupuestos de hecho de la demanda que culminó en la sentencia recurrida y de aquella que dio lugar al fallo que se dice contrariado.

"En el caso de la primera hubo un acto administrativo; en e de la segunda hubo, en cambio, hechos u operaciones administrativas y aún vías de hecho, según se cuanta en los libelos correspondientes.

"Parangonar las situaciones a fin de pretender fallos equipolentes, aparte de ser antitécnico, llevaría a pretender una conclusión idéntica a partir de premisas diversas y aún contrarias.

"Estima , en consecuencia , la Sala que no se da la contradicción jurisprudencial que se postula."

Por lo expuesto, la Sala declarará la ineptitud de la demanda y revocará, en consecuencia, el fallo desestimatorio del tribunal.

Pese a esto, y como consideración marginal. se anota:

Aún aceptando que estuvo bien presentada la acción de reparación directa, porque el acto administrativo que produjo el daño ya no existía al momento de la presentación de la demanda , ésta no podría ser favorable a los intereses del actor, por los notorios vacíos probatorios que se observan en el proceso y que impondrían la aplicación del principio de la carga probatoria contra los intereses de éste.

Cuando alguien demanda diciéndose propietario del bien retenido, deberá acreditar este derecho, porque solo así demostrará la legitimación en causa. Esta tesis, que cuenta con amplio apoyo jurisprudencial, sostiene que el título o derecho que se alega para demandar no puede ser simplemente enunciado, porque el alcance de la posible indemnización deberá estar siempre en consonancia con el derecho que sobre ella ejerce. Así, vbgr, no será lo mismo demandar como propietario que como arrendatario, comodatario o depositario.

No existe en el expediente prueba idónea que acredite ese título de propiedad. Comparte en este punto la Sala las apreciaciones de su colaborador fiscal cuando afirma:

"Esta fiscalía pone de presente a la Honorable Sala que según los hechos de

la demanda, la Aeronave HK-3071-P había sido adquirida legalmente por el actor, el día 29 de enero de 1.986 por medio de escritura Nro. 142 de la Notaría Séptima del Circuito de Cali, la cual no obra en el expediente. En cuanto al documento que obra a folio 19, aun cuando no fue tenido como prueba para haber sido presentado extemporáneamente, en el evento de que se hubiese tenido como tal, por sí solo no demostraría la propiedad de quien demanda, en el caso que nos ocupa. Para el efecto basta recordar la sentencia de junio 11 de 1.987, Expediente No. 3871, Actor: Carlos J. Sánchez Santamaría, Consejero Ponente: Dr. Uribe Acosta, y que en su parte pertinente reza:

"El certificado de matrícula que en fotocópia obra a folio 2 del cuaderno número 1 también adolece de la misma falla que se deja anotada en el literal anterior, pues en el sello que se estampó en ella sólo se lee : "Las anteriores fotocopias son fieles a los ejemplares que reposan en el proceso número 3871 de conformidad con lo ordenado en el auto de fecha junio 17 de 1.983. "ignorando el sentenciador si se tomó del original o de una fotocopia debidamente autenticada. Agréguese a lo anterior que ese documento sólo sirve para acreditar la nacionalidad de la nave, como lo preceptúa el inciso final del artículo 1441 del Código de Comercio, y también la tradición del dominio, pero este último evento demanda que se integre la prueba con la escritura pública correspondiente, como se anotó atrás.

"B) Si no se acreditó en legal forma la propiedad de la aeronave fluye con claridad meridiana la falta de interés sustancial en la parte actora para tener derecho a que se profiera sentencia de fondo. Por ello la decisión será inhibitoria."

A este respecto, pueden verse, entre otras las sentencias de agosto 25 de 1.988 (Proceso 5198), octubre 20 de 1.987 (Proceso 5025) y enero 30 de 1.987 (Proceso 4493).

También es de anotar que únicamente se decretaron en el proceso como pruebas documentos que se acompañaron con la demanda, los que solo demostraron la existencia de los actos administrativos que produjeron, primero, la suspensión de la licencia de aeronavegabilidad de la nave HK-3071-P y luego la revocatoria de la medida. Se hace esta advertencia porque las demás pruebas se negaron por extemporáneas, tal como se dispuso en el auto de junio 20 de 1.988 (a folio 26); providencia que quedó ejecutoriada por error del mismo actor al interponer contra él recurso improcedente.

En síntesis la no prosperidad de la acción de reparación directa por falta de pruebas, sería tan obvia que sobra hacer otras reflexiones.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado , Sala de lo Contencioso Administra-

tivo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Revócase la sentencia de 1o. de febrero de 1.990, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En consecuencia, declárase la inhibición para fallar de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 24 de mayo de 1.991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO/COMPETENCIA/LAUDO ARBITRAL.

La competencia del Tribunal de Arbitramento se limita a decidir sobre los puntos precisos que se someten a su pronunciamiento, pues no es atributo suyo una capacidad jurisdiccional abstracta. En el sub lite el tribunal no omitió resolver ninguna de las cuestiones sujetas a su arbitramento.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Referencia: Expediente Nro. 5669. Recurso de Anulación Laudo Arbitral Constructora Brugues & Cía S.A- Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

- 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 anulación interpuesto por la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA contra el laudo arbitral proferido el día trece (13) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988)' por el tribunal de arbitramento integrado por los doctores Gustavo de Greiff Restrepo, Alvaro Tafur Galvis y Raúl Sotomonte Sotomonte para dirimir las controversias surgidas entre la sociedad CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA S.A. y la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA, fallo que en su parte resolutiva dispuso:

"PRIMERO. El numeral 6o. "del acuerdo logrado entre los contratantes (Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, y Constructora Brugués & Cia S.A.) el 15 de julio de 1983" no se aplica sino a las diferencias existentes

entre las partes anteriores a dicha fecha y que dieron lugar al mismo y las cuales se describieron en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO. Como consecuencia de lo dispuesto en el numeral inmediatamente precedente, declara que el citado acuerdo de 15 de junio de 1983 ni modifica ni regula situaciones contractuales de incumplimiento que hubieren tenido lugar con posterioridad al 15 de junio de 1983 y que no se refiera a las diferencias que dieron lugar al mismo.

'TERCERO: Condénase a la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA a pagar a la Sociedad CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA S.A., al día siguiente a la ejecutoria de esta providencia, la suma neta de OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($ 8.560.606.91), resultante de restar a la cantidad de VEINTE MILLONES QUINIENTOS UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($ 20.501.356.00) - las sumas de DOS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVENTA Y CUATRO PESOS ($ 2,842,263.00) (sic) y NUEVE MILLONES NOVENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON NUEVE CENTAVOS ($ 9.048.487.09), actualizada a la cantidad de DIEZ Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL SESENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($ 17.806..062.37).

"CUARTO. Condénase a la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA a pagar a la Sociedad CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA S.A., sobre la citada cantidad neta de OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($8.560.606.91), intereses computados a la tasa del diez y seis por ciento anual (16%), desde cuando se hicieron exigibles, es decir, desde el 9 de abril de 1985 hasta cuando quede ejecutoriada la presente providencia', y a pagar intereses a la misma tasa sobre la suma de DIEZ Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL SESENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($ 17.806.062.37) desde el día siguiente a la ejecutoria de esta providencia y hasta cuando se efectúe el pago de la citada cantidad.

"QUINTO. Deniégase la declaración y consiguiente condena relativa a la petición de que trata la "cuestión" quinta impetrada por CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA S.A. en su escrito dirigido al H, Consejo de Estado para requerir la conformación del presente Tribunal.

"SEXTO: Por razones expuestas en la parte motiva de este laudo, no prosperan las objeciones por error grave a los dictámenes periciales.

" SEPTIMO: Para los efectos previstos en los artículos 176 y 177 del Código

Contencioso Administrativo, expídanse copias de este laudo, con la constancia de su ejecutoria, con destino al Gerente de la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA y a la PERSONERIA DISTRITAL.

"OCTAVO: Sin costas en este proceso." (fls. 306 Cdno # 1).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios cuatro y siguientes del Cuaderno Nro. 1A, aparece el escrito en que el procurador judicial de la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

" Invoco la causal novena (9a) del art. 672 del C. de P.C. ya que el laudo omitió resolver algunas de las cuestiones sujetas al arbitramento.

" 1. Como es sabido, desde un principio uno de los elementos esenciales en la postura de la empresa era su aspiración a que se le reconociesen, además del capital, intereses por las sumas invertidas en obras que ésta realizó en beneficio de Brugués en algunas intersecciones viales de Bogotá,

"Esta no solo fue siempre una posición clara de la Empresa, sino que de algún modo es el auténtico sustrato del presente conflicto. En verdad, las partes lograron acuerdos sobre casi todos los demás temas, pero, en esencia, fue el asunto de los intereses liquidados sobre las obras en las intersecciones viales el que impidió un convenio total.

" Puede consultarse sobre el particular, la muchedumbre de documentos que ilustran convenientemente la cuestión y, particularmente, la actuación del suscrito a nombre de la Empresa según Acta 6 y memorial leído en el transcurso de la diligencia y agregado al expediente.

"El valor de tales obras (a título de capital) asciende a $ 9.098.487.09 como lo admite el propio Tribunal (punto 3o. de la parte resolutiva del laudo).

" No puede perderse de vista que la suma mencionada, a 9 de abril de 1985 debía haber generado ya intereses en favor de la Empresa de Energía pues su causación es la siguiente, como aparecen demostrado y aceptado en el proceso:

" a- Puente Aranda: mayo de 1981.

" b - Avenida 68 con Autopista Sur: junio de 1981.

" 2. El Tribunal sostuvo que la compensación alegada por la Empresa es válida. Y que tal compensación operó el 9 de abril de 1985 fecha en la cual "quedó en firme la factura No. 238-84 ya que dentro del plazo de los 60 días posteriores a su radicación la Empresa no formuló reparo alguno. Por lo tanto, a juicio del Tribunal, en aquella época opero la compensación por ministerio de la ley , de donde no hay lugar a calcular intereses sobre el monto de las obras ejecutadas, ya que los efectos de la compensación lo impiden, puesto que, por así decirlo, el capital "desapareció" -por compensación- el 9 de abril de 1985.

"3. A juicio de mi poderdante, el razonamiento del Tribunal adolece de dos defectos:

"Uno de carácter técnico: el Tribunal estaba obligado a pronunciarse sobre todos los extremos de la controversia. A pesar de ello, calló respecto de los intereses sobre las obras en los puentes elevados, causados antes del 9 de abril de 1985. En efecto, es clara su argumentación sobre los efectos de la compensación y, además, incontrovertible en el actual estado procesal. Pero, en cambio, el que se hubiese guardado silencio sobre lo acaecido antes de la fecha de la compensación en materia de intereses sobre tal suma, es lo que tipifica la causal 9a. del artículo 672 del C.P.C. como fundamento para la anulación y corrección consecuencial del Laudo.

" Esta omisión puede visualizarse fácilmente leyendo las páginas 41, 42 y 432 del laudo, y su parte resolutiva, las cuales no trascribo para no fatigar en exceso la paciencia de los Consejeros.

"Otro de carácter substancial, naturalmente ligado al anterior:

" Hay un desequilibrio, que conduce a una clara inequidad, en las distintas decisiones del Tribunal. No es justificable que las sumas adeudadas por la Empresa hayan producido intereses a la tasa del 16% anual y que, además, también se les haya hecho objeto de corrección monetaria; mientras que aquellas en su favor, vigentes antes del 9 de abril de 1985, no hayan recibido el mismo tratamiento, o por lo menos, el relativo a la aplicación de una tasa de interés.

"Esto es aún más palpable si se tiene en cuenta que las sumas correspondientes a consumos de energía si "lograron" el reconocimiento de intereses -por haber si estos facturados- mientras que las generadas por las obras e los puentes viales no tuvieron igual tratamiento, simplemente porque los intereses no fueron cobrados mediante factura en la misma oportunidad que ésto se hizo con aquellos. Esta circunstancia, a mi parecer, es anodina o futil y se han exagerado sus repercusiones.

" La petición actual de la Empresa de Energía (corrección del Laudo para

que, en lugar de lo decidido, se la absuelva) tiene claro fundamento en la ley, en el contrato, en las propias reflexiones del Tribunal y en la equidad. Si no se procediese así se incurriría en una aberración, ya que no habría un tratamiento igualitario de las sumas a cargo de cada una de las partes.

" Pero tal aberración saltaría al ojo, si se tiene en cuenta que en cuanto a los intereses por consumos de energía, **éstos si fueron reconocidos.**

"En efecto, en la pág. 42 del Laudo, en relación con los consumos de energía mencionados se dice que "deberán descontarse las cantidades correspondientes al valor de los consumos de energía en el lugar de las obras - $2.842.263.oo valor que fué facturado por la EMPRESA y aceptado por BRUGUES (fl.48 C.6)-, así como el valor de lo adeudado por BRUGUES a la EMPRESA por razón de las obras en las intersecciones viales, pero sin **más** intereses en el primer caso..." (Párrafo 2o.).

" Es de suponer que el tratamiento dado a los intereses de consumo de energía, deba ser igual al que se le aplique a los intereses por obras efectuadas por la Empresa, ya que la fuente normativa que dá lugar a ellos es la misma. Además, si las sumas a cargo de la ENERGIA han sido liquidadas con intereses,' ¿no debe ocurrir, por ventura lo mismo con las decretadas en su favor, en guarda de la coherencia del Laudo y también de la equidad?

" Mi mandante no entiende que su dinero pueda ser de inferior categoría al dinero de Brugués, ya que éste tiene el privilegio de producir rentabilidad, el que le ha sido negado a aquél.

" 4. No podrá alegarse que tales intereses se deberían, a lo sumo, a partir del 15 de junio de 1983 fecha en la cual operó la transacción suscrita por ambas partes, en la cual se solucionaron todas las diferencias existentes en ese momento porque como es apenas lógico, la transacción operó exclusivamente en relación con el ámbito material señalado por los propios contratantes. Basta leer el texto del documento correspondiente para concluir que, ni por asomo, se discutió el tema de los intereses a que alude el presente escrito. Pero, además, la transacción buscó y logró, resolver las reclamaciones formuladas por el contratista en las comunicaciones a que ella misma alude. Y, obviamente, tampoco el contratista trató el temas que nos ocupa. Sobre esta cuestión, llamo la atención del Consejo sobre los documentos contentivo de las reclamaciones presentadas por el contratista a diciembre 4 de 1981 (GER-224-81) y 25 de marzo de 1983 9 CB-122-83) -mencionados expresamente en el acta de acuerdo, como fundamento de la misma- y los demás que con él se relacionan.

" Y, por último, si lo anterior fuera poco, debe también mirarse el propio

texto de Laudo, especialmente en sus páginas 25 y 26, el ordinal 1o. de la parte resolutiva.

"5. En relación con la tasa a la cual hayan de liquidarse los intereses, creemos que dicha tasa fué definida en las resoluciones de Junta Directiva y de Junta Nacional de Tarifas acompañadas al expediente, esto es, al 2.5% mensual.

" Si cualquier duda hubiese, sería aplicable la tasa ordinaria mercantil, ya que el contratista es, por definición. comerciante (art. 100 del C. de Co.) y porque aún si el negocio jurídico de que se trate es mercantil para sólo una de las partes, se rige por la ley comercial (art. 22 , ib.).

" Y a título puramente de especulación, en la postura mas generosa que pueda imaginarse, ya que se ha condenado a la Empresa al pago de intereses al 16% anual, parecería imperativo por elementales razones de equidad que las deudas a su favor generasen intereses siquiera a esa misma rata.

" 6. Traduciendo lo anterior en cifras, puede hacerse el siguiente razonamiento:

'Intereses desde que se ejecutaron las obras:

I. A la tasa del 2.5% mensual nominal:

" $ 11.308.698

" II. A la misma tasa del 2.5% mensual pero liquidada como interés efectivo:

$ 15.886.398

" III. Interés ordinario mercantil nominal:

" $ 12.484,465

" IV. Interés ordinario mercantil liquidado como interés efectivo:

" $ 13.502.363

" 7. Lo anterior produce el efecto de que al operar la compensación la deuda en favor de Brugués ($8.560.606.91) desaparece íntegramente. El fallo deberá ser absolutorio como formalmente lo solicito al Consejo, ya que, entonces, no hay fundamento para liquidar, tampoco , intereses ni correc-

ción monetaria en favor de BRUGUES por física sustracción de materia. Obsérvese que es sta (sic) la razón por la cual la EMPRESA sostuvo siempre durante el transcurso del proceso, que nada adeudaba a la sociedad accionante.

" 8. En esta breve exposición, sintetizo las razones que fundamentan el recurso extraordinario interpuesto.

III. CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA S.A.

En el término de la ley alegó, en lo sustancial, dentro del siguiente temperamento:

"Primero.- Inexistencia de la causal 9a. invocada.-

"El numeral 9 del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil (2020 del C de Co.) establece como causal de anulación del laudo arbitral:

"Haberse omitido la Resolución de **cuestiones** sujetas al arbitramento,".

y ¿cuáles son las **cuestiones** que se someten al arbitramento?

" La respuesta la dan tres (3) artículos del C. de P.C., los números 665 i 2 y 4; 666 i 2; 671 i 1 y 671, i 2, cuando dicen:

" a) 665, i 2: " Al hacer la designación de árbitros cada parte expresará por escrito las diferencias materia del arbitraje".

" b) 665, i 4: en la solicitud (de requerimiento) deberán determinarse las cuestiones o diferencias objeto del arbitraje..."

" c) 666, i 2: "A la solicitud (de nombramiento de árbitros) se acompañará prueba del contrato, y en ella se expresarán las diferencias materia del arbitraje si se trata de cláusula compromisoria",

" d) 671, i 1: "Se iniciará con la lectura del documento en que consten las cuestiones sometidas a la decisión arbitral...."

" e) 671, i 2: "A continuación, si se trata de cláusula compromisoria, la parte que no pidió el arbitramento podrá solicitar que éste se extienda a las cuestiones que proponga..."

" De las normas transcritas se deduce sin mayor esfuerzo cuáles son las

oportunidades que tienen las partes para someter a las árbitros: (a) las diferencias que existen entre ellas, que es el caso del compromiso y b) as cuestiones que se someten al arbitramento, que es el caso en el cual una de las partes convoca y logra el nombramiento de árbitros mediante un requerimiento.

" El caso que nos ocupa surge por cuanto Constructora Brugués convocó el Tribunal de Arbitramento y logró la designación de los árbitros mediante requerimiento que presentó ante el H. Consejo de Estado. Las normas aplicables son, entonces, las contenidas en el 1o. y 2o. incisos del Articulo 671 del Código de Procedimiento Civil y tal como aparece en el requerimiento presentado por Constructora al Consejo de Estado, en él se señalaron las cuestiones que deberían ser objeto del pronunciamiento arbitral. El trámite del proceso arbitral se inició con su lectura y aquella fué la oportunidad que tuvo la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá para solicitar que el laudo se extendiera a nuevas cuestiones; sin embargo, no lo hizo. Prefirió, proponer las excepciones de caducidad, incompetencia, transacción y compensación las que aparecen en el escrito que entrego su apoderado al Tribunal en la reunión inicial. Así, pues, la Empresa de Energía no presentó cuestiones adicionales a las propuestas por Constructora Brugués sino que, por el contrario, limitó su actividad en la "litis contestatio" a la formulación de excepciones. Si son o no procedentes las excepciones en el proceso arbitral es tema que no ha sido propuesto; lo que es claro es que las excepciones no necesariamente son materia de decisión expresa por parte del Tribunal, el cual limita su actuación a resolver sobre las diferencias o cuestiones que le han sido formuladas de la manera y en la oportunidad indicadas en las normas antes transcritas. Al resolver en forma expresa sobre las seis cuestiones que le fueron formuladas por Constructora Brugués, y al haber tenido en cuenta para ello las excepciones de la Empresa de Energía Eléctrica el Tribunal cumplió su labor a cabalidad, y, por ello, no puede siguiera pensarse en que haya omitido la resolución de alguna de las cuestiones que le fueron sometidas.

"Segundo.- El pretendido silencio del laudo.

"La empresa acusa el laudo de haber omitido el pronunciamiento sobre una cuestión sometida a su decisión. Ya hemos visto que ninguna cuestión dejó de resolverse; sin embargo, quiero manifestar enfáticamente que el laudo sí se refirió a tema que el Señor Apoderado de la Energía encuentra ausente y quiero hacerlo con sus mismas palabras:

"Esto es aún más palpable si se tiene en cuenta que las sumas correspondientes a consumos de energía si "lograron" el reconocimiento de intereses -por haber si estos facturados- mientras que las generadas

por las obras en los puentes viales no tuvieron igual tratamiento, simplemente porque los intereses no fueron cobrados mediante factura en la misma oportunidad que esto se hizo con aquellos.

"Esta circunstancia, a mi parecer, es anodina o futil que se han exagerado sus repercusiones.,"

El párrafo anterior, segundo de la pagina 4 de su escrito, se encuentra en absoluta contradicción con el tercer párrafo de la página 3 de su mismo escrito, que dice:

"Uno de carácter técnico: el Tribunal estaba obligado a pronunciarse sobre todos los extremos de la controversia. A pesar de ello, calló con respecto de los intereses sobre las obras en los puentes elevados, causados antes del 9 de abril de 1985. En efecto, es clara su argumentación sobre los efectos de la compensación y, además, incontrovertible en el actual estado procesal. Pero, en cambio, el que se hubiese guardado silencio sobre lo acaecido antes de la fecha de la compensación en materia de intereses sobre tal suma, es lo que tipifica la causal 9a. del artículo 672 del C.P.C. como fundamento para la anulación y corrección consecuencial del Laudo".

" Pero , como si lo anterior fuera poco, las mismas palabras del aludo ponen de manifiesto que el Tribunal si tuvo presente la excepción de compensación presentada por la Empresa de Energía. Para demostrar esto, basta leer el segundo párrafo, numero 5, de la página 41; el segundo párrafo de la página 42; y, los párrafos 4 y 5, números 6 y 7 de la página 43, entendiéndose que todas las páginas citadas son del Laudo.

" Todo lo anterior, Señores Magistrados, me lleva a solicitarles que se sirvan negar el recurso de anulación interpuesto por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá." (fls. 12- 15 Cdno # 1A.).

IV. CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Octavo de la Corporación, Dr. Jaime Mossos Guarnizo, en su concepto de fondo, **OBSERVA :**

"La Sociedad Constructora Brugués & Cia S.A., por intermedio de su apoderado, sostiene que indicó las cuestiones que deberían ser objeto de pronunciamiento de los árbitros, tal como aparecen en el escrito de requerimiento presentado ante el H. Consejo de Estado de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, y en cambio, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá no solicitó que el laudo se extendiera a cuestiones diferentes a las planteadas por la Sociedad que solicitó la convocatoria del Tribunal, sino

que se limitó a proponer como excepciones las de caducidad de la acción, incompetencia, transacción y compensación, en escrito presentado al Tribunal en su reunión inicial. Sostiene la Sociedad Brugués & Cia S.A. que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá no presentó puntos adicionales a los propuestos por ella y que as excepciones no necesariamente son materia de decisión expresa por parte del Tribunal, el cual se limita a resolver sobre las diferencias que han sido formuladas en la oportunidad debida.

"Como la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, según criterio de la Sociedad Brugués & Cia S.A., no indicó puntos controvertidos diferentes a los por ella invocados, no puede pensarse que el Tribunal de Arbitramento haya omitido la Resolución de asuntos sometidos a su consideración.

" Por su parte, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, estima en el escrito que obra a los folios 277-186 que aparece en el cuaderno 1, páginas 214, 213 que de acuerdo con el artículo 671, 672 del Código de Procedimiento Civil, la parte que no pidió el arbitramento podrá solicitar que éste se extienda a cuestiones que proponga, siempre que sean de competencia del Tribunal, lo cual implica la posibilidad de proponer excepciones cuando se relacionen con hechos reclamados, y si ello no fuere así, la cláusula compromisoria significaría la derogatoria de normas de orden público como son las relacionadas con la caducidad, competencia del funcionario, error, fuerza, dolo, nulidades absolutas y que la proposición de excepciones no es sino una forma de solicitar la extensión del arbitramento a cuestiones íntimamente ligadas con el nacimiento o supervivencia del derecho controvertido, por lo cual considera que la Empresa de Energía tenía las facultades para proponer tales excepciones en la audiencia respectiva.

" El Código de Procedimiento Civil en el Título XXXIII, artículos 673, a 677 reglamenta el proceso arbitral.

" El artículo 672, ibídem, indica las causales del recurso de anulación del laudo, y en su numeral 9, expresa que es causal de tal recurso haber omitido la resolución de cuestiones sujetas al arbitramento.

" A su vez, el artículo 665 del mismo estatuto expresa que al hacerse la designación de los árbitros "cada parte expresará por escrito las diferencias materia del arbitraje", "en la solicitud deberán determinarse las cuestiones o diferencias objeto del arbitraje".

" El artículo 666 del mismo Código , inciso 2o., consagra que "a la solicitud se acompañará prueba del contrato,' y en ella se expresarán las diferencias materia del arbitraje si se trata de la cláusula compromisoria".

"El artículo 671 de la misma obra expresa que la audiencia" se iniciará con

la lectura del documento en que consten las cuestiones sometidas a la decisión arbitral, y el examen por el tribunal de su propia competencia, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 673" y que "si se trata de cláusula compromisoria, la parte que no pidió el arbitramento podrá solicitar que éste se extienda a las cuestiones que proponga, siempre que sean de competencia del Tribunal.

"De acuerdo con las anteriores normas, se tiene que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, perfectamente podía solicitar la extensión del laudo que es objeto del recurso de anulación, a cuestiones no propuestas por la Sociedad Brugués & Cia. S.A.

"Según los elementos de juicio que obran, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá no presentó un escrito contentivo de las cuestiones sobre las cuales debería pronunciarse el Tribunal de Arbitramento diferentes a las propuestas por la Sociedad Brugués & Cia, S.A.., pero si propuso excepciones en la audiencia respectiva, denominadas de caducidad de la acción, incompetencia, transacción y compensación, en vista de lo cual surge el interrogante si en los procesos arbitrales, son admisibles estas excepciones y deben tomarse en cuenta las materias sobre las cuales versan sobre cuestiones distintas a las propuestas por la parte que solicitó el Tribunal de Arbitramento.

" Considera la Fiscalía que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá sí podía proponer tales excepciones porque de .lo contrario, sería dejarla indefensa sobre los puntos litigiosos, siempre y cuando se relacionen con éstos, porque tales excepciones se relacionan con las pretensiones de la contraparte.

" La Fiscalía está de acuerdo con la tesis expuesta por el Tribunal de Arbitramento en el laudo proferido en este proceso, en el sentido que en los procedimientos arbitrales no hay caducidad de la acción porque no ha sido creada por la ley en tales procesos.

" Las normas que tratan sobre la caducidad de las acciones en lo contencioso administrativo, no contemplan dicha figura jurídica cuando se está en presencia de un arbitramento. No podrían aplicarse por analogía esas caducidades cuando se trata de procesos arbitrales, porque ello es de la incumbencia de la ley. Por tanto, la caducidad alegada por la Energía Eléctrica de Bogotá no puede prosperar.

" Con relación a las otras excepciones de transacción y compensación, procede la Fiscalía a fijar su criterio.

" La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por intermedio de su

apoderado, al sustentar el recurso de anulación del laudo proferido el 13 de diciembre de 1988, invocó la causal 9a. del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, porque el laudo omitió resolver unas cuestiones sujetas a arbitramento.

" Expresa la recurrente que su aspiración era la de que se le reconociesen los intereses por las sumas invertidas en las obras que realizó en beneficio de Brugués Y Cia S.A. en algunas intersecciones viales y que hubo acuerdo sobre los demás temas pero no en el punto relacionado con los intereses liquidados sobre las obras en las intersecciones viales.

" Sostiene que el valor de tales obras fué de $ 9.098.487.09, suma que debería haber generado intereses a favor de la Empresa de Energía ; además dice, que el Tribunal de Arbitramento sostuvo que la compensación alegada era válida y que tal compensación operó el 9 de abril de 1985, fecha en la cual quedó en firme la factura 238-4.

" Sostiene la Empresa de Energía que el laudo calló respecto de los intereses sobre las obras e los puentes elevados causados antes del 9 de abril de 1985.

" Lo alegado por la Empresa de Energía Eléctrica en el escrito que contiene el recurso de anulación, se limita a los intereses causados antes del 0 de abril de 1985 sobre las sumas invertidas en los puentes.

" Estima la Fiscalía que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá tiene derecho a efectuar los descuentos por el valor de las obras que ejecutó para Brugués & Cia S.A; porque así lo autorizó el contrato celebrado entre los contendientes en las respectivas cláusulas y también en virtud de lo establecido en el artículo 1740 del Código Civil que trata sobre la compensación.

" Por concepto de consumo de energía aparece la suma de $ 2.842.263.oo, valor que fue facturado por la Empresa de Energía y que fué aceptado por Brugués S.A. y los intereses sobre tales consumos de energía fueron reconocidos por el Contratista, de tal manera que sobre éste punto nada se debate.

" Lo que se discute, al sustentarse el recurso de anulación interpuesto contra el laudo, según se puede apreciar al leerse la sustentación del recurso de anulación, son los intereses sobre la suma de $ 9.098.487.09, que fué el valor de las obras en las intersecciones viales efectuadas por la Empresa, porque sobre ellos no se pronunció el Tribunal de Arbitramento.

" Estima la Fiscalía que le asiste razón a la Empresa recurrente y que Brugués & Cia. S.A. debe proceder a reconocerlos a la tasa del 16% anual

conforme al Tribunal de Arbitramento lo decidió sobre las sumas adeudadas por la Empresa de Energía a Brugués & Cia. S.A.

" Así como las sumas adeudadas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá causaron intereses del 16% anual a Brugués & Cia S.A., así mismo las sumas adeudadas por Brugués & Cia, S.A., a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. por concepto de intereses sobre el valor de las obras de intersección vial, deben reconocérsele a una tasa del 16% anual.

"Por consiguiente, esta Agencia del Ministerio Público considera que le asiste razón a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, al sustentarse el recurso de anulación contra el laudo a que se refiere el presente proceso, como así lo solicita al H.. Consejo de Estado", £fls. 36 - 41 Cdno. # 1A.).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Al entrar a desatar el recurso interpuesto, la Sala considera de interés reiterar la filosofía jurídica que fijó en el fallo de veintiocho (28) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987), radicación No. 4768, Recurso de Anulación. Impugnante: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica 'ICEL", en el cual se discurrió, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento:

"La valoración Jurídica del caso se hará teniendo en cuenta que se está frente a un recurso de los denominados por algunos tratadistas de "relación", que presenta las siguientes características:

"1a.- Su "objeto" lo fija exclusivamente el recurrente, dentro del marco de causales taxativamente consagradas en la ley;

"2a.- A través de él no se adquiere competencia para revisar el aspecto sustancial del aludo,..." es decir, si hubo o no errores IN JUDICANDO diferentes de los que se puntualizan en las tres últimas causales, y tampoco para revisar el aspecto probatorio, es decir, si hubo o no errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas". Como lo enseña el procesalista doctor Hernando Devis Echandía, quien además agrega: ."...diferencia del de casación, no es posible atacar la sentencia por errores en la aplicación de la ley sustancial, tanto por vía directa (falta de aplicación, indebida aplicación e interpretación errónea), como por consecuencia indirecta de errores en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de éstas". Por lo cual concluye que 'ES MAS RESTRINGIDO AUN QUE EL PRIMERO" (compendio de Derecho Procesal. Tomo III, El Proceso Civil, Volumen Segundo, Parte Especial Sexta Edición. Editorial Colinther Bogotá 1985, pág. 832).

"3a.- La filosofía jurídica anterior explica bien que la cuestión de mérito no

puede tener sino una instancia. "Desde que se habla de anulación se excluye la posibilidad de una segunda instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo, sino la regularidad formal a través de las causales del artículo 672, aunque la primera dependa del acto compromisorio" (Hernando Morales Molina. Artículo publicado en Derecho Colombiano. Junio de 1977);

" 4a.- Las causales deben ser alegadas como principales y no en forma condicional o sucesiva, lo que explica que con la misma orientación deban ser estudiadas;

" 5a.- A través del recurso se impugna una providencia ejecutoriada, "... de modo que se origina en una acción bien distinta de la que determina el proceso arbitral mismo" (Hernando Morales. Artículo en antes citado).

B) Hechas las precisiones anteriores, se procede al examen del único cargo formulado con apoyo en la causal novena del artículo 672 del C.P. Civil, esto es, **HABERSE OMITIDO LA RESOLUCION DE CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMENTO.** (Subrayas de la Sala).

Dentro de éste universo, la Sala encuentra, que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá dejó pasar las distintas oportunidades procesales que tuvo para expresar por escrito las diferencias materia del arbitraje, que existían de su parte, pues nada dijo ni en el momento en que se hizo la designación de los arbitros ni en la audiencia en que el tribunal examinó su propia competencia. Así las cosas, la capacidad jurisdiccional de éste se quedó necesariamente circunscrita y limitada a la materia litigiosa que concretó la Sociedad CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA S.A., en el escrito en que solicitó se REQUIRIERA a la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA para que en la audiencia respectiva, se designaran los tres arbitros, el cual obra al folio 100 del Cuaderno Nro. 1 en el cual se discurre, en lo sustancial, dentro del siguiente temperamento:

"... se designen los tres arbitros que han de dirimir las diferencias nacidas con ocasión de la ejecución y liquidación del mencionado contrato y que se contraen a las siguientes cuestiones:

"1.- Si el numeral 6o. del acuerdo logrado y firmado entre los contratantes el 15 de junio de 1983, tiene aplicación y vigencia respecto de los aspectos no tratados en él.

" 2.- Si el acuerdo de junio 15 de 1983, modificó o regló situaciones contractuales de incumplimiento, posteriores al mismo 15 de junio de 1983.

"3.- Si al Contratista se le deben reconocer, pagar y en qué cuantía, los intereses causados por:

" a. La mora en el pago de la facturación de obra ejecutada, conforme a la cláusula 6a. en la tasa del 16% anual durante los 90 días posteriores a los 45 de presentada la factura y de mora plena a partir del día 136 y hasta cuando el pago se realice.

" b. Por la demora en el pago de la facturación de la liquidación final que contiene un saldo a favor del Contratista aplicando por analogía los mismos términos de la cláusula sexta del contrato y del literal anterior.

" 4. Si la Empresa está obligada, en qué cuantía y término, a pagar a CONSTRUCTORA BRUGUES las obras adicionales que ésta ejecutó para la primera.

"5. Si, por haberse congelado la fórmula de reajuste, la Empresa está obligada a pagar a CONSTRUCTORA BRUGUES los costos en que esta incurrió por mayor permanencia en la obra y, en caso afirmativo, en qué cuantía y término; o' el valor del reajuste si la congelación no debe aplicarse.

6.- Si la empresa debe y está obligada para con CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA a indemnizarla como consecuencia del desequilibrio económico que le ha causado por el no pago de las sumas debida y derivadas del contrato No. 3188,. y , en caso afirmativo, a precisar las cantidades correspondientes y el término en el cual deberá pagarlas a la Empresa teniendo en cuenta la desvalorización del peso y su rendimiento".)

C) Dentro del marco anterior, la Sala se explica muy bien la razón por la cual el tribunal se ocupó, en lo sustancial, de despachar las pretensiones de la sociedad CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA S.A., pues la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA ningún ""petitum" sometió a la consideración y definición del mismo. Sobre la materia, tanto la ley como la doctrina y la jurisprudencia son claras en enseñar que la competencia del tribunal se limita a decidir sobre los PUNTOS PRECISOS que se someten a su pronunciamiento, pues no es atributo suyo una capacidad jurisdiccional abstracta.. Esta verdad jurídica lleva a la Sala a hacer suya la perspectiva que se recoge en el laudo de 21 de marzo de 1984. Los Trujillo vs Banco Colombia. Protocolizado E.P. No. 2331 mayo 10 de 1984 Notaría 27 de Bogotá, en el cual se razona judicialmente así:

"4. Tanto desde las vertientes del derecho público como las del privado, pues se llega a dos conclusiones estrechamente ligadas entre sí: a) que el compromiso debe tener una enunciación precisa, es decir, debidamente individualizada y determinada del litigio, cuestión o diferencia objeto del arbitraje; y b) Que el litigio cuestión o diferencia así precisado, es la materia a la cual queda contraída la capacidad jurisdiccional de los árbitros, y la materia que determina su competencia, y por lo tanto la única respecto de la cual se hallan estos habilitados o legitimados para obrar en nombre del

Estado y proferir sentencia con fuerza o cosa juzgada.

" Podría decirse que en este punto adquiere máximo vigor y energía el principio dispositivo de que está tan compenetrado el proceso civil, así como halla allí también cabal aplicación.

" Otro principio procesa lo ineludible, cual es el de la congruencia, y que por lo tanto, teniendo como punto de referencia lo que las partes hayan indicado al señalar la materia del litigio, el tribunal no puede fallar ni ultra petita ni infra petita, ni mucho menos extra petita.

" 4.1. La comentada es cuestión neurálgica en punto arbitramento, y de ahí que la ley sea especialmente celosa en velar por la preservación y observancia de sus mandatos al respecto. Es así como, por ejemplo. el Código de Procedimiento Civil, a más de exigir, como ya se vió que la precisión, de la materia del litigio sea condición de derecho para la validez del compromiso (art. 664-2), cosa que reitera a propósito de la cláusula compromisoria (art 665, inciso cuatro) mande en el art. 671-1, como recurso de sanidad procesal, que los árbitros, como primera medid, al iniciarse propiamente el proceso arbitral, examinen y se pronuncien sobre su propia competencia, a lo cual no puede obviamente ser ajena la cláusula del compromiso que precise la materia litigiosa (arts. 671-1 y 3); establezca más adelante, en el artículo 671-2, si el arbitramento tiene origen en la cláusula compromisoria, que la parte que no lo solicitó tenga la posibilidad de que el fallo se extienda a otras cuestiones "siempre que sean de la competencia del tribunal", y finalmente, como instrumento de control a cualquier abuso del tribunal por fallo ultra o extra petita, o de descuido del mismo por omitir pronunciamiento sobre asunto de su competencia, es el art. 672-8 y 9, concede el recurso de anulación contra el laudo en procura de corregir el exceso o suplir el defecto.

" 5. No solo el deber jurisdiccional a cuyo cumplimiento atiende en esta ocasión, sino además la consideración que le merecen las partes, han llevado al Tribunal a hacer las apreciaciones precedentes que en otras circunstancias podrían ser calificadas como superflúas, en torno a la índole y a las limitaciones a que están sujetas sus funciones de sentenciador.

"Desea con ello el Tribunal destacar con claridad y con la penetración adecuada, las razones que lo asisten para abstenerse legítimamente de pronunciarse sobre algunas cuestiones de hecho que han surgido en el curso del debate, pero que no hacen parte del thema decidendum, ni en modo alguno constituyen materia susceptible de ser apreciada de oficio, y acerca de las cuales un de las partes aspira a que en esta sentencia sena resueltas".

D) No obstante la verdad jurídica que se deja precisada en los literales

anteriores, la Sala encuentra que el Tribunal si se ocupó del estudio y definición del aspecto relacionado con el PAGO DE INTERESES sobre el costo de las obras en los puentes elevados causados antes del nueve (9) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Para llegar a esta conclusión basta reflexionar sobre el alcance del siguiente aparte tomado del Laudo:

"5.- Como atrás se vió también, el señor apoderado de la EMPRESA planteó como defensa, forma genérica, la compensación y en su alegato de conclusión habla de descuentos que su apoderada tiene derecho a efectuar, y los concreta en los valores por concepto de consumo de energía y por obras en intersecciones viales (pág. 9 y 10 de su resumen escrito, fls 218 y 219 C.).

"Los primeros valores por consumo de energía podía y puede la EMPRESA descontarlos de la suma debida a BRUGUES como quiera que el contrato No. 3188 establece en su cláusula 16, literal b, que la EMPRESA "facturará mensualmente al contratista el costo del suministro" y en la cláusula 37, literal c, del mismo se dijo que "la EMPRESA podrá descontar el valor de los saldos todas las sumas a cargo del CONTRATISTA, " y en la cláusula 4a. se había ya establecido que cualquier gasto que impusiere la realización de la obra, 'a los precios estipulados, sería de cargo del CONTRATISTA (BRUGUES) y que la EMPRESA podrá rembolsarse (sic) de cualesquiera de estos gastos que se viere obligada a hacer, tomando su valor de los pagos debidos al CONTRATISTA o de las garantías de que trata la Cláusula Octava".

"En realidad las partes nunca han discutido, ni antes del presente proceso ni durante él , sobre el derecho a tales compensaciones, la discusión ha versado es sobre su monto y el cobro de intereses sobre los valores correspondientes.

"Para el Tribunal, además , no cabe duda alguna que la EMPRESA puede y ha debido efectuar los descuentos por el valor de las obras que ejecutó para BRUGUES en las intersecciones viales o puentes elevados y por el suministro de energía en la obra, pero no solamente porque así se lo autorizaba el contrato, en las cláusulas citadas, por lo menos en cuanto a los consumos (y el primero), por autorización expresa de BRUGUES), sino porque como lo dice el Código Civil reconociendo, mas que estableciendo un fenómeno jurídico, "cuando dos o mas personas son deudores una de otra, se opera entre ellas una **compensación** que extingue ambas deudas,,,", (artículo 1740) y luego, ya si reglamentando sus efectos, agregó que las deudas deben reunir las siguientes calidades: 1o. ser ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; 2o. ser liquidas; y 3o. ser actualmente exigibles. Según el Artículo 1715 ibídem, reunidas

esas calidades "La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores".

" Por virtud de lo expuesto, al determinarse la suma sobre la cual deban calcularse los intereses que adeuda la EMPRESA a BRUGUES, según el contrato y de acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, deberán descontarse las cantidades correspondientes al valor de los consumos por energía en lugar de las obras -$2.842.263.oo, valor que fué facturado por la EMPRESA y aceptado por BRUGUES (fl. 48 C.6)- , así como el valor de lo adeudado por BRUGUES a la EMPRESA por razón de las obras de las intersecciones viales, pero sin más intereses en el primer caso ya que si la compensación operó por ministerio de la ley y existían deudas a cargo de la EMPRESA y a favor de BRUGUES cuando se produjo el valor de dichos consumos y cuando quedó en firme la cuenta de que trata la factura 238-84, por valor de $ 20.501.357.oo por concepto de los "saldos de obra por la liquidación del contrato" y por " devolución de la Retención de Garantía adicional de cumplimiento".. (fl.13, C.10), cuenta que fué radicada en la EMPRESA el 7 de febrero de 1985, bajo el No. 29852 (Fl. 12, C. 10), no debe haber monto alguno sobre el cual computar intereses. (El original de esta factura se encuentra al fl. 11 del C. 8). En el segundo caso el valor que debe descontarse será el de 4 9.098.487.09 que de acuerdo con contabilidad de la EMPRESA era el existente a cargo de BRUGUES en septiembre 30 de 1984 (ver fl. 33 C. 6) La misma cantidad puede comprobarse en el anexo 3 de la aclaración a su dictamen hecha por los señores peritos contadores (pag.9), y que por consiguiente reunía las calidades de ser dinero, de ser líquida y de ser éxigible en el momento en que lo fué también la deuda de $ 20.501.357.00 a favor de BRUGUES y a cargo de la EMPRESA.

"Para resumir tenemos:

"lo. El ultimo plazo pactado de vigencia del contrato fué el 29 de febrero de 1984. ("OTROSI No. 8 AL CONTRATO O, 3188..." FL. 205, C 6)

" 2o. El 29 de febrero de 1984 tuvo lugar la terminación de las obras objeto del Contrato No. 3188, como consta en certificado expedido por la EMPRESA (fl. 7, C.9). Este Certificado , se anota, no indica el día de su expedición (solo tiene como fecha "febrero de 1985", pero se acompañó por BRUGUES a su carta CB-189-84, recibida por la EMPRESA el 7 de febrero de 1985 (ver Fl.10, C.10).

" 3o. BRUGUES presentó a la Empresa en Factura No. 238-84 de fecha 7 de diciembre de 1984, por concepto de "saldos de obra por la liquidación del Contrato" y por devolución de la Retención de Garantía adicional de cumplimiento", (fl. 13, C. 10), cuenta que, se repite, fué radicada (en la EMPRESA) el 7 de febrero de 1985 bajo el No. 29852 (fl.12 C,10). Y la cuenta

se acompañó de carta (No. CB-192-84) de fecha diciembre 28 de 1984 en la cual se anuncian también "los anexos respectivos, correspondientes a la liquidación final del Contrato No. 3188, debidamente revisados y aprobados por la Interventoría".

"4 o. La EMPRESA no formuló observaciones ningunas a dicha cuenta dentro de los 60 días siguientes, como le correspondía (Cláusula 37o. del Contrato).

" 5o. En consecuencia, 60 días después de fecha del "certificado de entrega final y recibo de Obra" (el cual obra al fl. 7, C. 9) expedido por la EMPRESA y al cual se refiere a favor del deudor, computados a la tasa del 16% anual y hasta cuando el pago se efectúe.

" 6o. En ese momento (60 días después de la radicación de la cuenta, que como se vió fué el 7 de febrero de 1985), la deuda a cargo de la EMPRESA y a favor de BRUGUES reunió las calidades de ser en dinero, de ser líquida y de ser actualmente exigible, y por consiguiente, también en ese momento, **por ministerio de la ley** se produjeron las compensaciones de deudas a cargo de BRUGUES y a favor de la EMPRESA por consumos de energía y por obras en as intersecciones viales.

" 7o. Ni BRUGUES puede pretender cobrar intereses distintos de los citados por lo adeudado por la EMPRESA por concepto de la ejecución de las obras de que trata el contrato 3188 ni la EMPRESA puede cargar sumas algunas a lo que se le adeudó distintas de las que se compensaron por ministerio de la ley el día siguiente a los 60 días contados a partir del 7 de febrero de 1985".(Fl. 321 y ss Cdno. # 1) (subrayas de la Sala).

Dentro del universo fáctico y jurídico que se deja estudiado, se impone concluir que la causal de nulidad invocada no está llamada a prosperar, pues en puridad de verdad el tribunal no omitió resolver ninguna de las cuestiones sujetas a su arbitramento, encontrando la Sala que, por el contrario, fué generoso en el manejo del conflicto de intereses, pues abundó en el análisis de las distintas circunstancias particulares del caso.

E) Para darle fuerza de convicción a ésta sentencia, la Sala recuerda que al **ad-quem** no le es posible cambiar la filosofía jurídica del fallo, que se profirió en derecho para tomarlo e decisión de EQUIDAD, como lo pretende el apoderado de la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA, al sustentar el recurso. Bien puede ocurrir que la providencia que se revisa permita concluir que frente a una circunstancia particular del caso se ha debido poner en marcha el brocardo de que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, pero ante tal realidad nada se podrá corregir o enmendar, sin correr el riesgo de

exceder los límites fijados por la ley para el manejo del recurso. Dentro de este marco bien podría suponerse "... que el tratamiento dado a los intereses por consumo de energía, deba ser igual al que se aplique a los intereses por obras efectuadas por la Empresa, ya que la fuente normativa que dá lugar a ellos es la misma...", como lo reitera el apoderado de la EMPRESA DE ENERGIA, pero la filosofía jurídica que se deja expuesta impide hacer ajuste alguno en el rubro controvertido.

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: Se declara infundado el recurso de anulación interpuesto por la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA contra el laudo arbitral proferido el día trece (13) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por el Tribunal de arbitramento integrado para dirimir las diferencias surgidas entre la firma CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA. S.A, de una parte, y la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA, de la otra, por las razones dadas en los considerandos de ésta providencia,

SEGUNDO: Sin costas.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese, Publíquese y Cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala. *Juan de Dios Montes Hernández* , Salvo Voto. *Carlos Ramírez Arcila. Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio. Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO/ EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/ PRINCIPIO DE LEGALIDAD/ LEY DE FACULTADES - Naturaleza (Salvamento de Voto)

La figura que se encuentra en el artículo 76 del Estatuto Contractual es una autorización a la administración para crear tribunales ad hoc llamados de arbitramento. Al autorizar a la administración para ejercer lo anterior extiende el ejercicio de las facultades en forma indefinida, contrariando el principio de la temporalidad limitada que se prevé en el artículo 76-12 de la Carta. El Tribunal de Arbitramento convocado tendría eventualmente la facultad de interpretar unilateralmente el contrato, de donde se colige que la administración renuncia al ejercicio de un poder exorbitante, renunciando con ello a un principio de autotutela, la decisión ejecutoria. Además, las funciones del Tribunal le derivan del contrato, adefesio, que no es de recibo en nuestro derecho público, es el derrumbe de principio de legalidad. Debió aplicarse la excepción de inconstitucionalidad al artículo 76 del Decreto 22/83.

Salvamento de Voto. *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 5669 Actor: Constructora BRUGUES Y CIA. S.A

Con el debido respeto me separo de la decisión mayoritaria de la Sala, por cuanto considero que en este caso se debió dar cumplimiento al precepto contenido en el artículo 215 de la Constitución Nacional, para inaplicar el artículo 76 del Decreto 222 de 1983, cuya consecuencia inmediata seria la anulación del laudo en el proceso de la referencia, por carencia de jurisdicción del Tribunal de Arbitramento que produjo el precitado Laudo.

Fundamento este salvamento en las siguientes consideraciones:

El poder político en nuestro sistema jurídico constitucional se ejerce a través de órganos jurídicos sometidos a controles: es la forma denominada Estado de Derecho, dentro de la estructura del ordenamiento encontramos la Constitución, haciendo parte de el como norma fundamental, como expresión de as normas organizadoras que atribuyen un poder normativo a diferentes órganos del Estado; pero ese poder normativo no es limitado, se ejerce dentro de los límites previamente fijados por la norma fundamental.

A partir de este concepto es posible hablar de validez del derecho que se crea para regular las relaciones entre el Estado y los particulares y entre los particulares entre sí. Además, a partir de la Constitución se señalan los cometidos estatales. Dentro de los cometidos esenciales es preciso destacar el de administrar la justicia conmutativa. Es esta una potestad pública para conocer de los conflictos de intereses que se susciten en los campos administrativo, civil, penal, laboral, comercial etc....., potestad que se ejerce a través de los jueces, en todos los órdenes y jerarquías, quienes tiene el poder de aplicar las normas jurídicas a los casos particulares con fuerza de verdad legal.

En nuestro sistema jurídico se prevé por creación constitucional una dualidad de jurisdicción. Esta dualidad esta atribuida en forma expresa a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, como Tribunales Supremos.

En primer caso se realiza el principio universal del llamado juez natural; la prescripción del Art. 58 de la C.N. crea y subdivide la jurisdicción denominada ordinaria y, por excepción, al Senado señala una función judicial para conocer de las causas seguidas contra los funcionarios expresamente determinados en la Constitución. En concordancia con la anterior disposición en el Art. 170 se prevé el fuero especial para el personal que compone las Fuerzas Militares, quienes deberán ser procesados por Tribunales Castrenses cuando cometan delito en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Un eminente constituyente de 1886 y ius publicista además, Don José María Samper, en comentario al Art. 60, hoy 58 de la C.N., interpretó el alcance de la ley en esta materia, así "En suma, lo esencial, de este asunto es el principio sentado por este artículo, según el cual es la ley la fuente del organismo secundario y de la autoridad del poder judicial, en sus esferas inferiores, puesto que es la ley quien crea los Tribunales y juzgados y les dá atribuciones y jurisdicción; salvo lo que la Constitución estatuye directamente respecto de los altos tribunales: el Senado (Art. 96) y la Corte Suprema de Justicia (Art. 151); y también hipotéticamente, el Consejo de Estado, en lo contencioso administrativo (Art. 141, Atribución 3o. "La Corte Suprema de Justicia, en fallo de marzo 11 de 1976, hace suya la interpretación de Samper antes citada. Es claro que la Constitución defiere a la ley la facultad de distribuir las competencias dentro de la jurisdicción. En el segundo caso, o sea lo referente a la jurisdicción contencioso administrativa, ésta, por tener una naturaleza especial es creada directamente por la Constitución ; tanto es así que se encuentra codificada en un título de ella (Titulo XIII). Se ejerce por el Consejo

de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y por sus inferiores en jerarquía, los Tribunales Administrativos en cada departamento, conforme lo prevé el Art. 154 del mismo texto. Pero en ningún caso la Constitución defiere a la ley la facultad de crear tribunales ad hoc dentro de la jurisdicción. A la ley simplemente le queda la potestad de señalar las funciones de lo ya creado constitucionalmente.

La jurisdicción contencioso administrativa es una jurisdicción especial y de excepción que implica la existencia de un juez especializado, frente al llamado juez ordinario o natural. El Estado contemporáneo, además de tener como fin la satisfacción de intereses generales, es un administrador de la estructura compleja que adopta un Estado enfrentado a circunstancias propias del desarrollo capitalista, con las consecuentes necesidades que surgen para los administrados. En esta faceta es un centro de imputación de relaciones y posiciones jurídicas sometido al ordenamiento. En sus actuaciones administrativas entre la relación con otros sujetos de derecho, pero como titular de un interés público, Los conflictos de interés que se susciten en esta especial relación jurídica deben ser ventilados en la jurisdicción especial creada para el efecto; ésta conocerá solamente de las pretensiones fundadas en preceptos de derecho administrativo, o se las que se deducen en virtud de las relaciones jurídico - administrativo, o sea las que se deducen en virtud de las relaciones jurídico- administrativas entre la Administración Pública y los particulares o en las relaciones interadministrativas.

Esta jurisdicción dual es el juez legal, al que están sometidos todos los ciudadanos en garantía del ejercicio de sus libertades públicas y al que debemos obediencia y credibilidad, con base en el principio legitimación racional. Las excepciones a este juez fueron expresamente previstas por el Constituyente. Es el caso del Juez de Conciencia. cuya creación del Constituyente dejó el arbitrio del legislador, conforme al Art. 164 inciso final de la C.N. Es ésta la única excepción que el Constituyente quiso institucionalizar frente al juez legal.

El régimen de contratación administrativa está previsto de manera general entre nosotros en la Ley 19 de 1982; ésta es una ley de facultades de las contenidas en el Art. 76-12 de la C.N. y el Decreto Ley 222 de 1983. Con la institucionalización de este régimen se superó la anacrónica concepción de la doble personalidad del Estado y, para estos efectos, clasificó la actividad de contratación en Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración; así dijo el Ponente en la exposición de motivos ante el Senado: "Como consecuencia de la División entre Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración, que ha impuesto el Derecho Francés y consagra la (sic) manera tan enfática el derecho español, el Art. 4o. del pliego de Modificaciones trae la consecuencia de que los litigios que surjan de los primeros son de la competencia de la justicia administrativa, mientras que los provenientes de los segundos son del conocimiento de la justicia ordinaria, como en la práctica está sucediendo, a tenor de lo dispuesto por el Decreto Ley 528 de

1964". Es éste el espíritu que animó y que fundamenta lo previsto de la Ley 19 de 1982. Ahora bien, entendemos que cuando la Administración contrata con los particulares, lo hace por regla general para extender a través del contrato la prestación del servicio. Es entonces una función administrativa; las controversias que de ella se susciten deben ser ventiladas ante la jurisdicción contencioso administrativa. En los casos de derecho privado de la Administración, de manera inmediata ésta no extiende la prestación del servicio, como se preciso en forma anterior, aunque en forma mediata sea para la satisfacción de los intereses generales. Pero lo que importa es la función inmediata, el legislador en su sabiduría previó que las diferencias que se susciten sean ventiladas ante la jurisdicción ordinaria.

La institución de las facultades extraordinarias prevista en la Constitución como atribución de competencia excepcional al Ejecutivo por ministerio de la misma y condicionada para su ejercicio por la Ley Facultades, ha sido una práctica inveterada en nuestra vida jurídico-política, que ha producido a veces mutaciones constitucionales y en otras ocasiones prácticas violatorias a la norma fundamental. Más aún; el precario control que se ejerce en Colombia al ejercicio del poder, sume a la ciudadanía en una permanente incredulidad jurídica y, lo que es pero, una desinstitucionalización del ordenamiento.

En el caso que no ocupa, revisando minuciosamente la historia de la Ley 19 de 1982, ley por medio de la cual se dió facultades al Gobierno Nacional para reformar el Régimen de Contratación Administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976, no se encuentra siquiera de manera intencional un propósito del legislador ordinario de instituir una jurisdicción especial y excepcional con relación a la ordinaria, diferente a la contencioso administrativa prevista en la Constitución, con el fin de procesar a la Administración Pública en su función de contratación administrativa. Por el contrario, la precitada ley, en sus principios generales, preceptúa en su Art. 4o.: "Serán de conocimiento de la justicia contencioso administrativa los litigios surgidos de los contratos administrativos y de aquellos en los cuales se haya pactado la cláusula de caducidad; de la ordinaria los demás. El legislador de antemano excluyó cualquiera otra jurisdicción para juzgar a la Administración en razón de su función de contratación. Claramente se vé que en obediencia a la Constitución se limitó a distribuir la competencia dentro de la jurisdicción, como una unidad y como función principal y esencial del Estado.

Las facultades extraordinarias que prevé el Art. 76, ord. 2 y 12 de la C.N., deben ser pro tempore y precisas, esto, es por un tiempo cierto y sobre materia determinada de un modo claro, Así lo ha reiterado la H. Corte Suprema de Justicia en varias sentencias. En cuanto a su determinación o precisión, la ley debe señalar al ámbito jurídico de las facultades "sin que ello implique el que se tratasen de la misma ley los preceptos sustanciales o accesorios que constituyen el encargo dado al Presidente...". Dentro de estos principios, el legislador ordinario por medio del Art. 10o. de la Ley 19 de 1982, concedió las facultades

extraordinarias al Gobierno Nacional para reformar el estatuto contractual. No se halla precisada, a través de ninguno de sus numerales ni literales, la facultad de crear jurisdicción excepcional que constituyen los Tribunales de Arbitramento. Sin embargo, el Gobierno Nacional, como legislador extraordinario, en el Art. 76 del Decreto 222 delega a la Administración la facultad de crear Tribunales de Arbitramento y someter a su decisión las diferencias que se susciten en relación con el contrato. Sobre el particular, la Corte en fallo de diciembre 13 de 1972 dijo : "Pero se advierte, la Constitución sólo permite la concesión de facultades extraordinarias, con los efectos dichos, al Presidente de la República; y por lo mismo, éste no puede, a su vez, traspasarlas, otorgarlas o concederlas a ninguna otra persona o entidad." El gobierno no sólo carecía de facultades, sino que delegó en la Administración lo que no tenía. Aún más si las hubiese tenido,, no podía delegarlas en virtud del principio DELEGATUS DELEGARE NON POTEST (lo que se recibe por delegación no puede ser delegado). No cabe duda que la figura que se encuentra en el Art. 76 del Estatuto Contractual es una autorización a la Administración para ejercer crear Tribunales ad hoc llamados de Arbitramento. Al autorizar a la Administración para ejercer lo anterior, extiende el ejercicio de las facultades en forma indefinida contrariando el principio de la temporalidad limitada que se prevé en la norma constitucional.

El Legislador Extraordinario, al autorizar la Administración para estipular la cláusula compromisoria en los contratos, que no es otra que la cláusula derogatoria de jurisdicción, le atribuye una facultad discrecional a ésta, cuando dice en el artículo 76: "Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria, con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. "En otros términos, se le dice a la Administración que mientras la ley no lo prohiba puede estipular la cláusula compromisoria violentando así no solamente principios universales de derecho público sobre el principio de la legalidad en el cual se mueve la Administración y que en forma sistemática se consagra en nuestro ordenamiento jurídico, como fundamentos rectores de un Estado de Derecho, sino las libertades ciudadanas, que tiene su ámbito dentro de los límites del ejercicio del poder. Es preciso relievar como lo advierte en sus conferencias el profesor de la Universidad de Antioquia Fernando Ossa Arbeláez: "Al celebrarse el contrato de compromiso debe indicarse con precisión el "litigio" cuestión o diferencia objeto del arbitraje. Parece improbable que se celebre el contrato sin que las partes acuerden también la materia precisa del litigio, cuestión o diferencia, puesto que en tal caso habría que concluir en que no hubo acuerdo de voluntades para la celebración del contrato. La dificultad surge entonces, para cuando se invoque la cláusula compromisoria". Esta figura, la del compromiso o cláusula compromisoria deja sin piso la teoría de la subordinación jurídica que rige la relación entre el particular y la Administración en la contratación, teoría que Bercaitz fundamenta así' "La subordinación" que hemos señalado no es personal, sino de contenido patrimonial. No es la persona que contrata con la Administración Pública la que se halla en una situación de sujeción: son los bienes afectados por el contrato, la actividad o las cosas puestas

al servicio de los fines estipulados en él los beneficios que de su empleo pueden obtenerse o se pactó que se obtendrán". Este compromiso y esta eliminación de la subordinación jurídica en que se ubica el particular contratante, nos pone en presencia de una transacción, y ésta sólo está autorizada para la Administración en los casos señalados en el Artículo 218 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.)

Cabe señalar, además, que de los tantos, poderes exorbitantes que tiene la Administración Pública, uno es el previsto en los Artículos 2o. de la Ley 19 de 1982 y 24 del Decreto Ley 222 de 1983, el llamado principio de la interpretación Unilateral del contrato, sin embargo, el Tribunal de Arbitramento convocado tendría eventualmente la facultad de interpretar el contrato. De donde se colige que la Administración renuncia al ejercicio de un poder exorbitante, el cual el ha sido atribuído con miras a la tutela del interés general de la comunidad el cual satisface a través del contrato y como consecuencia de ello renuncia a un principio de autotutela, la decisión ejecutoria.

Como si lo anterior, no bastara, de contera nos topamos con el señalamiento de las funciones del Tribunal. Estas le derivan del contrato. En nuestro Derecho Público, no es de recibo tamaño adefecio. Es el derrumbe del principio de la legalidad de que tanto se ha aludido en este escrito.

Las decisiones adoptadas por los Tribunales de Arbitramento, revisten las características propias de las decisiones judiciales, Así lo dispone el Decreto Ley 1265 de 1970, Artículo 1o. inciso final: "Los jurados y los árbitros ejercen ocasionalmente funciones jurisdiccionales'. Sobre este aspecto acudo a la autoridad del Profesor Alvaro Copete Lizarralde, quien sostuvo en la demanda presentada contra la Ley 2a. de 1938, así : "En el análisis de la institución arbitral, dos tendencias contrarias se disputan el campo; para unos, los arbitros son de una especie de mandatarios para una transacción, quedando por tanto el compromiso dentro de estricto campo del derecho privado; para otros, en cambio, este tipo de contrato implica una derogación de la jurisdicción de los jueces ordinarios, por el hecho de asumir los árbitros, quienes tienen, en consecuencia, una función netamente jurisdiccional. "Para nosotros, continúa el Dr. Copete, es incuestionable que los árbitros son verdaderos jueces. Ellos no pronuncian su fallo como apoderados de las partes, sino como terceros imparciales, quienes llegan a formar su juicio después de oír las pretensiones de las partes y de valorar las pruebas que dentro del proceso arbitral sean aportadas. De aquí que Carnelutti afirme, que la función que el árbitro ejerce es una función judicial, o más exactamente, la función jurisdiccional".

La Corte aceptó el anterior planteamiento, aunque no accedió a las pretensiones del Dr. Copete, pero hizo la siguiente aclaración: "Es evidente que, los anteriores conceptos y la doctrina que este fallo encierra, son aplicables al arbitramento y a la cláusula compromisoria sólo dentro del ámbito del derecho privado. No comprenden ellos las relaciones y problemas jurídicos que surgen en

el campo del derecho público y de modo especial en el de la contratación administrativa, dentro del cual se presentan fenómenos que envuelvan un privilegio oficial, como la caducidad, la imposición unilateral de multas, etc.". Corte Suprema de Justicia (fallo de mayo 29 de 1969. Magistrado Ponente: Dr. Luis Sarmiento Buitrago. G. J. CXXXVII No. 2338 pág. 58.

Fecha ut supra.

Juan De Dios Montes Hernández.

Consejero de Estado.

EXCEPCIONES PREVIAS - Trámite

Los hechos constitutivos de excepciones previas, en el proceso civil, no tienen formulación incidental en el contencioso. El proceso contencioso ha sido adverso siempre al manejo de excepciones previas. Por ello desde un principio se predicó que sólo procedían en él las defensas que se opusieran a la prosperidad de la pretensión. Con ello se ha buscado evitar las dilaciones, que en la jurisdicción administrativa resultan aún más perjudiciales por estar en juego los intereses de la comunidad que demandan una pronta y adecuada solución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., mayo treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente No. 6686. Actor: Empresa Colombiana de Petróleos - ECOPETROL-. Demandado: Empresa Nacional de Ingeniería y Tecnología S. A. INITEC.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de los centros de imputación jurídica demandados, contra el auto calendado el día seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991), proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en virtud del cual se declaró que nó ". . . . .se configura la excepción previa de caducidad. . . . ", por las razones dadas en el referido proveído.

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 334 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el apoderado de la parte demandada hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

1. Razones expuestas al Tribunal

Según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, inciso séptimo, las acciones relativas a contratos caducarán a los dos años "de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento".

"Cuando se presentó la demanda, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo decía que el término de caducidad se cumplía "a los dos años de expedidos los actos u ocurridos los hechos" que daban lugar al uso de la acción contractual.

Tal como explicaré enseguida, Ecopetrol presentó su demanda cuando había caducado su derecho de acción. Esa caducidad se deriva de que los incumplimientos que falsamente imputa Ecopetrol al consorcio, si se hubiesen dado habrían tenido que ocurrir, necesariamente, antes de que se expidiera la resolución de caducidad del contrato. Pero, aún si no fuera así, la caducidad de la acción debería contarse, en éste caso, desde que se expide la resolución de caducidad del contrato, y no desde que se notifica, porque la notificación es necesaria para que el acto administrativo sea oponible a los contratistas, pero no para que lo sea a la entidad administrativa que la decreta.

1.1. La declaración de caducidad del contrato es distinta de su incumplimiento.

La forma de aplicar las reglas sobre la caducidad de la acción depende, entonces, de los motivos que se invocan para afirmar que hubo un incumplimiento contractual. Y, por supuesto, cuando se afirma que hubo incumplimiento de un contrato, la forma de calcular la caducidad depende también de quien lo alega.

El motivo que, según el actor, dá lugar a su demanda, es el presunto incumplimiento de las empresas del consorcio; la resolución de caducidad no constituye incumplimiento del consorcio, y no es, por lo tanto, motivo de hecho o de derecho que sirva de fundamento a las pretensiones del actor. El consorcio puede considerar, legítimamente, que Ecopetrol, incumplió el contrato al expedir la resolución de caducidad; y por eso el consorcio puede contar el término de dos años a partir de la ejecutoria de la resolución

respectiva. Pero Ecopetrol no puede, en forma alguna, mantener que el incumplimiento del consorcio nace con la resolución de caducidad; esta, si mucho, tiene un alcance declarativo, pero nunca constitutivo. Por lo tanto, para Ecopetrol, el término de la caducidad debe contarse, como dice el artículo 136 del C. C. A., a partir del momento en que, según esa empresa, se produjeron los motivos de hecho que configuran el incumplimiento del contratista. Desde el punto de vista de Ecopetrol el incumplimiento tiene que haberse dado, necesariamente, antes de expedir la resolución de caducidad.

Por lo tanto, el término de la caducidad debe contarse desde cuando ocurrió el hecho del presunto incumplimiento, que motiva la demanda del actor; y no desde cuando quedó ejecutoriada la resolución de caducidad porque esta sería, a lo sumo, y desde el punto de vista de Ecopetrol, una consecuencia del incumplimiento.

En otras palabras: en un contrato administrativo puede haber incumplimiento del contratista sin que haya resolución de caducidad; y puede haber caducidad, además, por motivos distintos al incumplimiento (Art. 62 del Decreto 222 de 1983). La caducidad del contrato, y el incumplimiento, son fenómenos distintos, aunque pueden relacionarse en un momento determinado.

Es claro que si la resolución de caducidad se produjo el 6 de octubre de 1986, el presunto incumplimiento debió tener lugar antes; y es claro, entonces, que el término de dos años se cumplió, por tarde, el 6 de octubre de 1988, varios meses antes de la presentación de la demanda. Cuando Ecopetrol presentó su demanda la acción había caducado.

1.2. La notificación de los actos administrativos es necesaria para hacerlos oponibles a los administrados, pero no a las autoridades.

Según indiqué atrás, cuando se presentó la demanda, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, decía que el término de caducidad se cumplía "a los dos años de expedidos los actos u ocurridos los hechos" que daban lugar al uso de la acción contractual. Por lo tanto, si Ecopetrol afirma que el acto que da lugar al uso de la acción contractual es la resolución que decretó la caducidad, debe contar el plazo de caducidad procesal a partir de la expedición de la resolución que falló desfavorablemente el recurso de las empresas del consorcio, es decir, desde el 29 de Enero de 1987.

No tiene lógica jurídica alguna que, contra el expreso texto legal, Ecopetrol invoque en su favor el plazo transcurrido entre la expedición del acto y la notificación a las partes, como si la notificación se hiciera en favor o en interés de Ecopetrol, o como si solo con esa notificación Ecopetrol adquiriera

conocimiento de sus propios actos. En derecho administrativo la notificación tiene el efecto de hacer oponible a los notificados el acto administrativo; no puede interpretarse, sinembargo, como si hubiera sido instituida en beneficio de la administración, que no requiere de ella, porque es la fuente misma del acto que se notifica.

2. **Los argumentos del Tribunal**

El Tribunal rechazó los argumentos arriba expuestos, con las siguientes razones, que respeto pero no comparto:

2.1. Es a partir de la definición administrativa sobre la caducidad por incumplimiento cuando la empresa demandante, luego de la liquidación del contrato, se apercibe de la insuficiencia ostensible que presentan las garantías otorgadas.

2.2. La expedición del acto solo ocurre a partir de la eficacia", y esta no tiene lugar hasta tanto no se da la notificación del acto. Además, no resulta lógico que le generen dos sistemas para contabilizar el término de la caducidad.

3. **Crítica de los argumentos del Tribunal**

Insisto en todos los razonamientos que presenté al H. Tribunal para sustentar la excepción.

De otra parte, aunque podrían hacerse glosas al primero de los argumentos expuestos por el Tribunal en el auto que recurro, es suficiente, para la prosperidad de la excepción, poner de presente ahora que el segundo de tales argumentos se opone, de modo manifiesto, a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

El acto administrativo obliga a la administración antes de que se publique o notifique, y a partir del momento en el que se expide. La notificación es requisito de la oponibilidad del acto a los particulares obligados por él; pero no es requisito de la existencia o la validez del mismo, ha dicho repetidas veces el Consejo. Por lo tanto, el acto obliga a la administración (inclusive para definir la fecha límite de que goza para ejercitar su derecho de acción) desde que se expide, y la expedición de un acto es distinta de su notificación. Dice así el Consejo, en jurisprudencia que, aunque relativa a la publicidad, puede aplicarse sin dificultad alguna al asunto de la notificación:

> "El acto administrativo no publicado, general o **particular**, hay que mirarlo en sus relaciones con la propia administración y con los particulares. Por el primer aspecto, **el acto no publicado es oponible a la propia administración, surte efectos respecto de ella,** ya

que lo conoce por haber sido quien le dió origen o nacimiento (Las subrayas son mías)".

Tampoco es válido el argumento según el cual, si la caducidad de la acción debiera contarse para la administración desde que expide el acto y no desde que lo notifica, su término para ejercitar la acción resultaría diferente del que tienen los particulares afectados. La diferencia de términos para las diversas partes de una misma relación procesal administrativa es hecho aceptado ya por el Consejo, que ha dicho:

"....las notificaciones marcan, además, la fecha a partir de la cual se cuentan los términos para interponer los recursos o ejercer las acciones. Como las diligencias se pueden realizar en fechas distintas, **los términos corren individualmente para cada uno de los interesados.** Es obvio, pues, que las notificaciones sean independientes unas de otras. Mas aún, si no se realizan o no se surten para algunos de los interesados directos, quienes se han notificado mal o no se han notificado pueden, dándose por suficientemente enterados del contenido del acto, convenir en el o utilizar en tiempo los recursos legales".

".....".

"Por las razones expuestas, y con base en las pruebas que oportunamente pedí como sustento de la excepción, con todo respeto solicito que se declare la caducidad de la acción que dio origen a este proceso, y se ordene su archivo".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) En escrito visible a folios 251 y siguientes del Cuaderno No. 1, el procurador judicial de los demandados solicitó que se tramitara, en la forma prevista ".....en los artículos 97, 98 y 99 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 267 y 164 del C. C. A., el incidente de excepciones previas que propongo.....".

El **a-quo**, manejando una perspectiva jurídica que no hace suya la Sala, dispuso tramitar la solicitud y la decidió en la providencia impugnada, la cual será revocada, pues los hechos constitutivos de excepciones previas, en el proceso civil, no tienen formulación incidental en el contencioso. En esta materia se recuerda que la Sección Quinta de la Corporación, en sentencia de 5 de septiembre de 1990, Expediente No. 0407. Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez, fijó pauta jurisprudencial que ahora se reitera. En ella se dijo:

"Las excepciones, como medios de defensa que el demando puede utilizar

para oponerse a las pretensiones de la demanda, pueden dirigirse a impugnar el derecho pretendido, o, el procedimiento empleado dentro de un proceso para obtener su reconocimiento; en el primer caso, se denominan de mérito y se proponen con fundamento en hechos encaminados a enervar o destruir los efectos jurídicos de la acción misma, v. gr. cosa juzgada, prescripción, novación, nulidad, etc.; a ellas se refiere el inciso tercero del artículo 164 del C. C. A., en los siguientes términos: "Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión". En el segundo caso, figuran las que se conocen como excepciones previas, dirigidas ellas a corregir errores que obstarán a una fácil decisión (defecto legal en el modo de presentar la demanda, conocida como excepción de inepta demanda); a evitar un proceso inútil (litispendencia); a impedir un juicio nulo (incompetencia absoluta, falta de capacidad o de personería); a asegurar el resultado del juicio; las mismas aparecen enlistadas, en cuanto hace relación al derecho colombiano, en el artículo 97 del C. de O. C., en la forma como quedó después de su modificación por el Decreto Ley 2282 del 1989, dentro de las cuales la contemplada en el numeral 7o. bajo la denominación "Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de los requisitos formales. . . . .", correspondería a la alegada por el apelante como fundamento de su recurso.

En materia contencioso-administrativa, el antiguo C. C. A. (Ley 167 de 1941), disponía que ante lo contencioso-administrativo "sólo son admisibles las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción" (Art. 109), esto es: al derecho pretendido. Por tanto, conforme a tal ordenamiento no eran de recibo como **excepciones**, las que apuntaban a aspectos diferentes del nacimiento, modificación y extinción del derecho reclamado. De donde resultaba que la "falta de demanda en forma o inepta demanda" no tenia legalmente el carácter de excepción en lo contencioso-administrativo, sino impeditivo procesal.

La situación cambió en este sentido con la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo, pues en el Decreto Ley 01 de 1984, artículos 163 y 164, se dispuso que los hechos constitutivos de excepciones previas en el proceso civil "no tendrán formulación incidental dentro del contencioso-administrativo; pero podrán alegarse como motivos de nulidad, como excepciones de fondo y aun como razones para recurrir".

"Las críticas que, en su momento, se le hicieron a esta disposición contenida en el art. 163 del C. C. A., consistentes, de un lado, en la circunstancia de que al permitir la norma que los hechos constitutivos de excepción previa, según la ley procesal civil, se deban plantear ante el juez contencioso como excepciones de fondo, pudiera entenderse, cayendo en un absurdo, en el sentido de que se habían convertido las excepciones previas en excepciones de fondo y que por consiguiente, debían resolverse, como estas en la sentencia y que por ese camino lo que es previo y a veces subsanable se

convertiría en definitivo e irremediable, solución que no está de acuerdo con la idea de buscar celeridad en los procesos contencioso-administrativos, y de otra parte, en el hecho cierto e incontrovertible de que no todas las excepciones previas constituyen causales de nulidad de lo actuado en el proceso, y las que no lo sean (compromiso, pleito pendiente, cosa juzgada, transacción, caducidad, etc.), no deben tramitarse como incidente, sino que las mismas deben decidirse en la sentencia, llevaron probablemente a la derogación del precitado artículo por el Decreto Ley 2304 de 1989, art. 68.

En esta forma, es induditable que quedó un vacío en materia de excepciones previas, vacío que no existía en la Ley 167 de 1941 (C. C. A. anterior), ya que en ella existía el artículo 109 que para terminante al expresar: En los juicios ante lo contencioso administrativo solo son admisibles las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción", ya que en el Decreto Ley 01 de 1984, después de las modificaciones y derogaciones que le introdujo el Decreto Ley 2304 de 1989, no existe disposición idéntica o similar, como fácil es constatarlo.

Ante ello, no cabe llegar a otra conclusión diferente a la siguiente: los hechos constitutivos de excepciones previas en el proceso civil no tienen formulación incidental dentro del proceso contencioso-administrativo, como lo preceptuaba el art. 163 del C. C. A., ahora derogado y que, en esa parte, debió mantenerse como manera o modo de garantizar la celeridad del proceso contencioso-administrativo, derogando sólo la parte **in fine** de la disposición; pero pueden llegar a constituir un impedimento procesal para dictar sentencia que decida el fondo de la controversia o contención, ya que es indubitable que la falta de jurisdicción, el compromiso o cláusula compromisoria, el pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo punto, la cosa juzgada, la caducidad de la acción o la transacción, etc., impiden al juez o tribunal resolver sobre el derecho sustancial alegado por el demandante".

B) Para darle fuerza de convicción al presente proveído se agrega que la derogatoria del artículo 163 del C. C. A., por el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989, obedeció a que lo allí dispuesto era demasiado obvio y por su redacción se prestaba a equívoco como si los hechos constitutivos de excepciones previas, en el proceso civil, tuvieran el doble carácter de constituir motivos de nulidad o configurar excepciones de fondo.

El proceso contencioso ha sido adverso siempre al manejo de excepciones previas. Por ello desde un principio se predicó que sólo procedían en él las defensas que se opusieran a la prosperidad de la pretensión. Con ello se ha buscado evitar las dilaciones, que en la jurisdicción administrativa resultan aún mas perjudiciales por estar en juego los intereses de la comunidad que demandan una pronta y adecuada solución. El incidente de excepciones previas ha sido

utilizado en la justicia ordinaria, anormalmente, como expediente cómodo para dilatar la solución de los conflictos de intereses. En cambio, el manejo que unas veces la ley y otras la jurisprudencia del Consejo de Estado le han dado al problema, ha sido mas fácil y expedito, como que en lugar de aceptar un incidente más dentro del proceso, ha buscado que esos hechos cuando constituyen nulidad se aleguen como tales y cuando configuran excepción de fondo, se aleguen así dentro del término de fijación en lista, bien en la contestación de la demanda o en escrito separado. Es igualmente de recibo la vía que permite que se aleguen como motivos o razones para recurrir los autos que le den entrada a esos fenómenos.

Finalmente, debe recordarse que la ley 30 de 1987 le dio facultades al gobierno nacional para **"simplificar el trámite de los procesos judiciales."** no para hacerlo más dilatado en el tiempo físico.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el día seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991), por las razones dadas en los considerandos de éste proveído, y en su lugar

DISPONE

La problemática jurídica relacionada con el fenómeno de la CADUCIDAD, propuesta como excepción, debe decidirse en la sentencia que desate el presente conflicto de intereses.

SEGUNDO: Ejecutoriado éste auto, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Juan de Dios Montes Hernández,* ausente, *Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DICTAMEN PERICIAL- Objeción/ERROR GRAVE

La objeción por error grave no está llamada a prosperar, pues la simple circunstancia de que los auxiliares de la justicia, para llegar a la conclusión de que "las máquinas motivo de este pleito no podían generar una potencia continua de 600 kilovatios", hubiesen consultado (entre otros documentos) las resoluciones del ICEL, los pliegos de licitación, etc., no da margen para concluir que hubo error grave. Este acervo probatorio sólo viene a servir para que el juez, al apreciar la prueba, examine, dentro del marco de libertad jurídica que tiene, si las conclusiones del dictamen son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos.

PLIEGO DE CONDICIONES

Por haberse limitado el ICEL a preguntarle a los vendedores "qué le podían ofrecer", en lugar de establecer "qué deseaba comprar", se presentaron todos los desfases en el manejo de la relación contractual que dieron lugar al presente proceso. Las cláusulas pobres o confusas, que en los pliegos de licitación aparezcan, deben interpretarse en contra de la administración, que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo de técnicos necesarios para hacer las cosas bien. El Contratista, al fin y al cabo, llega a la contratación administrativa dominado por los poderes exorbitantes de la administración y haciéndole la venia a la filosofía que informa los contratos de adhesión.

CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA / RETRASO DESLEAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE

La administración aplicó la multa por mora en la entrega de la

totalidad de los elementos, con notorio retraso. Tales sanciones se deben imponer dentro de un término razonable, pues no tiene ni es justo que el ejercicio de la potestad se prolongue indefinidamente en el tiempo para tornar más onerosa la obligación del deudor. El retraso en hacerlo es conducta desleal, y por lo mismo, atenta contra el principio de la buena fe que debe informar la relación negocial en todos sus momentos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., mayo treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 3577. Actor Nelson Roa-Disnaeléctricos. Demandado: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a fallar el proceso del rubro, el cual se inició en virtud de demanda presentada por el apoderado de la parte actora el día nueve de marzo de mil novecientos ochenta y dos.

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

"..... obrando en nombre y representación del señor Nelson Roa Roa, mayor de edad, domiciliado en esta ciudad y cedulado bajo el No. 17.134.076 de Bogotá, propietario del establecimiento de comercio DISNAELECTRICOS, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada por el artículo 67 del C. C. A., muy respetuosamente me permito solicitar que, mediante los trámites legales de rigor y previa comunicación o notificación personal al señor Fiscal de la Corporación y al señor Gerente del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-, se sirva el H. Consejo:

PRIMERO: Declarar la nulidad de las resoluciones No. 0988 o 0988A del 2 de julio de 1980 y 1535 del 30 de octubre de 1981 del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL- por medio de las cuales impusieron unas sanciones a mi poderdante y se ordenó la liquidación final del contrato No. 3863 celebrado entre el ICEL Y DISNAELECTRICOS.

SEGUNDO. Declarar que no existen los faltantes a que se refiere el ICEL en los actos demandados.

TERCERO: Que, consecuencialmente, no hay lugar a imposición de multa

alguna a mi poderdante por no existir ningún fundamento de orden legal y jurídico para ello.

CUARTO: Que se ordene la devolución de cualquier suma de dinero, debidamente actualizada, que mi poderdante haya pagado por concepto de multas, bien por pago directo, bien por retención de saldos a su favor y en contra del ICEL.

QUINTO: Declarar que el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL- incumplió el contrato que había celebrado con el señor Nelson Roa Roa.

SEXTO: Que se le paguen al señor -Nelson Roa Roa los intereses corrientes y moratorios de la suma que se le quedó a deber como saldo desde la fecha en que se ha debido practicar la liquidación del contrato hasta cuando efectivamente se hizo o se haga el pago.

SEPTIMO: Condenar al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL a pagar los demás perjuicios materiales y los perjuicios morales que se le causaron al señor Nelson Roa Roa.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Los hechos que sirven de fundamento de esta demanda son los siguientes:

1. El Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL- mediante Resolución No. 0497 del 10 de mayo de 1978, abrió la Licitación Pública PT -DACE No. 009 para la compraventa de plantas eléctricas trifásicas Diesel con destino a algunas localidades de los Territorios Nacionales.

2. Nelson Roa Roa -DISNAELECTRICOS- participó en la anterior licitación presentando su correspondiente oferta.

3. El Instituto, por medio de la Resolución No. 0358 del 10 de agosto de 1978, adjudicó al señor Nelson Roa Roa, -DISNAELECTRICOS- parte de dicha licitación.

4. Con base en la anterior adjudicación se celebró entre el ICEL y mi poderdante el contrato No. 3863, en la cual están claramente estipuladas las obligaciones y derechos de las partes.

5. Mi poderdante ha cumplido a cabalidad con todas las obligaciones a su cargo emanadas del mencionado contrato. Por el contrario el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL no cumplió debidamente con las suyas.

6. Una vez entregados los equipos contratados la entidad contratante (ICEL) no efectuó la recepción definitiva ni la liquidación final del contrato dentro de los sesenta días, por lo cual el contratista, habiendo constituido la póliza de garantía de calidad, tenía derecho a recibir el pago del saldo pendiente.

7. Asimismo, habiéndose hecho la entrega total de los elementos por el contratista y conocido tal hecho, por el ICEL, este dejó transcurrir un largo término y sólo extemporáneamente objetó la entrega, según afirmó por ser incompleta y no corresponder a las características técnicas de lo contratado.

8. El señor Roa oportunamente contestó a las glosas extemporáneas del ICEL y manifestó que estaba de acuerdo con el Instituto para realizar las pruebas técnicas tendientes a demostrar que el equipo entregado correspondía en sus características técnicas al ofrecido y contratado.

9. A pesar de tales manifestaciones del proveedor, el ICEL, sin comprobar debidamente las características técnicas del equipo, ordenó al mismo reemplazar las plantas. Así mismo, continúo exigiendo la entrega de equipos opcionales que no habían sido contratados por el Instituto.

10. Sin analizar las explicaciones del contratista ni realizar las pruebas técnicas indicadas, el ICEL, por medio de la resolución No. 0988 del 2 de julio de 1980 impuso a mi poderdante unas multas, afirmó la existencia de unos faltantes, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y decretó la liquidación del mencionado contrato, todo ello sin ningún fundamento.

11. La mencionada resolución fue notificada por medio de publicación que se hizo en diarios de amplia circulación en el país, sin que previamente se hubieran agotado los trámites necesarios para realizar la notificación personalmente. . . . . .
. . . . . .
. . . . . .
. . . . . .
. . . . . .

12. Por medio de la resolución No. 1230 del 19 de agosto de 1980, el ICEL aclaró que el número de la resolución anterior era el 0988A.

13. Contra la anterior resolución el señor Roa interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto por la resolución No. 1535 del 30 de octubre de 1981 mediante la cual se reformó la anterior, revocando unas multas, resolviendo no hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, disminuyendo el valor de los faltantes y, consecuencialmente, disminuyendo otra multa.

14. Esta última resolución que modificó sustancialmente la anterior ahora

sí fue notificada personalmente el 10 de noviembre de 1981.

15. Con todas estas actuaciones el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, se le causaron y han causado a mi poderdante graves perjuicios materiales y morales". (folios 53 a 61 Cdno. No. 1).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

I. Con los actos acusados fueron violadas por el ICEL las siguientes normas de orden superior: art. 1602 y 1603 del Código Civil; 2o. 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional.

a) El artículo 1602 del C. C. señala que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y por su parte el artículo 1603 del mismo establece que deben ejecutarse de buena fe. Ahora bien, es desarrollo del contrato que vinculaba al ICEL con el señor Nelson Roa Roa la entidad contratante no dió riguroso cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato celebrado, no lo cumplió de buena fe por lo cual desconoció estas normas, que además corresponden a un principio general del derecho cuya validez es reconocida por el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

b) Se violaron los artículos 2o. 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional. Señala el artículo 2o. de la Constitución que los poderes públicos se ejercerán en los términos que la misma establece. El artículo 16, por su parte, establece que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". El artículo 20 de la Constitución, a su vez, prescribe que los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes, y además, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de estas. Finalmente de acuerdo con el artículo 30 de la Carta, en Colombia se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título.

Ahora bien, en desarrollo del contrato con el señor Roa, el ICEL desconoció las normas que se han citado, por la manera descuidada y desorganizada, carente de buena fe y negligente como ejecutó el contrato.

Al no darse cumplimiento estricto al contrato se incurrió en violación de los deberes de los funcionarios públicos que les impone el artículo 20 de la C. N. Se violó el artículo 2o. por no ejercer sus funciones en los términos constitucionales,. Y al no cumplirse debidamente el contrato no se protegió ni la honra ni los bienes del señor Nelson Roa, como lo impone el artículo 16.

De otra parte al lesionarse los derechos legítimamente adquiridos por el señor Roa, originados en un contrato celebrado válidamente, se violó el artículo 30 de la Constitución que los protege.

II. Asímismo, al no objetar oportunamente los materiales entregados por el señor Roa, el Instituto de Energía Eléctrica Icel, al expedir las resoluciones acusadas violó la cláusula quinta del contrato, que al fijar un término de sesenta días para practicar la recepción definitiva y la liquidación final del contrato, tácitamente reconoce que el término para objetar es el mismo.

Ahora bien, las objeciones del Instituto solo se presentaron transcurrido ampliamente este termino, por lo cual se violó la cláusula citada y no se cumplió de buena fe el contrato.

III. Al no haberse pagado oportunamente el saldo de las sumas debidas en ejecución del contrato, una vez transcurridos los sesenta días de realizada la entrega, se violó la cláusula quinta parágrafo primero del contrato, que conforme al artículo 1602 del Código Civil es ley para las partes. Norma esta que corresponde a un principio general del derecho y que además es aplicable analógicamente a los contratos administrativos de acuerdo con el artículo 8 de la ley 153 de 1887.

En efecto, señalaba la cláusula del contrato atrás mencionada que si transcurridos sesenta días desde la entrega el ICEL no había efectuado la recepción definitiva y liquidación del contrato, el proveedor tendría derecho al pago del saldo previa constitución de la garantía de calidad.

El señor Roa, en vista de que el Instituto no había cumplido tales tramites dentro del término previsto constituyó la garantía mencionada sin que el ICEL le hubiera pagado el saldo del contrato, con lo cual se violó esta cláusula". (folio 58 a 61 Cdno. No. 1).

II. ALEGATO PRESENTADO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA.

Dentro del término de ley, el procurador judicial de la parte demandante alegó de conclusión, como se desprende del escrito que obra a folios 69 y siguientes del Cuaderno No. 1, en el cual, y en los pertinente, se argumenta dentro del siguiente temperamento:

"Desde un comienzo hubo una prevención en ICEL en contra de DISNAELECTRICOS (Nelson Roa Roa), prevención que motivó que al recibírsele las plantas se le manifestara que estas no cumplían con la potencia requerida en la licitación, y que no había suministrado todos los elementos objeto del contrato, existiendo por consiguiente unos faltantes.

Estas razones sirvieron de fundamento para dictar las Resoluciones acusadas.

Pero las plantas entregadas por DINSAELECTRICOS si se ajustaban a los requerimientos del pliego de cargos y del consecuente contrato No. 3863 del 19 de octubre de 1978, celebrado con ICEL, y DISNAELECTRICOS entregó la totalidad de los elementos objeto de este contrato.

I. LA CAPACIDAD DE LAS PLANTAS.

El peritazgo rendido dentro del proceso, y visible a fl. 71 a 98 y 121 a 126 del C. 2, establece la conclusión de que "de acuerdo con el expediente, las máquinas motivo de este pleito no podían generar una potencia continua de 600 kilovatios" (fl. 87 **in fine**).

Pero dentro del expediente si existen razones que permiten afirmar todo lo contrario, o sea que la potencia continua de los motores si era de 600 kilovatios.

Dejemos de lado la prueba **in situ** la cual fue pedida insistente y vanamente por DISNAELECTRICOS (véase v. gr. sus cartas 79D- 1011 de julio 12 de 1979 y 79- D- 1014 de 21 de septiembre de 1979, visibles a folios 61 del folder de la División de Asesoría y Control de explotación, Anexo 1 del expediente y a folio 56 del anexo 1A, del expediente, respectivamente) y que si no se realizó fue sencilla y llanamente porque ICEL nunca fijó ni fecha ni hora ni lugar, como lo pedía insistentemente el demandante. Por eso, como paladinamente lo tuvo que confesar el Director del ICEL en la comunicación que aparece a fol. 133 del C. 2, "no se encontraron los protocolos de pruebas que fueron solicitados por esa Corporación"; es decir, no se realizaron pruebas **in situ** de las máquinas suministradas por DISNAELECTRICOS; y no se realizaron por culpa del ICEL.

Pero podemos mencionar, entre otras, las siguientes razones que avalan la afirmación de que las máquinas si podían general una potencia continua de 600 kilovatios:

1. El catálogo de la DETROIT DIESEL ALLISON, División de la GENERAL MOTORS CORPORATION.

Como aparece claramente explicado en el peritazgo (v. f. 73 y s. C. 2) la planta suministrada por DISNAELECTRICOS es fundamentalmente la suma de dos piezas o equipos principales así: un motor tipo Diesel y un generador eléctrico, ecoplados directa y mecánicamente".

El motor de la planta suministrada era un motor fabricado pro DETROIT DIESEL ALLISON, y por consiguiente una manera de determinar la

capacidad de la planta es mediante los documentos técnicos editados por el fabricante.

Sobre esta manera de determinar la capacidad dice el peritazgo:

3.3. **Documentos técnicos.** Es común y generalmente aceptado que los catálogos editados por los fabricantes, ensambladores o vendedores, según el caso, constituyen fuente de información confiable acerca de las características de los equipos por ellos suministrados.....Veamos entonces cómo se divulga esta información:

a) Mediante documentos producidos por el fabricante. Debe recordarse nuevamente que hay máquinas que corresponden a una línea de producción en serie mientras que las hay también fabricadas sobre un pedido especial. El caso que nos ocupa es el de una máquina de una línea de producción en serie como quiera que el motor Diesel de que se habla en el expediente corresponde a una línea conocida de producción de la fábrica General Motors corporation, sin que pueda entonces clasificarse como una máquina especial. Los fabricantes de este tipo de equipos acostumbran a emitir catálogos informativos sobre la naturaleza y calidad de sus productos, catálogos que son divulgados con el doble propósito de hacer conocer su producto y de explicar en detalle sus características. Es por ello que resulta corriente acudir a este tipo de documentos cuando se busca algunas características de la planta, que puedan ser necesarias por alguna razón, sin que resulte indispensable estudiar la máquina misma (fl. 81 y s. C. 2).

Ahora bien, según el catálogo del fabricante los motores suministrados tenían una capacidad para generar la potencia ofrecida, y aún superior.

El catálogo del fabricante y en el cual se deben examinar las características del motor 16V-92T que fue el suministrado, es el No. 5SA-43-8/77 visible a f. 5 y ss. del folder de la División de Asesoría y Control de Explotación. Véanse también los folios 185 y siguientes del mismo folder.

2. El catálogo de la INTERNATIONAL DIESEL ELECTRIC COMPANY, INC. cuya traducción se encuentra en el C. 2.

La I.D.E. es la empresa ensambladora, y precisamente otra manera de determinar la capacidad de la planta es mediante documentos técnicos producidos por el ensamblador. Sobre el particular dice el peritazgo:

b) Mediante documentos producidos por el ensamblador. Debe recordarse lo dicho anteriormente, en el sentido de que la máquina cuya capacidad se controvierte es realmente la unión o suma de un motor Diesel y un generador eléctrico. Esto explica y justifica la existencia de empresas

ensambladoras que compran el motor Diesel a un fabricante y el generador eléctrico a otro, o compran una de las unidades a un fabricante y ellos fabrican la otra, conformando mediante el acople de los dos equipos un grupo electrógeno. Esta es la razón por la cual el ensamblador produce y divulga la información técnica sobre sus grupos electrógenos, mediante catálogos que muestran las características de las partes del conjunto y del conjunto completo una vez ensamblado. Resulta lógico esperar que la literatura técnica divulgada por el ensamblador deba incluir la información emitida por los fabricantes de las partes, motor y generador, y que coincida con ella, pues son éstas las bases del grupo completo". (f. 82 y s., C. 2)

Pues bien, mediante el catálogo del ensamblador, es decir de la I.D.E., se comprueba que la capacidad de las plantas suministradas por DISNAELECTRICOS cumplía las exigencias contractuales.

3. Las pruebas hechas por el ensamblador también demostraban que la capacidad de las plantas de generación continua superaba los 600 kw.

Los protocolos de pruebas efectuadas por los ensambladores a cada una de las tres plantas fueron adjuntados por la parte demandante a su comunicación 79-D-1011, del 12 de julio de 1979, dirigida al ICEL.

4. Según el peritazgo "lo contrario, que no coincidan estas informaciones (las emitidas por los fabricantes de las partes), implicaría que el ensamblador ha introducido modificaciones a los equipos por él adquiridos de los distintos fabricantes, tarea que es teóricamente posible, para mejorar las condiciones del conjunto final" (f. 83. C. 2).

Frente al catálogo del fabricante del motor a que se ha hecho alusión (v. 1) no es este el caso en que nos encontramos.

Pero, todavía mas concluyente, el ensamblador, la I.D.E., afirma que la capacidad de generación de las plantas es la ofrecida por DISNAELECTRICOS.

Así en comunicación dirigida a esta visible a fl. 100 del C. 2, dice:

Cada distribuidor de General Motor que fabrica generadores da a éstos su potencia continua., International Diesel Electric Co. como fabricante de generadores durante cuarenta años, da a sus generadores una potencia continua de 600 kw.

Y en un télex visible a f. 80 del C. 2 dice:

"Clasificamos nuestros propios juegos más bien que los proveedores. Nosotros construimos el juego generador, no el proveedor de motores. . . .

. . Nosotros probamos nuestros juegos. . . . . .Los motores que usamos en nuestros juegos están descritos en su totalidad en nuestros boletines".

Este texto también puede verse en el f. 87 del folder ya mencionado.

5. Igualmente el concepto de la firma consultora Salgado Meléndez y Asociados, contenido en el memorando No. 03749 de abril 22 de 1980 del ingeniero Víctor Hugo Borrero para el Comité Asesor, y visible a fl. 28 del folder División de Licitaciones y Contratos No. 2, anexo 1 del expediente, afirma que las plantas podían generar continuamente 600 kw.

Frente a los anteriores hechos es ineludible concluir que las plantas suministradas por DISNAELECTRICOS (Nelson Roa Roa) a ICEL cumplían con la capacidad de generación continua prevista en el contrato No. 3863 por ellos celebrado.

II. LOS FALTANTES

Sobre los faltantes nada mejor que considerar el peritazgo, el cual estudia cada uno de los elementos que el ICEL dice que han debido ser entregados y que no lo han sido.

a) Breaker con protección termomágnetica,. . . . . .

". . . . . La propuesta del señor Nelson Roa Roa, en su página cuatro, dice claramente que el precio por él indicado incluye lo que el llama equipo standard. Y es igualmente cierto que como parte de la propuesta existe un catalogo de I.D.E. en el cual se indica claramente que el interruptor de línea formaba parte del equipo opcional, o sea, no formaba parte del equipo standard ofrecido por I.D.E. en su catalogo y por consiguiente ofrecido también por el señor Nelson Roa Roa al ICEL. Lo anterior nos lleva entonces a concluir que el ICEL no cayó en cuenta de que el interruptor de línea no estaba siendo ofrecido por el señor Nelson Roa Roa.

". . . . . .

En consecuencia, los peritos consideran que el señor Nelson Roa Roa, no estaba obligado a suministrar el interruptor que reclama el ICEL (f. 89 y s. C. 2)

b) Brazo de sincronización que comprende:

1. Dos frecuencímetros. Para la comparación de señales.

2. Dos voltímetros. Para la comparación de señales.

3. Un sincronoscopio. Para la visualización confiable de la operación de sincronización.

"..... .

".....si nos ceñimos al rigor de lo escrito, y tomamos la palabra necesario tal como la define el diccionario de la Academia de la Lengua Española,.. .....debe concluirse que el señor Roa si cumplió con lo ofrecido.....

En ninguna parte de los pliegos de licitación, ni de la oferta, ni del contrato, se dice claramente que debían suministrarse dos frecuencímetros, dos voltímetros y un sincronoscopio ..... al no ser así descritos, concluyen los peritos, el proponente hizo uso de la opción que de allí se desprendía y elaboró una oferta por lo que el consideró que eran "elementos necesarios". (f. 91 y ss., C. 2).

c) Relé de potencia inversa.....".

"..... .

". . . . hubiera sido deseable tener este elemento de protección; pero es igualmente cierto que en ninguna parte fue solicitado" (fl. 94 C. 2).

d) Dispositivo de aceleración manual....."

".....sobre este punto han encontrado los peritos la necesidad de emitir criterios eminentemente subjetivos, en ausencia de bases objetivas, por lo cual resulta muy difícil conceder la razón a una de las partes. Y hablamos de criterios objetivos para destacar nuevamente la ausencia de los mismos, sobre este dispositivo en particular.....". (fl. 95 y s., C. 2).

e) Tacómetro.....

". . . . .llegamos nuevamente a la conclusión de que al no haber sido explícitamente solicitado no fue tampoco ofrecido. Por esta razón, concluimos que no era obligación del señor Nelson Roa Roa suministrar el tacómetro. (f. 96, C. 2)

f) Dispositivo de paro automático de emergencia. . . . ".

Este dispositivo no fue solicitado por el ICEL y por lo tanto los peritos concluyen que no era obligación del señor Nelson Roa Roa entregarlo" **(id).**

g) Faltan los catálogos, manuales de servicio y de partes del motor y de sus accesorios. Planos de cableados general y elementales de toda la parte eléctrica. Catálogos de cada uno de los instrumentos y/o elementos eléctri-

cos. . . . . ".

". . . . . .

En consecuencia, señores Magistrados, los peritos declaran que no encuentran suficientes elementos de juicio para declarar que el señor Nelson Roa Roa incumplió con la entrega de los suministros a que hace referencia el párrafo 2 y siguientes de la carta número 04345 del 12 de junio de 1979, dirigida por el ICEL a Nelson Roa Roa (f. 97, C. 2).

Basta H. Consejero, la lectura del peritazgo en esta parte para llegar a la conclusión de que el señor Roa entregó todo lo que tenía que entregar, y cumplió a cabalidad con sus obligaciones. Lo que pasa es que la ligereza con que se redactan los pliegos de las licitaciones es un semillero de discusiones como la que ha originado este proceso. Así, con toda razón, lo anotan los peritos en su conclusión: **"Valga la oportunidad, señores Magistrados, para que se nos permita expresar nuestra extrañeza por la pobre calidad de los pliegos de licitación, documento que en la mayoría de los casos, repetimos, se limitaba a preguntar qué le ofrecían al ICEL los licitantes, en vez de especificar con claridad lo que éste deseaba comprar. Mediante unos pliegos de licitación de mejor claridad, cuya redacción es labor diaria de otras personas se hubieran podido evitar todos los problemas a que nos hemos referido"** (f. 97 y S., C. 2).

Si el señor Nelson Roa Roa -DISNAELECTRICOS- ha cumplido sus obligaciones, como se desprende de las anteriores consideraciones, desaparece la base de los actos acusados, y por consiguiente debe accederse a las súplicas de la demanda como muy respetuosamente lo solicito. (fls. 70 a 80 Cdno. No. 1).

III. VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, DRA. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo

OBSERVA:

"Estudiado el expediente esta Agencia del Ministerio Público procede a emitir el concepto solicitado.

Mediante Resolución No. 0988 de 1980 aclarada en cuanto al número para denominarla No. 0988A, el ICEL considerando que las máquinas suministradas por el Contratista carecían de la potencia estipulada en el contrato y que el Contratista no había entregado todos los elementos necesarios para

el correcto funcionamiento de los equipos objeto del contrato, le impuso al vendedor unas multas.

La Resolución anterior fue modificada por Resolución No. 1535 de octubre 30/81 al resolver un recurso interpuesto por el interesado. Sin estar mayormente convencido el ICEL convino en revocar la multa impuesta por falta de capacidad generadora de las plantas. Mantuvo su decisión respecto a imponer una multa por la no entrega de algunos elementos, aunque disminuyó su monto admitiendo la existencia de un error aritmético. También revocó el art. 3o. de la Resolución 0988A que había hecho efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Tenemos pues que en definitiva tan solo quedó vigente la multa por concepto de elementos faltantes por valor de $US20.569.80.

Lo anterior resulta extraño, pues es un hecho incuestionable que la potencia de las plantas no tienen la capacidad requerida, exigida y señalada en el contrato. Así quedó establecido por los diferentes medios probatorios. Los declarantes conocedores de las plantas eléctricas, unos por ser técnicos encargados de su mantenimiento y otros por ser operarios, coinciden en afirmar que las máquinas en mención no alcanzar a generar los 600 kw exigidos por la entidad contratante (ver declaraciones en el C-3 fl. 13 y siguientes).

A este punto se refiere el dictamen pericial visible a folio 73 y siguientes del C-2 cuando dice:

b) La propuesta del contratista, que en su formato de precios (folio No. 4 de la oferta) ofrece plantas de 600 kilovatios, de marca Detroit Diesel con generador I.D.E., propuesta que, además en su folio 57 mostraba una hoja de especificaciones emitidas por I.D.E. en la que se indica que un motor 650-1692T tiene una potencia continua de 600 kilowatios.

c) El contrato entre el ICEL y el contratista, según el cual se convino que la planta contratada debería tener una capacidad continua de 600 kilowatios.

d) Correspondencia cruzada entre las partes y entre estas y terceras personas.

e) Testimonio de empleados del ICEL sobre la potencia desarrollada in situ por las máquinas, testimonios que indican que las plantas no alcanzaron a desarrollar los 600 kilowatios.

f) Catálogos de la General Motors, que incluyen información en forma de gráficos, según la cual la capacidad continua desarrollable por un motor del tipo que I.D.E. acopló a su generador y que fue el vendido al ICEL es de 545

kilowatios.

g) Correcciones a las medidas de potencia de un motor Diesel según su altura de instalación sobre el nivel del mar.

5.0 **Premisas y conclusiones.**

Las principales premisas en que apoyamos nuestra conclusión final son las siguientes:

a) El ICEL contrató con Disnaeléctricos -Nelson Roa Roa una máquina de capacidad continua de 600 kilowatios, compuesta por un motor Diesel marca General Motors Corporation, modelo 650-1692T, según el contrato.

b) Los catálogos del fabricante General Motors Corporation indican que este motor no puede producir una potencia continua mayor de 545 kilowatios.

c) El suministrador-exportador I.D.E. afirma en uno de sus catálogos que la potencia continua de su equipo es de 600 kilowatios.

d) El suministrador-exportador no explica cómo logró mejorar la potencia del motor General Motors que formaba parte del conjunto completo suministrado al ICEL.

e) No hay en el expediente registro alguno de las pruebas a que haya podido ser sometida la planta en las instalaciones de I.D.E.

f) Las pruebas in situ, según testimonio de empleados del ICEL, pruebas que no fueron presenciadas por disnaeléctricas, indican que la máquina no produjo la potencia contratada.

g) No tendrían valor alguno cualesquiera pruebas in situ que los peritos pudieran llevar a cabo ahora por considerar que el estado actual de las máquinas no permitiría aportar nuevas luces al caso.

Lo anterior lleva a los peritos a concluir que, de acuerdo con el expediente las máquinas motivo de este pleito no podían generar una potencia continua de 600 kilowatios.

Tenemos pues que el Vendedor sí incumplió el contrato y lo hizo con relación a la obligación principal, pues entregó unas plantas eléctricas distintas, que no podían generar los 600 kw, requeridos en el contrato.

Aunque la multa que por tal concepto se le impuso al Actor, fue revocada, el incumplimiento contractual quedó demostrado, e indica un proceder incorrecto por parte del Actor que no se compadece con el principio de la

buena fe que debe imperar entre los contratantes.

En relación con los diferentes elementos faltantes que el vendedor no ha entregado, se observa lo siguiente:

En primer lugar, no se puede desconocer la imprecisión en la forma como fue redactado el pliego de licitación, en el cual no se hizo una relación clara y completa de los diferentes elementos o partes que se querían adquirir. Lo anterior ha podido obeceder a simple descuido o a la creencia de que por obvio no era necesario hacer la enumeración pormenorizada de todos los diferentes implementos que por necesarios debían estar incluidos en la propuesta.

Este despacho encuentra, por ejemplo, que cuando el pliego de licitación se refirió al gabinete de control, se hizo mención de los diferentes elementos que debía contener, indicando de manera expresa el brazo de sincronización, el que debía traer frecuencímetro, horómetro y sistema de protección con sus características y tipo de tablero.

La oferta que presentó el Actor al referirse al mismo gabinete de control, incluyó el brazo de sincronización indicando lo que comprendía y mencionando el interruptor entre otros.

Pues bien los peritos afirman, que el mencionado interruptor resultaba **indispensable** para la correcta protección del generador, luego el interruptor era un elemento necesario e indispensable para que funcionara la máquina; acudir que fue o que no fue especificado en el pliego, en la oferta o en el contrato mismo, no es más que una excusa o una argucia para no cumplir con una obligación contractual. Al respecto es pertinente recordar, los principios que rigen la contratación como los consagrados en el artículo 1603 del C. C. que dice: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella".

Los diferentes testimonios de técnicos que aparecen en el cuaderno No. 3 folios 13 y siguientes y folio 20 y siguientes, señalan que los elementos que faltaban eran necesarios para el funcionamiento de las plantas. Coinciden en afirmar que el equipo fue entregado de manera incompleta, que le hicieron falta una serie de elementos sin los cuales no podía funcionar.

El Contratista pues no puede excusarse en la falta de claridad del convenio, pues resulta ser cierto que los elementos que reclama la Administración eran necesarios para el correcto funcionamiento de los equipos adquiridos, es decir eran de la naturaleza misma de la obligación contraida.

Esta Fiscalía considera que el Actor incumplió el contrato y en consecuencia no hay lugar a acceder a sus pretensiones. Por lo expuesto se permite solicitar a la Sala se nieguen las peticiones del Actor". (folios 82 a 87 Cdno. No. 1).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) Antes de entrar a desatar el fondo de la litis, la Sala se ocupará de resolver la objeción que por error grave se formuló al dictamen pericial, por el apoderado de la parte actora. Ella se centró en la circunstancia de que los auxiliares de la justicia llegaron a la conclusión de que ".....las máquinas motivo de este pleito no podía generar una potencia continua de 600 kilowatios.....", afirmación que él no comparte, pues ".....va contra la realidad, pues dicha potencia si era de 600 kilowatios o más.....". Para defender su perspectiva jurídica el objetante discurre dentro del siguiente universo:

> Los señores peritos reconocieron que el ensamblador puede mejorar las condiciones del conjunto final. El ensamblador en este caso, la I.D.E., le asignó a su Conjunto una potencia continua de 600 kw. Esta fijación se comprobó además mediante los protocolos de fábrica, protocolos que en este caso, tienen un importante valor contractual.
>
> No obstante lo anterior, los peritos no tuvieron en cuenta estos protocolos, y terminaron aceptando que esta realidad (y el valor de estos documentos) podía ser desconocida mediante unos simples testimonios, rendidos dentro del proceso, que se referían a una presunta prueba de potencia realizada por funcionarios del ICEL, sin levantar acta de la misma, sin citar al contratista, sin convenir con él la fecha, sin ceñirse a los requisitos normalmente exigidos en estos casos; en una palabra, a una presunta prueba de potencia, sin posibilidad de contradicción (Cdno. No. 2, fol. 106 y ss. ss).

Para demostrar el error grave el procurador judicial de la parte demandante se limitó a pedir que se decretaran como pruebas, las siguientes:

> 1).....los documentos que obran en el expediente.....";
>
> 2).....el siguiente documento que se adjunta:
>
> a) Carta de Oct. 17, 1979 dirigida a Disnaeléctricos por International Diesel Electric Co. INC junto con su anexo, Carta de August 15, 1979 de Detroit Diesel Allison.....
>
> 3) Que se oficie al ICEL para que se sirva enviar con destino a este proceso los "protocolos de pruebas efectuadas por los ensambladores a cada una de las tres plantas", que fueron adjuntados por el Señor Nelson Roa a la comunicación 79-D-1011 de julio 12 de 1979, enviada por él a la División de

Asesoría y Control de Explotación del ICEL. . . . . .
. . . . . .

4) Que así mismo se ordene remitir al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que sean traducidos al español:

a) El documento "Electric Generating Sets-200 to 650 KW Range Series GM, que obra a folios 191 y ss. del folder "División de Asesoría y control", anexo 1 del expediente.

b) El Télex de la I.D.E. que obra a folio 80 y 82 del folder "División de Asesoría y Control", anexo 1 del expediente".

Para la Sala la objeción por error grave no está llamada a prosperar, pues la simple circunstancia de que los auxiliares de la justicia, para llegar a la conclusión de que: ". . . . .las máquinas motivo de este pleito no podían generar una potencia continua de 600 kilowatios. . . . . ", hubiesen consultados las resoluciones del ICEL, los documentos del expediente, los pliegos de licitación, la propuesta del contratista, el contrato celebrado entre el ICEL y el contratista, la correspondencia cruzada entre las partes y entre éstas y terceras personas, los testimonios de empleados del ICEL sobre la potencia desarrollada in situ por las máquinas, los catálogos de la General Motors, que incluyen información en forma de gráficos, etc. etc., no da margen para concluir que hubo error grave. Este acervo probatorio sólo viene a servir para que el juez, al apreciar la prueba, examine, dentro del marco de libertad jurídica que tiene, si las conclusiones del dictamen son CLARAS, FIRMES y CONSECUENCIA LOGICA DE SUS FUNDAMENTOS. Por ello ha sostenido ésta Corporación que la figura jurídica que se estudia sólo se deja manejar, y tiene vocación de éxito, cuando se encuadra dentro de la filosofía que sobre el particular exponen los tratadistas de pruebas judiciales. Así el Dr. Antonio Rocha, sobre el particular señala:

> ¿Que se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción del error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consiste ese acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que éste realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción modernos de los pragmatistas y de los

sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase "Precis de Philosophie", por Paul Foulquié, profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis)..... pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?. . . . .Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estará, en últimas sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial.....Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terrero para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.

Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. (Subrayas de la Sala) (U. Nacional de Colombia 3a. Edición 1951, pags. 230 y ss).

Agrégase a todo lo anterior que el dictamen, en la materia que fue objeto de objeción por error grave, no tiene interés para la definición del presente conflicto de intereses, pues el ICEL, en uno de los considerandos de la Resolución No. 1535 de 30 de octubre de 1981, en virtud de la cual repuso en parte la Resolución No. 988-A, dejó sin efecto la multa que por US$47.060.89 había impuesto a la firma DISNAELECTRICOS por no reunir las PLANTAS ELECTRODIESEL Modelo 650-1692-T las condiciones técnicas de la licitación y del contrato. En la parte pertinente del referido acto administrativo se discurren dentro del siguiente temperamento:

". . . . Lo cierto es que la capacidad real de tales plantas sólo es susceptible de medirse efectiva y realmente a través de las pruebas técnicas de esos equipos, **EVENTO QUE NO SE PUDO EFECTUAR DEBIDO A QUE LA INSTALACION Y EL MONTAJE DE LOS MISMOS NO FORMA-**

BAN PARTE DEL OBJETO DEL CONTRATO No. 3863, todo lo cual ha llevado al Instituto, después de un atento examen de la situación registrada y no obstante la preocupación que actualmente lo sigue embargando respecto de la verdadera capacidad generadora de las plantas compradas a DISNAELECTRICOS, a admitir que no cuenta con una evidencia absoluta de que ello sea así y por tal razón estima procedente **REVOCAR LA MULTA** con la cual se había sancionado el incumplimiento de parte de DISNAELECTRICOS en las especificaciones técnicas licitadas" (Cdno No. 1, fol. 46) (Subrayas de la Sala).

Por las razones que se dejan expuestas, la objeción por error grave se declarará no probada.

B) No obstante que en la demanda se solicita que se declare la nulidad, en todo su universo, de las Resoluciones No. 0988 o 0988-A del 2 de julio de 1980 y 1535 del 30 de octubre de 1981, originarias de la Gerencia del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-, la Sala definirá el presente conflicto de intereses teniendo en cuenta que por medio de éste último acto administrativo se revocaron los artículos 1o. y 3o. de la Resolución No. 0988-A de 2 de julio de 1980, en virtud de los cuales se había impuesto una multa de US$47.060.89 a la firma demandante y se había ordenado hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria por el Diez por ciento (10%) del valor del contrato, pues habiendo prosperado el recurso de reposición, en esos dos frentes, el demandante carece de interés real para insistir en la revocatoria de lo que ya fue revocado en la vía gubernativa. Así las cosas, corresponde decidir si debe o nó mantenerse la multa, que por la suma de VEINTE MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE DOLARES CON OCHENTA CENTAVOS (US$20.569.80), se impuso a la firma demandante ". . . . . por el incumplimiento registrado en el plazo de entrega de la totalidad de los elementos objeto del contrato. . . . . ", como se lee en el artículo segundo de la Resolución No. 1535 de 1981.

En los considerandos de la Resolución No. 0988-A de 2 de julio de 1980 se afirma que se registró el incumplimiento del contratista en la entrega de los siguientes elementos, en cada una de las tres plantas trifásicas diesel de 600 KW.

Breaker con protección termomagnética

Brazo o equipo de sincronización compuesto de los siguientes elementos:

2 Frecuencímetros

2 Voltímetros

1 Sincronoscopio

Dispositivos para control manual de velocidad con su respectivo instru-

mento de medida.

Sistema de seguridad para parada de emergencia, con mando automático y manual.

Regulador y relé de carga de batería".

Se agrega luego, en la misma resolución que tales accesorios los debía entregar el Contratista al ICEL, por ser ". . . . . .elementos necesarios para el correcto funcionamiento de los equipos adjudicados, tal como consta en la oferta de Disnaeléctricos aceptada por el ICEL".

C) Para demostrar los ataques hechos al acto administrativo se decretaron y practicaron las pruebas pedidas por los apoderados de ambas partes, las cuales, apreciadas en su conjunto, le permiten al sentenciador llegar a la conclusión de que no hubo incumplimiento de la firma demandante en el rubro detallado en el literal anterior. Para defender esta verdad jurídica la Sala valora el dictamen pericial rendido por los doctores GONZALO GARCIA POSADA Y ENRIQUE ZULETA HOLGUIN, pues encuentra que ese trabajo reune todos los requisitos exigidos por la ley para su existencia, validez y eficacia. El forma parte del proceso, fue consecuencia de un encargo judicial, es personal, versa sobre hechos, se ordenó en forma legal, los peritos son personas idóneas para desempeñar el encargo, tomaron posesión, su trabajo es un acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción y es un medio conducente respecto a los hechos que deben se probados. Por lo demás, sus conclusiones son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos. Agrégase a todo lo anterior, que no obstante ser desfavorable al ICEL, éste no lo objetó ni pidió aclaración alguna sobre el alcance del mismo. En pocas ocasiones encuentra el sentenciador el auxilio de una prueba que, como ésta, deja en el sentenciador la plana convicción de que las cosas son como ellos las exponen. Esta realidad probatoria amerita que, para la mejor comprensión de todas las circunstancias particulares del caso, se transcriba lo pertinente del mismo. Al entrar a estudiar el rubro **"ELEMENTOS RECLAMADOS POR EL ICEL"** los auxiliares de la justicia analizan rubro por rubro todos los aspectos que dieron lugar a la imposición de la multa, para llegar a las siguientes conclusiones convicentes y claras.

"2o. **Elementos reclamados por el ICEL.-**
Entiéndase que la palabra Breaker se traduce como interruptor y así será usada a lo largo de este concepto. De otra parte, un grupo electrógeno debe ser protegido por dos interruptores, el interruptor de línea y el interruptor de campo. El ICEL reclama ambos y el señor Roa sostiene que solamente ofreció el segundo.

a) Breaker con protección termomagnética, el cual es indispensable para la protección del generador y como elemento necesario para la operación de sincronización.

En primer lugar, es cierto que el interruptor de línea con protección termomagnética resulta indispensable para la correcta protección del generador y como elemento necesario para la operación de sincronización. Pero, de otra parte, es frecuente que el interruptor de línea forme parte del equipo a cargo del vendedor. En otras palabras: hay licitaciones similares a ésta en las cuales el interruptor de línea debe formar parte del equipo a cargo del vendedor mientras que en otras es el comprador quien se reserva el derecho de suministrarlo e instalarlo. La propuesta del señor Nelson Roa Roa, en su página cuatro, dice claramente que el precio por él indicado incluye lo que el llama equipo standard. Y es igualmente cierto que como parte de la propuesta existe un catálogo de I.D.E. en el cual se indica claramente que el interruptor de línea formaba parte del equipo opcional, o sea, no formaba parte del equipo standard ofrecido por I.D.E. en su catálogo y por consiguiente ofrecido también por el señor Nelson Roa Roa, al ICEL. Lo anterior nos lleva entonces a concluir que el ICEL no cayó en cuenta de que el interruptor de línea no estaba siendo ofrecido por el señor Nelson Roa Roa.

Resulta para los peritos evidente que el ICEL entendió, al leer el folio 15 de la oferta del señor Roa, que el interruptor allí mencionado era el que ellos esperaban recibir para la protección de línea, cuando en realidad era solamente el de protección de campo, que es igualmente parte inherente a la protección del generador. En el terreno ya puramente subjetivo, debemos concluir que faltó claridad en los pliegos de licitación y en la propuesta. La palabra standard no resultó suficiente para el analista de la oferta y fue así como este no entendió que el interruptor de línea estaba excluido y los pliegos de licitación no especificaron satisfactoriamente que el interruptor de línea debería ser cotizado.

En consecuencia, los peritos consideran que el señor Nelson Roa Roa no estaba obligado a suministrar el interruptor que reclama el ICEL.

b) Brazo de sincronización que comprende:

1. Dos frecuencímetros. Para la comparación de señales.

2. Dos voltímetros. Para la comparación de señales.

3. Un sincronoscopio. Para la visualización confiable de la operación de sincronización.

Aún a riesgo de repetir innecesariamente lo ya dicho, los peritos desean expresar con toda claridad que se ha confundido el ICEL al tratar de juntar en un solo reclamo lo realmente ofrecido por el señor Roa y lo que hubiera sido deseable que ofreciera el señor Roa. Esto se debe a que el ICEL en sus pliegos de licitación no fue claro en establecer qué deseaba comprar, sino

que se limitó d preguntarle a los vendedores qué le podían ofrecer; y posteriormente, al recibir lo recibido, comprendió el ICEL que no se estaban cumpliendo las prácticas modernas de la ingeniería sino que se estaba apelando a sistemas antiguos que, aunque no contradecían ni la oferta ni el contrato, sí estaban en evidente oposición a lo que la ingeniería contemporánea hubiera exigido.

Acotada la anterior precisión, deseamos ahora referirnos a estos faltantes reclamados por el ICEL.

Un brazo de sincronización es un pequeño gabinete metálico, construido en lámina, que alberga un conjunto de instrumentos tales como los frecuencímetros, voltímetros y sincronoscopio a que se refiere el ICEL. El señor Roa no ofreció un brazo de sincronización propiamente dicho, pues se apartó de la expresión brazo como sinónimo de elemento móvil, y se limitó a ofrecer las componentes de dicho elemento móvil, para ser instaladas en un tablero estático. Y aquí vale la pena referirse a una expresión muy importante de la oferta del Señor Roa, quien, al referirse al equipo de sincronización (nota número 2 del folio número 16 de la oferta) dice: que suministrará "lámpara, interruptor de paralelaje, equipo de compensación de corriente y demás elementos necesarios".

Si vamos a consultar el sentido general de la expresión "elementos necesarios", debemos distinguir entre sí éstos son necesarios para cumplir con las mejores prácticas de la ingeniería o si, son necesarios solamente para cumplir con el oficio que está previsto para ellos. Si fuera lo primero, deberíamos concluir que el señor Roa no suministró los elementos completos. Por el contrario, si nos ceñimos al rigor de lo escrito, y tomamos la palabra necesario tal como la define el diccionario de la Academia de la Lengua Española, vigésima edición, página 948, acepción número 3, que dice que necesario es "que es menester, indispensable, o hace falta para un fin. En este sentido se contrapone a superfluo", debe concluirse que el señor Roa sí cumplió con lo ofrecido, habida cuenta de que con la lámpara y demás elementos por él suministrados se podía llevar a cabo, correcta aunque incómodamente, la operación que se desprende de la puesta en marcha de este tipo de máquinas.

En ninguna parte de los pliegos de licitación, ni de la oferta, ni del contrato, se dice claramente que debían suministrarse dos frecuencímetros, dos voltímetros y un sincronoscopio. Estos elementos, estamos de acuerdo, hubieran debido ser solicitados taxativamente en los pliegos de licitación para cumplir con las prácticas modernas de la ingeniería; pero al no ser así descritos, concluyen los peritos, el proponente hizo uso de la opción que de allí se desprendía y elaboró una oferta por lo que él consideró que eran "elementos necesarios".

En este estado de cosas, y antes de analizar el punto siguiente, los peritos desean poner de presente que no entienden la expresión "equipo de compensación corriente" que aparece en la nota número 2 del folio número 16 de la oferta. Este equipo no tiene nada que ver con el brazo de sincronización reclamado por el ICEL, razón por la cual no se entiende por qué fue ofrecido. Como no se entiende tampoco por qué razón, sobre este mismo equipo de compensación de corriente, el ICEL no solicitó aclaración alguna.

c) Relé de potencia inversa. Elemento necesario para el buen funcionamiento de la operación en paralelo.

Al igual que en el caso del interruptor, en primer lugar, los peritos desean poner de presente que la palabra Relé, tomada del francés, se traduce habitualmente al idioma español como relevo.

Resulta en este caso, al igual que en otros dentro de este mismo peritazgo, que hubiera sido deseable tener este elemento de protección; pero es igualmente cierto que en ninguna parte fue solicitado. Deben los peritos, en consecuencia, suponer que el proponente, al igual que en el caso anterior, hizo uso de la opción que le daba la discutible calidad de los pliegos de licitación para ofrecer el mínimo necesario. Además, es frecuente que este relevo forme parte de la instalación a cargo del comprador, lo que contribuyó sin duda alguna a la confusión existente.

d) Dispositivo de aceleración manual. Indispensable para el control de la velocidad en la operación de sincronización.

Habida cuenta de que la velocidad de una máquina como la que nos ocupa, se controla mediante el ingreso de mayo o menor cantidad de combustible al motor, podría suponerse que debería existir un dispositivo manual de aceleración en el motor, para controlar la velocidad del mismo en caso de que la máquina fuera a trabajar en paralelo con otras unidades similares, condición implícita en los pliegos de licitación. (ver párrafo b). Por esto resulta razonable esperar que dicho dispositivo de variación de velocidad hubiera sido cotizado. Sin embargo, sobre este punto han encontrado los peritos la necesidad de emitir criterios eminentemente subjetivos, en ausencia de bases objetivas, por lo cual resulta muy difícil conceder la razón a una de las partes. Y hablamos de criterios objetivos para destacar nuevamente la ausencia de los mismos, sobre este dispositivo en particular, en los pliegos de licitación emitidos por el ICEL y en la oferta del señor Nelson Roa Roa.

e) Tacómetro. Para visualización del anterior control.

Este elemento hubiera sido altamente deseable y en otras licitaciones

debería ser taxativamente exigido por el ICEL, pero llegamos nuevamente a la conclusión de que al no haber sido explícitamente solicitado no fue tampoco ofrecido. Por esta razón, concluimos que no era obligación del señor Nelson Roa Roa suministrar el tacómetro.

f) Dispositivo de paro automático de emergencia. Para que tengan sentido de función los diferentes dispositivos de seguridad del motor.

Este dispositivo no fue solicitado por el ICEL y por lo tanto los peritos concluyen que no era obligación del señor Nelson Roa Roa entregarlos.

g) Faltan los catálogos, manuales de servicio y de partes del motor y de sus accesorios. Planos de cableado general y elementales de toda la parte eléctrica. Catálogos de cada uno de los instrumentos y/o elementos eléctricos. Según la cláusula novena, debían haberlos entregado a más tardar el 21-12-78. (Plazo de 30 días después de perfeccionado el contrato).

Sobre este tema, los peritos declaran su incapacidad para aseverar o negar que estos elementos fueron entregados al ICEL. Lo que sí resulta evidente para los peritos, es que los pliegos de licitación eran, nuevamente, muy confusos en la solicitud de estos elementos.

En consecuencia, señores Magistrados, los peritos declaran que no encuentran suficientes elementos de juicio para declarar que el señor Nelson Roa Roa, incumplió con la entrega de los suministros a que hace referencia el párrafo 2 y siguientes de la carta número 04345 del 12 de junio de 1979, dirigida por el ICEL a Nelson Roa Roa.

Valga la oportunidad, señores Magistrados, para que se nos permita expresar nuestra extrañeza por la pobre calidad de los pliegos de licitación, documento que en la mayoría de los casos, repetimos, se limitaba a preguntar qué le ofrecían al ICEL los solicitantes, en vez de especificar con claridad lo que éste deseaba comprar. Mediante unos pliegos de licitación de mejor calidad, cuya redacción es labor de otras personas se hubieran podido evitar todos los problemas a que nos hemos referido" (folios 88 a 98 Cdno. No. 2).

D) Ni la prueba testimonial, ni la documental que obra dentro del informativo tienen el mérito de desvirtuar las conclusiones claras de los peritos. Parece incuestionable que el ICEL al hacer la adjudicación del contrato, no tuvo en cuenta que la firma demandante cotizaba un EQUIPO STANDARD en el cual no se incluían "CONTROLES Y APARATOS FACULTATIVOS". (OPTIONAL CONTROLS AND EQUIPMENT), lo que explica que el interruptor de línea no formara parte de la oferta. Por haberse limitado el citado establecimiento público a preguntarle a los vendedores "QUE LE PODIAN OFRECER", en lugar de establecer "QUE DESEABA COMPRAR", se presentaron todos los desfases en

el manejo de la relación contractual que dieron lugar al presente proceso. Pero es más, resulta inaceptable, a la luz de la lógica de lo razonable, que el ICEL manejara toda la problemática surgida en este diferendo en forma irregular, tardía, desganada y vacilante. Las anteriores afirmaciones no son gratuitas. En el memorando que el 1o. de agosto de 1978 envió la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica a la División de Asesoría y Control de Explotación se afirma que el establecimiento de comercio denominado Disnaeléctricos ".....no aparece clasificado para vender motores diesel.....", pero no obstante esa realidad, se le adjudicó la licitación a la entidad demandante. (Anexo 1, fol. 123). En el Memorando de DACEPSE, dirigido a la Subgerencia de Filiales el día 29 de mayo de 1979, se informa que el día quince de mayo se efectuó una revisión a las tres unidades General Motors IDE de 600 Kw, encontrando todos los faltantes que allí se enlistan. No obstante esta situación, las multas y la cláusula penal solo se imponen cuando ya han transcurrido casi catorce meses después de verificado el incumplimiento contractual. De la lectura de los considerandos de la resolución No. 1535 de octubre 30 de 1981 queda la impresión de que un establecimiento tan importante como ICEL no está en capacidad de verificar la capacidad real de las plantas que compra porque ".....la instalación y el montaje. ....." de las mismas ".....no formaban parte del objeto del contrato No. 3863. ....." Se agrega luego que la entidad demandada "NO CUENTA CON UNA EVIDENCIA ABSOLUTA....." de que la capacidad generadora de las mismas no sea la pactada, y, por lo mismo, decide REVOCAR LA MULTA con la cual se había sancionado el incumplimiento. Ante un acervo probatorio, que en nada favorece la posición del centro de imputación jurídica demandado, esas vacilaciones también influyen en el ánimo del sentenciador. Si se vaciló en lo que aparentemente era más claro, por qué razón no aceptar la verdad técnica de los peritos, que con claridad meridiana afirman que los PLIEGOS DE LICITACION ERAN POBRES? En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, debe aceptarse que las cláusulas pobres o confusas, que en tales piezas contractuales aparezcan, deben interpretarse en contra de la administración, que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo de técnicos necesarios para hacer las cosas bien. El contratista, al fin y al cabo, llega a la contratación administrativa dominado por los poderes exorbitantes de la administración y haciéndole la venia a la filosofía que informa los contratos de adhesión. Al valorar la conducta de las partes, en el manejo del contrato, se impone indagar también si dadas las calidades que ellas detentan, habida consideración de su profesión u oficio, el error o desfase resulta excusable, pues a la negligencia por se no se le puede hacer producir dividendos de ninguna naturaleza.

E) Ya se destacó en el literal anterior que la administración aplicó la multa por mora en la entrega de la totalidad de los elementos, pactada en la cláusula décima cuarta, literal a) del contrato, con notorio retraso. Como pauta jurisprudencial la Sala desea precisar que en casos como el presente, tales sanciones se deben impone dentro de un término razonable, pues no tiene ni es justo que el ejercicio de la potestad se prolongue indefinidamente en el tiempo

para tornar más onerosa la obligación del deudor. El retraso en hacerlo es conducta DESLEAL, y, por lo mismo atenta contra el principio de la buena fe que debe informar la relación negocial en todos sus momentos (etapa precontractual contractual y post contractual). Sobre la materia el profesor Jesús GONZALEZ PEREZ, en su obra EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Civitas, pags. 99 y ss. ss. enseña:

> El retraso desleal
>
> Constituye uno de los supuestos típicos de límite al ejercicio de los derechos en aplicación del principio de la buena fe: "Un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará".
>
> Aun cuando no se hubiese producido la prescripción o no hubiese transcurrido el plazo para el ejercicio legítimo del derecho, si el tiempo transcurrido fuese excesivo o se hubiese manifestado una conducta del titular que hubiese despertado la confianza del adversario en que ya no se ejercitaría, tal ejercicio sería inadmisible.

F) En la documentación que obra en la CARPETA ARCHIVADOR, sin foliar, aparece la certificación expedida el día 12 de agosto de 1980 por el Jefe de la Sección de Contabilidad del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, en la cual se indica que el valor del contrato monta US$235.304.46 y que se han efectuado pagos por la suma de US$223.539.23, es decir, que se registra un saldo pendiente de pago por la suma de ONCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO DOLARES CON VEINTITRES CENTAVOS (US$11.765.23). A su turno, en el mismo folder aparece el memorando No. 5960 de 20 de junio de 1980, dirigido por el Jefe de la Sección Control de Créditos a la División de Asesoría y Control de Explotación, en el cual se lee que el citado saldo se debe **"DESDE HACE UN AÑO"** (Subrayas de la Sala).

Por todo lo anterior, se revocará el artículo segundo de la Resolución No. 0988-A de dos (2) de julio de mil novecientos ochenta (1980), y el artículo segundo (2) de la Resolución 1535 de 30 de octubre de mil novecientos ochenta y uno (1981), que imponen una multa por incumplimiento en el plazo de entrega de la totalidad de los elementos objeto del contrato, por las razones expuestas en los considerandos de este proveído.

Se declarará, igualmente, que el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL- incumplió el contrato No. 3863, celebrado con la firma DISNAELECTRICOS - Nelson Roa Roa, al no pagar en forma oportuna el saldo del precio, esto es, la suma de ONCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO

DOLARES CON VEINTITRES CENTAVOS (US$11.765.23), monto que adeuda desde el día veinte (20) de Junio de mil novecientos setenta y nueve (1979)), y que se ordenará reintegrar al demandante para que sea pagada, por el centro de imputación jurídica demandado, en dólares de los Estados Unidos de América.

Se condenará también al pago de un interés técnico del seis por ciento (6%) anual, por el período comprendido entre el veinte (20) de julio de 1979 y la fecha de ejecutoria de este fallo, que se cubrirá sobre el monto histórico adeudado en pesos, para lo cual se convertirá la suma de ONCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON VEINTITRES CENTAVOS (US$11.765.23) a pesos, al tipo de cambio Banco de la República, comprador, vigente el día 20 de Julio de mil novecientos setenta y nueve (1979). Al hacer la liquidación correspondiente, se tendrá el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

No se hará condena por perjuicio adicional alguno, porque no fueron demostrados dentro del 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:

1o.) REVOCASE el artículo (2o.) de la Resolución No. 0988A de dos (2) de julio de mil novecientos ochenta (1980) y el artículo (2o.) de la Resolución No. 1535 de treinta (30) de octubre de mil novecientos ochenta y uno (1981), proferidas por el Gerente del Instituto Colombiano de la Energía Eléctrica -ICEL-, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

2o.) Declárase que el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-, incumplió el contrato No. 3863, suscrito por el señor NELSON ROA ROA en su calidad de Gerente del Establecimiento Comercial Disnaeléctricos, por no pagar en el momento oportuno, el saldo del precio, esto es, la suma de ONCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO DOLARES CON VEINTITRES CENTAVOS (US$11.765.23), monto que se le ordenará restituir al establecimiento comercial Disnaeléctricos en la persona del señor NELSON ROA ROA o en la que hoy lo represente.

3o.) Se condena al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-, a pagar al establecimiento comercial Disnaeléctricos, en la persona del señor NELSON ROA ROA o en la que hoy lo represente, intereses técnicos del seis por ciento (6%) anual sobre la suma histórica que resulte de convertir los dólares debidos a pesos, en la forma indicada en los considerandos de éste proveído, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

4o.) Deniégase las demás pretensiones de la demanda.

5o.) Esta sentencia deberá cumplirse en los términos contemplados en el artículo 177 del C.C.A. La condena devengará intereses comerciales en los primeros seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese término. Para hacer la liquidación correspondiente, se convertirán los dólares a pesos al tipo de cambio Banco de la República-Comprador, vigente en el momento de quedar ejecutoriado el fallo.

Cópiese, Notifíquese, Publíquese, Comuníquese y Cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LICITACION PUBLICA - Deserción / **ADJUDICACION DEL CONTRATO**

Si el acto de adjudicación está en firme no es posible declarar desierta la licitación, porque con él termina la etapa de selección del contratista. Pero si el acto no estaba en firme porque debía someterse a la aprobación de la Junta (de la entidad que contrata) y ésta no se dio, es como si no hubiera culminado aún el proceso selectivo y por tanto, podía hacer la declaración de deserción. En otras palabras, como el acto de adjudicación estaba sometido a condición y ésta no se cumplió, es como si la adjudicación no se hubiera hecho.

ADJUDICACION DEL CONTRATO - Inconveniencia

La inconveniencia de una negociación no es factor que debe simplemente afirmarse, ya que debe calificarse en forma razonada. La administración debe decidir en que consiste esa inconveniencia para facilitar así al administrado el control del acto administrativo. Esta omisión es grave y de haber sido demandado posiblemente se habría declarado su nulidad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.- Bogotá D.E. mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nro. 3800.- Contratos. Actor : VIRGILIO CILIBERTI.

Procede la sala a decidir el proceso de la referencia.

Mediante demanda de octubre 20 de 1982, el señor Virgilio Ciliberti demanda al Instituto de Seguros Sociales para que se hagan las siguientes declaraciones:

"I.- Declarar la nulidad de la resolución número 2747 de fecha 25 de junio de 1982 por medio de la cual el Instituto de Seguros Sociales declara desierta la Licitación Pública No. 14.21.81.

" II.- Ordenar al Instituto de Seguros Sociales el cumplimiento de la resolución número 1521 de fecha 22 de abril de 1982, por la cual se adjudicó el contrato para la construcción de la Unidad Médica Familiar de Cúcuta en cumplimiento de la Licitación Pública 14.21.81, suscribiéndo el contrato respectivo con el señor VIRGILIO CILIBERTI con la obvia y lógica revisión de los precios.

"III.- Petición Subsidiaria.- Como subsidiaria a la petición y pretensión Segunda (II), precedente, ruego a Uds. condenar, como consecuencia de la Primera (I) declaración, al Instituto de Seguros Sociales al pago de los perjuicios materiales y morales causados al señor VIRGILIO CILIBERTI con la expedición de la resolución anulada, cuyo monto y cuantía se demostraron en el curso del proceso".

Se narra en síntesis en la demanda los siguientes hechos:

1) Que el Instituto de Seguros Sociales, por intermedio de la Gerencia Seccional del Departamento de Santander, abrió licitación # 14-21-81 para la construcción de la Unidad de Medicina Familiar de Cúcuta.

2) Que el arquitecto Ciliberti resultó vencedor en la licitación y se le adjudicó mediante la resolución 1521 de abril 22 de 1982,, emanada de la Dirección General del Instituto y notificada el 3 de mayo siguiente.

3) Que el trámite licitatorio se ajustó en un todo a la ley.

4) Que en la resolución # 1521 se fijó el plazo de 30 días para la legalización y suscripción del contrato respectivo.

5) Que aunque el adjudicatario desde el día 12 de ese mes de mayo presentó la documentación requerida, el Instituto no accedió a la legalización del contrato, en vista de lo cual el señor Ciliberti procedió ante testigos a levantar un acta, con la narración de todo lo ocurrido desde la notificación del acto de adjudicación.

6) Que cuando ya estaba ejecutoriada la resolución 1521, el Instituto expidió la resolución # 2747 de 25 de junio de 1982 y declaró desierta la licitación correspondiente por razones de inconveniencia.

7) Interpuestos los recursos de vía gubernativa, el Instituto mediante nota de 4 de agosto, le informó al recurrente que el acto carecía de recursos.

8) Que durante toda esa etapa el señor Ciliberti tuvo que hacer ingentes gastos.

9) Que dentro del valor del contrato, que no se perfeccionó, ($ 51.079.776.05) estaba incluída la suma de $ 10.000.000.oo, como valor de las utilidades y ganancias que le quedarían al contratista luego de la ejecución de la obra.

10) Que con ese proceder el señor Ciliberti sufrió perjuicios materiales y morales estimados en $ 20.000.0000.oo

En capítulo "concepto de violación y normas violadas" se alega que el Instituto desconoció las siguientes normas: 25, 26, 27, 30 , 158 y 159 del decreto 150 de 1976; 24 del decreto 2733 de 1959 y 49, 50 y 55 del decreto 1.650 de 1977.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno decidir.

Para ello, se considera:

Para el señor fiscal 8o. de la Corporación, Doctor Jaime Mossos G., la demanda está llamada a prosperar. En su concepto de 8 de febrero de 1991 (a folios 58 y siguientes) en lo pertinente arguye:

"El art. 30 del Decreto Ley 150 de 1976 contempla las Causales para Declarar desierta una Licitación.

Se debe tener en cuenta que al dictarse la Resolución 1521 de 22 de abril de 1982 por el Instituto de los Seguros Sociales se hizo de conformidad al concepto rendido por la Junta de Licitación del Nivel Nacional, en su sesión de 20 de abril de 1982, después de haber realizado el estudio, propuestas, cuadros comparativos, conceptos técnicos y demás documentos de la Licitación, indicando a Virgilio Ciliberti Useche como el mejor postor.

" De conformidad con el art. 30 del Decreto Ley 150 de 1976 (ibidem) se declara desierta una licitación antes de ser adjudicada, no después de haberse adjudicado.

"Ahora el artículo 27 de la misma ley, dice: ejecutoriada la Resolución de adjudicación, esta es irrevocable y obliga, por lo mismo, a la entidad y al adjudicatario,

"Cuando la ley subordine el perfeccionamiento de un contrato a la aprobación o revisión de un organismo o autoridad superior, la adjudicación no

producirá otro efecto que el de obligar a la entidad contratante y al adjudicatario a cumplir los demás requisitos establecidos para el caso.

"Si el organismo o autoridad superior improbaren el contrato por encontrarlo ilegal, deberán adoptarse las reformas ordenadas y, si ello no fuere posible, iniciarse la tramitación para celebrar uno nuevo. Si lo negare por considerarlo inconveniente, podrá iniciarse la tramitación para celebrar un nuevo contrato pero dentro de las condiciones que con dicho fin señale quién lo negó.

" Por consiguiente, de conformidad con la norma anterior, el Instituto de Seguros Sociales no tenía otro camino que el de celebrar e contrato.

"En el presente proceso la Junta de Licitaciones del Nivel Nacional del Instituto de Seguros Sociales, en su sesión del día 20 de abril de 1982 señaló al proponente Virgilio Ciliberti Useche a quien se le debería adjudicar el contrato, y en base a ello, el Instituto por medio de resolución 1521 de 22 de abril del mismo año adjudicó la Licitación 14-21-81 al proponente señalado por la Junta.

"Por tanto, en la sesión del 25 de mayo de 1982, la Junta Administradora del Instituto no tenía por qué entrar a conceptuar sobre la adjudicación de la licitación, sino directamente celebrar el contrato.

" En este orden de ideas, esta agencia del Ministerio Público, solicita al H. Consejo de Estado, Sección Tercera, se acceda a las pretensiones de la demanda".

El apoderado del demandante refuerza la argumentación hecha en la demanda en su escrito que obra a folios 40 y siguientes del cuaderno principal. Allí insiste en sostener que la licitación se hizo en un todo con arreglo a la ley; que la adjudicación hecha mediante la resolución 1521-82 de irrevocable porque el acto ya estaba ejecutoriado; que el contrato, pese a su valor, no requería de la aprobación del Consejo de Ministros o del Consejo de Estado, por tratarse de licitación de la Junta Directiva del Instituto, condición que tampoco se señaló en la resolución de adjudicación; que el acuerdo 0113 de 10 de abril de 1988, que establece este requisito, expedido por la mencionada Junta Directiva, no es norma de carácter general de conocimiento público ni es obligatoria a los particulares; que la adjudicación hecha y notificada no podía declarase desierta, bajo ningún pretexto.

Por su lado el Instituto en su memorial que obra a folios 50 y siguientes, anota, en síntesis: que la adjudicación, por el valor del contrato debía ser aprobada por la Junta Directiva y que al no obtenerse esa aprobación, dicha adjudicación no produjo sino los efectos que señala el artículo 27 del decreto 150

de 1976; que la licitación podía declararse desierta por razones de inconveniencia, por permitirlo así el artículo 30 ibidem, numeral 5; que confrontadas las fechas en orden cronológico de todo el proceso licitatorio con relación de servicio público que vinculaba al Doctor Ciliberti con el municipio de Cúcuta, resulta que cuando presentó su propuesta el 16 de marzo de 1982 (el mismo día del cierre de la licitación), ya estaba nombrado como Director de Planeación Municipal de Cúcuta, cargo del que se posesionó el 23 siguiente; y que cuando se le adjudicó el contrato el 22 de abril (resolución 1521) y se le notificó el 3 de mayo, estaba en ejercicio de sus funciones las cuales solo cesaron al aceptársele su renuncia el 13 de ese mismo mes; que la inconveniencia alegada por la administración obedeció a razones de carácter moral, tal como las destacó la Corporación en sentencia de 6 de abril de 1989, con ponencia del señor Consejero Uribe Acosta; y que ni siquiera aparece constancia en el expediente que el Doctor Ciliberti se encontraba inscrito en el registro de proponentes, como lo ordena el artículo 32 del decreto 150.

Hecho el recuento anterior, se anota:

Tal como se desprende de la ley de contratación (decretos 150 de 1976 y 222 de 1983) y lo reafirma la jurisprudencia, abierta la etapa de licitación por la administración el proceso selectivo del contratista deberá culminar en todos los casos, o bien mediante el acto de adjudicación a la persona que, según los diferentes criterios de la ley, presentó la mejor propuesta o bien mediante un acto administrativo en donde se declare desierta la licitación.

Hecha la adjudicación y producida su notificación a la persona escogida, el acto administrativo adquiere firmeza, se vuelve irrevocable y crea derechos y obligaciones tanto para la administración como para el contratista.

Pero si la adjudicación está sometida por mandato legal a la aprobación de otro organismo autoridad superior, perteneciente al mismo ente (la Junta Directiva, por ejemplo) o a otro de una esfera administrativa diferente (el Consejo de Ministros o el Consejo de Estado, según el caso), esa firmeza y ese alcance solo se lograrán cuando esa aprobación se encuentre ejecutoriada.

Mientras esta ejecutoria no se haya producido la adjudicación inicial, sometida, como se refiere, a condición " no producirá otro efecto que el de obligar a la entidad contratante y al adjudicatario a cumplir los demás requisitos establecidos para el efecto"

"Si el organismo o autoridad superior reza el inciso final del artículo 27 del decreto 150 - improbaren el contrato por encontrarlo ilegal, deberán adoptarse las reformas ordenadas, y si ello no fuere posible, iniciarse la tramitación para celebrar uno nuevo, si para esto último hubiere autorización legal. Si lo negare por considerarlo inconveniente, podrá iniciarse la tramitación para celebrar un nuevo

contrato pero dentro de las condiciones que con dicho fin señale quién lo negó".

Como dijo esta misma sala en su sentencia de agosto 31 de 1990 (proceso 5817 Sociedad Los Topos Construcciones Ltda.): " La norma que se deja transcrita muestra que esa aprobación es una condición para el perfeccionamiento del contrato, no la única, y señala los efectos de la adjudicación antes de que ésta se produzca no obliga a las partes sino a cumplir los demás requisitos para el perfeccionamiento del contrato, pero no más."

"Así, no podrá alegar el adjudicatario que por el solo hecho de haberlos cumplido tendrá que aprobarse el contrato, porque la competencia del organismo superior no se reducirá a la simple constatación de que se cumplieron tales requisitos, sino que debe evaluar no sólo la conveniencia sino la legalidad del proceso selectivo como un todo. No otro puede ser el alcance del artículo 35 del decreto 222".

"En cambio, cuando el acto de adjudicación no requiere aprobación de un organismo superior, se ejecutoria lo hace irrevocable y obligatorio tanto para la entidad como para el adjudicatario. Tanto es así que el incumplimiento de los proponentes los hará responsables en los términos del artículo 35 ibidem.

"Como se infiere también del artículo 35 mencionado atrás, el superior puede aprobar o improbar el contrato. Si lo aprueba y se cumplen los demás requisitos para su perfeccionamiento, el contrato será ley para las partes y deberá cumplirse, en los términos convenidos, so pena de responsabilidad para la parte incumplida en favor del que sí cumplió o se allanó a cumplir."

" Si lo imprueba por razones de ilegalidad, subsanables por no constituír la informalidad nulidad absoluta, deberá adoptarse las correspondientes reformas; si la improbación obedece a motivos configurativos de esa nulidad, el contrato quedará sin validez alguna y deberá iniciarse el trámite para celebrar un nuevo contrato".

"No obstante lo dicho, en el evento de improbación por nulidad absoluta, podrá el adjudicatario pedir la nulidad del acto del Consejo de Ministros si considera que no se da tal motivo y pedir como restablecimiento que se le imparta la aprobación o se le indemnicen los perjuicios que esa negativa le produjo. Y esto fué lo que debió hacer la parte demandante. Si ella realmente tenía un derecho legítimamente adquirido que le fué conculcado en el acto del Consejo de Ministros, debió solicitar su nulidad y como consecuencia la indemnización de perjuicios y o acudir a una acción indemnizatoria directa artificialmente apoyada en una sedicente "omisión" configurativa de falla del servicio".

Expuestas las ideas precedentes, la sala expone a continuación los hechos fundamentales que resultaron probados , para decidir si tales ideas son aplicables o no al caso controvertido.

Se probó:

1) Que el Doctor Virgilio Ciliberti Useche resultó favorecido con la licitación 14-21-81, para la construcción de la Unidad Médica Familiar de Cúcuta (ver resolución 1521 de 1982 a folios 3 y siguientes del cuaderno principal)

2) Que esa adjudicación, por un valor de $ 51.079.776.05, aparece contenida en la resolución 1521 de 22 de abril de 11982, expedida por el Director General del Instituto de los Seguros Sociales y le fué notificada al Doctor Ciliberti el 3 de mayo siguiente, quien en los días subsiguientes acompañó toda la documentación de rigor para la suscripción del contrato.

3) Que la Junta Directiva del mencionada Instituto en su sesión # 57 de 25 de mayo de 1982, no autorizó la celebración de ese contrato por razones de inconveniencia. (a folios 12 y siguientes del C. # 2).

4) Que el Director General, mediante resolución # 2747 de 25 de junio de ese mismo año, y fundado en lo no autorización de la Junta Directiva (numeral precedente) declaró desierta la licitación # 14-21-81 (a folios 6 y siguientes del cuaderno principal).

Sobre los hechos anotados no existe duda en el expediente, el cual también demuestra no sólo la existencia del acuerdo 0113 de 10 de abril de 1980, emanado de la Junta Directiva del Instituto (a folio 10 C # 2), que impone que los contratos de un valor superior a los $ 50.000.00.oo deberán ser aprobados por ésta, sino el carácter de funcionario público, (jefe de Planeación Municipal de Cúcuta) que tenía el Doctor Ciliberti tanto a la fecha de la adjudicación del contrato como a la de la notificación de la resolución correspondiente (ver documentos a folios 20 y siguientes del cuaderno # 2).

Hecho el recuento de los hechos probados, se pregunta la sala:

a) Debió la adjudicación hecha someterse a la aprobación de la Junta Directiva del Instituto? b) Podrá el Director de ésta aclarar desierta una licitación ya adjudicada? Debió el demandante impugnar el acto de la Junta Directiva que no autorizó la celebración del contrato? Podía el Doctor Ciliberti, pese a ser funcionario municipal, participar en la licitación cuestionada?

Para la sala, no existe duda que el contrato que trató de celebrarse entre el Instituto de Seguros Sociales y Doctor Ciliberti, por su cuantía ($ 51.079..776.05). requería de la aprobación de la Junta Administradora de aquél.

Esta obligación se desprende del literal b) del artículo 1o. del acuerdo 0113 de 10 de abril de 1980, expedido por la Junta Administradora del ISS (a folios 10 y siguientes del C.#2).

La obligatoriedad dé este acuerdo es evidente y fué dictado, como lo indica su enunciado, en desarrollo de los artículos 158 del decreto 150 de 1976 y 55, literal n, del decreto 1650 de 1977.

Para corroborar esta basta observar el texto de aquel: "Art. 158. De la competencia para su celebración , Los contratos de los establecimientos públicos de las empresas industriales o comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta se adjudicarán y suscribirán por el respectivo Gerente, y están sujetos a la previa autorización o a la aprobación posterior de la correspondiente Junta o Consejo Directivo, según lo que sobre el particular prevean sus normas orgánicas.

El Instituto de los Seguros Sociales es un establecimiento del orden nacional, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y su Junta Directiva estaba facultada para expedir el acuerdo en cuestión el que constituye un acto de carácter general y abstracto aplicable a la contratación propia del Instituto.

Si el actor estimó que le era inaplicable, debió demostrar su derogatoria en la fecha en que la Junta Directiva lo improbó (mayo 25 de 1982) o el hecho de que no se hubiera publicado. Pero ningún esfuerzo hizo a ese respecto y nada en contrario demostró.

El Director del Instituto si podía declarar desierta la licitación. Esta afirmación, que parece formalmente un exabrupto, merece esta precisión: Si el acto de adjudicación está en firme no es posible declarar desierta la licitación, porque con el termina la etapa de selección del contratista.

Pero si el acto (la resolución 1521) no estaba en firme porque debía someterse a la aprobación de la Junta y ésta no se dió, como si no hubiera culminado aún el proceso selectivo y por tanto, podía hacer la declaración de deserción. En otras palabras, como el acto de adjudicación estaba sometido a condición y ésta no se cumplió, es como si la adjudicación no se hubiera hecho.

Para la sala debió el demandante, si consideraba ilegal la conducta del ISS, impugnar no sólo el acto de deserción (la resolución 2747/82), sino también el que no autorizó la celebración del contrato por razones de conveniencia. Cabe observar que la Resolución 2747 no es mas que un efecto o consecuencia del acto expedido por la Junta, denegatorio de la autorización para celebrar el contrato. Vistas las pretensiones de la demanda se observa este vacío.

No puede tomarse como autorización para celebrar el contrato la resolución de apertura de la licitación (resolución 5031 de 1981, a folio 1 cuaderno principal) porque este acto no lo dicto la Junta Directiva sino el director general del Instituto. Si lo hubiera dictado la Junta, otro sería el enfoque de este asunto,

aún que dentro de su competencia no estuviera la de abrir las licitaciones.

La no impugnación del acto que no autorizó la celebración del contrato sería motivo, por sí solo, para dar al traste con esta demanda.

Y fuera de todo lo dicho, el Doctor Ciliberti no podía celebrar el contrato con el ISS, sin violar el régimen de incompatibilidades contemplado en el artículo 9o. del decreto 150 de 1976. Incompatibilidad nacida del hecho de haber sido empleado público cuando se adjudicó la licitación y cuando se le notificó la resolución correspondiente. No puede servir de disculpa que para la fecha en que debía celebrarse el contrato ya no era empleado público (la renuncia del cargo de Jefe de Planeación se le aceptó el 13 de mayo de 1982) porque la incompatibilidad ya se había producido. Sería ingenuo pensar que ésta cesa con la dejación del cargo y luego de haber permanecido en un cargo de significación en el lugar de los hechos.

Esta incompatibilidad fué quizás la que motivó a la Junta Directiva a no autorizar la celebración del contrato con el Doctor Ciliberti. Se habla en forma dubitativa porque desafortunadamente el acto derogatorio no aparece motivado. En esto falló la administración. L inconveniencia de una negociación no es factor que debe simplemente afirmarse, ya que debe calificarse en forma razonada. La administración debe decir en qué consiste esa inconveniencia para facilitar así al administrado el control del acto administrativo. Esta omisión es grave y de haber sido demandado posiblemente se habría declarado su nulidad. A este respecto la sala se remite a su sentencia de septiembre 7 de 1990 (proceso 3106, Sociedad Blanco Rosales Ltda.) que desarrolló idea similar.

El control de conveniencia, que en el caso de la incompatibilidad de los funcionarios está vinculado con el de moralidad, en el fondo es un control de legalidad, no solo porque la noción "conveniencia" es vaga e impone al juzgador señalar su alcance en cada caso juzgado, sino también porque está contemplado en la ley. El tema de la moralidad en la contratación pública fue ampliamente explicado en la sentencia de 6 de abril de 1989, con ponencia del señor Consejero Uribe Acosta (proceso # 4156 Sociedad Hernando Artuanduaga e Hijos) y a ella se remite la sala.

Finalmente la sala observa que la fiscalía octava fué bastante ligera en la apreciación de este asunto, al dar concepto favorable sin detenerse en a pensar en las particularidades de la controversia. Da la impresión de que no hubiera leido el expediente para emitir su concepto.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y Notifíquese.

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión de fecha mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala, *Juan de Dios Montes H. Carlos Ramírez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio. Secretaria.

CONSULTA - Requisitos

Para que proceda el grado de consulta es indispensable, entre otros requisitos, que la sentencia de primera instancia imponga una obligación a cargo de una entidad pública. En el sub lite no se puede sostener sin contrariar la realidad, que la sentencia impone alguna obligación a cargo de la Beneficencia de Boyacá; por el contrario, el fallo favoreció aunque de manera parcial, sus pretensiones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E. siete (7) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6191. Actor: BENEFICENCIA DE BOYACA.

Procede la Sala a resolver el grado de consulta de la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 18 de abril de 1.990, en virtud de la cual declaró la nulidad del contrato de prestación de servicios celebrado entre la Beneficencia de Boyacá y la sociedad F.S.M. y CIA. LTDA. para la nacionalización de siete analizadores sanguíneos centrifugales, marca Gérmini T.L.

EL PROCESO

El 9 de septiembre de 1.983, la Beneficencia de Boyacá, establecimiento público del orden departamental, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Boyacá en la cual formuló las siguientes pretensiones:

"1. Comparezco antes ese H. Tribunal para efectos de que se sirva declarar la nulidad del contrato administrativo suscrito entre la BENEFICENCIA

DE BOYACA y la sociedad F.S.M. Y CIA. LTDA. (sic) por estar viciado de nulidad absoluta.

"2. a) Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del mencionado contrato, respetuosamente solicito que se ordene la devolución de los dineros pagados por la Beneficencia de Boyacá, así como se haga la condena "In genere" de los perjuicios causados por F.S.M. Y CIA. LTDA. (sic) a la BENEFICENCIA DE BOYACA por ende a la comunidad en general, siguiendo los parámetros que oportunamente establezca ese Despacho.

"b) Asímismo solicito que se haga la respectiva condena en costas con cargo a la mencionada sociedad.

"3. Petición subsidiaria: Para el caso de que el H. Magistrado Sustanciador, lo considere pertinente, respetuosamente solicito que en forma expresa se declare que la BENEFICENCIA DE BOYACA no está obligada a satisfacer obligación alguna resultante del mencionado contrato, por cuanto se violaron las disposiciones referentes a contratación administrativa, las cuales son de riguroso cumplimiento tanto para los organismos estatales como para los particulares." (fls. 39 y 40 C.1).

Los hechos constitutivos de la causa petendi los narró así la demandante:

"ANTECEDENTES

"1. a) Con fecha 18 de marzo de 1.982, la Junta Directiva de la BENEFICENCIA DE BOYACA autorizó a su Gerente, Señor Pablo Amaya Monroy, para que mediante la declaratoria de urgencia evidente por motivos de orden económico, se procediera a la adquisición de tres (3) analizadores clínicos para química sanguínea. Todo ello, conforme a lo establecido en e Acta No. 003 del 18 de marzo de 1.982. (Anexo 1).

"b) Dicha autorización de la Junta, se concretó en el hecho de haber adjudicado el respectivo contrato a la firma KENTREX DE COLOMBIA LTDA., quien se obligó a entregar '. . . . a la BENEFICENCIA debidamente instaladas por cuenta del primero (Vendedor). . . .tres analizadores clínicos automáticos para química sanguínea (ACA) (sic) Dupont. . . . ' Además de ello en el mencionado contrato se estipuló:

"'**QUINTA.- Instalación : Verificada la nacionalización de los equipos por parte de la beneficencia** y trasladados a los respectivos hospitales , el vendedor los instalará. . . .' Dicho contrato fue suscrito el 27 de abril de 1.982 (Anexo 2).

"c) Posteriormente, el 27 de julio de 1.982 se modificó el objeto social del

contrato enunciado anteriormente, y se estableció que los bienes a entregar eran "..... tres analizadores sanguíneos centrifugales marca Gérmini T-M. .." (Anexo 2, dorso). Dicha modificación fue autorizada mediante resolución de la Junta Directiva de la BENEFICENCIA, consignada en el Acta No. 009 del 29 de julio de 1.982 (Anexo 3, dorso), siendo el valor del contrato la suma de CIENTO Y CINCUENTA Y CUATRO MIL DOLARES (US$154.000).

"d) Es de anotar que en la celebración de dicho contrato, suscrito entre KENTREX DE COLOMBIA LTDA. y la BENEFICENCIA DE BOYACA tuvo notable ingerencia, y si se quiere decisiva, el señor Fabio Salamanca Medina, quien es Representante Legal de la sociedad F.S.M. CIA. LTDA. (sic).

"2. a) De otro lado, el 28 de julio de 1.982, y mediante autorización de la Junta Directiva de la BENEFICENCIA DE BOYACA contenida en el Acta No.009 ya citada (Anexo 3) se suscribió un nuevo contrato entre la BENEFICENCIA DE BOYACA y la sociedad KENTREX DE COLOMBIA LTDA., en el cual esta última sociedad, como Vendedora, se obligaba a '.... entregar cuatro (4) analizadores sanguíneos centrifugales marca Gérmini T.M. cada uno con estación de trabajo completo. . . A su vez, la BENEFICENCIA se obligó a constituir carta de crédito por valor de DOSCIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS DOLARES (US$206.000), **así como también a efectuar la nacionalización de los equipos** (Anexo 4).

"b) Como oportunamente se demostrará, también en la realización del contrato citado en este punto 2, al igual que en el mencionado en el punto 1, tuvo enorme ingerencia el señor Fabio Salamanca Medina.

"CONTRATO ACUSADO

"3. Como consecuencia de la obligación a cargo de la BENEFICENCIA, de nacionalizar los equipos, se procedió a suscribir el 29 de julio de 1.982 un contrato ente la BENEFICENCIA DE BOYACA y la sociedad F.S.M. Y CIA. LTDA (sic), actuando esta última por intermedio de su Representante Legal, señor Fabio Salamanca Medina (Anexo 5), el cual es el contrato cuya nulidad impetramos en la presente demanda.

"4. Sea ya la oportunidad de aclarar (sic) que en el texto del contrato se habla de la sociedad 'F.S.M. CIA. LTDA.', compañía que no existe (Anexo 6); la razón social correcta es 'F.S.M. TRANSPORTES ESPECIALIZADOS LTDA.' Todo ello de acuerdo al certificado de constitución y gerencia anexo a la presente demanda (Anexo 7).

"5. Una vez suscrito el contrato enunciado en el punto No. 3 de este escrito, las obligaciones principales a cargo de las partes se estipulan así:

"a) A cargo del Contratista (Anexo 5):

"'**CLAUSULA PRIMERA: Objeto-** El Contratista se compromete a realizar la nacionalización de siete (7) analizadores sanguíneos centrifugales marca Gérmini T.M. , cada uno con estación de trabajo completo, instrucciones, dos (2) pipetas muestra con 200 puntas desechables , un a (1) pipeta reactor con 1.000 puntas desechables y tres (3) anillos anulares y conjunto de repuestos compuesto por lámparas , fusibles, desatornillador y limpiador del impresor, equipos que fueron adquiridos por la BENEFICENCIA a la firma KENTREX DE COLOMBIA LTDA., por el sistema FOB en Puerto de los Estados Unidos de América, según contratos de fechas veintisiete (27) de abril (otrosí del 27 de julio), y yeintiocho (28) de julio del año en curso'.

"'**SEGUNDA: Conceptos.-** La nacionalización comprende principalmente los conceptos relativos al transporte o flete de la mercancía de los Estados Unidos a puerto colombiano, y de éste a los hospitales de destino, el valor de los bodegajes, seguros, y demás gastos necesarios para esta clase de operaciones.

"'**TERCERA: Gratuidad.-** El Contratista no cobrará a la BENEFICENCIA **ninguna suma por concepto de honorarios correspondientes a la nacionalización materia del contrato en razón de ser representante en Colombia de la firma importadora de los equipos....**

"'**OCTAVA: Plazo.-** El Contratista deberá efectuar la nacionalización materia del contrato en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha en que se entregue el valor del avance al Contratista respecto a los tres (3) primeros equipos y de cuarenta y cinco (45) a partir de la misma fecha para los cuatro (4) últimos. . . . . .

"'**DECIMA PRIMERA: Personal y Prestaciones.-** El Contratista usará personal idóneo directamente empleado y supervisado por él mismo, para gestionar y obtener el cumplimiento del contrato. Las prestaciones sociales y demás obligaciones laborales relativas a este personal serán totalmente cubiertas por el Contratista, ya que no existe ninguna relación laboral con la BENEFICENCIA'.

"b) A cargo de la BENEFICENCIA (Anexo 5):

"'....**CLAUSULA CUARTA :Valor.-** El valor aproximado de los gastos de nacionalización de los equipos materia del contrato se calcula en la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($3.500.000.oo) M/cte.

"'**QUINTA: Forma de Pago.**- la BENEFICENCIA pagará los gastos de nacionalización así: Una primera cuota mediante avance a favor de El Contratista por la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS ($1.500.000.oo) M/cte., y el saldo será reconocido mediante presentación de comprobantes de pago'.

"6. De las citadas obligaciones a cargo de El Contratista, ésto no cumplió una sola de las mismas, y aparte de ello, nunca perfeccionó el contrato en cuestión, Por su parte la BENEFICENCIA DE BOYACA, sin estar debidamente perfeccionado el contrato, entró a ejecutarlo pagándole al mencionado señor (El Contratista) la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS ($1.500.000.oo) M/cte., conforme a lo establecido en la Cláusula Quinta ya citada.

"7. Sea del caso anotar que el señor Salamanca ofreció la devolución de los dineros, pero dicho hecho jamás se llevó a cabo (Anexo 8 y 9).

"8. Lo anterior me permite solicitar a ese despacho , que se declare la nulidad del contrato, se ordene la devolución de los dineros pagados y sus frutos, y se condene en costas, así como en los perjuicios sufridos por la BENEFICENCIA DE BOYACA, a la sociedad 'F.S.M. TRANSPORTES ESPECIALIZADOS LTDA.'" (fls. 40 a 44 C.1).

Estimó violados los artículos 20, 63 y 192 de la Constitución Política; 16,1519 y 1741 del Código Civil; 99, 117, 899 el Código de Comercio, 109 y 111 del código de Régimen Político y Municipal; la ordenanza No. 32 de 1.977 de la Asamblea Departamental de Boyacá; el Decreto No. 0715 del 25 de junio de 1.979 (sic); el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1.966 y los artículos 400 y 401 del Código de Aduanas.

Surtido el proceso con curador ad-litem, quien asumió la defensa de la empresa demandada ausente, el Tribunal profirió el fallo consultado cuya parte resolutiva dispone:

"Declarar la nulidad del contrato celebrado entre la Beneficencia de Boyacá y la firma F.S.M. & CIA. LTDA (F.S.M. Transportes Especializados Limitada), suscrito el día veintinueve de julio de 1.982, para realizar la nacionalización de siete analizadores sanguíneos Centrifugales, marca Gérmini T.L.

"NIEGANSE las demás súplicas de la demanda." (fl, 213 C.1).

El Consejo de Estado admitió la consulta y cumplió los traslados que ordena la ley; la Doctora Edne Cohen Daza, Fiscal Segunda de la Corporación solicitó la revocatoria del fallo consultado por cuanto, a su juicio, no existe el

contrato cuya nulidad se impetra.

Las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con la ley procesal-administrativa anterior, y con la actual, para que proceda el grado de consulta es indispensable, entre otros requisitos, que la sentencia de primera instancia imponga una obligación a cargo de una entidad pública.

Así lo ordena e artículo 134 de la Ley 167 de 1.941, a cuyo texto:

"Si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público, siendo procedente el recurso, deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, cuando declaran una obligación a cargo del Estado, de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa.

"La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutoría mientras no se surta ante el superior.

Y el Decreto Ley 01 de 1.984, en el artículo 184, inciso 1o. dispone:

"Consulta. Las sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la administración."

De esta última disposición, aplicable a este proceso a pesar de que su iniciación ocurrió bajo la legislación anterior según lo enseña el inciso 1o. del art. 266 del C.C.A., se deduce que , para a procedencia de la consulta es menester:

a. Que se trate de una sentencia o de un auto de liquidación de condenas en abstracto.

b. Que se hayan dictado en primera instancia.

c. Que impongan obligación a cargo de una entidad pública cualquiera.

d. Que no hayan sido apeladas por la administración.

El proceso que hoy ocupa a la Sala se inició por demanda de la propia administración pública (la Beneficencia de Boyacá) con el propósito -según el contenido de las pretensiones-, de que se declarara la nulidad del contrato, se

condenara a la empresa contratista a devolver los dineros recibidos en razón del mismo y a pagar los perjuicios ocasionados con su incumplimiento.

Estas pretensiones fueron acogidas parcialmente por la Sentencia del Tribunal, en cuanto declaró la nulidad del contrato celebrado entre la entidad pública demandante y la empresa demandada, y despachó desfavorablemente las demás.

Así las cosas, no se puede sostener sin contrariar la realidad, que la sentencia impone alguna obligación a cargo de la beneficencia de Boyacá; por el contrario, el fallo favoreció, aunque de manera parcial sus pretensiones.

Por consiguiente, la Sala echa de menos uno de los requisitos que antes se relacionaron para la providencia de la consulta.

Sin embargo, como tal grado de jurisdicción se admitió y se observó la totalidad del trámite previsto, para estos casos, por el C.C.A., la sentencia deberá ser inhibitoria.

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

INHIBIRSE para fallar en el fondo la consulta de la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 18 de abril de 1.990 por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión de fecha seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991),

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Diferencias / **CADUCIDAD**

Las dos acciones que consagra el C.C.A en sus artículos 85 y 86 son sustancialmente distintas, en efecto, mientras la primera se previó para el restablecimiento del derecho frente a los actos administrativos ilegales, la segunda lo fue para los hechos, omisiones, operaciones administrativas u ocupaciones temporales o permanentes de inmuebles por causa de trabajos públicos, concepto dentro del cual cabe la ejecución de los actos administrativos, circunstancia ésta que por ser posterior a la expedición del acto, no puede afectar su validez jurídica. Esta diferenciación se extiende a los términos de caducidad. La caducidad de la acción sólo puede decretarse ab initio cuando aparece claramente establecida en el contenido y anexos de la demanda. En caso contrario tal declaración solamente es posible en la sentencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.C., doce de junio de mil novecientos noventa y uno

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente No. 6196 .- Actor Manuel Agudelo Romero y O.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 25 de abril de 1990, por virtud del cual se inadmite la demanda.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Municipio de Dosquebradas (Risaralda), considerando que

el predio ocupado por los actores y localizado en el barrio Pradera, entre carreras 16 y 17 con calle 22, es un bien de uso público, ordena en su resolución # 0299 de agosto 5 de 1988, la restitución inmediata del inmueble y el derribo de las mejoras hechas en él (fl.12-16).

Contra dicha resolución se interpusieron los recursos de reposición y subsidiario de apelación (fl. 47-52).

Por medio de la resolución de agosto 8 de 1988, el Alcalde resolvió el recurso de reposición confirmando lo ordenado en la providencia recurrida (fl.53)

El Gobernador del Departamento resolvió el recurso de apelación por medio de la Resolución Num. 2896 de septiembre 27 de 1988; en ella confirmó la orden de restitución y suspendió el derribo de las mejoras mientras se establecía si debían ser reconocidas (fl.22-25).

Con fundamento en la acción de reparación directa, la parte actora presentó demanda contra el municipio de Dosquebradas precisando las siguientes pretensiones:

> "' 1.- Que como consecuencia de lo antes expuesto el municipio de Dosquebradas está obligado a pagar al demandante los perjuicios materiales que equivalen a la suma resultante de la liquidación previo el trámite establecido en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil de la condena en abstracto que determine la existencia de perjuicios causados a la actora como resultado directo del derribo de las mejoras plantadas por los actores habida cuenta que ellos percibían parte de la subsistencia de los productos recolectados en el lote mencionados". (fl.31-39).

El Tribunal, por auto de abril 25 de 1990, inadmitió la demanda por considerar que la acción de restablecimiento del derecho, según él la procedente, estaba caducada. Dice al respecto en ese proveído:

> "....Como puede observarse claramente, la Resolución 0299 fué debidamente notificada y resuelto el recurso correspondiente por el Señor Gobernador, lo cual nos demuestra que se trata de una acción de restablecimiento del derecho, acción que dá la oportunidad también de solicitar la de reparación del daño (art. 85 C.C.A.) y como es sabido ésta caduca en 4 meses a partir de la notificación, pública o ejecución del acto, y este término esta ya superado" (fls. 56-58).

Frente a la decisión del Tribunal, los actores proponen el recurso de apelación alegando que la acción que corresponde es la de reparación directa porque lo que se pretende es el pago de los perjuicios ocasionados con la ejecución indebida de la Resolución 0299 (fls 59-63).

CONSIDERACIONES

Para la Sala es claro que la acción incoada por el actor es la reparación directa prevista por el artículo 86 del C.C.A., consistente , en este caso, en el reconocimiento y pago de los perjuicios causados como consecuencia de la ejecución anticipada de un acto administrativo proferido por el Alcalde del municipio de Dosquebradas (risaralda), sin que se cuestione en ningún momento la legalidad del mismo.

Por lo tanto, no le asiste razón al Tribunal al considerar que la acción que corresponde al proceso es la de restablecimiento de derecho consagrada en el Artículo 85 del C.C.A., que tiene por finalidad la declaración de nulidad de un acto administrativo y el restablecimiento consecuencial de un derecho vulnerado con dicha actividad

Las dos acciones que consagra el C.C.A en sus artículos 85 y 86 son sustancialmente distintas; en efecto, mientras la primera se previó para el restablecimiento del derecho frente a los actos administrativos ilegales, la segunda lo fué para los hechos, omisiones, operaciones administrativas y ocupaciones temporales o permanentes de inmuebles por causa de trabajos públicos, concepto dentro del cual cabe la ejecución de los actos administrativos. Circunstancia ésta, que por ser posterior a la expedición del acto, no puede afectar su validez jurídica.

Esta diferenciación, de acuerdo con el artículo 136 del C.C.A.. incisos 2 y 4 , se extiende a los términos de caducidad Mientras la acción de restablecimiento del derecho caduca en cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso, la de reparación directa se puede ejercer dentro de los dos años siguientes, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación.

En el caso que decide la Sala, ni de los hechos, ni de las pretensiones que plantea el actor, se deduce que el término de caducidad (2 años) se haya cumplido, razón suficiente para determinar la admisión de la demanda, pues la caducidad de la acción sólo puede decretarse ab-initio cuando aparece claramente establecida en el contenido y anexos de la demanda. En caso contrario, y por aplicación del artículo 164 del C.C.A. y 97 inciso final del C. de P.C., tal declaración solamente es posible en la sentencia.

En consecuencia **SE RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCASE el auto proferido el 20 de abril de 1990 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual inadmitió la demanda,

SEGUNDO: ADMITESE la demanda presentada por Manuel Agudelo

Romero y otros.

TERCERO: Notifíquese personalmente al señor Alcalde del Municipio de Dosquebradas (Risaralda).

CUARTO: Fíjese en lista el presente proceso por el término de cinco (5) días para los efectos de numeral 5 del artículo 207 del C.C.A.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase al Tribunal de Origen.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 6 de junio de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

HIJO EXTRAMATRIMONIAL - Prueba / **LEGITIMACION POR ACTIVA**

El reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y en caso de que éste se efectúe en el acta de nacimiento requiere la firma de quien hace tal reconocimiento. En la copia autenticada de los registros civiles aportada no aparece la firma de la madre en aceptación del reconocimiento de que se trata. Cabe aclarar que una cosa es la inscripción del nacimiento en el registro de estado civil, que es la certificación que normalmente expiden los notarios, y otra bien distinta el reconocimiento que en calidad de padre o madre extramatrimoniales están obligados a hacer quienes dicen ostentar dichas calidades. Hay, en consecuencia, falta de legitimidad por parte del actor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., Junio catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 6300. Actor Alberto Rincón.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 22 de febrero de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. El señor ALBERTO RINCON por conducto de apoderado judicial demandó a La Nación-Policía Nacional, para que en ejercicio de la acción de reparación directa se le declarara responsable de la muerte de LUIS EDUARDO

RINCON ocurrida el 21 de septiembre de 1985 como consecuencia de un disparo de arma de fuego que le ocasionó el agente de policía WALTER MANUEL SEGURA MANRIQUE.

Solicita como consecuencia el reconocimiento y pago de diez millones ($10.000.000.oo) de pesos por concepto de perjuicios materiales, incluida la corrección monetaria y dos mil (2000) gramos de oro por perjuicios morales.

2. Como fundamento de sus pretensiones, el actor expone los siguientes

HECHOS:

1.- Aproximadamente a las nueve (9) de la noche del día sábado 21 de septiembre de 1985, los agentes de policía (uniformados) WALTER MANUEL SEGURA MANRIQUE y PEDRO GOMEZ GOMEZ, interceptaron a los jóvenes LEONARDO CASAS, YILMER PEÑA y LUIS ALFONSO CASTRO, so pretexto de que estaban alterando el orden público, por el hecho de que uno de ellos dió un puntapié a un tarro vacío que estaba en la calle, procediendo a retenerles sus respectivas tarjetas de identidad. Estos hechos suceden en el barrio Kennedy de esta ciudad, en la Calle 40C con carrera 83.

2. El agente WALTER MANUEL SEGURA MANRIQUE, en forma absurda e irresponsable le colocó en la cabeza, una de las armas de fuego que portaba, al joven LEONARDO CASAS, diciéndole sarcásticamente que se le veía bonita e invitándolo a que saliera corriendo para dispararle, igualmente le colocó el arma en la espalda del joven YILMER PEÑA.

3. Seguidamente los policías manifestaron a los tres jóvenes, que los dejarían en libertad, si los llevaban a donde estaban los "vagos". Para esto los muchachos los condujeron a los juegos electrónicos que quedan en la transversal 82 No. 42-11 sur; pero como allí no encontraron a nadie, uno de los policías, montando en cólera les dijo "Estos huevones, maricas nos están mamando gallo", y el otro agente indicó saber de otro sitio, por lo cual se dirigieron a la calle 42 No. 83-27 sur, donde también funciona un juego de Máquinas Electrónicas.

4. Es de anotar que los agentes de policía se encontraban en estado de embriaguez, pues en versión de los testigos, se les notaba en la cara y olían a licor cuando hablaban.

5. Llegados al sitio ya indicado, los agentes hicieron entrar a los muchachos y los colocaron contra la ventana. Mientras el agente GOMEZ GOMEZ los vigilaba, el otro policía WALTER MANUEL SEGURA MANRIQUE, se acercó al juego de pista de carros donde LUIS EDUARDO RINCON se

encontraba sentado esperando turno, pues la máquina la estaba jugando en ese momento su amigo GONZALO GARCIA, el agente le preguntó a LUIS que qué estaba haciendo, este se incorporó para contestarle, y en ese instante el agente WALTER MANUEL SEGURA MANRIQUE, a mansalva, sobreseguro, aleve e injustificadamente, le disparó a LUIS EDUARDO RINCON en el costado derecho, causándole la muerte antes de llegar a la Clínica de Kennedy a donde fue transportado por una patrulla de la Policía.

6. Después de esto, el homicida SEGURA MANRIQUE, salió corriendo del establecimiento y esperó a su compañero GOMEZ GOMEZ y lo llamada insistentemente; éste último rápidamente hizo entrega de las Tarjetas de Identidad de los muchachos y emprendió la huida con el homicida.

7. Luego cuando los muchachos fueron requeridos en la Décima Segunda Estación de Policía de Ciudad Kennedy como testigos, allí mismo dieron cuenta de los hechos, versión esta, igual a la que se está aquí detallando, e hicieron clara identificación de los Policías, que para ese momento se encontraban allí queriendo desconocer y negar sus actos.

8. La anterior conducta del agente de Policía Nacional, denota su inhumanidad, además de que no comportó la más mínima prudencia inherente a quienes se desempeñan como autoridad, violando e incumpliendo de manera temeraria el Precepto Constitucional, por el cual los agentes del orden público se encuentran estatuidos para Salvaguardiar la vida de las personas, y no para atentar contra ellas.

9. El joven asesinado LUIS EDUARDO RINCON, nació el día cinco (5) de diciembre de 1965, en la ciudad de Bogotá, siendo hijo natural de la señora ROSA MARIA RINCON (fallecida).

10. El joven LUIS EDUARDO, se desempeñaba como ayudante del taller de mecánica del señor HUMBERTO GARCIA RIVADENEIRA, desde hacía aproximadamente cuatro (4) años, y devengaba un salario mensual de diez y ocho mil pesos Mcte., ($18.000.oo), con lo cual atendía el sostenimiento propio y de sus hermanos". (fols. 3 y 4).

3. La demanda se presentó al proceso a través de apoderado debidamente constituido, quien si bien no contestó los hechos de la demanda sí presentó en tiempo solicitud de pruebas (fols. 20 a 22).

4. Cumplido el trámite de la primera instancia, el Tribunal resolvió denegar las súplicas de la demanda en consideración a que faltó legitimación en la causa por parte del actor ya que no se probó el hecho de que la señora ROSA MARIA RINCON hubiere reconocido su calidad de madre extramatrimonial de LUIS EDUARDO y ALBERTO RINCON.

En conclusión expreso: En otras palabras, no se halla demostrado dentro del plenario la relación o vínculo de consaguinidad (sic) existente entre el actor y la víctima de los hechos que se aducen como base de la demanda y que constituyen el fundamento del interés para deducir responsabilidad a La Nación Colombiana y consecuencialmente condena al pago de los perjuicios que se afirma se irrogaron al actor.

> Se presenta pues, ausencia del presupuesto material de "legitimación en la causa' que tanto la parte demandada (alegato de conclusión), como la señora Fiscal (concepto de fondo) plantean, que conlleva a proferir decisión adversa a las pretensiones de la demanda".

5. Contra la anterior providencia, el apoderado del actor interpuso dentro del término, recurso de apelación, que sustenta en las certificaciones de registro del estado civil que obran en el proceso, manifestando que ellas según el Decreto 1260 de 1970 son la prueba de que Luis Eduardo y Alberto Rincón "tienen un génesis común de descendencia: su señora madre ROSA MARIA RINCON. . . ." (fol. 81).

Manifiesta el apelante que dichas certificaciones son documentos Públicos expedidos por funcionarios que dan constancia de la inscripción de los antes mencionados como hijos extramatrimoniales de la misma señora ROSA MARIA RINCON. Adiciona su escrito con la aclaración de que dicha maternidad no fue impugnada, lo que comprueba aún más la calidad de madre natural que ostentaba la señora Rincón.

Anexa al escrito de sustentación del recurso, copias auténticas de los registros de estado civil de Luis Eduardo y Alberto Rincón, visibles a folios 86 a 88.

6. Dentro del traslado a las partes para alegar de conclusión, la apoderada de la demandada presentó memorial visible a folios 96 a 96, en el cual con fundamento en los artículos 1o. de la Ley 45 de 1936 y también 1o. de la Ley 75 de 1968, manifestó: "Los registros aportados al proceso para demostrar el parentesco entre el hoy occiso y el demandante no son suficientes puesto que en ellos no figura el reconocimiento que debió hacer la madre al momento de la inscripción del nacimiento tal como lo preveen las normas arriba citadas.

> En verdad, que si el acta de inscripción del nacimiento es, en principio, una prueba del parto, no es menos que no puede considerarse como prueba irrefutable, porque ella puede contener la declaración mentirosa que el denunciante hace al registrador del Estado Civil, o el mismo redactor de la partida puede incurrir en yerro.

Como se puede ver el registro de LUIS EDUARDO (occiso) y ALBERTO

RINCON no son idóneos para acreditar el estado civil de hijos naturales porque omite el reconocimiento que la madre debió realizar, porque así como no basta que en determinado registro se diga que XX es hijo legítimo de YY, porque es necesaria la prueba del correspondiente matrimonio, tampoco puede ser de recibo que se omita en el caso de un hijo extramatrimonial el respectivo reconocimiento de los padres, en el presente caso el de la madre" (fols. 95 y 96).

7. Por su parte, el Fiscal Octavo de la Corporación conceptúa que debe confirmarse la sentencia del a-quo, acogiendo la motivación de la mencionada providencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud de que el punto de debate planteado es la falta de legitimación en la causa por parte del actor, es necesario entrar a su análisis:

El demandante señor ALBERTO RINCON, mediante demanda de reparación reclama sentencia favorable a sus pretensiones en calidad de hermano de ALBERTO RINCON, quien resultó muerto en hechos ocurridos el 21 de septiembre de 1985.

Para demostrar la titularidad del derecho pretendido, se allegó al expediente sendos certificados de registro civil de nacimiento de LUIS EDUARDO Y ALBERTO RINCON (fols. 10 y 12). En ambos certificados aparece como madre la señora ROSA MARIA RINCON.

Para el actor, dichos certificados son prueba suficiente de que los mencionados LUIS EDUARDO Y ALBERTO, son descendientes extramatrimoniales de la señora ROSA MARIA RINCON, sinembargo, frente a las disposiciones legales vigentes, ello no es así, y le asiste razón al a-quo cuando expresa: "..... De otra parte el artículo 1o. de la Ley 75 de 1968 que modificó el artículo 2o. de la Ley 45 de 1936 dispone que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y que en caso de que éste se efectúe en el acta de nacimiento requiere de la firma de quien hace tal reconocimiento.

En el evento de autos no aparece documento alguno con el que se acredite que la señora Rosa María Rincón haya declarado o reconocido su carácter de madre de Luis Eduardo y Alberto Rincón, como tampoco se aportó prueba alguna del hecho de ser aquella soltera o viuda al momento del parto y del hecho mismo del parto de Luis Eduardo y Alberto.

En otras palabras, no se halla demostrado dentro del plenario la relación o vínculo de consaguinidad (sic) existente entre el actor y la víctima de los hechos que se aducen como base de la demanda y que constituyen el

En conclusión expreso: En otras palabras, no se halla demostrado dentro del plenario la relación o vínculo de consaguinidad (sic) existente entre el actor y la víctima de los hechos que se aducen como base de la demanda y que constituyen el fundamento del interés para deducir responsabilidad a La Nación Colombiana y consecuencialmente condena al pago de los perjuicios que se afirma se irrogaron al actor.

> Se presenta pues, ausencia del presupuesto material de "legitimación en la causa' que tanto la parte demandada (alegato de conclusión), como la señora Fiscal (concepto de fondo) plantean, que conlleva a proferir decisión adversa a las pretensiones de la demanda".

5. Contra la anterior providencia, el apoderado del actor interpuso dentro del término, recurso de apelación, que sustenta en las certificaciones de registro del estado civil que obran en el proceso, manifestando que ellas según el Decreto 1260 de 1970 son la prueba de que Luis Eduardo y Alberto Rincón "tienen un génesis común de descendencia: su señora madre ROSA MARIA RINCON. . . ." (fol. 81).

Manifiesta el apelante que dichas certificaciones son documentos Públicos expedidos por funcionarios que dan constancia de la inscripción de los antes mencionados como hijos extramatrimoniales de la misma señora ROSA MARIA RINCON. Adiciona su escrito con la aclaración de que dicha maternidad no fue impugnada, lo que comprueba aún más la calidad de madre natural que ostentaba la señora Rincón.

Anexa al escrito de sustentación del recurso, copias auténticas de los registros de estado civil de Luis Eduardo y Alberto Rincón, visibles a folios 86 a 88.

6. Dentro del traslado a las partes para alegar de conclusión, la apoderada de la demandada presentó memorial visible a folios 96 a 96, en el cual con fundamento en los artículos 1o. de la Ley 45 de 1936 y también 1o. de la Ley 75 de 1968, manifestó: "Los registros aportados al proceso para demostrar el parentesco entre el hoy occiso y el demandante no son suficientes puesto que en ellos no figura el reconocimiento que debió hacer la madre al momento de la inscripción del nacimiento tal como lo preveen las normas arriba citadas.

> En verdad, que si el acta de inscripción del nacimiento es, en principio, una prueba del parto, no es menos que no puede considerarse como prueba irrefutable, porque ella puede contener la declaración mentirosa que el denunciante hace al registrador del Estado Civil, o el mismo redactor de la partida puede incurrir en yerro.

Como se puede ver el registro de LUIS EDUARDO (occiso) y ALBERTO

RINCON no son idóneos para acreditar el estado civil de hijos naturales porque omite el reconocimiento que la madre debió realizar, porque así como no basta que en determinado registro se diga que XX es hijo legítimo de YY, porque es necesaria la prueba del correspondiente matrimonio, tampoco puede ser de recibo que se omita en el caso de un hijo extramatrimonial el respectivo reconocimiento de los padres, en el presente caso el de la madre" (fols. 95 y 96).

7. Por su parte, el Fiscal Octavo de la Corporación conceptúa que debe confirmarse la sentencia del a-quo, acogiendo la motivación de la mencionada providencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud de que el punto de debate planteado es la falta de legitimación en la causa por parte del actor, es necesario entrar a su análisis:

El demandante señor ALBERTO RINCON, mediante demanda de reparación reclama sentencia favorable a sus pretensiones en calidad de hermano de ALBERTO RINCON, quien resultó muerto en hechos ocurridos el 21 de septiembre de 1985.

Para demostrar la titularidad del derecho pretendido, se allegó al expediente sendos certificados de registro civil de nacimiento de LUIS EDUARDO Y ALBERTO RINCON (fols. 10 y 12). En ambos certificados aparece como madre la señora ROSA MARIA RINCON.

Para el actor, dichos certificados son prueba suficiente de que los mencionados LUIS EDUARDO Y ALBERTO, son descendientes extramatrimoniales de la señora ROSA MARIA RINCON, sinembargo, frente a las disposiciones legales vigentes, ello no es así, y le asiste razón al a-quo cuando expresa: "..... De otra parte el artículo 1o. de la Ley 75 de 1968 que modificó el artículo 2o. de la Ley 45 de 1936 dispone que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y que en caso de que éste se efectúe en el acta de nacimiento requiere de la firma de quien hace tal reconocimiento.

En el evento de autos no aparece documento alguno con el que se acredite que la señora Rosa María Rincón haya declarado o reconocido su carácter de madre de Luis Eduardo y Alberto Rincón, como tampoco se aportó prueba alguna del hecho de ser aquella soltera o viuda al momento del parto y del hecho mismo del parto de Luis Eduardo y Alberto.

En otras palabras, no se halla demostrado dentro del plenario la relación o vínculo de consaguinidad (sic) existente entre el actor y la víctima de los hechos que se aducen como base de la demanda y que constituyen el

fundamento del interés para deducir responsabilidad a la Nación Colombiana y consecuencialmente condena al pago de los perjuicios que se afirma se irrogaron al actor". (fols. 77 y 78).

Y para abundar en la necesidad del reconocimiento del hijo extramatrimonial, que no se probó en el sub-lite, la Sala se permite transcribir la parte pertinente del auto proferido por esta Sala al desatar un recurso de súplica" ". . . . . .a. Conforme a los artículos originales del C. C., 318 y ss., tanto el padre como la madre naturales, debían 'reconocer' por instrumento público al hijo y en caso de 'maternidad disputada' disponía el derogado artículo 324, en su inciso final: **la partida de nacimiento no servirá de prueba para establecer la maternidad".**

En este régimen, pues, no había sino el reconocimiento voluntario del padre o madre, mediante documento público.

b) El mismo régimen se mantuvo con las modificaciones de la Ley 153 de 1887.

c). La ley 45 de 1936, cambió la situación del hijo natural frente a la madre. Dispuso en su artículo 1o.:

El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento.

Pero aún tiene que probar dos hechos importantes el hijo que afirme tener por madre natural a determinada mujer:

1. Que era soltera o viuda al momento del parto; y

2. El hecho mismo del nacimiento o parto.

d). Conforme al artículo 1o. de la Ley 75 de 1968, la maternidad se prueba por la firma de la madre en la 'acta de nacimiento' y en su ausencia, por la investigación que debe adelantarse conforme al inciso final de dicho artículo, común a padre y madre y la comparecencia de los mismos.

O, con aplicación del artículo 1o. de la Ley 45 de 1936, citada por el recurrente, probando, ante la ausencia de la firma de la madre en el registro civil de nacimiento, el hecho del parto y la calidad de soltera o viuda, o si era casada la prueba, con sentencia debidamente ejecutoriada, de que fue impugnada la paternidad legítima y ésta fue acogida.

e). De ahí que conforme al artículo 75 de la Ley 153 de 1887, en concordancia

con el artículo 335 del C. C., la impugnación de la maternidad implica la prueba de la falsedad del parto o la suplantación del hijo nacido por otro". (Auto del 22 de septiembre de 1983. Expediente No. 3880. Actor: Larys María Narváez).

Con base en lo anterior, se concluye claramente que no se demostró el estado civil requerido para legitimar las pretensiones de Alberto Rincón, como supuesto hermano extramatrimonial del occiso Luis Eduardo Rincón, pues, no se acreditó fehacientemente el hecho básico de haber tenido una misma progenitora.

El apelante, allegó con su recurso copia autenticada de los registros civiles que obran a folios 86 a 88, los que no aportan nada nuevo para la decisión, puesto que en ellos no aparece la firma de la madre en aceptación del reconocimiento de que se trata. Vale la pena precisar con relación al documento que ocupa el folio 87, que si bien es cierto allí se hace mención a la comparecencia de Rosa María Rincón, esta no lo suscribe, además de que ello no subsana la deficiencia que se ha recalcado, puesto que el reconocimiento echado de menos debió acreditarse con respecto al hoy demandante y al occiso, lo cual no ocurrió.

Además, cabe aclarar al recurrente que una cosa es la inscripción del nacimiento en el registro de estado civil, que es la certificación que normalmente expiden los notarios, y otra bien distinta el reconocimiento que en calidad de padre o madre extramatrimoniales están obligados a hacer quienes dicen ostentar dichas calidades.

De manera que, ante la falta de legitimación por parte del actor, se impone la denegatoria de las pretensiones de la demanda, confirmando así la sentencia apelada en su integridad.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, o sea, la de 22 de febrero de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de fecha, junio trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, aclara el voto, *Juan de*

Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández, Julio Cesar Uribe Acosta.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

HIJO EXTRAMATRIMONIAL - Prueba / **LEGITIMACION POR ACTIVA**
(Aclaración de voto)

En providencia anterior similar a la presente salvé el voto. Sin embargo creo que la tesis nueva es legal e inobjetable. En mi salvamento hice una interpretación simplemente literal y recortada, cuando ella estaba exigiendo, expresamente, no sólo la prueba del hecho mismo del nacimiento sino de ser soltera o viuda la sedicente madre; e implícitamente, la demostración de que la madre que figura en el registro es la misma que realmente dio a luz el hijo que alega esa maternidad. Y la mejor forma para demostrar este extremo (no la única) es la firma por parte de la madre del acta de nacimiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., Junio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 6300. Actor: Alberto Rincón. Ponente Doctor Daniel Suárez H.

Aclaración de Voto: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Con todo respeto, aclaro mi voto frente a la sentencia de junio 14 de 1991 dictada en el proceso de la referencia.

Me mueve a ello fundamentalmente el hecho de haber salvado también el voto en providencia similar de 22 de septiembre de 1983 (Proceso 3880 Lavys María Narváez) y no quiero aparecer ahora suscribiendo la tesis contraria sin observar nada al respecto.

En aquel entonces dije:

"Tampoco comparto la exigencia en torno al hijo natural frente a su madre. Esa calidad, según la ley, se tendrá respecto de la madre soltera, o viuda por el solo hecho del nacimiento. (artículo 1o. ley 45 de 1936). Por eso mismo cuando alguien se presenta a un juicio alegando esa calidad, le basta llevar la partida o el registro de nacimiento en el que conste que es hijo de fulana de tal. Partida o registro que demuestra el hecho mismo del nacimiento y que era soltera o viuda al momento del parto.

Solo cuando se trate de un proceso de maternidad disputado habrá que acreditar tales extremos, en principio, por quien tenga la carga de la prueba. Pero, en el caso subjudice no existe ni podía existir, esa disputa.

Ahora bien. Creo que la tesis nueva es legal e inobjetable. En el fondo ella lo que quiere es precisar el alcance probatorio del siguiente extremo normativo:

"También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento". (artículo 1o. ley 75 de 1968).

En mi salvamento de voto, hice una interpretación simplemente literal y recortada, cuando ella estaba exigiendo, expresamente, no solo la prueba del hecho mismo del nacimiento sino de ser soltera o viuda la sedicente madre; e implícitamente, la demostración de que la madre que figura en el registro es la misma que realmente dió a luz el hijo que alega su maternidad.

Y la mejor forma para demostrar este extremo (no la única) es la firma por parte de la madre del acta de nacimiento. Se dice que es la mejor, pero no la única, porque este extremo bien puede demostrarse por otros medios probatorios, entre ellos por la prueba testimonial.

Sobra anotar que la exigencia de ser soltera o viuda no es gratuita y no se debe simplemente afirmar sino que debe acreditarse porque, en principio, no puede reconocerse como natural el hijo de mujer casada.

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá, D. E., junio 26 de 1991.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS / PERJUICIOS MORALES

Los damnificados de una persona fallecida pueden demandar a la entidad responsable por el perjuicio que directamente sufrieron con el hecho y no por ser herederos de la que los sufrió. No podrán demandar indemnización por los perjuicios morales que se estima sufrió el de cujus porque estos son intransmisibles y personalísimos, reconocibles sólo para compensar pecuniariamente el dolor que sufrió dicha persona y no otra; en otras palabras, sólo a él se le compensa el precio de su dolor. En el caso de muerte instantánea no cabe hablar de un derecho indemnizatorio en cabeza del occiso y de la transmisión del mismo a sus causahabientes. Por eso, en tales condiciones no podrá accionarse a título de heredero sino de damnificado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., junio diez y ocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6283. Indemnizaciones. Actor: Aura Ligia Posada

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 4 de junio de 1990, mediante la cual el tribunal administrativo de Antioquia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y condenó en costas a los demandantes.

En la demanda instaurada contra la Nación (Ministerio de Defensa) por la sucesión del señor Orlando de Jesús Londoño L. el día 1o. de septiembre de 1988, se pidió la condena a dicha entidad por los daños morales causados al mencionado señor antes de su muerte.

Como hechos se narraron en síntesis:

1) Que el 18 de septiembre de 1986, el CT Tomas Ignacio Monroy R. y el SS Aurelio Mendoza M. del ejército nacional le dieron muerte al señor Orlando de Jesús Londoño L. en la vereda "La Salazar" de Belmira (Antioquia).

2) Que el hecho se debió a falla del servicio porque cuando los autores de la muerte adelantaban operación antisubversiva lo detuvieron, pese a ser un honrado campesino, y en acto de inusitada crueldad y barbarie "lo acuchillaron y degollaron, para luego meterlo en una bolsa de polietileno arrojarlo a una cueva donde fué encontrado por sus familiares al día siguiente.

3) Que precisamente por esa crueldad, el occiso vivió antes de su deceso una profunda angustia; la que de haber sobrevivido le habría permitido demandar la indemnización por perjuicios morales.

4) Que como falleció, ese derecho se transmitió a sus herederos.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el a-quo decidió en la forma indicada, con aclaración del voto de sus magistrados Ramírez Ramírez y Hoyos Duque, porque según ellos, la sentencia debió ser desestimatoria por no haberse demostrado "la ocurrencia de torturas y vejámenes que hubieran dado lugar al derecho de indemnización".

En dicho fallo se aceptó, como se expresó atrás, la falta de legitimación en causa por activa. Para aceptar esa posición arguyó el tribunal:

> "Los accionantes demostrando la calidad de esposa y de hijos de Orlando de Jesús Londoño Londoño y la ocurrencia de su muerte, pero no la condición reconocida de herederos suyos, solicitan que se condena a la nación a pagar en favor de la sucesión los perjuicios morales que dicen padeció su esposo y progenitor, con ocasión de los vejámenes y torturas que antecedieron a su muerte, a efecto de que dicho valor se integre a la masa hereditaria que luego habrá de repartirse entre la cónyuge sobreviviente y los legitimarios forzosos del causante.
>
> El perjuicio moral se traduce en el daño personal que recibe un individuo con ocasión de los sufrimientos o de la muerte de que ha sido víctima un ser querido.
>
> Ese dolor se sufre a título personal y su intensidad será proporcional al grado de amor, afecto y comprensión recíproca que haya existido entre la víctima y el agraviado. Se siente angustia y desesperación con la muerte del padre o de la madre, del hijo o del hermano, de la mujer o del marido, por la condición personal que se tiene frente a cada uno de éstos, como fruto de

unas bien cimentadas y permanentes relaciones y no por la calidad de heredero que depara un hecho, el de la muerte del causante.

El derecho a reclamar la indemnización por el perjuicio moral sufrido es un derecho propio, que surge como consecuencia de una circunstancia especial que lo ata a la víctima y no de un derecho hereditario, pues el causante jamás había ingresado a su patrimonio ese bien, pues para él sí se creó la expectativa de invocarlo por los dolores físicos, angustia y desesperación soportados ante la convicción de que era su fin, pero la expectativa quedó truncada con el consiguiente sacrificio.

El daño moral alegado como dice la apoderada de la Nación ". . . . .fue concomitante con su muerte. No puede separarse, en sana lógica el dolor sufrido durante la muerte, de ésta última".

Descontenta la parte actora con la decisión, apeló. Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir.

Para la fiscalía octava de la Corporación, la sentencia recurrida deberá revocarse para, en su lugar, desestimar las súplicas de la demanda. Se apoya la fiscalía, en su concepto de 10 de abril de 1991 (a folios 75 y siguientes), en los puntos de vista expuestos por los magistrados disidentes del tribunal y sobre la legitimación en causa, anota:

"Al interponer la acción en estas condiciones, están legitimados para hacerlo, no necesitando como lo exige la apoderada de la parte demandada, el reconocimiento de los actores, como cónyuge sobreviviente y herederos en el proceso de sucesión respectivo, porque en nuestro sistema probatorio como ha sido reiterado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, el carácter de heredero no sólo se puede comprobar por ese medio, sino igualmente con las correspondientes actas o partidas del Estado Civil, como lo ha hecho los actores en este caso, asumiendo esa calidad con la aceptación de la herencia de que habla el Artículo 1299 del C. C. al promover esta acción.

"De conformidad con lo dispuesto en el Art. 1155 del C. C. los asignatarios a título universal representan al causante para sucederle en todos sus derechos y acciones trasmisibles. Por regla general todo derecho es trasmisible salvo que se trate de aquellos que por su naturaleza son personalísimos o de orden extrapatrimonial.

En principio la obligación de carácter moral no es estimable en dinero, pero la violación del derecho correlativo, se puede traducir en una indemnización pecuniaria, que viene a constituirse en un derecho personal o de crédito, que hace parte del patrimonio.

Siendo los herederos como se explicó, representantes del causante para sucederle en todos sus derechos trasmisibles, ese derecho que tenía el causante para que le indemnizaran los sufrimientos que se afirma en la demanda padeció antes de su muerte, es transmisible a aquellos".

Por su lado, la parte actora insiste en que sí resultó probado que la ejecución del señor Londoño y sus compañeros se hizo con intervalos de tiempo, lo que permitió que supieran de su suerte con antelación y sufrieran una gran angustia; la que convertida en crédito en su patrimonio, entró a formar parte de los bienes herenciales.

Para decidir, se considera:

La demanda no está llamada a prosperar, como pasa a explicarse.

En fallo reciente (abril 24 de 1991, Proceso 6220, ponente Doctor Julio César Uribe A.) tuvo oportunidad esta sala de tocar punto idéntico al aquí juzgado, propuesto por la sucesión de uno de los hijos del señor Orlando Londoño (el occiso que figura en los hechos de la demanda que se decide).

En dicha sentencia, en forma completa y pormenorizada, se analiza el problema de fondo y se confirma la decisión del tribunal administrativo de Antioquia, pero por razones diferentes; entre las cuales se destaca que aunque sí se dió la falla del servicio, no se impone la condena consecuencial porque, tal como lo sostienen la Corte Suprema y el profesor Pérez Vives, "la muerte inmediata no produce perjuicios al fallecido que puedan transmitirse herencialmente".

Del mencionado fallo se destacan los siguientes apartes:

"Para el **ad quem** es claro que en el caso en comento se dió la falla del servicio. Si no se despachan favorablemente las pretensiones de la parte actora, ello se debe a una especial valoración jurídica de las circunstancias legales y particulares del caso, como se precisará en el aparte siguiente.

C) El **ad quem** tampoco hace suya la perspectiva jurídica que manejó el **a-quo** y que lo llevo a concluir que el derecho a la reparación del daño moral subjetivo sufrido por la víctima se transmite, en caso de muerte, a sus herederos, por tratarse de un derecho procesal o crédito, tesis defendida entre nosotros por el Doctor Javier Tamayo Jaramillo, en su obra De la Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial Temis, pag. 420, y en la doctrina chilena por el Dr. Arturo Alessandri Rodríguez (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Tomo II, pag. 470).

En casos como el presente, cuando la víctima no alcanzó a demandar la

reparación del daño causado, es de recibo la tesis patrocinada por la H. Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reiterada, y que el Dr. Alvaro Pérez Vives recuerda en su obra al señalar:

Por el momento nos limitaremos a destacar que el problema que dejamos enunciado es apenas la consecuencia de un hecho fundamental: que la pérdida de la vida humana no es fuente de ganancias; por lo tanto **"el accidente que causa la muerte de una persona y que da lugar a la indemnización de perjuicios, no puede considerarse como un bien patrimonial del muerto, por cuanto la muerte no tiene eficacia para acrecentar el patrimonio del fallecido".**

"En otros términos: **la muerte inmediata** no produce perjuicios al fallecido que puedan transmitirle herencialmente. El accidente, al cortar de manera imprevista la vida de la víctima, le ocasionó a ésta el máximo perjuicio: privado del ejercicio de uno de los derechos fundamentales del hombre: la vida, truncar todas sus actividades productivas. Pero ya nada de esto tiene valor en relación con el muerto, precisamente porque ha fallecido, y a un cadáver no se le pueden causar perjuicios. **De allí que sea unánimemente aceptado que no son los perjuicios causados al muerto los que se pueden reclamar, trátese de acción contractual o extracontractual".** La vida humana por las especiales relaciones que existan entre la víctima y el que acciona con fundamento en el accidente - por ejemplo, relaciones de parentesco- puede llegar a ser causa de reparación si v. gr. se presentaren tales relaciones como fuente de ingresos para los perjudicados con la muerte o como fuente probable de mayores beneficios patrimoniales legítimos".

La finalidad de la acción de reparación no es indemnizar el perjuicio causado al muerto con su fallecimiento, sino restablecer el equilibrio perturbado por el hecho culposo, sustituyendo o reemplazando la prestación que venía haciéndose por la víctima directa del accidente, en beneficio de sus allegados. La ley actúa en cuanto al resarcimiento del daño, imponiendo una reparación que corresponda al bien de que se priva a los lesionados.

La indemnización se dirige a obtener para aquellos las mismas condiciones en que se hallarían si no hubiere ocurrido el hecho ilícito".

Es pues, el perjuicio causado a las personas que recibían ayuda o beneficio económico del que ha muerto, o que con su deceso hayan sufrido cualquier perjuicio (por ejemplo, los gastos de entierro, la pérdida del dinero invertido por los padres en los estudios universitarios, ya concluidos, del muerto) el que puede ser causa de indemnización.

Esta misma idea ha sido expresada en otras palabras por la Corte: Para los

efectos indemnizatorios por perjuicio material no es propiamente la duración de la vida lo que vale, sino su capacidad productiva en relación con el apoyo cierto y concreto que dejó de tener el demandante al extinguirse esa vida dentro de las peculiaridades propias de cada caso. (Teoría General de las Obligaciones, Volúmen II, Parte Primera, Editorial Temis, 1968, pags. 266 y ss. ss.) Subrayas de la Sala).

En la materia que se viene analizando tampoco puede perderse de vista, como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, que la filosofía que informa la reparación del daño moral no es otra que la de proporcionarla a la víctima SATISFACCIONES EQUIVALENTES a lo que ha perdido, es decir, que el resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel SATISFACTORIO que, fallecida la víctima, en forma inmediata, ya no puede darse. Esta verdad jurídica explica bien que, en el caso en comento, las pretensiones indemnizatorias no estén llamados a prosperar (Ver sentencia C. Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Septiembre 27 de 1974, Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga. Jurisprudencia y Doctrina Tomo III No. 34 Octubre de 1974, pag. 623).

La Sala reitera la tesis que se expone en el fallo antes citado, en especial, en torno a las consecuencias de la muerte instantánea y anota en forma marginal.

1) Los damnificados de una persona fallecida pueden demandar a la entidad responsable por el perjuicio que directamente sufrieron con el hecho y no por ser herederos de la que los sufrió. Se parte así del supuesto de que ese derecho a la indemnización no estaba radicado en cabeza de la persona fallecida, sino que tuvo su origen en la lesión que le causó directamente a la persona damnificada, quien, y sin que esto cambie el enfoque, puede tener además el carácter de heredera de aquella.

2) Cuando una persona es lesionada por un hecho de la administración y fallece con posterioridad como consecuencia del mismo, pueden darse dos hipótesis bien diferenciadas, frente a sus herederos así: a) Si ya había demandado la indemnización de perjuicios (morales y materiales) se produce el fenómeno de la sucesión procesal y sus herederos, de prosperar la demanda, tendrán derecho a lo que se le reconozca al de cujus; y b) Si no había demandado aún, sus herederos podrán reclamar, en su carácter de tales y para la sucesión, los perjuicios materiales que el causante sufrió hasta el momento de su fallecimiento. En cambio, no podrán demandar indemnización por los perjuicios morales que se estima sufrió el de cujus porque éstos son intransmisibles y personalísimos, reconocibles solo para compensar pecuniariamente el dolor que sufrió dicha persona y no otra; en otras palabras solo a él se le compensa el precio de su dolor.

A este respecto la sala comparte la opinión del profesor Jean Carbonnier

para quien "el perjuicio resultante de los sufrimientos padecidos por la víctima es un perjuicio eminentemente personal; la acción de resarcimiento, fundada en ese daño, es una de las acciones "vindictam spirantes" que perece con la muerte de su titular (cf. art. 957, pfro. 2o. se presume la remisión, si se fallece sin haber intentado el ejercicio de la acción)".

3) Lo precedente, se repite, no impide que quien sea heredero pueda demandar además a nombre propio, por el perjuicio que sufrió con el hecho de la administración. Las ideas precedentes tienen apoyo en la doctrina. Así, los hermanos Mazeaud y André Tunc, en su Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Tomo II, pag. 47 sostiene a ese respecto:

> "Es preciso distinguir además (2 bis). Los parientes de una persona fallecida de resultas de un accidente pueden reclamar reparación a título de herederos (3); el perjuicio que invocan es entonces el sufrido por el difunto; litigan en nombre de su causante; todo debe transcurrir como si el difunto procediera por sí mismo. Por lo tanto, el demandado podrá o ponerle a los herederos la culpa de su causante, igual que se la habría podido oponer a este último. Pueden igualmente, aunque sean herederos, proceder en su nombre propio; reclaman reparación del perjuicio moral o material que sufren personalmente por el hecho de esa muerte (4)".

En el mismo sentido se pronuncia el profesor Alessandri Rodríguez, para quien el suceso a título universal puede intentar la acción por daños materiales y morales que competía al causante. A este respecto puede verse la obra del citado autor.

De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil (Imprenta Universitaria Santiago de Chile, 1943, pags. 386 y siguientes).

Como se observa la sala comparte parcialmente la tesis de los autores antecitados, con la limitación anotada en el literal B del numeral 2 precedente.

4) En el caso de muerte instantánea no cabe hablar de un derecho indemnizatorio en cabeza del occiso y de la transmisión del mismo a sus causahabientes. Por eso, en tales condiciones, no podrá accionarse a título de heredero sino de damnificado. Y tal fue la situación evidenciada en el presente proceso.

En parte alguna se demostró que a la muerte precedió un período de torturas y vejámenes; hechos que no se infieren siempre por sí solos del estado del cadáver; el que bien pudo violentarse luego de la muerte, por pura sevicia. Aquí el problema se dilucida probatoriamente y con sujeción al principio de la carga de la prueba.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administra-

tivo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de 4 de junio de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia. En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 13 de junio de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO

Resulta inexplicable, a la luz de la lógica de lo razonable, que se acepte que un soldado está obligado a disparar porque vio "sombras" y sintió "ruidos". La afirmación de que frente a estas circunstancias dio las voces de alerta o de alto, que al ser desobedecidas lo determinaron a disparar, no es de recibo, pues con esa filosofía los soldados que hacen frente a los problemas de orden público, tendrían que desplazarse por las zonas de combate dando permanentemente ordenes de "alto" y disparando sin tregua a diestra y siniestra. Reflexionando sobre el alcance de ese modo judicial de razonar, queda la impresión de que la tropa no ha sido preparada para combatir el temor, y, por lo mismo, él degenera en una serie de fobias: temor al ruido, temor a las sombras.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS

No es que la Corporación niegue el derecho de resarcimiento del daño moral que pueden sufrir los parientes de la víctima sino que se trata de un problema esencialmente probatorio. Es decir, los daños, cualquiera que ellos sean patrimoniales o extrapatrimoniales, pueden y deben ser resarcidos, pero ellos no se presumen sino que deben ser demostrados por quienes lo reclaman, excepto cuando quienes sufren los morales son los padres, hijos o cónyuges. REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. mayo 18/90, Ponente Dra. Clara Forero de Castro. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. junio veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nro. 6423. Actor: HECTOR IVAN MONTOYA SANCHEZ. Demandado: LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día tres (3) de octubre de mil novecientos noventa (1.990), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que en su parte resolutiva, dispuso:

"1. Se declara administrativamente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa Ejército Nacional, de la muerte de Gustavo de Jesús Montoya Sánchez ocurrida el 20 de octubre de 1.988 en el municipio de Belén de Umbría (Rda.).

"2. En consecuencia se condena en concreto a la Nación -Ministerio de Defensa Ejército Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales a Betzabé Montoya Sánchez con cédula 24.546.987 y a Leticia del Socorro Montoya Sánchez con cédula 24.548.111, el equivalente a quinientos (500) gramos oro, c/u. Los valores de las condenas se determinarán por el valor del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, valor que certifique el Banco de la República. Las sumas así determinadas devengarán intereses comerciales durante seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia de ahí en adelante devengarán intereses moratorios.

"3. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 C.C.A. Para su efectividad se enviará copia al respectivo Agente del Ministerio Público.

"4. Se deniega las otras pretensiones de la demanda. (fls. 214-215, Cuaderno Principal).

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

"1. Héctor Iván, Orlando de Jesús, Luz Marina, Betzabé y Leticia del Socorro Montoya Sánchez presentaron demanda contra la Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional, con pretensiones de reparación directa, que integran el siguiente petitum:

"1.1. Que se declare a la Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional, administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a los actores por la muerte de Gustavo Montoya Sánchez ocurrida el 20 de octubre de

1.988 en Belén de Umbría.

"1.2 Que en consecuencia se condene a la entidad demandada a pagar a cada uno de lo actores , por concepto de perjuicios morales, el valor de 1.000 gramos oro.

"1.3 Que se condene en consecuencia a la entidad demandada a pagar a los actores sobre las sumas anteriores ". . . . los intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice nacional de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia hasta que se produzca su efectivo cumplimiento. . . ." (fl. 20).

"2. Los hechos expuestos en la demanda son los siguientes:

"El 20 de octubre de 1.988 en la Vereda Piñales , Municipio de Belén de Umbría, en la casa de la finca de José Jaramillo donde era trabajador, Gustavo Montoya Sánchez se encontraba comiendo a eso de las 6:30 de la tarde.

El soldado Rosemberg Santa pertenece a un grupo militar que estaba temporalmente radicado en la misma vereda en operaciones de orden público, llegó al patio de la casa y ante el comportamiento del labriego Montoya de levantarse asustado, le disparó con su fusil causándole la muerte.

"Cuarto: No existió orden de allanamiento u orden escrita de autoridad judicial competente que justificara el operativo militar, violando consecuencialmente claros preceptos legales y constitucionales.

"Quinto: No existió proporcionalidad entre la conducta asumida por el sujeto pasivo (Sr. Gustavo Montoya Sánchez) y la violencia e injustificada respuesta del agresor (soldado Rosemberg Santa). Mientras que aquel no portaba ningún arma, este disparaba su mortífero fusil 'galil'. . . .Noveno: El sujeto activo del hecho delictuoso, soldado Rosemberg Santa, se desempeñaba en ese momento como servidor público, y portaba por razón del servicio, un fusil 'galil' con el que ocasionó la muerte de Gustavo Montoya Sánchez. . . ."

"El homicidio de Montoya "ha ocasionado un grave daño moral a su familia, quienes lo apreciaban entrañablemente, y a quienes ayudaba en su modesta subsistencia. . . .Naturalmente, los daños y perjuicios ocasionados por este luctuoso acontecimiento, están indiscutiblemente ligados causalmente con la falla de la Administración. . . ." (fls. 199-201, Cuaderno Principal). .

. . . . . .

. . . . . .

CONSIDERACIONES

"1. El asunto por su naturaleza, lugar de ocurrencia de los hechos y cuantía, estimada en la demanda para cada una de las pretensiones en el valor de 1.000 gramos oro, a $5.159.16 cada uno, es de competencia en primera instancia de este Tribunal. No se advierte ningún defecto procesal que impida dictar sentencia de mérito.

"2. En este caso la demanda afirma que la responsabilidad que atribuye a la Nación tiene como fundamento una falla en el servicio. Los supuestos estructurales de esta responsabilidad estatal han sido señalados por la doctrina y la jurisprudencia así: A) Un hecho u omisión constitutivo de la falla en el servicio. B) Un daño o perjuicio sufrido por los demandantes. C) Un nexo causal entre la falla y el perjuicio.

"3. Las pruebas obrantes en este proceso y en el que se inició por la Justicia Penal Militar por los mismos acontecimientos, dan cuenta fehacientemente de los hechos siguientes:

"3.1 En la vereda Piñales por la época del 20 de octubre de 1.988 operaba dependiente del Batallón de Artillería San Mateo de Pereira, una base militar en tareas de orden público bajo el mando de un Mayor. Entre los soldados allí destacados se encontraba Rosemberg Santa, quien prestó servicio militar desde abril 20/88 hasta octubre 13/89 (fl. 172). El día 20 de octubre de 1.988 el soldado Santa se encontraba en desarrollo de labores propias de su condición militar, con dotación de su fusil, y era integrante de la escuadra que comandaba el Cabo Alexander Parra M. Estos datos se encuentran debidamente comprobados en documentos oficiales y prueba testimonial de algunos militares.

"3.2 Pasadas las seis de la tarde del 20 de octubre de 1.988, se presentó un alarma en el área de la base ocasionada por un disparo que se escuchó. Tal alarma ocasionó el despliegue de la escuadra comandada por el cabo Parra S., despliegue que se realizó entre un cafetal. Tres soldados, Jorge Restrepo (fl. 58), Mauricio Laverde (fl. 55) Y Rosemberg Santa extendieron su acción más allá que el resto de la escuadra alejándose un tanto de sus compañeros y llegando hasta la proximidad de la casa **donde Gustavo Montoya** se dedicaba a comer en el corredor. El alejamiento del resto de la escuadra se infiere de la declaración del Cabo Parra Sánchez (fl. 96).

"Estos antecedentes próximos a la muerte de **Gustavo Montoya** aparecen claramente comprobados en el procesal penal militar. Así relata el cabo Alexander Parra: "Eran las seis y cuarto de la tarde, veníamos de hacer un registro mi escuadra más la escuadra del Cabo Sánchez. Estábamos haciendo el registro en la parte de la repetidora de acá de Belén, a esa hora

nos disponíamos a comer, cuando tipo seis y treinta de la tarde se efectuó una alarma en la parte de arriba de la base, donde duermen los soldados, en ese momento yo salí con la escuadra, no se el nombre de ellos porque apenas llevo trabajando una semana con ellos, se oyó un disparo - - - en la parte del cafetal, en ese momento los soldados se introdujeron al cafetal y se hizo un registro de esa parte, más de tres soldados de mi escuadra cogieron otro rumbo y llegaron hasta la casa del mencionado, o sea del difunto, yo le dije a la escuadra que se retiraran, que acabaran con el registro yo no había notado la ausencia de los tres soldados, ellos eran Rosemberg parece y los otros dos no me acuerdo. Llego a la base al puesto de mando, formo la escuadra y noto de ver la ausencia de los tres soldados, en ese momento no podría dirigirme a buscarlos porque sería un riesgo, porque ya estaba oscuro y era tipo siete de la noche y esperé hasta que llegó la mala noticia de que mataron al civil. . . ." (fls. 96-97). Otros militares suministran sobre estos antecedentes versiones que corroboran la del Comandante de la Escuadra. Los declarantes, como ellos mismos los manifiestan, no presenciaron la actuación del soldado Santa cuando disparó sobre **Montoya.** Tan sólo se enteraron más tarde de que un civil había sido muerto por un soldado. Inclusive los soldados Laverde y Restrepo dicen no haber presenciado cuando Santa disparó, pues estaban retirados de él en ese momento.

"3.3. El soldado Santa se aproximó a **Montoya**, quien estaba comiendo, y como este se levantara y dirigiera al interior de la casa, le disparó hiriéndolo en el abdómen, lesión que le produjo la muerte. Así se desprende de las declaraciones de los habitantes de la casa que también presenciaron el acto del disparo, pero sí escucharon las voces del soldado en la proximidad de la casa y el disparo, acudiendo de inmediato en auxilio del herido. Deysi Gutiérrez que fue herida igualmente por el proyectil que mató a Montoya, relata: ". . . al tiempo que yo iba a salir para la cocina cuando iba cruzando para la sala oí que hablaron pero no sé quien; en ese momento Gustavo se iba a entrar para adentro, dentraba (sic) a avisarme a mi que había llegado gente, como él casi no sabía hablar porque las palabras me dijo se le entendían, cuando yo ví que llegó al quicio de la puerta oí que le dispararon, oí el disparo, en ese momento me hirieron a mi también el brazo. . ." (fl. 152 vto.).

"4. Se adelantó investigación penal militar por la muerte de **Montoya** y en ella se oyó en indagatoria al soldado Santa. En providencia del **16 de agosto de 1.989** la Juez **34 de Instrucción** Penal Militar se abstuvo de decretar la detención preventiva del sindicado. En esa providencia se señala que el soldado Santa fue el autor de la muerte de Montoya, pero se le reconoce haber actuado bajo convicción errada e invencible de estar amparado por una causal de justificación (fl.144).

"5. El haberse causado la lesión con arma de dotación oficial hace aplicable

al caso el régimen jurídico de falla presunta en el servicio, así no se hubiese invocado este régimen jurídico en la demanda. Lo anterior en virtud del principio iura novit curia (C. E. Sección Tercera , Sentencia de julio 31/89, Exp. 2852-252-J, y Doctrina 1989, pág 734). Correspondería a la Administración desvirtuar tal falla presunta, demostrando que no hubo falla en el servicio, o que se trata de un evento de hecho o culpa de la víctima o hecho de un tercero, o fuerza mayor. En este proceso en el alegato de conclusión el apoderado de la parte demanda invoca como causal de exoneración de responsabilidad la culpa de la víctima.

"Sabido es que el hecho o culpa de la víctima exonera de responsabilidad, y en el caso de concurrencia de culpa la atenúa. En el primer caso el hecho causante del daño no es imputable a la administración sino que el vehículo causal se da por el contrario con un comportamiento culposo de la víctima en la cual se radica en el ámbito jurídico dicho nexo causal. En el segundo evento el hecho causante del daño es imputable tanto a la actuación de la administración como a una conducta culposa de la víctima dándose así una concurrencia de causas. Nótese que ambos casos de exige un comportamiento culposo de la víctima. El H. Consejo de Estado al tratar del régimen de responsabilidad por falla presunta cuando el daño se produce por uso de arma oficial, ha hecho esta precisión: ". . . Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma y extrema prudencia y diligencia en el porte y uso de armas. La culpa de la víctima jugaría un papel eximente solo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio, a punto tal que se constate que la administración fue obligada a utilizar legítimamente, dicha arma. . ." (sentencia de 31 de julio de 1.989, Sección Tercera, Exp. 28-52-252- Jurisprudencia y Doctrina de 1.988, pág. 738).

"En el caso presente la conducta del labriego **Montoya** está exenta de culpa. Su comportamiento no puede calificarse de imprudente o negligente, o contrario al que una persona prudente hubiera (sic) observado colocado en las mismas circunstancias objetivas. Al sentirse intempestivamente en la mira de un fusil, un acto que lo sustrajo de la tarea de comer, se levantó, se dirigió al interior de la casa, sin enfrentarse al soldado, sin actuar en forma que pudiera interpretarse objetivamente con amenaza. La justicia penal militar en la provisional calificación que implica la decisión de no decretar la detención preventiva del soldado Santa, lo hizo aplicando la causal de inculpabilidad de "Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación. . . "(fl.144). Se estimó por la Juez militar que investigaba los hechos que el soldado Santa procedió con una convicción errada e invencible, es decir, con una interpretación subjetiva que no correspondía a la realidad, una valoración equivocada del comportamiento inocente de la víctima. No se configura culpa en la conducta del labriego muerto.

"6. La muerte de Gustavo Montoya Sánchez se encuentra acreditada con prueba idónea (fl. 2) como es la copia del registro de su defunción ocurrida el 20 de octubre de 1.988 (serial 044331 Notaría Belén de Umbría). Según el protocolo de necropsia (fl. 95 Cuad, 2) la muerte de Montoya fue causada por la herida con arma de fuego "anemia aguda secundaria a lesiones de corte abdominal, vasos renales izquierdos, riñón izquierdo y cuyo efecto fue de naturaleza mortal. ." El nexo entre la falla presunta del servicio y la muerte de Montoya y los perjuicios morales, de que se tratará adelante es evidente.

Se dan pues los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado en este caso.

"7. Los demandantes impetran indemnización de perjuicios invocando la calidad de hermanos de la víctima. Este parentesco se encuentra comprobado con la pruebas del estado civil siguientes:

"A) Certificación de la Notaría de Belén de Umbría de que al serial 13345226 está inscrito el nacimiento de Gustavo de Jesús Montoya Sánchez ocurrido el 9 de noviembre de 1.953; b) Certificación de que al serial 13345279 de la Notaría de Belén de Umbría, está inscrito el nacimiento de Betzabé Montoya Sánchez ocurrido el 21 de febrero de 1.958; C) Certificación de que al serial 5684100 de la Notaría de Belén de Umbría , está inscrito el nacimiento de Leticia del Socorro Montoya Sánchez ocurrido el 12 de junio de 1.965; D) Certificación de que al serial 13345281 de la Notaría de Belén de Umbría se encuentra inscrito el nacimiento de Luz Marina Montoya Sánchez ocurrido el 10 de octubre de 1.959; E) Certificación de que en la pág. 135 dl Tomo 39 de 1.955 de la Notaría de Anserma (Cds.) está inscrito el nacimiento de Orlando de Jesús Montoya Sánchez, ocurrido en diciembre 11/55; F) Certificación de que al tomo 60 del serial 5684536 de la Notaría de Belén de Umbría está inscrito el nacimiento de Héctor Iván Montoya Sánchez ocurrido el 17 de diciembre de 1.968. Todos ellos aparecen como hijos de Juan Pablo Montoya Granada y Aura Elisa Sánchez Granada. Ante la ausencia de la prueba del matrimonio de la madre, ha de tenerse por comprobado que los demandantes de la víctima son por lo menos hermanos uterinos, (Art. 54 C.C.).

"8. Que los demandantes solicitan indemnización de perjuicios morales como hermanos de la víctima, es asunto que se desprende clara e inequívocamente de la demanda. En ésta, equívocamente se dice que ellos pueden reclamar tal reparación por haber muerto ya sus padres, como si en este caso se tratara de algo similar a órdenes hereditarios. Esta deficiencia de la demanda dió pie para que la apoderada de la Nación alegara (fl. 181) que tal demanda era inepta por no haberse acompañado como lo exige el artículo 139-5 C.C.A. la prueba del carácter con que el actor se presenta al proceso

cuando 'el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título'. El concepto fiscal en aparte ya transcrito antes, y que la Sala comparte, expresó: ". . . es irrelevante para los fines del derecho administrativo que quien pretende tal indemnización, sea o no heredero de la víctima. . . "

"9. Para que los hermanos de la víctima puedan tenerse como acreedores de la indemnización de perjuicios morales, deben acreditarlos demostrando bien la convivencia bajo el mismo techo, bien que a pesar de no darse tal circunstancia los afectos mutuos existían de manera especial.

"La única referencia probatoria sobre la existencia de vínculos de afecto o solidaridad fraterna de la víctima se relaciona con sus hermanas. La declaración de Darío Antonio Parra Jaramillo en cuyo testimonio se lee: ". . . El les ayudaba a las hermanas, lo que ganaba era para ayudarle a las hermanitas porque eran huérfanos. Lo mal gastado para él eran tres o cuatro paquetes de cigarrillos que se fumaba. No tenía más vicios. . . " (fl.155 Vto.) La posible convivencia de Gustavo Montoya con sus hermanos no es afirmada en la demanda. De la dirección suministrada como de los actores en la demanda, Avenida Umbría (fl. 27), no coincide con la mencionada por Deysi Gutiérrez quien manifiesta que Gustavo Montoya ". . . subía (a la finca) los lunes a quedarse allá trabajando toda la semana y venía los sábados por que él vivía aquí en Belén por la calle de Apía. . ." (fl. 154).

"No hay lugar a disponer el pago de perjuicios morales a los demandantes Héctor y Orlando Montoya. Respecto de las hermanas de la víctima se condenará el pago de perjuicios morales los que se tasarán siguiendo pautas jurisprudenciales, en el valor de 500 gramos oro para cada una.

"10. En el petitum se solicita el pago sobre las sumas que reconozcan de ". . .los intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice nacional de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia hasta que se produzca su efectivo cumplimiento. . . " (fl. 20).

"Los intereses sobre las sumas a que se refieren las condenas en esta jurisdicción es cuestión expresamente definida por el legislador (art. 177 C.C.A.), según el cual tales intereses serán los comerciales. Sabido es que este tipo de intereses es incompatible con ajustes que se relacionen con la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, que entre diversas maneras posibles se mide por las variaciones de índices de precios. En efecto, los intereses comerciales se integran por el llamado interés técnico (lo que se espera produzca dinero) y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Por ello los intereses se fijarán con sujeción al mandato legal citado. (Folios 204-214, Cuaderno Principal).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 219 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente temperamento:

"Dando cumplimiento a lo dispuesto en el segundo inciso del art. 212 del C.C.A. procedemos a sustentarlo de la siguiente manera, previa la aclaración de que se comparten los razonamientos expuestos por el Despacho en cuanto al régimen jurídico de responsabilidad aplicable, esto es, la de "Falla Presunta del Servicio", y lo relativo a la efectiva concurrencia de sus presupuestos estructurales para que se configure este tipo de responsabilidad administrativa.

"En lo que si no estamos de acuerdo, es en lo concerniente a la forma en que se liquidaron y fijaron los perjuicios morales reclamados, y en especial la circunstancia de excluir a los hermanos Héctor Iván y Orlando de Jesús Montoya Sánchez. Veámos:

"I. En efecto, el Tribunal solamente concedió indemnización de perjuicios morales en cuantía del equivalente a 500 gramos oro para cada una de las hermanas del labriego fallecido por considerar en pocas palabras que respecto de Héctor Iván y Orlando de Jesús no logró probarse la existencia de vínculos de afecto o solidaridad fraterna con la víctima, cuestión que sí ocurrió con las hermanas del mismo, toda vez, que para los hermanos del fallecido puedan ser acreedores de indemnización por concepto de perjuicios morales deben acreditarlos demostrando bien la convivencia bajo el mismo techo, o bien que a pesar de no darse tal circunstancia los afectos mutuos existían de manera especial. Para ello, cimenta su decisión básicamente en los testimonios de Darío Parra Jaramillo y Ana Deysi Gutiérrez, y en la circunstancia de que el agricultor muerto no habitaba con sus hermanos en l misma residencia, sino que vivía en la finca donde prestaba sus servicios, y no se afirmó tal hecho en la demanda (véase folio 212 fte. o pag. 14 de la sentencia).

"II. El criterio expuesto por el Tribunal sobre el particular es acertado, si tomamos en cuenta las recientes posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado en materia de indemnización de perjuicios morales para los hermanos del occiso. En efecto, si miramos la sentencia de fecha 16 de Nov/89 con ponencia del Consejero GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO se confirma la tesis de la providencia objeto de recurso. Veámos:

" . . .Ese núcleo familiar debe ser , se repite, el inmediato , es decir, el constituído por los padres, los hijos y los cónyuges y la misma Doctrina

> y Jurisprudencia han llegado hasta comprender en él a los hermanos menores de la persona cuyo patrimonio moral fuere dañado, y en cuanto a los mayores siempre que convivan bajo el mismo techo o se demuestre que los unen especiales lazos de afecto y ayuda o colaboración mutua."

"III. Pero, también es cierto, con apoyo en la misma sentencia que la responsabilidad de indemnizar el perjuicio subjetivo (moral) plantea diversos problemas, de suyo muy complejos, tales como: determinar cuándo se presentan, cuál es su medida, quienes están legitimados para reclamarlos, y finalmente su prueba. De idéntico criterio es nuestra Corte Suprema de Justicia, según reciente fallo de fecha 28 de febrero del año en curso (Mag. Ponente Dr. HECTOR MARIN NARANJO, publicada en la Revista No. 220 del mes de abril/90, págs. 241 a 260 de Jurisprudencia y Doctrina de la Edit. Legis). Lo cual nos lleva a preocuparnos con mayor interés en los aspectos relacionados con la prueba de los citados perjuicios, pues, es evidente (salvo criterio diferente) que no hay uniformidad de criterios en esta materia. Recordemos, como por ejemplo dependiendo de quien los reclame estos se presumen o nó. Así el Consejo de Estado en sentencia del 5 de febrero de 1.988, expediente No. 3009 con ponencia del Dr. BETANCUR JARAMILLO, expuso:

> "La muerte de Zambrano produjo, ciertamente, perjuicios a su madre. Pero la Sala considera que éstos no pueden ser sino de carácter moral y solamente por el dolor que el deceso de su hijo le produjo a su progenitora. Este dolor de afección o "Petitum doloris" se dedujo del hecho del parentesco y no desaparece por la circunstancia de que la madre y el hijo, como sucedió aquí, no convivieron bajo un mismo techo. Es esta una presunción judicial que en forma alguna aparece desvirtuada dentro del expediente, con pruebas valederas que dieron a entender que la madre no sentía realmente nada por su hijo y que lo había abandonado a su suerte."

"Mientras que en tratándose se los hermanos mayores del fallecido, no obstante estar acreditado el parentesco de consanguinidad, parece ser que los perjuicios morales "no se presumen" sino que deben ser demostrados como se dijo antes, ya bien sea con la convivencia bajo el mismo techo, o los especiales efectos de ayuda y colaboración con el occiso. Tesis esta, que en ni modesta opinión debe ser revisada y modificada, pues, es indiscutible e incuestionable que el fallecimiento de un hermano afecta el conjunto familiar así no se conviva bajo un mismo techo o no haya entre ellos especiales efectos de ayuda y solidaridad o colaboración recíproca. En este sentido remito al ad quem con todo respeto a la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 7 de febrero de 1.989 publicada parcialmente en la Revista No. 206 del Tomo XVIII mes de abril /89 de Jurisprudencia y

Doctrina de la Edit. Legis, que a mi juicio es la que mejor sintetiza el problema objeto de análisis. También me parece oportuno transcribir el siguiente acápite de la sentencia antes citada de la Corte Suprema de Fecha febrero 28/90.

> ". . . . Por otra parte, a pesar de que se argumenta -e, incluso, se admita, que el afecto que se siente por los hermanos de menor intensidad que el que se experimenta por los hijos o por los padres, no por tal causa se debe concluir, sin más, que el dolor que produzca la pérdida de uno de aquellos, tiene que ser demostrado con medio distinto al que es permisible acoger en las otras hipótesis ya señaladas, desde luego que tal discriminación es, a todas luces, infundada, (pág. 247, Revista No, 220 del Tomo XIX , abril /90. de Jurisprudencia y Doctrina de la Edit. Legis).

"Por lo brevemente expuesto, ruego al fallador de la segunda instancia revocar parcialmente la sentencia en el sentido de reconocer la indemnización de perjuicios morales en la cantidad de quinientos (500) gramos oro a favor de cada uno de los hermanos Héctor Iván y Orlando de Jesús Montoya Sánchez . (fls. 219-222, Cuaderno Principal)

III. VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA en su concepto de fondo, **OBSERVA:**

"La muerte de GUSTAVO DE JESUS MONTOYA SANCHEZ se acreditó debidamente mediante la respectiva acta de registro de defunción (fl.2).

"Que el autor del disparo que terminó con la vida de MONTOYA SANCHEZ fue el soldado ROSEMBERG SANTA adscrito el Ejército Nacional y en servicio activo en la localidad de Belén de Umbría, Risaralda; también es una realidad probatoriamente demostrada que el disparo mortal provino del arma de dotación que el citado soldado portaba en esa oportunidad.

"Las declaraciones rendidas por los compañeros de labores del soldado ROSEMBERG (fls. 55 a 61), son unísonas al señalar que en dicha ocasión, aproximadamente hacia las 6:30 p.m. oyeron una detonación al parecer proveniente de entre un cafetal cercano, debido a lo cual se dirigieron a dicho lugar y para lograr una mejor inspección del sitio , se desplazaron en grupos abarcando así toda la zona. En el grupo que se dirigió hacia la casa se hallaba el soldado ROSEMBERG SANTA quien se adelantó a sus compañeros y al llegar a las inmediaciones de la misma, disparó ocasionándole la muerte al ciudadano GUSTAVO MONTOYA SANCHEZ.

"La señora ANA DEYSI GUTIERREZ (fls. 151-54), relata que en dicha

ocasión GUSTAVO MONTOYA, trabajador de a finca, se hallaba comiendo en el corredor de la casa y ella estaba en el interior, cuando oyó voces y miró hacia la puerta observando que GUSTAVO se dirigía hacia adentro, pero al llegar éste al quicio de la puerta, oyó un disparo a la vez que sintió un fuerte impacto en su brazo derecho, y simultáneamente GUSTAVO cayó al piso. La misma declarante sostiene que minutos más tarde llegó el superior de los uniformados y dirigiéndose al soldado ROSEMBERG SANTA le dijo que por qué había disparado sin cerciorarse si era el muchacho al que perseguían, a lo cual el interrogado le contestó que se había equivocado.

"Se colige también de las declaraciones, que la víctima era mudo y algo retardado, que las pocas frases que pronunciaba no se le entendían, que por esa misma causa, cuando alguien le dirigía la palabra se tornaba huidizo y su respuesta la mayoría de la veces era dar la espalda, pero si esto sucedía en la casa, iba en busca de uno de los habitantes de la misma, para que acudiera al llamado del visitante, y esto con seguridad fue lo que en dicha oportunidad sucedió.

"Las versiones y pruebas analizadas demuestran claramente que la muerte de GUSTAVO MONTOYA SANCHEZ sucedió por la imprudencia del soldado ROSEMBERG SANTA quien obró con ligereza e irresponsabilidad al dispararle, sin mediar causa que lo justificara. El que estuviera en dicha ocasión efectuando un patrullaje, o la tensión a que se venían sometidos los soldados por se aquella zona de guerrilla, no son excusas válidas para aceptar que se utilicen las armas a la primera señal de sospecha que surja. Los uniformados que las portan deben ser adiestrados y concientizados de la responsabilidad que su misión les impone, así como el buen uso que de éstas deben hacer.

"En conclusión, se dan los presupuestos básicos para la configuración de la falla o falta del servicio. Indudablemente se produjo un daño representado en la muerte de GUSTAVO MONTOYA, por consiguiente un perjuicio a sus familiares más cercanos, los que incuestionablemente se afectaron moralmente con la pérdida de su hermano.

"Los actores no solicitan indemnización por perjuicios materiales. Su petición se concreta al resarcimiento indemnizatorio por los perjuicios morales a ellos ocasionados con la muerte de su hermano GUSTAVO MONTOYA. Es criterio se esta Fiscalía, que el vínculo de parentesco fraternal entre la víctima y los actores, sus cuatro hermanos, se halla plenamente demostrado mediante los documentos idóneos, vínculo éste que por sí solo representa la existencia de afecto y solidaridad entre los mismos, por consiguiente la pérdida irreparable de la vida de uno de ellos, en este caso de GUSTAVO DE JESUS de forma tan injusta e inesperada, indudablemente tuvo que repercutir en sus hermanos causándoles aflicción y congoja.

"Ninguna de la pruebas obrantes en el expediente demuestran lo contrario, no se tachan de falsedad los documentos que acreditan al parentesco consanguíneo de la víctima y los actores, tampoco existen versiones que afirmen que la víctima residía en lugar diferente al de los hermanos, simplemente este aspecto no se determina; ninguna de las declaraciones recepcionadas sostiene que las relaciones ente unos y otros se hubiesen deteriorado, o que existiera entre ellos enemistad o desunión. Por tanto al existir los lazos de parentesco entre la víctima y sus cuatro hermanos, actores en el presente proceso, y ser una realidad la afección moral que ellos sufrieron con la pérdida de su hermano, el Estado debe responder administrativamente indemnizándolos por el perjuicio moral ocasionado.

"En consecuencia, la sentencia apelada deberá ser modificada condenando a la Nación al pago de perjuicios morales a favor de cada uno de los hermanos de la víctima, acreditados como tales en el presente proceso. (fls. 240-243, Cuaderno Principal).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia apelada será confirmada, pues en ella se hace un seria, juiciosa y justa valoración de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso.

La falla del servicio quedó debidamente probada, siendo el testimonio de Deysi Gutiérrez muy ilustrativo para llegar a la anterior conclusión. Ella presenció y padeció una parte de la conducta antijurídica del soldado ROSEMBERG SANTA e ilustra al sentenciador sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvieron lugar los hechos. Por lo demás, el informe rendido por el Mayor ALDEMAR PERDOMO DAZA, Comandante de la Base acantonada e la Vereda Alto de Piñales, al Comandante del batallón San Mateo de Pereira se aduce, sin lugar a espacios para la duda, que el soldado citado ". . . . .hizo un disparo con su arma de fuego, donde hirió al particular GUSTAVO DE JESUS MONTOYA SANCHEZ, lado derecho del abdómen. . ." La misma providencia proferida por el Juzgado 34 de Instrucción Criminal, calendada el día veintiséis (26) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), en virtud de la cual ese Despacho resolvió abstenerse de decretar la detención preventiva del señor Rosemberg Santa, es bien ilustrativa para dar por probada la falla del servicio, pues allí se no niega que el sindicado hubiese dado muerte al señor GUSTAVO MONTOYA SANCHEZ; simplemente se puso en marcha una causal de inculpabilidad con el argumento de que el soldado ". . . . al ver sombras y sentir ruidos en la zona, dio voces de alerta, desobedecidas esta voces de alto, se vio obligado a disparar, ya que se encontraba en alerta por tenerse conocimiento que por el área existían células de grupos guerrilleros, conducta que se puede enmarcar en el artículo 36 numeral 3o. que dice:

"CAUSALES DE INCULPABILIDAD: No es culpable: 1. . . .2. . . . 3 Quien

realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación. . . ."

Valoraciones fácticas y jurídicas, con éste alcance, son las que han llevado a la Sala a predicar que la calificación de la conducta hay que hacerla desde perspectivas distintas: la penal, desde la órbita del código correspondiente, y la falla del servicio de la entidad pública, dentro de las reglas que gobiernan la responsabilidad de la administración. Resulta inexplicable, a la luz de la lógica de lo razonable, que se acepte que un soldado está obligado a disparar porque vió "sombras" y sintió "ruidos". La afirmación de que frente a esas circunstancias dió las voces de alerta o de alto, que al ser desobedecidas lo determinaron a disparar, no es de recibo, pues con esa filosofía los soldados que hacen frente a los problemas de orden público, tendrían que desplazarse por las zonas de combate dando permanentemente ordenes de "alto" y disparando sin tregua a diestra y siniestra. Reflexionado sobre el alcance de ese modo judicial de razonar, queda la impresión de que la tropa no ha sido preparada para combatir el temor, y, por lo mismo, él degenera en una serie de fobias. Temor al ruido, temor a las sombras. Por ello se enseña que el miedo hace al hombre poco juicioso en los tres grandes sectores de la conducta humana: sus tratos con la naturaleza, sus tratos con los demás hombres y sus tratos consigo mismo. Esa falta de juicio es la que lleva a la fuerza pública a cometer errores de conducta que se convierten en fuente de indemnizaciones por la administración. Para evitar el sacrificio inútil de tantas vidas humanas, por hechos como lo que se dejan estudiados, se impone una política de educación que, como, lo enseña Angelo Patri, permite tener miedo sólo en el momento adecuado. Los temores suelen generar tragedias que, como la que se deja descrita, ya no dan pie ni siquiera para un auto de detención.

B) La Sala patrocina la condena d que por perjuicios morales hizo el **a-quo** en favor de BETZABE, LUZ MARINA y LETICIA DEL SOCORRO MONTOYA SANCHEZ, quienes acreditaron ser hermanas extramatrimoniales de la víctima. El afecto que éste les profesaba lo destaca el declarante Dario Antonio Parra Jaramillo, cuando ilustra al sentenciador dentro del siguiente universo.

"El les ayudaba a las hermanas , lo que ganaba era para ayudarle a las hermanitas porque eran huérfanos. . . " Aunque no obra dentro del informativo otras declaraciones rendidas con el mismo temperamento , para el **ad-quem** lo dicho por el citado declarante tiene plena eficacia probatoria, habida consideración de las condiciones intrínsecas y extrínsecas del mismo. Por algo se enseña que los testimonio se pesan y no se cuentan.

C) No obra dentro del informativo ni un solo testimonio que permita vivenciar que los hermanos del occiso, señores HECTOR IVAN y ORLANDO DE

JESUS MONTOYA SANCHEZ hubieses sufrido un perjuicio moral, pues no se acreditó que vivieron bajo el mismo techo con el finado GUSTAVO MONTOYA SANCHEZ, o que tuvieran unas especiales relaciones afectivas con éste.

No obstante los esfuerzos de calistenia jurídica que el apoderado de la parte actora hace, en el escrito que sustenta el recurso de apelación, para que la Sala revise y modifique la pauta jurisprudencial que tiene sobre el particular, ella se reitera ahora, pues tiene el respaldo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que en recientes fallos ha dicho que los perjuicios morales demandados por los hermanos, deben demostrarse. Así, en sentencia de 18 de mayo de 1.990-. Sentencia 0381. Consejero Ponente, Dra. Clara Forero de Castro, se razonó así:

> "Fíjese bien, entonces, que no es que la Corporación niegue el derecho al resarcimiento del daño moral que pueden sufrir los parientes de la víctima sino que se trata de un problema esencialmente probatorio. Es decir, los daños, cualquiera que ellos sean, patrimoniales o extrapatrimoniales, pueden y deben ser resarcidos, pero ellos no se presumen sino que deben ser demostrados por quienes lo reclaman, excepto cuando quienes sufren los morales son los padres, hijo o cónyuges.
>
> "Y en esto no se separa la jurisprudencia de las tendencias doctrinarias, para lo cual bastaría con citar a autores tan conocidos como Adriano de Cupis (El Daño, No. 120, Ed. Bosch, Barcelona 1.975) Y Jorge Peirano Facio (Responsabilidad extracontractual No. 224, Ed. Temis, Bogotá. 1.981).
>
> "En el caso de autos, los testigos que dispusieron sobre este aspecto, los señores Guillermo Franco Gallego, Francisco Franco y Gabriel Angel Llano Vergara, se refieren a que el señor Hincapié Jaramillo ayudaba materialmente a sus padres y hermanos y que vivían muy familiarmente, pero no son específicos en la razón de su dicho ni relatan circunstancias de tiempo y lugar que respalden sus afirmaciones. Por esto, la Sala considera que estuvo acertado el fallador de primera instancia al aceptar como indicios de ese daño moral la relación familiar entre el hijo fallecido y sus hermanos menores con quienes convivía pero no en relación con los mayores, quienes aparentemente hacían vida separada y que también veían materialmente por sus padres. Y por esto mismo, no se explica la razón que lo llevó a reconocer y condenar el pago de tales perjuicios a las hermanas mayores María Concepción y María Lucero, según se anotó atrás, motivo por el cual se modificará en este punto la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que también se está conociendo en grado de consulta."

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 consultada, calendada el día tres (3) de octubre de mil novecientos noventa (1.990), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por las razones dadas en los considerandos de esta providencia;

2o.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de Origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Vehículo oficial

Se demostró que el actor fue atropellado cuando iba transitando por la acera. Además de la falla del servicio ordinaria, el caso puede ventilarse por el denominado régimen de la falla del servicio presunta. Es inaceptable que los conductores de vehículos oficiales o particulares para pasar otro automotor, como ocurrió en el caso en comento, resuelven invadir los andenes reservados para el tránsito de las personas asumiendo el riesgo de acabar con una vida humana. Conductas tan censurables tienen que ser sancionadas.

PERJUICIOS MORALES

Parece conveniente que el fallador, llegado el momento de evaluar los perjuicios morales, se coloque él mismo en la situación del ofendido, para interrogarse: Si el accidente me hubiera ocurrido a mí o a uno de mis seres queridos, qué habría demandado de la justicia? Se impone concluir que ser atropellado en la calle e incapacitado durante ochenta días, debe producir, necesariamente, un dolor subjetivo, que debe ser satisfecho. El incide necesariamente en la órbita de los afectos y en el mundo de los sentimientos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., Junio veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6476. Actor: José Máximo López. Demandado: Municipio de Rionegro.

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 procuradora judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día doce (12) de octubre de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Admìnistrativo de Antioquia, en virtud de la cual se denegaron las súplicas de la demanda, por las razones que se precisan en el mismo 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:

"José Máximo López L., por medio de apoderada judicial, demanda al Municipio de Rionegro a fin de que se le declare administrativamente responsable y se condene a pagar todos los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las lesiones personales recibidas el día 3 de febrero de 1987, al ser atropellado por el vehículo recolector de basuras conducido por el señor Leonardo Ramírez C. trabajador oficial del mismo municipio.

HECHOS:

Fueron narrados así en la demanda:

1o. El día 3 de febrero de 1987, el señor Máximo López fue atropellado por el vehículo oficial con placas OK-0905 de propiedad del Municipio de Rionegro, destinado a la recolección de basuras, conducido por el Trabajador Oficial vinculado a la Administración Municipal de Rionegro, Sr. Leonardo Ramírez C., en momentos en que cumplía con funciones propias de su cargo.

2o. A raíz de dicho accidente el Señor José Máximo López sufrió trauma encefalocraneano y avulsión en el pie (sic) con fractura del hueso cuboides, lesiones que lo obligaron a permanecer hospitalizado durante veinte días y le causaron una incapacidad de 80 más.

3o. En la actualidad el actor presenta frecuentes dolores en la cabeza y pierna lesionada, además de pérdida del sentido del gusto y del olfato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cita como fundamento legal de sus pretensiones los arts. 77, 78 y 86 del C. C. A., 1613 y 1614 del C. C.

Hay falla en el servicio cuando éste se presta deficientemente, se deja de prestar, o en la prestación del mismo causan daños a los particulares....

El Municipio, como los particulares, está obligado a resarcir compenzar o indemnizar todos los perjuicios que se ocasionen a otras personas pues de lo contrario se rompería el equilibrio social que se requiere en cualquier Estado de Derecho. El poder soberano del Estado tiene notorias limitaciones y por lo tanto cuando ocasiona daños a particulares a través de sus funcionarios o con objetos o bienes de su propiedad surge incuestionable la obligación de indemnizar".

POSICION DE LA ENTIDAD DEMANDADA

"El señor Alcalde, como representante del Municipio de Rionegro, acudió a la controversia y dió respuesta a la demanda en forma extemporánea. Alegando culpa de la víctima como causal eximente de responsabilidad.

En su escrito de conclusión, igualmente extemporáneo, reitera la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, por lo cual solicita sean negadas las súplicas de la demanda.

POSICION FISCAL

El Ministerio Público, Fiscalía Segunda de la Corporación considera que no se presenta responsabilidad extracontractual del Estado, pues hubo imprudencia del Sr. José Máximo López al pasar la calle "sin observar que el carro de gaseosas que estaba al frente le quitaba parte de visibilidad" y "siguiendo los parámetros de la falla presunta podría hablarse de una compensación de culpas".

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. Para que pueda formularse un juicio de responsabilidad en contra de la Administración y ésta sea consecuencialmente obligada al reconocimiento de una indemnización, se requiere la conjugación de tres elementos:

Una falta o falla del servicio, por omisión, retardo, irregularidad, insuficiencia o ausencia de servicio.

Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, con las características generales predicables en el derecho privado para el daño indemnizable como ser cierto, determinado o determinable y

Una relación de causalidad entre la falla o falta de la administración y el daño.

En relación con los daños ocasionados por vehículos automotores de la Administración, el Consejo de Estado en sentencia del 19 de diciembre de

1989 (Rosa Elena Franco Vda. de Bernal) - Consejero Ponente: Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo - afirmó: ". . . . .un vehículo automotor, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el vehículo pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir.

Así las cosas, estima la Sala que la prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con vehículos automotores pertenecientes a las personas públicas no es necesaria para comprometer la responsabilidad de estas últimas, siempre y cuando, obviamente, se haya probado el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio y además que **el elemento con el cual se causó el daño pertenecía al servicio o estaba a su disposición.** Se debe aplicar por tanto a este tipo de perjuicios, a juicio de la Sala, el denominado régimen de la falla del servicio presunta". (Se subraya).

En el expediente se encuentra probado que el día 3 de febrero de 1987, el señor Leonardo Ramírez Carvajal, trabajador oficial al servicio del Municipio de Rionegro como conductor del vehículo recolector de basuras, hacía su recorrido habitual por las calles de la zona urbana del Municipio a èso de las 12 del día aproximadamente, cuando al tratar de sobrepasar un vehículo repartidor de gaseosas por una calle de una sola vía, estrecha, por la cual solo cabe un vehículo al tiempo, tuvo que subirse al andén y atropello al Señor José Máximo López quien se desplazaba por este (declaraciones de la señora Marta Ligia Gaviria López - fl. 74 y Rafael Castaño Quintero fl. 99 fte. y vto.).

Los testigos Leonardo Antonio de Jesús Carvajal (fl. 98 vto.), quien conducía el vehículo recolector y Adolfo León Gómez Gómez (fl. 42) quien declaró ante la inspección de transito de Rionegro (Ant.) por el contrario, afirman que el demandante se bajó del andén y por ese motivo fue atropellado.

A pesar de que no se practicó inspección judicial al sitio de los hechos como hubiera sido lo deseable, cree la Sala luego de analizar la versión de los testigos que por tratarse e una calle estrecha y existir un camión repartidor de gaseosas en la misma vía el vehículo al servicio del municipio tuvo que subirse al anden. ". . . . .el carro si se subió una miajita (sic), la llanta de adelante, porque ahí estaba el rastro en el andén. . . . .En todo caso nosotros veníamos muy legal (sic) por la acera y no por la calle". (Declaración de Rafael Castaño Quintero, fl. 19 vto.).

Tampoco tiene la virtualidad de configurar una culpa exclusiva de la víctima que puede exonerar de responsabilidad a la administración, la

resolución No. 135 del 19 de marzo de 1987 proferida por la Inspección de Tránsito de Rionegro que declaró al demandante infractor del art. 123 del Código Nacional de Tránsito que prohibe a los peatones, entre otras conductas "invadir la zona destinada al tránsito de vehículos", toda vez que las faltas y sanciones aparecen contempladas en el título IV, arts. 175 y ss. En estos términos, la invasión por los peatones de las zonas destinadas al tránsito de vehículos, en estricto sentido no constituye contravención sancionable.

II. El daño para ser indemnizable, debe ser cierto, reclamado por quien resulte perjudicado y el beneficio que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico.

La certeza, salvo contadas excepciones, corresponde probarla al demandante. Si no existe esta certidumbre no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva.

El daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia, que la acción perjudicial del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.

Para la sala, no se probó que el hecho dañoso haya producido o pueda producir una disminución patrimonial en el demandante. Esto solo ha sido una afirmación que no encuentra respaldo probatorio.

Se asegura que el actor tuvo que pagar transporte público durante el tiempo de incapacidad y enfermedad, más no anexa ningún recibo por tal gasto ni los testigos se refieren a ello.

No se acreditaron pagos por drogas ni revisiones médicas. Tampoco se probó que hubiera dejado de percibir o ganar suma alguna. Sólo existe el testimonio de la señora María Ninfa Garcés viuda de Marín (fl. 100) quien afirma que cuidó al demandante por tres meses, le lavaba la ropa y organizaba la casa y que por ese trabajo percibía el salario mínimo. Para la sala este testigo no merece credibilidad ya que todo indica que su colaboración con el señor Máximo López se debía al conocimiento que tenía de este hace más de 20 años. Y hablar de la remuneración de ese trabajo con el salario mínimo, cuando todo indica que se trataba de una persona con ingresos modestos no es más que una exageración.

A folios 106 aparece copia del dictamen pericial rendido por el Instituto Seccional de Medicina Legal donde se expresa: ". . . . .en el señor José Máximo López L. no hay perdida de los sentidos del gusto y del olfato y la limitación de los movimientos del tobillo no constituye ni deformidad física ni perturbación funcional, y por lo tanto ratificamos la incapacidad médica

legal dada en ochenta (80) días, como única consecuencia natural."

La limitación de los movimientos de la articulación del pie no impide la función normal del mismo, y por lo tanto no se constituye en secuela. Si hubiera existido fractura mal consolidada, era de esperarse perturbación en la función, lo cual tampoco existe.

La cicatriz no deforma al Sr. José Máximo López L. (fl. 111).

Este concepto de los médicos legistas es contundente.

Con respecto a la cojera al caminar que presenta el actor, a folio 11 del expediente se encuentra el acta de reconocimiento que le practicó el Dr. Julio César Pineda Botero, médico legista de la División de Orden Público y Justicia, Regional Rionegro el 10 de junio de 1987 en la cual escribe: "Tobillo con buena motilidad; **marcha con leve cojera como secuela de fractura antigua de tibia izquierda mal consolidada".** (se subraya). Lo cual da a entender que se refiere a la fractura que recibió en accidente sufrido hace más de veinte (20) años (fol. 61 vto. 53 y 55).

En estas condiciones el perjuicio material no podrá ser indemnizado.

Tampoco existe prueba que permita concluir que el señor José Máximo López haya padecido daño moral, entendido este como la congoja o aflicción por haber sido lesionado y estar hospitalizado durante veinte días.

Cosa distinta sería, si como consecuencia de ese hecho le hubieran quedado secuelas estéticas o funcionales, lo que indudablemente haría presumir la existencia de ese perjuicio y daría lugar a indemnización.

Al no haberse probado todos los elementos para que se configurara la responsabilidad de la administración, concretamente la ocurrencia del daño, las súplicas de la demanda deberán negarse". (fols,. 127 a 132 Cdno. No. 1).

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 135 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que la apoderada 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, para lo cual discurre dentro del siguiente temperamento:

1. Considero el A quo "El daño es cierto cuando a los ojos del Juez aparece con evidencia, que la acción perjudicial del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante".

Aduce además que no se probó el hecho dañoso. No comparto esta apreciación, pues probado está dentro del proceso, que el demandado señor LEONARDO RAMIREZ C., en su calidad de trabajador oficial del Municipio de Rionegro,, en el ejercicio de sus funciones se subió al andén, atropellado a mi poderdante señor JOSE MAXIMO LOPEZ, presentándose con esta situación violación clara y manifiesta a las normas de tránsito; imprudencia culposa que da lugar a responder daños causados al señor JOSE MAXIMO LOPEZ, pues solo lo exime de responsabilidad la fuerza mayor y el caso fortuito, el hecho exclusivo de la víctima, en el caso que se viene ventilando no se destruyó el nexo causal entre el hecho y el daño, ni tampoco el demandante se expuso imprudentemente para que ocurriera el hecho, por lo tanto deben prosperar las peticiones de la demanda.

2.- Además afirma el fallador "tampoco existe prueba que permita concluir que el señor José Máximo López haya padecido daño moral entendiendo este como la congoja o aflixión por haber sido lesionado y estas hospitalizado durante veinte días.

Esta apreciación no se compadese con la realidad, ya que la jurisprudencia y la doctrina es repetidas ocasiones ha sostenido que los perjuicios morales subjetivos se presumen, sosteniendo la tesis consistente en que acaecido el accidente de un ser debe suponerse que tal hecho genera hondo sufrimiento en el alma. En el caso que nos ocupa o sea el accidente del señor JOSE MAXIMO LOPEZ lo ha sumido en profundo pesar y aflixión y ha disminuido sensiblemente su salud y estado anímico y condiciones plenas de trabajo.

Precisa resaltar que si los padres, hijos, hermanos y cónyuges de quienes han fallecido, cuentan con legitimidad suficiente para ejercer la petición indemnizatoria de los perjuicios morales subjetivos y si además, no hay impedimento para que la prueba de esa pérdida, estribe en una apreciación del Juez que se asienta en evidencias máximas de la experiencia; si se reconoce perjuicio moral a un pariente a un sin vivir con el doliente, por el solo hecho de la consaguinidad, con mayor razón debe reconocerse el perjuicio moral a quien en carne propia lo ha sufrido.

3.- El daño moral según ha expresado la Corte en numerosas decisiones, no puede confundirse con el dolor físico o con el sentimiento de pesar inherentes en toda lesión o herida, que el hombre recibe en su propio cuerpo. Lo que debe entenderse por daño moral inobjetivado, en el caso de lesiones o heridas sufridas por una persona, es la depresión siquica a que está sometida la víctima.

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en sentencia de julio 2 de 1987 tasaba la indemnización por concepto de perjuicios morales en la suma de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000.oo) m/l. En sentencia 8 de mayo del

año que transcurre fija la cuantía en la suma de UN MILLON ($1.000.000.oo) suma que se estima equitativa, teniendo en cuenta la variación del poder adquisitivo de la moneda. Adjunto copia de la sentencia aludida. No obstante la tasación de estos perjuicios moralès se deja al ARBITRIUM JUDICIS (fl. 135 a 136 Cdno. No. 1).

III. VISTA FISCAL

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr. Fernando Ospina Henao, en su concepto de fondos

OBSERVA:

Del acervo probatorio obrante en el expediente se tiene, que para el día 3 de febrero de 1987, a eso del medio día y cuando el carro recolector de basuras de propiedad del municipio de Rionegro, Antioquia, de placas OK 09-05 conducido por el señor Leonardo Ramírez C. se dedicaba a la recolección de basuras en dicho municipio, al tratar de cruzar por una calle donde se encontraba estacionado un camión repartidor de gaseosas, atropelló al demandante señor JOSE MAXIMO LOPEZ, causándole lesiones de gravedad.

Siendo conducido al hospital de dicha localidad, permaneció en dicho centro asistencial por espacio de veinte días y al final se le fijó una incapacidad de 80 días.

A folio 11 del Expediente obra el reconocimiento No. 1138-385 suscrito por el Médico Legista de la Regional de Medicina Legal de Rionegro -Antioquia- y en el cual se dictamina:

".....El 10 de junio de 1987, el suscrito médico legista, bajo la gravedad del juramento que tiene prestado. EXPONE: En la fecha fue reconocido JOSE MAXIMO LOPEZ LOPEZ por oficio; quien presenta dos cicatrices, de 20 cm. semicircular en antepie izquierdo y de 10 cm. en cara interna del mismo pié. Según historia clínica No. 68319 del Hospital de Rionegro, presentó trauma encefalocraneano y avulsión en pie con fractura abierta de hueso cuboides. Tobillo con buena motilidad; marcha con leve cojera como secuela de fractura antigua de tibia izquierda mal consolidada. Refiere pérdida del sentido del gusto y del olfato por lo que se realizan pruebas gustativas y de olfación que no muestran lesión de dichas vías sensitivas.

Dichas lesiones fueron causadas por accidente de transito como peatón y dan una incapacidad que cesó y fue definitiva de ochenta días (80).

Segundo reconocimiento trayendo evaluación practicada por

otorrinolaringólogo, para dictaminar si quedan o no secuelas.

Igualmente a folio 106 obra el dictamen Médico Legal suscrito por los médicos legistas del Instituto Seccional de Medicina Legal de là ciudad de Medellín, en el cual se lee:

". . . . .Atendiendo lo solicitado por su Despacho, fue entrevistado y examinado el referido, de 73 años de edad, natural y residente en Rionegro, de profesión chancero, viudo (8 hijos), quien narra pérdida del gusto y el olfato, después de accidente de tránsito donde sufrió trauma encefalocraneano y fractura abierta en pie izquierdo, hace veinte meses.

Al examen físico paciente en buenas condiciones, conciente y orientado, colaborador y tranquilo; normocéfalo. Se examinaron específicamente los sentidos del gusto y el olfato: identifica sin dificultad el sabor de la sal y del dulce; percibe y reconoce los olores del amoniaco y del formol por sus efectos. Al evaluar los movimientos del pié izquierdo encontramos un ángulo de dorsiflexión del 15o.

Por los anteriores hallazgos conceptuamos que en el señor José Máximo López L., no hay pérdida de los sentidos del gusto y del olfato, y la limitación en los movimientos del tobillo no constituye ni deformidad física ni perturbación funcional, y por lo tanto ratificamos la incapacidad medicolegal dada en ochenta (80) días, como única consecuencia natural".

El anterior dictamen fue ratificado por los mismos galenos, al responder a una solicitud de ampliación formulada por el apoderado del demandante, conforme se aprecia a folio 111.

La calidad de trabajador al servicio del Municipio de Rionegro -Antioquia- que como conductor ostentaba para el día de los hechos el señor LEONARDO RAMIREZ C. se prueba con los documentos obrantes a folios 77, 78, 79 y 80.

Respecto de la responsabilidad que se le pueda indilgar al municipio de Rionegro - Antioquia -, este despacho, se permite poner de presente a la Honorable Sala las declaraciones de MARTHA LIGIA GAVIRIA LOPEZ y RAFAEL CASTAÑO QUINTERO, testigos presenciales de los hechos, y la primera de ellas señala como testigo del insuceso por el señor Hugo Alberto Rendón, guarda placa No. 048 en su informe de folios 12, dirigido al Inspector de Tránsito de Rionegro, el día 3 de febrero de 1987.

A folio 74 la declarante Martha Ligia Gaviria López, manifiesta:

". . . . .PREGUNTADA: Sírvase decirnos que sabe usted con relación al accidente sufrido por el señor JOSE MAXIMO LOPEZ? CONTESTO: Yo

salía del Almacén Bodegas -Star, cuando caminando por la acera vía que el carro del municipio de esa localidad se subió a la acera, porque había estacionado un carro repartidor de gaseosas, y él se abrió muchísimo para no darle al carro de las gaseosas, fue ahí donde atropelló al señor MAXIMO; el carro lo cogió de la acera por donde él iba, lo tiró al piso, en esas yo me arrimé a ayudarle a cogerlo, juntamente con el conductor porque el conductor del carro de la basura hay mismo paró el carro y entre los dos lo subimos al carro, hay había mucha gente, pero lo subimos entre los dos, yo ví que el señor tenía un zapato partido, no se cual de los dos en este momento y la media también y ví que se le veía el hueso y derramaba sangre, no ví mas porque el carro se lo llevó para el hospital. PREGUNTADA. Sírvase manifestar al Despacho si el carro recogedor de basura del municipio marcó parada antes de cruzar frente al carro repartidor de gaseosa. CONTESTO: El carro no marcó parada, el cruzó derecho o sea que cruzó sin pedir vía, el carro iba despacio. PREGUNTADA. Sírvase decirnos en que condiciones estaba la vía el día que ocurrieron los hechos? CONTESTO: La vía es más bien estrecha, eso queda al frente del Teatro Los Héroes, es difícil que quepan dos carros y más tan amplios, la vía estaba buena, no estaba mojada y es pavimentada. PREGUNTADA. Por donde iba el señor Máximo en el momento que sucedió el accidente? CONTESTO: el venía por la acera del lado izquierdo, eso es entrando al parque, por eso queda a lado izquierdo. PREGUNTADA Podría decirnos que clase de carro era el recogedor de basura? CONTESTO: es un furgón grande es el único que tiene el municipio para recoger la basura en Rionegro, el color en blanco y verde, no se la placa ni que marca sea. PREGUNTADA Considera usted que si el carro recolector de basura hubiese marcado parada y solicitado vía se hubiese evitado el accidente? CONTESTO Si se hubiera evitado el accidente porque el carro de las gaseosas se hubiera corrido y le había dado vía, porque era que el carro de la gaseosa estaba estacionado surtiendo una gaseosa en una heladería. PREGUNTADA Conoce bien usted la vía y lugar donde sucedió el accidente y considera que dos vehículos como los anotados pueden circular fácilmente por allí? CONOZCO Yo si conozco bien el lugar donde sucedió el accidente, y por allí no pueden pasar dos carros de los que habían, a no ser que se suba a la acera. PREGUNTADA. Según lo manifestado por usted fue imprudencia del conductor del vehículo de la basura o de quien? CONTESTO Eso fue imprudencia del conductor del carro de la basura del municipio, porque si él hubiera esperado que el carro de la gaseosa se fuera o le hubiera pedido vía no había sucedido eso".

El declarante Rafael Castaño Quintero, en su declaración obrante a folio 99 relata:

". . . . . P. Conoce ud. el motivo por el cual fué llamado a declarar? C. Más o menos, no se la fecha o día, don Máximo salió un día de la Caja Agraria, de pagar el agua, nos saludamos ahí ese día y nos vinimos conversando y cuando salió el carro de la basura que venía como del Alto del Medio

trabajando, entonces nosotros cogimos la asera de Gómez y Valencia, él detrás de mí, conversando ahí despacito y al llegar al Teatro nuevo había un carro de gaseosas y entonces ya se nos arrimó mucho el carro a nosotros, el carro de la basura, entonces nosotros nos arrimamos a la pared y seguimos ligerito y llegando a una cafetería que hay al otro lado, donde don Rafael Giraldo, a mi me dió tiempo de llegar ahí y me arrimé a la puerta, yo le desquite al carro en la puerta, cuando oí el grito de don Máximo, que dijo me mataste hombre, me mataste, entonces voltié a ver, esperé que el carro pasara, cuando ví a don Máximo con una pierna pelada, tirado ahí en la acera y la pierna colgando y el zapato por allá a media calle y el carro siguió y vino a parar el carro al Nuevo Mundo y otro señor, que no se quien será porque no lo conozco, lo recogimos ahí, un señor forastero, lo recogimos ahí y pegamos el grito de que si no lo iban a dejar allí y entonces dos trabajadores, de los mismos recolectores de la basura lo recogimos y entonces el carro reversó de para atrás, hasta allá en donde estaba el señor tirado y lo echamos al carro y hasta ahí se yo, lo echamos al carro y se fueron con el para el Hospital, y ahí ya pregunté yo que quien era el chofer y me dijeron que un Ramírez, hijo de don Fabriciano, que don Fabriciano no había muerto todavía y hasta ahí se yo, que se lo llevaron para el Hospital".

De lo anteriormente expuesto, se concluye que el señor JOSE MAXIMO LOPEZ iba transitando por la acera cuando fue atropellado por el carro recolector de basura. Igualmente se desprende de dichas declaraciones que la acera o anden es bastante estrecho, al igual que la calle por donde transitan los automotores. Si la calle, por donde se movilizaba el carro recolector de basuras del Municipio de Rionegro, es estrecha, y en dicha calle aparece, estacionado un camión repartidor de gaseosas, lo más prudente sería que el carro recolector de basuras hubiera pedido vía al otro carro, máxime si se tiene en cuenta que en esos momentos había peatones transitando por los andenes.

El mismo conductor del carro de basuras, señor Leonardo Ramírez C, manifiesta en su declaración a folio 98 que "en ese momento había un carro de la Postobón descargando gaseosas al frente del teatro y yo venía recogiendo basura. . . . . " Ante esta situación, se pregunta esta agencia fiscal, por qué el señor conductor del carro recolector de basuras, no tuvo la suficiente prudencia, o no fue lo suficientemente cuidadoso para evitar la tragedia? Bien pudo esperar a que se corriera el carro repartidor de gaseosas o haber pasado, cuando el carro de Postobón le hubiera despejado la vía.

Las pruebas analizadas, demuestran que se ha ocasionado un daño, y lo más grave, un daño a una persona anciana, quien forma parte de aquellos a quienes mejor trato y más consideración se deben por parte de la comunidad.

Respecto de los perjuicios materiales que se reclaman, este despacho se remite a la declaración de la señora María Ninfa García viuda de Marín, visible a folio 100 y 101, quien atestigua que estuvo asistiendo al señor José Máximo Lopez cuando sufrió el accidente al cual se ha hecho referencia. Es apenas obvio, que una persona que por un tiempo queda incapacitado por lesiones causadas por vehículo automotor, se valga de alguien, a fin de que le colabore en todos sus quehaceres, y en dicho lapso en el cual estuvo incapacitado el demandante, es lógico suponer que sufrió perjuicios materiales, los cuales deberán indemnizarse.

Con relación a los perjuicios morales reclamados por el actor, dichos perjuicios se reconocen a fin de indemnizar el dolor, que el demandante tenga que sufrir por el resto de su vida, como consecuencia del daño ocasionado. Pero como en este caso, el actor, conforme a los dictámenes médicos no le quedaron secuelas del accidente sufrido, esta fiscalía comparte las razones que tuvo el Tribunal a-quo para negar los citados perjuicios.

Con base en las anteriores consideraciones, esta Fiscalía solicita a la Honorable Sala, revocar la sentencia apelada, y en su lugar declarar la responsabilidad del Municipio de Rionegro Antioquia a raíz de los hechos en los cuáles se causaron lesiones al demandante y consecuencialmente, condenar en abstracto al citado Municipio, al pago de los perjuicios materiales ocasionados". (folios 145 a 151 Cdno. No. 1).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La sentencia apelada será revocada, pues el **ad-quem** no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el **a-quo.** Como lo destaca muy bien la Fiscalía, en el **sub-lite** quedó debidamente demostrado que el señor JOSE MAXIMO LOPEZ fue atropellado cuando iba transitando por la acera. La declarante MARTHA LIGIA GAVIRIA LOPEZ, que presenció los hechos, es muy clara al ilustrar al sentenciador dentro del siguiente universo:

"Yo salía del Almacén Bodegas -Star-, cuando caminando por la acera cuando caminando por la acera **ví que el carro del municipio de esa localidad se subió a la acera, porque había estacionado un carro repartidor de gaseosas,** y él se abrió muchísimo para no darle al carro de las gaseosas, fue ahí donde atropelló al señor MAXIMO; **el carro lo cogió de la acera por donde él iba, lo tiró al piso, en esas yo me arrimé a ayudarle a cogerlo,** juntamente con el conductor porque el conductor del carro de la basura hay mismo paró el carro y entre los dos lo subimos al carro. . . ." (Subrayas de la Sala).

Este testimonio, por sí solo, tiene fuerza de convicción, y reúne todos los requisitos necesarios para la existencia procesal del mismo, para su validez y

eficacia. La capacidad mental de la declarante, en el momento en que percibió los hechos, no ha sido controvertida y no obra dentro del informativo prueba alguna que demuestre que la testigo adoleciera entonces u hoy de falta de total o de defectos del respectivo órgano de percepción. Por lo demás, no aparece acreditado que la deponente tenga algún interés personal o familiar en el desarrollo y culminación del presente proceso, No tiene antecedentes de perjurio, falsedad o deshonestidad y su testimonio tiene la llamada "razón del dicho" o mejor, razón de la ciencia del dicho.

Dentro del amplio campo de libertad que el fallador tiene para valorar el testimonio de terceros, lo expuesto por la citada declarante es plena prueba para el **ad-quem**, de la forma como ocurrieron los hechos.

Agrégase a todo lo anterior que dentro del informativo obra el Oficio OF.SHS.072 (C. 1 fol. 72), dirigido por el Secretario de Hacienda y Servicios Administrativos a la Asesora Jurídica, de cuya lectura se desprende que el conductor del vehículo oficial que atropelló al demandante si "..... se encontraba vinculado al Municipio el día 3 de febrero de 1987. Le adjunto fotocopia de nombramiento y Acta de Posesión)", que "fue declarado insubsistente (le adjunto fotocopia de Decreto) y que el citado trabajador "si se encontraba conduciendo el vehículo ya que eran horas hábiles y propias para la recolección de basuras". Dentro de este marco probatorio, nada impide concluir que en el **sub-lite** se demostró, en debida forma, la falla del servicio.

Como si lo anterior fuera poco, no puede olvidarse que esta Corporación, en sentencia de 19 de diciembre de 1989, Actor Rosa Elena Franco vda. de Bernal, Consejero Ponente, Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo, fijó amplia pauta jurisprudencial que permite definir, casos como el presente, a la luz de la filosofía que informa el denominado régimen de la falla presunta en el servicio. En lo pertinente al citado proveido se discurre dentro del siguiente temperamento:

> "Así las cosas, estima la Sala que la prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con vehículos automotores pertenecientes a personas públicas no es necesaria para comprometer la responsabilidad de éstas últimas, siempre y cuando, obviamente, se haya probado el hecho dañoso y su relación de causalidad con el perjuicio y además que el elemento con el cual se causó el daño pertenecía al servicio o estaba a su disposición. Se debe aplicar por tanto a este tipo de perjuicios, a juicio de la Sala, el denominado régimen de la falla del servicio presunta".

B) Por lo que hace relación con **EL DAÑO**, este se demostró con el dictamen médico legal que obra al folio 106, en el cual se lee:

> "Atendiendo lo solicitado por su Despacho, fue entrevistado y examinado el referido, de 73 años de edad, natural y residente en Rionegro, de profesión

chancero, viudo (8 hijos) quien narra pérdida del gusto y el olfato, después de accidente de tránsito donde sufrió trauma encefalocraneano y fractura abierta en pie izquierdo, hace veinte meses.

Al examen físico paciente en buenas condiciones, conciente y orientado, colaborador y tranquilo; normocéfalo. Se examinaron específicamente los sentidos del gusto y el olfato: identifica sin dificultad el sabor de la sal y del dulce; percibe y reconoce los olores del amoniaco y del formol por sus efectos. Al evaluar los movimientos del pié izquierdo encontramos un ángulo de dorsiflexión del 15o.

Por los anteriores hallazgos conceptuamos que en el señor José Máximo López L., no hay pérdida de los sentidos del gusto y del olfato, y la limitación en los movimientos del tobillo no constituye ni deformidad física ni perturbación funcional, y por lo tanto ratificamos la incapacidad medicolegal dada en ochenta (80) días, como única consecuencia natural". (fol. 106 Cdno. No. 1)

C) La RELACION DE CAUSALIDAD entre la falla del servicio y el daño se vivencia con facilidad. Por lo demás, el centro de imputación jurídica demandado no demostró ninguna causal eximente de responsabilidad como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

E) **LOS PERJUICIOS.** La Sala condenará al Municipio de Rionegro a pagarle al señor JOSE MAXIMO LOPEZ los ochenta (80) días de incapacidad certificada por los médicos legistas, tomando como base para la liquidación el salario mínimo legal vigente en el año de mil novecientos ochenta y siete (1987), para un total de $68.366.40. Como el accidente ocurrió el 3 de febrero de este año a este monto se le liquidarán intereses legales comerciales como fue pedido a la tasa que certifique la Superintendencia Bancaria para el periodo comprendido entre el veintitrés (23) de abril de 1987 y hasta el momento de quedar ejecutoriada esta sentencia, teniendo el buen cuidado, de no cobrar intereses de intereses. Esta condena toma apoyo en la declaración rendida por la señora MARIA NINFA GARCIA VIDA DE MARIN (Cdno. 1 fól. 100, quien testimonia que el demandante ". . . . . vendía frijol al por mayor, compraba tres o cuatro bultos y por ahí trece o catorce bultos de aguacate. . . . ." y que ". . . . . dejó de asistir al negocio. . . . .".

Por perjuicios morales se condenará al pago de doscientos gramos de oro puro (200), liquidados al precio que este metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada esta sentencia, certificado por el Banco de la República.

La Sala no patrocina la tesis del fallador de instancia cuando niega la condena al pago de perjuicios morales con la tesis de que el demandante no le quedaron ". . . . .secuelas estéticas o funcionales, lo que indudablemente haría

presumir la existencia de ese perjuicio y daría lugar a la indemnización (Cdno. No. 1 folio 132). Esta forma judicial de razonar olvida que la dignidad de la persona humana es intangible y que ella no puede ser ATACADA, DESPRECIADA O MALTRATADA. Es inaceptable que los conductores de vehículos oficiales o particulares para pasar a otro automotor, como ocurrió en el caso en comento, resuelvan invadir los andenes reservados para el tránsito de las personas asumiendo el riesgo de acabar con una vida humana. Conductas tan censurables tiene que ser sancionadas. Sólo así se aportarán burbujas de esperanza para educar, en el sentido de que el hombre no es una cosa, sino un universo, que vale más que todo el mundo inanimado.

Sin manejar prejuicios subliminales, parece conveniente que el fallador, llegado el momento de evaluar los perjuicios morales, se coloque él mismo en la situación del ofendido, para interrogarse: Si el accidente me hubiera ocurrido a mi o a uno de mis seres queridos, que habría demandado de la justicia? A la luz de la lógica de lo razonable se impone concluir que ser atropellado en la calle e incapacitado durante ochenta días, debe producir, necesariamente, un dolor subjetivo, que debe ser satisfecho. El incide necesariamente en la órbita de los afectos y en el mundo de los sentimientos, como reiteradamente lo ha predicado la Corte Suprema de Justicia.

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 ley,

FALLA:

1o.) REVOCASE la sentencia calendada el día doce (12) de octubre de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveido, y, en su lugar

RESUELVE:

a) DECLARASE que el Municipio de Rionegro - Antioquia, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor JOSE MAXIMO LOPEZ L, como consecuencia de las lesiones que este sufrió en el accidente de tránsito ocurrido el día tres (3) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

b) Como consecuencia de la declaración anterior, se condena al Municipio de Rionegro - Antioquia - a pagar al demandante la suma de $68.366.40 por concepto de perjuicios materiales, más los intereses legales comerciales de este monto que certifique la Superintendencia Bancaria para el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1987 y hasta la ejecutoria de este fallo.

Se condena al demandado, igualmente a pagar al señor JOSE MAXIMO LOPEZ doscientos gramos de oro puro (200) por concepto de perjuicios morales subjetivos que se cubrirán en moneda nacional al precio que el citado metal tenga en el momento de ejecutoria de esta sentencia, según certificación expedida por el Banco de la República;

c) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda;

d) A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 177 y 178 del C. C. A.

2o.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PUBLICO - Inundación

La demandante vio deteriorarse el inmueble de su propiedad como consecuencia de la inundación y los trabajos de la Secretaría de Obras, realizó, a más de haber tenido que abandonar temporalmente su bien raíz mientras pretendía su refacción. El Estado moderno, cada vez más, ha extendido y multiplicado la prestación de los servicios públicos, aumentando con ello, correlativamente, las posibilidades de ocasionarle daño a los particulares por omitir la realización del servicio a su cargo, por retardarlo, o, por llevarlo a cabo de manera deficiente. Las autoridades retardaron su acción tendiente a conjurar el peligro que comportaba la quebrada. Si bien es cierto que dichas autoridades solucionaron eficientemente el problema anotado, esto tan sólo ocurrió con posterioridad al insuceso con el cual se ocasionaron los daños al inmueble de la demandante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6119. Actor: Martha Ortiz Gallego.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación contra la sentencia del 19 de enero de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual decidió denegar las peticiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- La señora MARTHA ORTIZ GALLEGO a través de apoderado demandó al

Municipio de Medellín en ejercicio de la acción de reparación directa para que se hicieran las siguientes declaraciones:

PRIMERA: Que el Municipio de Medellín es responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados a MARTHA ORTIZ GALLEGO, como consecuencia del represamiento de la quebrada La Mansión o San Miguel, la ruptura de su cobertura y los trabajos realizados por funcionarios de esta entidad para hacer frente a la emergencia, según hechos ocurridos a partir del 10 de noviembre de 1985.

SEGUNDA: Que como consecuencia de esta responsabilidad, el Municipio de Medellín deberá pagar a MARTHA ORTIZ GALLEGO, a título de indemnización, las siguientes sumas de dinero o aquellas que en mayor cuantía resultaren probadas en el proceso.

Por perjuicios materiales, en su manifestación de Daño Emergente, la cantidad de Siete Millones seiscientos noventa y cinco mil pesos ($7.695.000.oo).

Por perjuicios materiales, en la clase de Lucro Cesante, la suma de trescientos cincuenta mil pesos ($350.000.oo).

Por perjuicios morales, la suma equivalente en moneda colombiana de mil gramos oro.

TERCERA: Que el Municipio de Medellín, deberá pagar a MARTHA ORTIZ GALLEGO, los intereses de mora sobre el valor total de la condena, a partir de la ejecutoria del fallo y hasta el momento de su pago.

Las condenas referentes al valor de los perjuicios serán actualizadas, a la fecha de la sentencia, conforme a las normas y procedimientos adoptados por el Consejo de Estado sobre indexación. Si no lo fueren, el Municipio de Medellín estará obligado a reconocer los respectivos intereses moratorios, desde el 13 de noviembre de 1985 hasta el cumplimiento del fallo". (fo. 35).

2. La actora fundamentó sus pretensiones en los HECHOS que se pueden sintetizar así:

a) La demandante adquirió un lote de terreno con sus anexidades y mejoras por compra que hiciera a José Martínez Jaramillo y María Cecilia Arango de Martínez, según escritura pública No. 2772 de julio 3 de 1972, otorgada ante la Notaría 6a. de Medellín, y cuyo folio de la matrícula inmobiliaria es el 001-0256780. Obtuvo de Planeación Municipal la licencia de construcción 4969/67 provisional y la No. 61-38/40 definitiva, para la edificación en el lote de terreno situado en la carrera 46 con las calles 61 y 62, del sótano y de los pisos

1º (placa 61-38) y 2º (placa 61-40). Además a nivel de la carrera 56, hay un garaje acondicionado como un pequeño apartamento.

b) Ni en la licencia de construcción, ni en la documentación allegada, el Municipio de Medellín hizo constar que la edificación se haría sobre un lote de terreno vecino a una quebrada canalizada y cubierta, para así hacer renunciar a la demandante a los posibles perjuicios que pudiera sufrir con ocasión de los desperfectos que se presentaran en la cobertura de la quebrada San Miguel o La Mansión.

c) Por medio de comunicación de enero de 1984, las señoras Cecilia Arango Martínez y Gloria Ramírez, informaron a las autoridades municipales del grave problema que ocurría en la quebrada y solicitaban el desvío.

d) El 10 de noviembre de 1985 la quebrada San Miguel o Mansión se represó en el sector de la carrera 46 con la calle Urabá (a media cuadra de la demandante). Los trabajadores de obras públicas comenzaron a buscar la causa del represamiento. Los trabajos duraron toda la noche y la acción de maquinaria causó estragos en la construcción, agrietándole por diversas partes, en los muros interiores y exteriores, falseando sus bases, y al no poder localizar la cobertura de la quebrada abandonaron el sitio dejándolo todo sin arreglar.

e) En la noche del 13 al 14 de noviembre la quebrada reventó la cobertura que se encontraba bajo la edificación de propiedad de la demandante y brotó hacia arriba un chorro grande de agua que reventó los cimientos, las lozas del primero y segundo pisos e inundó toda la construcción; esto ocurrió hasta mediados del mes de Mayo de 1986, cuando los trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas, taparon la abertura e hicieron correr la quebrada por la nueva canalización que empezaron a construir desde la ocurrencia de los hechos, desviándola de su cauce original.

f) A raíz de los hechos antes mencionados, la edificación propiedad de la actora, comenzó a derrumbarse, propiciando el desalojo de todas las personas que ocupaban el garage, el 1º y 2º pisos (fols. 136 y 137).

3. El demandado -Municipio de Medellín- por conducto de apoderado judicial dentro del término legal, solicitó el decreto de algunas pruebas, mediante memorial visible a folios 39 y 40 del expediente.

4. Concluido el trámite de la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia desfavorable a las súplicas de la demanda en consideración a que de los elementos probatorios allegados no resulta comprometida la responsabilidad del demandado. En síntesis expresa:

a) Que los represamientos producidos en la calle 62 con carrera 46 fueron

consecuencia del invierno y de las basuras que arrojaban los vecinos. El municipio tomó las medidas preventivas adecuadas.

b) Que el daño no se ocasionó por el represamiento, sino por el asentamiento de la tubería o colector, que no fue construido por el Municipio, sino por urbanizadores particulares.

5. La demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior. Hace la sustentación del mismo con fundamento en que existe falla del servicio por parte del Municipio ya que permitió la construcción de la vivienda; no vigiló la canalización de la quebrada con el debido mantenimiento; y que para la reparación del taponamiento utilizó maquinaria que contribuyó a causar la ruptura de la tubería.

6. Corrido el traslado de las partes para alegar la conclusión, el apoderado de la demandada presentó el escrito correspondiente que obra a folios 158 y siguientes, en el cual reitera la falta de elementos probatorios para endilgar la responsabilidad al Municipio.

7. La Fiscalía Séptima de esta Corporación conceptúa que debe revocarse la sentencia y en su lugar declarar responsable al Municipio de Medellín por falta del servicio y condenarlo al pago de los perjuicios materiales demostrados.

Expresa en sus consideraciones la Fiscal: "..... No está demostrada cuál fué, con certeza, la razón que produjo el daño y al respecto abundan las opiniones dadas por los testigos que declararon en el juicio; algunos aseguran que fue un asentamiento de la tubería por la construcción que se adelantó encima; otros sostienen que la razón estuvo en el represamiento de las aguas causado por la indisciplina social y hay otros que afirman que la razón está en una mixtura de los hechos anteriores.

Al respecto la Fiscalía debe repetir que no aparece demostrado con certeza cuál fue en últimas la causa de la emergencia. Pero lo que sí parece demostrado es que la Administración Municipal por intermedio de su Oficina de Planeación autorizó la construcción de la edificación y no hay ninguna prueba que demuestre el por qué dicha Oficina expidió tal permiso cuando hay una clara prohibición de adelantar esta clase de obras sobre una quebrada canalizada.

Algunos testigos manifiestan que la quebrada en cuestión fue canalizada por particulares con una antelación de cincuenta o sesenta años; puede ser así; pero lo cierto es que una vez urbanizados los terrenos la vigilancia de los servicios públicos le corresponde al Municipio. Esto significa, entre otras cosas, que si solicita autorización para levantar una construcción en un terreno impropio, como es el mencionado, las autoridades deben denegar el permiso.

Así las cosas, en el presente caso aparece establecido que el Municipio, que muy probablemente no hizo la canalización de la quebrada, toleró la construcción de la edificación sobre un terreno no apto, para tales efectos y dicha tolerancia hace que deba correr con los riesgos que se presenten como consecuencia de su omisión.

De todo lo anterior, para el Despacho se deduce que la Administración incurrió en falla del servicio por omisión en la vigilancia que le correspondía al expedir una autorización para adelantar una fundación sobre una quebrada canalizada, sin hacer observación alguna al respecto". (fls. 174 y 175).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Antes que todo, la Sala quiere dejar bien claro qué clase de acción ejercitó la demandante, por cuanto de alguna manera ha habido discusión en torno de este tópico. Analizada la demanda, fácil resulta concluir que esta se formuló en ejercicio de la acción de reparación directa, vale decir, la consagrada por el artículo 86 del C. C. A. Si en el líbelo demandatorio se hace referencia a la licencia de construcción otorgada por el municipio de Medellín que ocupa el folio 6 del expediente, ello no tuvo otro propósito que el de hacer una narración cronológica de los hechos sucedidos desde cuando la demandante adquirió el derecho de dominio o de propiedad, pasando por la etapa previa a la construcción del edificio que resultó dañado como consecuencia del represamiento de la quebrada San Miguel o La Mansión y los trabajos efectuados por agentes del municipio de Medellín. De tal suerte que las pretensiones aquí formuladas demandan directamente la reparación del daño con ocasión de los hechos consignados en la causa petendi y por la conducta omisiva y negligente de la administración municipal de Medellín.

Nótese que para nada se ataca el acto administrativo de licencia de construcción, cuya integridad sigue incólume, pues de lo contrario, la acción se radicaría en el artículo 85 del C. C. A., conocida con el nombre de "acción de nulidad y restablecimiento del derecho".

2. Desde el punto de vista de las pruebas legal y oportunamente allegadas al expediente, con miras a determinar el daño, los hechos y la relación de causalidad entre éstos y aquel, además de la legitimación en causa que se exige para todo demandante, la Sala encuentra lo siguiente:

a) La actora, acreditó plenamente su calidad de propietaria del bien inmueble, sobre el cual se funda la pretensión de indemnización. Para el efecto, obra a folios 2 a 5 del expediente, la Escritura de Compraventa No. 2727 del 3 de julio de 1972 y el correspondiente certificado de inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos.

b) Con el propósito de estructurar procesalmente la conducta negligente del municipio en cuanto a la conservación de buen funcionamiento de la quebrada San Miguel o La Mansión, para evitar el depósito de basuras y desperdicios que trajeron consigo el taponamiento de la misma y la acción tardía de los empleados de obras públicas municipales con miras a solucionar la inundación y la circulación normal de las aguas de la mencionada quebrada, con todo lo cual se pretende tipificar la falla o falta del servicio alegada por la parte actora, en lo fundamental se encuentran las siguientes piezas probatorias:

i) En cuanto al primer elemento que estructura la responsabilidad por falta o falla del servicio, se aportaron como prueba los testimonios, que fueron abundantes, y bien sintetizados por el a-quo, así:

3.1. HERNANDO ELIAS MEDINA MEDINA (fol. 45 a 54), ingeniero civil, Director de la División Operativa de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Medellín, por la época de los hechos Jefe del Departamento de Construcción y Sostenimiento; manifiesta que no recuerda bien la fecha, pero fue el día de la final de la Copa Libertadores de América, entre América y Argentina Junior, cuando se presentó un represamiento de la cobertura de la quebrada La Mansión -emergencia social con caracteres casi catastróficos-, debido a que la acumulación de aguas y posible ruptura de una tubería ponían en peligro muchas vidas. El problema no pudo ser solucionado en esos días porque el daño que se presentaba era muy local, es decir, exactamente debajo de la residencia de la señora Martha, producto de un asentamiento de la tubería que conducía a la quebrada. Explica que empezaron trabajando en la calle 62 con carrera 46, donde siempre se presentaba el represamiento de la quebrada por acumulación de escombros; al ver que no daba salida el agua empezaron chequeo hacia abajo, y observaron que el manhol que empalmaba la cobertura con la tubería que pasa por la casa de la señora estaba represando, lo cual indicaba que el daño estaba hacia abajo. Con permiso del propietario del lote de enseguida, empezaron a trabajar con retroescavadora de oruga en el punto medio del solar, siempre siguiendo las instrucciones por donde ellos decían que iba la tubería y encontraron un terreno totalmente deleznable, húmedo 100%, sin ninguna estabilidad, pero no encontraron la caja de inspección, ni la tubería; al otro día, cuando se metió con trabajadores de váctores, de abajo hacia arriba, es decir de la carrera 46 con la calle 61 hacia la casa de la señora, siguiendo la tubería, encontraron el daño. No taparon el hueco porque el agua empezó a salir y si lo tapan habrían evitado que el agua saliera y se habría caído la casa, porque estaba construida en fundación corrida en muros sobre llenos compactados por el tiempo más no mecánicamente, sin ninguna garantía de estabilidad por lo que la casa salió favorecida con el hueco; si no se hace, no sólo se cae la vivienda, sino las que siguen, porque había deficiencia en la construcción, como lo muestran las grietas, y además porque estaba construida sobre una quebrada que en cualquier momento podría tener una fuga y desestabilizarla totalmente.

Sobre las causas del asentamiento de la tubería manifestó:

Concluyendo: de acuerdo a lo observado, personalmente, en el sitio consideramos que el desgaste de la tubería y el peso de la casa sobre ella, sobre todo este último factor, fueron los que provocaron el asentamiento. Sobre una tubería y sobre algún lleno nunca se debe fundar una casa. Los cánones de la construcción y de la Ingeniería mínimos, así lo aconsejan (fo. 48).

Que quien compró y quienes construyeron debieron saber sobre la quebrada recubierta y la poca firmeza del terreno porque 50 o 60 metros aguas arriba venía la quebrada descubierta y las aguas no se pierden, y porque al hacer las fundaciones la persona que está edificando se da cuenta si hay terreno firme o nó y allí no lo había, y no podía haberlo porque el lleno que se hizo fue de unos 4 metros, que si no es mecánicamente no adquiere compactación, por lo que debió hacerse un estudio de suelos, para saber la capacidad de soporte del terreno. Que la señora sabía de la existencia de la quebrada, porque encontraron una caja que por el patio de la casa daba a la quebrada y ella misma les decía que uno de los desagües daba directamente a la quebrada. La demandante y los vecinos prestaron colaboración para solucionar la emergencia, pues si el agua no sale por allí se habrían ido no solamente la de la demandante, sino todas las de ahí hacia abajo. Como el agua estaba actuando como monitor haciendo cavernas en el terreno y agrandando el hueco, absolutamente toda y consecuentemente todas las residencias de ese barrio, era un proceso irreversible. La única alternativa era la cobertura construida después por la Secretaría de Obras Públicas. Sobre los huecos que se observan en la foto que obra a folio 20 dice que '. . . . . **hueco tan cerca a los muros no hicimos con retroescavadora (sic). Sí hicimos un hueco buscando la caja pero lo hicimos a mano. La foto para mí no es muy clara porque nosotros no trabajamos al lado del muro con máquina' (fol. 50).**

Insiste en que el hueco, en lugar de hacer daño salvó que se cayera toda la edificación, **lo que incidió totalmente en los daños fue el asentamiento de la tubería.**

Atendiendo pregunta del apoderado de la demandante expresó que para evitar el represamiento en la toma o entrada a la cobertura debido a los escombros, la Secretaría de Obras Públicas Municipales tomó medidas como construir un desarenador el cual constantemente era limpiado y su sedimento evacuado; se construyó un vertedero, es decir, un muro que eleva el nivel de las aguas se construyó un vertedero, es decir, un muro que eleva el nivel de las aguas y sirve como pozo de aquietamiento y al mismo tiempo depósito de basuras; se construyeron dos tipos de rebosadores, con el fin de que cuando se copara la primera salida de la tubería trabajara la segunda después del vertedero y una caja que trabajaba cuando las dos anteriores estaban copadas.

3.2. MAURICIO DUQUE JARAMILLO (fol. 55 a 60), Ingeniero Civil al servicio de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Medellín, cuando ocurrieron los hechos, expresa que en el (sic) última inundación fue necesario más maquinaria y personal de lo usual, porque la obstrucción no era exactamente sobre la boca, **sino internamente entre el colector que cruza entre la calle 62 y la 61)**, lo cual originó un represamiento o inundación de una de las casas, o sea que las aguas rebotaron por los sumideros y en algunas hasta por los inodoros de las casas; ante la magnitud del problema se recurrió a equipo váctor, especial para limpieza de alcantarillados, pero el trabajo resultó infructuoso porque el colector había sufrido un desplazamiento vertical, formando una pequeña escala internamente, que no permitía que las aguas evacuaran fácilmente, por lo que fue necesario desplazar maquinaria pesada, con retro excavadora y volquetas a un garage contiguo, donde se hicieran unos apiques, para tratar de dar con el alcantarillado, lo que no fue posible porque pesaba a mayor profundidad. Que en años anteriores se habían construido unas trampas para detener materiales sólidos como piedras, colchones, sofás y todo lo que la gente le echa a las quebradas, inclusive el chasis de una moto fue encontrado incrustado dentro de dicha tubería. En cuanto a los huecos observados en la foto que obra a folio 20 manifiesta que se realizaron unos apiques o huecos de cierta profundidad con retro excavadora, **pero nunca se trabajó sobre la fundación de la casa; siempre se dejó margen prudencial por seguridad.** No sabe decir si lo detallado en la foto fue realizado con máquina o con personal de cuadrilla. Al responder preguntas del apoderado de la demandante manifiesta que de la parte oriental bajaban las aguas de la quebrada La Mansión a cielo abierto hasta la calle 62, donde entraban a una tubería de la cual no existía diseño en la Secretaría de Obras Públicas porque al parecer fue colocada hace muchos años por quienes urbanizaron el sector. En razón del taponamiento que se producía por la cantidad de basuras y escombros arrojados se formaba una represa que iba lentamente filtrando aguas en ese sector, las cuales (aguas infiltradas) originaron la desestabilización del terreno, por lo que la capacidad portante del suelo pudo o debió haber cambiado, produciendo asentamiento de las construcciones, sumado al problema de la tubería. En la ciudad no está permitido construir sobre ninguna cobertura o tubería y mucho menos si lleva aguas de una quebrada; por lo menos se debió hacer un estudio de suelos con una empresa o ingeniero. A folios 60 manifiesta que en la parte posterior de la casa hay una arboleda o el patio de ropas **y el desagüe de ese patio está conectado a dicha tubería y ahí se siente claramente el paso de las aguas.**

3.3. IVAN DARIO CARDONA QUERUBIN (fls. 62 a 67), en ese entonces ingeniero de zona de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, se refiere en términos similares al problema de la inundación y el tratamiento que se le dió. Tampoco identifica el hueco que se observa en la foto a folios 20. Afirma que '. . . . . **la leyenda no puede ser cierta porque con el**

tamaño del hueco y la localización del muro una retro excavadora no hace eso así. Tal vez hecho a mano, sí. No lo ubico bien. (fl. 64). Al responder el apoderado de la demandante manifestó que al parecer la tubería había sido colocada 50 o 60 años antes, con el propósito de urbanizar los lotes que allí se formaron **y la tubería se desgasta en su parte inferior, lo que permite fugas al cabo de unos años. La profundidad a que está colocada, agravada con la construcción de viviendas sobre ella, hace imposible la tarea de mantenimiento;** se refiere igualmente a la indisciplina de la gente, al arrojar a la quebrada basuras, escombros y hasta chasis de moto, lo que ocasiona las obstrucciones. Igualmente relaciona las obras de protección a la entrada de la tubería" (fls. 139 a 144).

ii) Igualmente, aparecen declaraciones de los señores CARLOS ALBERTO RAMIREZ MAZO (fls. 61 y 62) y JULIO BURITICA RINCON (fls. 68 y 69), quienes en forma similar a los anteriores declarantes expresan que el represamiento de la quebrada se presentaba por las basuras que arrojaban los vecinos a ella.

c) De otra parte, los mismos testigos Hernando Elías Medina (fls. 45 a 54) Mauricio Duque Jaramillo (fls. 55 a 60), Carlos Alberto Ramírez Mazo (fls. 61 y 62) e Iván Dario Cardona Querubín (fls. 62 a 69), informaron que la quebrada San Miguel o La Mansión había sido canalizada por los urbanizadores desde hacía muchos años (aproximadamente 50 o 60); que desde hacía algún tiempo la tubería presentaba síntomas de asentamiento lo cual generó filtraciones en el sector con el consecuente asentamiento del terreno y de la fundación de la casa de la demandante, circunstancias que con posterioridad acarrearon las grietas de esta. En cuanto respecta al conocimiento de que tales fenómenos hubiese podido tener la Secretaría de Obras Públicas agregaron que dicha entidad llevó a efecto algún plan preventivo tendiente a conjurar el peligro, en primer lugar para evitar que la ciudadanía arrojara escombros en la toma, adicionalmente se construyó un desarenador que constantemente se limpiaba y el sedimento se extraía; en segundo lugar, que la Secretaría de Obras Públicas construyó un vertedero o muro para elevar el nivel de las aguas con miras a que hiciera las veces de "pozo de aquietamiento y al mismo tiempo como depósito de basuras", en tercer término, se construyeron dos tipos de rebozaderos para que al coparse la primera salida de la tubería "trabajara la segunda después del vertedero y una caja que trabaja cuando las dos anteriores estaban copadas". Adicionalmente, dan cuenta que en una o dos oportunidades se represaron las aguas "debido a que caían aguaceros muy grandes y la cantidad de escombros que bajaban eran mayor que las medidas que nosotros tomábamos".

Los declarantes que se vienen analizando narran que una segunda emergencia que se presentó por el represamiento de la quebrada, hubo que atenderla "de la única manera que se podía hacer y fue muy posterior y muy independiente de la primera; la alternativa fue la construcción de una cobertura

por las vías adyacentes ya que de lo contrario se hubiera necesitado tumbar dos o tres residencias y reparar el sitio del daño saliendo más costoso que la solución adoptada finalmente".

Las declaraciones atrás referidas, son prolijas y minuciosas en cuanto hacen al momento y forma como se llevaron a cabo los trabajos por parte de los funcionarios de Obras Públicas municipales, con miras a corregir la inundación o represamiento de las aguas de la quebrada San Miguel o La Mansión, desde las primeras horas de la noche del 10 de noviembre de 1985 y días siguientes, relatando que en el inmueble adyacente a de la demandante se hizo un hueco con retro excavadora y otros trabajos utilizando la actividad humana. Aunque pretenden significar que estos trabajos no pudieron haber ocasionado los daños al inmueble propiedad de la actora, sino que los achacan fundamentalmente a la circunstancia de haber construido la edificación en un terreno que técnicamente no era apto para ello, dado que por debajo se encontraba la quebrada canalizada, aceptan básicamente los daños resaltados en los hechos de la demanda.

d) Otro grupo de testigos, cuyas declaraciones ocupan los folios 79 y ss. del expediente, entre otros María Dolores Rodríguez de Torres (Lola), Mercedes Arbeláez de Días, Perico de Jesús Aristizabal Escobar, María Cecilia Arango de Martínez, Pedro Antonio Córdoba Vélez, Gloria Inés Ramírez Ortiz, Eulices de Jesús Castañeda, esencialmente se refieren a la emergencia sanitaria suscitada desde el 10 de noviembre de 1985 por el represamiento de las aguas que circulaban por la quebrada San Miguel o La Mansión, especialmente en el sector de la carrera 46 con la calle 61 y 62 de Medellín, en donde se encuentra ubicada la construcción de propiedad de la demandante. Señalan que el fenómeno del represamiento de las aguas se había presentado en oportunidades anteriores debido básicamente al taponamiento de la tubería por cuanto en la cabecera de dicha canalización, bien por obra de los vecinos o por fenómenos naturales se depositaban basuras y depósitos de toda índole, impidiendo la libre circulación de las aguas. Algunos se refieren a los agentes de la Secretaría de Obras Públicas municipales, sobre las condiciones que presentaba la casa de la demandante antes y después de los acontecimientos iniciados antes del 10 de noviembre de 1985, en tanto que otros dicen ser sabedores de que la demandante además de ocupar personalmente algún sector del inmueble arrendaba otras partes del mismo, y como consecuencia de la inundación y de los trabajos de los empleados públicos del municipio, doña Martha Ortiz Gallego se vió precisada a desocupar su inmueble y a tomar en arrendamiento otro para satisfacer su necesidad de vivienda.

Merece hacer especial referencia al testimonio rendido por Ramón de Jesús Duque Serna (fls. 102 a 104), quien dice haber efectuado diversos trabajos para refaccionar o reparar el inmueble propiedad de la demandante, daños ocasionados con el represamiento de las aguas de la quebrada San Miguel o La Mansión. Este testigo describe detalladamente los trabajos por él efectuados refiriéndose al documento que ocupa los fls. 23 y 24 del expediente en cual aceptó

como suyo, al tiempo ocupado por él en la refacción del inmueble y al precio aproximado de $3.200.000.oo como remuneración de los mismos. Adicionalmente dice que los trabajos quedaron inconclusos debido a que doña Martha Ortiz Gallego no tuvo más dinero para seguir atendiendo el importe de los mismos.

e) Obra dictamen pericial visible de folios 107 a 114, adicionado como puede verse a folio 116 y 117, en donde los expertos se limitan a tomar los valores que por daño emergente y lucro cesante fueron mencionados en la demanda, para luego de totalizarlos hacen la actualización de los mismos conforme a las fórmulas matemáticas que allí se consignan, pero las bases tomadas por los peritos más que corresponder a lo que ellos hubieren podido determinar según sus conocimientos y averiguaciones constituye unas simples operaciones aritméticas, se repite, con base en los datos suministrados en la demanda.

3. De lo hasta aquí considerado, fácil resulta concluir lo siguiente:

a) Que la quebrada San Miguel o La Mansión, en el sector que interesa para efectos de este proceso, fue canalizada parcialmente por los urbanizadores de entonces, vale decir, hace unos 50 años aproximadamente;

b) que la tubería que tenía por objeto conducir las aguas de la quebrada referida recibía sinnúmero de desechos, desperdicios, y, en fin, elementos de todo género que la fueron obstruyendo gradualmente hasta llegar a su taponamiento total por época del 10 de noviembre de 1985.

c) Que con ocasión de los fuertes aguaceros de la época y el taponamiento de la tubería, las aguas se represaron generando una inundación de grandes proporciones en el sector, colocando en peligro la salud y bienes de los moradores del lugar;

d) que los agentes de la administración municipal con miras a atender la emergencia atrás aludida procedieron a hacer un hueco en inmediaciones de la propiedad de la demandante, en busca de la tubería que estaba colocada debajo de dicha construcción, a efecto de lograr su destaponamiento de la misma para que pudieran fluir las aguas;

e) que en varias oportunidades, con anterioridad al 10 de noviembre de 1985 se habían presentado otras emergencias similares a esta, aunque de menores proporciones;

f) que la Secretaría de Obras Públicas efectuó algunas obras en la cabecera de la canalización de la quebrada, con el propósito de prevenir nuevas inundaciones;

g) que los vecinos del sector habían solicitado a las autoridades municipa-

les se cambiara el curso de la canalización de la quebrada, por los inminentes peligros que esta presentaba;

h) que después de los hechos sucedidos a partir del 10 de noviembre de 1985, las autoridades municipales cambiaron el curso de la quebrada y efectuaron nueva canalización.

j) que la demandante Martha Ortiz Gallego vió deteriorarse el inmueble de su propiedad en grado mayúsculo como consecuencia de la inundación y los trabajos ya referidos, a más de haber tenido que abandonar temporalmente su bien raíz mientras pretendía su refacción.

4. Los hechos, omisiones y conductas que la Sala acaba de sintetizar, se encuentran debidamente establecidos procesalmente con los medios de prueba analizados en conjunto y conforme a las reglas de sana crítica, lo que lleva al juzgador a tener por existentes. Las circunstancias fácticas, concurrentes entre sí, fueron las generadoras o causa inmediata de los daños irrogados a la propiedad de la demandante, quien vio semidestruido el bien inmueble integrante de su patrimonio, con las consecuencias económicas que dejaron bien relatadas algunos declarantes citados antes.

5. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a los administrados en su vida, honra y bienes, "y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", según claras voces del art. 16 de la Constitución Nacional. En este precepto se compendia, de manera general, los deberes, los derechos y las obligaciones de la administración pública frente a los deberes, los derechos y las obligaciones de los administrados, a la vez que establece el equilibrio jurídico que debe reinar entre aquellas y estos.

El Estado como protector de todas las personas residentes en Colombia debe velar porque no existan agresiones de otros coasociados y, con mayor razón, de los propios agentes de la administración.

6. El Estado moderno, cada vez más, ha extendido y multiplicado la prestación de los servicios públicos, aumentando con ello, correlativamente, las posibilidades de ocasionarle daño a los particulares por omitir la realización del servicio a su cargo, por retardarlo, o, por llevarlo a cabo de manera deficiente. En otros términos, la omisión total, el funcionamiento antitécnico, la prestación tardía y el defecto en la prestación del servicio público, estructuran la conocida teoría de la responsabilidad administrativa por "falta o falla del servicio".

A propósito de la falta o falla del servicio, el Consejo de Estado tiene averiguado de tiempo atrás, en reiteradas providencias que, esta tiene origen en el propio artículo 16 de la Constitución que dispone y organiza los llamados "servicios públicos". A este propósito, en sentencia de 28 de abril de 1967, se expresó así:

"Ahora bien; si en consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su no funcionamiento o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien, sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en último término, en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización de bien común.

Pero para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes presupuestos: 1º Existencia del hecho (falla en el servicio); 2º Daño o perjuicio sufrido por el actor; y 3º Relación de causalidad entre el primero y el segundo" (Consejero Ponente: Carlos Portocarrero M. Anales del Consejo de Estado, Tomo LXII, Nrs. 413-414, págs. 257 y ss).

7. Aplicando la anterior jurisprudencia al sub-lite y de acuerdo con las conclusiones a que arribó la señora Fiscal Séptima de esta Corporación, la Sala deduce que hubo falta o falla en el servicio por parte del Municipio de Medellín y que, de consiguiente, debe responder por los daños ocasionados al patrimonio de la señora Martha Ortiz Gallego, pues, una vez urbanizados los terrenos es a dicho ente a quien le corresponde la prestación oportuna y eficiente de todos los servicios públicos.

En este caso, las autoridades municipales de Medellín retardaron su acción tendiente a conjurar el peligro que comportaba la quebrada San Miguel o La Mansión. Si bien es cierto que dichas autoridades solucionaron eficientemente el problema anotado, esto tan solo ocurrió con posterioridad al insuceso con el cual se ocasionaron los daños al inmueble de la demandante.

8. En cuanto respecta al tema de los perjuicios por indemnizar, la demandante pretende tanto los materiales (daño emergente y lucro cesante) como los morales. Los primeros brotan del haz probatorio analizado ya, aunque no se estableció su cuantía por lo que se impone una sentencia in genere, la que se concretará mediante trámite incidental que deberá promoverse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto del a-quo que ordene cumplir lo resuelto aquí, y, respetando los parámetros o bases que adelante se señalan.

No ocurre lo mismo en cuanto a los pretendidos perjuicios morales, por cuanto se hallan huérfanos de la más mínima prueba para establecerlos

procesalmente., Por este aspecto se absolverá a la parte demandada.

9. Bases para la liquidación de la sentencia.

a) En primer lugar se practicará inspección judicial con intervención de peritos, con miras a establecer, con toda precisión, las partes del inmueble que resultaron afectadas por la acción directa de los hechos ocurridos el 10 de noviembre de 1985 y subsiguientes; establecer áreas reparadas o refaccionadas, calidad y tiempo de duración de los trabajos, y cualquiera otro dato que el a-quo considere conveniente para determinar la intensidad de los daños;

b) En segundo lugar, a través de peritos, se avaluarán los diversos rubros que la actora tuvo que sufragar para la restauración de su inmueble, precisando cantidades de dinero y fechas de pago. Los peritos deberán cuantificar lo que la demandante hubo de desembolsar realmente por concepto de arrendamiento mientras estuvo imposibilitada de ocupar su inmueble, como también lo que dejó de percibir por concepto de alquiler o renta de ciertas partes de su edificio que se encontraban arrendadas para el 10 de noviembre de 1985. Una vez obtenidas las diversas cantidades deberán ponerse el valor presente o actualizarse conforme a la variación que hubiere presentado el peso colombiano desde cuando se efectuaron los pagos y hasta la época del dictamen.

c) La liquidación no podrá exceder los valores históricos consignados en la pretensión SEGUNDA de la demanda (fl. 35).

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, esto es la de 19 de enero de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y en su lugar se dispone:

1. Declárase administrativamente responsable al Municipio de Medellín por los daños y perjuicios materiales, ocasionados a la señora Martha Ortiz Gallego, como consecuencia de los hechos ocurridos el 10 de noviembre de 1985 y siguientes:

2. Condénase al Municipio de Medellín a pagarle a la señora Martha Ortiz Gallego, el monto de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que se liquiden durante incidente que deberá promoverse dentro de los sesenta (60) días al de la notificación de la providencia proferida por el a-quo que ordene cumplir esta sentencia, de conformidad con las orientaciones y pautas aquí señaladas.

3. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 20 de junio de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA / CADUCIDAD / FALLA DEL SERVICIO ADUANERO

El origen de las pretensiones de la demanda, es una omisión administrativa consistente, 'no en el decomiso de las mercancías, sino en el no cumplimiento de las sentencias de la Jurisdicción Aduanera por parte del Fondo Rotatorio de Aduanas. La omisión en el cumplimiento de ese mandamiento judicial constituye un hecho de la administración cuyas consecuencias dañosas han de resarcirse a través de la acción de reparación directa, cuyo término de caducidad en el sub lite empezó a contarse desde el día en que el juzgado comunicó al Fondo la orden judicial para la entrega de las mercancías o de su precio, por lo que al tiempo de presentar la demanda ya estaba vencido dicho término.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6181. Actor Vicente Ruiz Medina y otra.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte actora en contra del fallo pronunciado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de diciembre de 1989, en virtud del cual decidió declarar probada la excepción de caducidad de la acción y denegar las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

A. La primera instancia.

El 10 de septiembre de 1987, los señores VICENTE RUIZ MEDINA y LEONOR LINARES DE MALAVER, por medio de apoderado especial y ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, presentaron "demanda contenciosa de ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO" en contra del ". . . . .Establecimiento Público del orden nacional denominado: NACION DE COLOMBIA - FONDO ROTATORIO DE ADUANAS. . . . .", en la que formularon las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRINCIPAL.- Que con base en las Sentencias dictadas por el Juzgado 2º Superior de Aduanas de Bogotá de fecha 5 de septiembre de 1980 y confirmada por Sentencia del H. Tribunal Superior de Aduanas, calendada el 9 de diciembre de 1981, los 1276 kilos de AMPICILINA TRIHIDRATO (antibiótico) y los 1724 kilos de PREPARACION VITAMINICA ALIMENTICIA PARA ANIMALES, no es de CONTRABANDO y debe entregarse en las mismas condiciones como fueron retenidas, esto es, aptas para el consumo humano, o en su defecto se ordene pagar su precio en divida norteamericana o sea la suma de US$141.066.oo, valor registrado en los respectivos manifiestos de Aduana y en el oficio enviado por el Administrador de la Aduana Interior de Bogotá, doctor LUIS SUAREZ CIFUENTES en oficio No. 1507 de Junio 30/1977, y con el cual se dictó un auto cabeza de proceso, o se equivalente en presos colombianos al cambio oficial con la divisa norteamericana (dólar americano) al momento en que el Fondo Rotatorio de Aduanas haga el pago total de dicha suma, incluyéndose la corrección monetaria del sistema UPAC, los intereses compensatorios desde cuando se hizo exigible la obligación de entregar las mercancías, así como los perjuicios materiales, los cuales serán tasados en la forma ordenada en el artículo 308 del C. de P. C.

PETICION SEGUNDA PRINCIPAL.- Que como consecuencia de la prosperidad de la petición primera principal "Reparación directa del daño y cumplimiento de una obligación-deber que elude la Administración, a manera de Restablecimiento de los derechos desconocidos sobre las mercancías, se reconozcan los derechos litigiosos cedidos por el entonces representante legal de GEN-FAR LTDA. doctor VICENTE RUIZ MEDIA (sic) a la Cesionaria de los mismos señora LEONOR LINARES DE MALAVER a quien se ordenará se le haga el pago del precio de las mercancías en su favor o a su apoderado por facultad para recibir. Igualmente se ordene que el Fondo Rotatorio pague a la Cesionaria LEONOR LINARES MALAVER (sic) o a quien represente sus derechos adquiridos en legal forma, el monto de los intereses compensatorios y moratorios, así como el monto de los daños y perjuicios materiales causados hasta la fecha en que efectivamente se le RESTABLECA (sic) Y REPARE SU DERECHO, conforme a lo pedido en esta declaración segunda principal.

PETICION TERCERA PRINCIPAL.- Que si no pudiere hacerse la condena de pago de los perjuicios y daños en la forma ordenada en el art. 308 del C.

de P. C., siguiéndose las pautas de la Sentencia se le ordene al Fondo Rotatorio de Aduanas, dar cumplimiento a la sentencia que se profiera en el término señalado en los arts. 176 y ss. del C. C. A., y cancelar además a la Cesionaria demandante, en caso de no cumplir oportunamente la condena, intereses moratorios equivalentes al doble del interés corriente" (fls. 8, 9 vto. y 9 C. 1).

Los hechos constitutivos de la causa petendi se narran en la demanda de esta manera:

1º La sociedad comercial GENERICOS FARMACEUTICOS GENFAR LTDA. fue legalmente constituida por escritura pública No. 2989 del 13 de agosto de 1967 de la Notaría Segunda (2da) de Bogotá y matriculada bajo el número 7972 en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, e identificada con el NIT No. 60.022.139.

2º La capacidad legal de GENFAR LTDA. se circunscribe entre muchas actividades a elaborar, representar, distribuir, importar, manufacturar, vender y exportar productos farmacéuticos de uso humano y veterinarios, productos químicos de utilización en cualquier tipo de industria, implementos y materia prima de toda clase.

3º El Fondo Rotatorio de Aduanas es una entidad del orden nacional autónoma y descentralizada, adscrita a la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, creada legalmente por medio de los Decretos No. 166 de 1963 y 080 de 1976 y esta representada legalmente por su Director General Dr. GUSTAVO RESTREPO PEREZ.

4º La sociedad GENFAR LTDA., en el mes de mayo de 1977 tenía en depósito de las bodegas del Aeropuerto Eldorado y en 93 tambores o canecas herméticamente cerrados 1276 kilos de AMPICILINA. TRIHIDRATO "antibiótico" y 1724 kilos de una preparación vitamínica para alimentos de animales, amparas dichas mercancías por sendos manifiestos de importación y exportación respectivamente, los cuales se anexan a este libelo.

5º El Resguardo Nacional de la Aduana Interior de Bogotá, por intermedio de la patrulla comandada por el Sargento ELIODORO VARGAS SOCHA, el día 20 de mayo de 1977, aprehendió los 93 tambores o canecas a que se refiere el hecho anterior, por presunción de contrabando; en la diligencia de reconocimiento de las mercancías indicadas participó el Químico del Laboratorio Central de la Aduana EDUARDO GARCIA RIOS, quien fue designado por el Señor Jefe de dicho Laboratorio Dr. REYES MORALES CRUZ.

6º El Comandante de la patrulla Sargento Eliodoro Vargas Socha, de

inmediato puso en conocimiento dicha aprehensión de las mercancías al Comandante del Resguardo del Aeropuerto Eldorado, mayor JAVIER MARTINEZ MUÑOZ, quien a su vez informó de tal hecho al Director General de Aduanas. En la diligencia de reconocimiento de las mercancías por parte de los funcionarios tanto del Resguardo como del Laboratorio Central de Aduanas, hecha en la bodega de exportación donde se encontraban los 93 tambores o canecas, después de efectuado el examen químico (sic) cualitativo y cuantitativo ordenado por el propio Director General de Aduanas, se encontró que efectivamente en los 93 tambores existían las dos (2) sustancias mencionadas o sea ampicilina trihidrato y la preparación vitamínica (sic) de los alimentos para animales en las cantidades ya indicadas, esto es 1276 kilos de ampicilina y 1724 de la preparación vitamínica (sic), tal como consta en las diligencias judiciales adelantadas por el Juzgado de instrucción de Aduanas.

7º Los productos quimicos (sic) incautados y decomisados por el Resguardo de Eldorado, el día 20 de mayo de 1977, corresponde como se ha dicho a 1276 kilos AMPICILINA TRIHIDRATO (antibiotico-sic-), con posición arancelaria No. 29.44.01.00, con gravamen de 1% y de régimen de importación libre, con valor de US$114.840.oo; y 1724 kilos de una preparación vitamínica (sic) para alimentos de animales, con posición arancelaria No. 23.07.00.99, con gravamen del 10% y con valor de US$26.226.oo, o sea la cantidad US$141.066.oo.

8º Los mencionados productos decomisados en cantidad de 3.000 kilos fueron trasladados en los 93 tambores o canecas de la bodega de exportación del resguardo de Eldorado al Almacén de Fungibles del Fondo Rotatorio de Aduanas de la Carrera 68B No. 17-25, el día 6 de julio de 1977 en el camión de placas D-4772, por el conductor OVIDIO NESTOR RIOS y entregada al Fondo Rotatorio de Aduanas por el Operario DIEGO GIRALDO, bajo la vigilancia de la patrulla al comando del Cabo III-10 JOSE ANTONIO CASTRO, y recibidos en dicho almacén por el Jefe del mismo (sic) señor LUIS PACHECO LOPEZ y del Revisor Delegado de la Auditoría de la Contraloría General de la República, señor JOSE. C. ESTUPIÑAN.

9º Retenidas las mercancías y practicadas las diligencias de reconocimiento cualitativo y cuantitativo, fueron enviadas las diligencias a la justicia especializada-Penal aduanera- por el señor Administrador de la Aduana Interior de Bogotá, doctor LUIS SUAREZ CIFUENTES, donde se inició la respectiva investigación por posible delito de Contrabando, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Segundo Superior de Aduanas de esta ciudad, en donde llegado el momento de calificación y con Providencia calendada el cinco (5) de septiembre de 1980 se sobresee en forma definitiva al doctor VICENTE RUIZ MEDINA como representante legal de GEN FAR LTDA., dispone asimismo que las mercancías decomisadas por el Resguardo Nacional NO ES DE CONTRABANDO y ordena su ENTREGA al

representante legal de la firma GEN-FAR LTDA. o sea a quien lo era en el momento del decomiso o aprehensión de las mismas y por lo mismo procesado, doctor VICENTE RUIZ MEDINA, o a la persona que tenga facultades conferidas por él para tal efecto. La anterior decisión judicial fue consultada al Honorable Tribunal Superior de Aduanas, en donde con Providencia del nueve (9) de diciembre de 1981 se confirma dicha providencia consultada con la adición de que se ". . . . .**ENTREGUE LA MERCANCIA O SU PRECIO AL REPRESENTANTE LEGAL DE GEN-FAR O A SU APODERADO".**

10. Las Sentencias de primero y segundo grado ordena la **ENTREGA** DE LAS MERCANCIAS retenidas e incautadas, descritas en su propio texto; entrega que el Fondo Rotatorio de Aduanas ni el Resguardo Nacional de Eldorado pueden cumplir debido a que dichos productos químicos cambiados y sustituídos pocos días después de su ingreso legal al Almacén de Fungibles del Fondo Rotatorio de Aduanas, hecho que también consta en dichas providencias ejecutoriadas, por haber sido debidamente probado en el proceso anotado, existiendo pruebas al respecto, tanto por los dictámenes judiciales practicados por los Químicos del Laboratorio Central de la Aduana Interior de Bogotá, por la División de Laboratorio e Identificación, Grupo de Física y Química del Departamento Administrativo de Seguridad 'D.A.S." del 12 de agosto de 1977, en el que da como resultado de las 98 pruebas tomadas, reacción positiva para Ampicilina trihidrato y preparación alimenticia para consumo animal y negativa para cocaína, la practicada por el Instituto Nacional de Salud I.N.S., el 5 de octubre de 1977, en la que se obtiene ya resultado negativo para Ampicilina trihidrato y positivo para Talco puro y producto alimenticio animal, este último se encuentra fuera del comercio por haber expirado su fecha de vencimiento. Existe un sinnúmero (sic) de pruebas que demuestran en forma evidente y notoria que las sustancias químicas decomisadas y entregadas en depósito y custodia al Fondo Rotatorio de Aduanas fueron cambiadas y sustituidas astutamente por otras sustancias parecidas.

11º Mi poderdante VICENTE RUIZ MEDINA tal como lo afirmó y reafirmó en su injuriada (sic) lo mismo que su hijo CARLOS RUIZ LINARES, por motivos de hurtos continuados de sus empresas, decidió trasladarse a Centro América y para ello cedió a título de venta parte de sus cuotas, partes de interés y acciones que poseía en varias sociedades comerciales, y que así como el día 25 de junio de 1978 autorizado en debida forma por la Junta de socios de la firma GEN-FAR LTDA., por documento privado registrado y autenticado, cedió los derechos litigiosos que dicha firma poseía en los 3000 kilos de mercancías retenidos por la Aduana Interior de Bogotá, a la señora LEONOR LINARES DE MALAVER, por la suma de $750.000.oo, obligándose en la cláusula 3a. en su calidad de CEDENTE para con la CESIONARIA, de manera personal y aunque dejara de ser representante legal de GEN-FAR LTDA. a gestionar por sí o por medio de apoderado y en favor de la

Cesionaria, las reclamaciones administrativas, judiciales o extrajudiciales en procura de recuperar en lo posible dichas mercancías contentivas de los derechos litigiosos entonces, motivo por el cual y en atención a la sistemática negativa del Fondo Rotatorio para entregar el PRECIO de dichas mercancías, me han conferido Poder especial en forma conjunta para que ante esa Honorable Corporación acuda en ejercicio de la Acción de reparación Directa y Cumplimiento, prevista en el art. 86 del C. C. A.

12º Mi mandante Dr. VICENTE RUIZ MEDINA por intermedio de Apoderados en muchas oportunidades ha solicitado al Fondo Rotatorio de Aduanas la devolución de los productos recibidos en depósito y custodia por parte del Resguardo Nacional o la entrega de su precio consignada en los Manifiestos de importación y exportación respectivamente (US$141.066=) y ordenada por las autoridades competentes en sus respectivas Providencias ejecutoriadas, sin que sus peticiones hubiese (sic) tenido eco o aceptación alguna ante dicha institución, no obstante haber intervenido en forma reiterada tanto la Procuraduría General de la Nación como la Contraloría General de la República, y la razón potísima no es otra que el cambio sufrido en las mercancías, y al recurso último de entregar solamente el precio que aparece en el acta No. 1384 de julio 12 de 1977 valor de $923.415.64 que se (sic) lo que en última instancia ofreció pagar de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. 155 de septiembre 3 de 1976.

13º Con la retención y decomiso indebido e injustificado de las mercancías la sociedad GEN-FAR., sufrió graves perjuicios materiales y por ende la cesionaria de los derechos litigiosos cedidos LEONOR LINARES DE MALAVER, debido al incumplimiento forzoso de la firma como productora y exportadora de toda clase de drogas para la salud humana y alimentos vitamínicos para animales, razón por la cual la Ley procesal civil en su norma del art. 495 la autoriza en las obligaciones de 'dar o entregar' para estimar en dinero el monto o valor del bien o mercancía retenida irregularmente y demandar ese valor económico como prestación o su equivalente en dinero, así como los perjuicios materiales derivados de ese incumplimiento o mora en hacerlo, por lo que se estima el valor de las mercancías en la suma de pesos colombianos correspondientes a los US$141.066.oo al cambio oficial señalado por el Banco de la República al momento de que la Administración haga realmente el pago, o se pague el valor real comercial actual de cada kilogramo de Ampicilina Trihidrato, que es aproximadamente de $25.000.oo, y el de la preparación vitamínica para animales, que actualmente vale más de $3.000.oo cada kilogramo.

14º El cedente de los derechos litigiosos doctor Vicente Ruíz Medina ante la imposibilidad de que el Fondo Rotatorio entregara las mercancías retenidas o su precio tal como lo ordenó la Autoridad Aduanera en Sentencias ejecutoriadas, por intermedio de la abogada LUCIA HERNANDEZ SUAREZ, acudió a la justicia ordinaria en acción ejecutiva de hacer (sic), a la cual se

opuso la oficina jurídica DEL fondo aduciendo ilegitimidad del actor por no haber probado la calidad de representante legal de GEN-FAR LTDA. cuando ocurrió la retención de las mercancías circunstancias probatoria que la apoderada no pudo aclarar en su oportunidad y en ese estado procesal se ordenó la revocación del mandamiento ejecutivo, tal como lo corrobora (sic) las jefes de División de 'Bienes en depósito' y de la Sección de 'Devoluciones y Participaciones' doctoras SUSANA E. DE PINEDA y MARTHA ELENA CALVO MONTOYA, al responder en oficio No. 4312 del 13 de agosto de 1987, la solicitud elevada al Director General del Fondo Rotatorio de Aduanas, para agotar la vía gubernativa, a efecto de incoar esta acción contenciosa administrativa". (fls. 3 vto. 4, 4 vto., 5, 5 vto. C. 1).

Al final de la demanda, los actores consignan el siguiente hecho adicional:

OTRO SI: RELACION DE HECHOS

15º El señor Aforador de la Aduana Interior de Bogotá, JESUS MARTINEZ R. por requerimiento del Juzgado 2º de Instrucción Penal Aduanera, en oficio de agosto 21 de 1977 envió un experticio judicial consistente en la siguiente Peritazgo: 'Me permito informarle que el resultado de la diligencia de peritazgo es la siguiente: Aproximadamente 1724 kilos de una preparación alimenticia para animales. Posición aduanas: 23.07.00.99, gravamen 10% AVALUO $542.563.20=. Aproximadamente 1276 kilos de AMPICILINA TRIHIDRATO (antibiótico), Posición aduanas: 29.44.01.00, gravamen 1% AVALUO $4.134.240.oo=. Para realizar importaciones: la preparación alimenticia es de Licencia previa a la Ampicilina trihidrato es de LIBRE IMPORTACION. . . . . ' Oficio que fue desglosado del expediente del Juzgado 2º Superior de Aduanas de Bogotá, y se anexa a este libelo para que surta los efectos probatorios pertinentes".

Como fundamentos de derecho invocó:

En derecho se apoya esta Acción en los art. 86, 176 al 179, 206 al 211 y concordantes del C. C. A., arts. 54 a 57, 58 a 60, 61 a 68, 77 a 79 del Código de Aduanas, Actas 7 a 87 y 88 a 97 de la Comisión de Aduanas, art. 793, 794, 883, 884, 1163 del Código de Comercio, arts. 1494, 1495, 1602, 1605, 1606, 1612 a 1617, 1627, 1647, 1708, 1731, 1739, 2236 y siguientes del Código Civil, arts. 174, 334, 339, 493 al 499 del C. de P. C., Decretos 955/70, 520/71 y 2175 de 1980". (fl. 9 C. 1).

Admitida la demanda (fl. 136 C. 1), se le imprimió el trámite previsto en el Libro Cuarto, título XXVI, Capítulo II del C. C. A., practicadas las pruebas y oídos en alegatos finales las partes y el Ministerio Público, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó sentencia que fue recurrida en apelación por el procurador judicial de los actores.

B. La segunda instancia.

El recurso sustentado ante el a-quo fue concedido por éste y admitido por el Consejo de Estado -Sección Tercera; dentro del término de traslado para alegar, presentaron sus escritos los apoderados de las partes y el Señor Fiscal Décimo de la Corporación.

En la sustentación el recurrente consigna los motivos de su inconformidad con el fallo en un extenso y complicado escrito que, en síntesis y, luego de repetir los hechos de la demanda, expresa:

1.- Que "el oficio No. 4312 del 13 de 1987 (sic) dirigido por funcionarios del Fondo al suscrito....." en forma expresa dá por agotada la vía gubernativa.

2.- Que, por dicha razón, presentó ". . . . . ., la Demanda de Acción de Restablecimiento del Derecho, contra EL ACTO ADMINISTRATIVO contenido en el Oficio No. 4312 del 13 de agosto de 1987 y en el Memorando No. 0410 del 10 de junio de 1987, enviado por la Oficina Jurídica a la Jefe de Devoluciones y Participaciones, Dra. MARTHA HELENA CALVO M., actuación con la que nace el ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO ANTE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA y jamás se ha pretendido DEMANDAR LA 'FALLA ESTATAL' derivada del DECOMISO PROVISIONAL DE DICHAS MERCANCIAS" (fl. 217 C. 1).

3.- Que la sentencia del Consejo de Estado del 6 de febrero de 1981, invocada por la sentencia recurrida, no es aplicable después de la adopción del C. C. A., por el Decreto 01 de 1984.

4. Que se han interpretado erróneamente las pretensiones de la demanda, ". . . . pues en ningún momento se ha querido exigirle a la Administración (Nación - Fondo Rotatorio de Aduanas) indemnización alguna por concepto de la **OPERACION O HECHO ADMINISTRATIVOS** atribuible a la Dependencia del **RESGUARDO NACIONAL DE ELDORADO,** por considerar que si justamente hubo UNA FALLA ESTATAL como se ilaciona de la transcripción que hace la Sentencia en el folio (13) al expresar: '....En efecto, la Jurisprudencia rectora en el aspecto sustancial ya referido ha sido la de que, 'CUANDO LA JUSTICIA DE ADUANAS SOBRESEE DEFINITIVAMENTE POR RAZONES DE CONTRABANDO SE SABE. . . . .QUE NO EXISTIO EL MOTIVO PLAUSIBLE INICIAL Y QUE POR ENDE TODA LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA HABIA ESTADO VICIADA Y ERA PRODUCTORA DE CIERTOS DAÑOS Y TUVO QUE ESPERARSE LA CULMINACION DEL PROCESO INVESTIGATIVO Y SU SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO PARA PODER HABLAR DE LA FALLA ESTATAL'.....', pues, se ha considerado que dicha Dependencia obró dentro del marco legal de sus funciones administrativas, razón por la

cual las pretensiones de esta Acción Contenciosa se abstuvo de reclamar indemnización alguna, como consecuencia de los **PERJUICIOS REALES OCASIONADOS,** sino que se limitó a exigir en forma exclusiva o bien la entrega de las Mercancías decomisadas en condiciones aptas para el consumo humano, o bien la entrega del PRECIO EN DIVISAS NORTEAMERICANAS (US$141.066.OO) más los intereses compensatorios y moratorios, desde cuando el Fondo Rotatorio de Aduanas quedó obligado a dicho cumplimiento en forma real y material, emitiendo los actos propios para ello, tal como ahora lo establecen las normas de los artículos 176 y siguientes del C. C. A., (Decreto 01 de 1984 y Decreto 2304 de 1989 respectivamente)." (fl. 219 C. 1).

5.- Hace la distinción entre caducidad y prescripción para estimar que "Finalmente, se concluye que, el Juez 2º Superior de Aduanas no hizo cosa diferente que la de comunicarle al Fondo Rotatorio de Aduanas la decisión del fallo confirmado por el H. Tribunal Superior, con el fin de que devolviera la mercancía o en su defecto el Precio de las mismas; tal como acontece, cuando Uds. emiten una sentencia ejecutoriada contra una entidad a la que se le ordena que cumplan (sic) lo decidido por la Corporación, en los términos que usualmente acostumbran a hacerlo, pero, en ningún momento se puede afirmar que el oficio que envía la Secretaria de la Corporación o la sentencia proferida en tal sentido, sea un Acto Administrativo, porque ello es una perentoria obligatoriedad de orden legal.

Fue esta la razón que me llevó en calidad de apoderado de la Actora a solicitarle primero al Fondo Rotatorio de Aduanas a que cumpliera con lo ordenado en la Sentencia comunicada, pronunciándose entonces el Acto Administrativo NEGATIVO contenido en el oficio No. 4312 de de (sic) agosto 13/1987, el cual fue acusado en tiempo ante esa Honorable Corporación Contenciosa Administrativa, sin que operara el fenómeno indicado de la Caducidad". (fl. 223 C. 1).

Posteriormente, en escrito presentado ante el Consejo de Estado para hacer valer pruebas en segunda instancia, sostiene:

En la oportunidad procesal a que se contrae la norma procedimental del art. 212 del C. C. A., sustentaré ante la Honorable Corporación (Sección Tercera) el presente recurso de Apelación para desvirtuar la caducidad invocada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera), con la ponencia de la doctora MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ y el concepto del señor Fiscal TARSICIO CACERES TORO, toda vez que, no se está en presencia de un acto administrativo, entendido como una declaración unilateral de voluntad de la administración pública destinada a producir efectos jurídicos, sino ante el desobedecimiento o desconocimiento de una sentencia que contiene una decisión judicial en firme incumplida por el Fondo Rotatorio de Aduanas". (fl. 242 C. 1).

En el alegato final reconoce:

1o.- Si bien es cierto y evidente que, la demanda alude a la Acción de reparación directa y cumplimiento, no lo es en cuanto al petitum de la misma, relativas a las declaraciones y condenas, al expresarse en la -PRIMERA PRINCIPAL- 'que con base en las sentencias dictadas por el Juzgado 2º Superior de Aduanas de Bogotá, de fecha 5 de septiembre de 1980 y confirmada por Sentencia del H. Tribunal Superior de Aduanas, calendada el 9 de diciembre de 1981..... debe entregarse en las mismas condiciones como fueron retenidas, esto es aptas para el consumo humano, o en su defecto se ordene pagar su precio en divisas norteamerica.....así como los perjuicios materiales, los cuales serán tasados en la forma ordenada en el art. 308 del C. de P. C.....'

2o.- No queda dudas de la impropiedad al señalarse la acción contenciosa a tramitarse en procura de exigir de la Nación -Fondo Rotatorio de Aduanas, el cumplimiento del fallo judicial ejecutoriado; pero, ello no impedía al juzgador para indagar y enderezar el procedimiento y la respectiva acción, encaminada a la reclamación justa y legal de los Demandantes.

3o. Pienso que, el fenómeno jurídico de la CADUCIDAD DE LA ACCION CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA opera en tratándose de ACTOS, HECHOS U OPERACIONES ADMINISTRATIVAS, propios de las funciones administrativas del Estado, más no en la ejecución o cumplimiento de Sentencias judiciales, pues, estas se rigen por la figura jurídica de la PRESCRIPCION, que se refiere al modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o bienes y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (arts. 2510 y ss. del C. C.) (fl. 260 C. 1).

La apoderada judicial del Fondo Rotatorio de Aduanas comparte las apreciaciones del Tribunal y solicita la confirmación del fallo.

A la misma conclusión llega el Señor Fiscal de la Corporación.

LA SALA CONSIDERA

Las diversas actuaciones cumplidas por el apoderado del actor en este proceso, ponen de manifiesto una notable confusión entre las acciones contenciosas consagradas por la ley, a manera de medios, que pueden intentar los particulares (y la propia administración del Estado) para el control jurisdiccional de la actividad administrativa contenida en actos, hechos, omisiones, operaciones o contratos.

Con este criterio, cuando se pretende la desaparición de un acto administrativo ilegal con miras al restablecimiento del orden jurídico, ha de utilizarse la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C. C. A., cuando el contenido de la pretensión incluye, además el restablecimiento de un derecho subjetivo lesionado, el artículo 85 del mismo código traza el sendero jurídico correcto; si la controversia gira en torno de la existencia, nulidad, revisión o incumplimiento de un contrato administrativo o de uno de carácter privado con cláusula de caducidad, el mecanismo idóneo se encuentra en el artículo 87; en cambio cuando el origen de la reclamación es un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causas de trabajos públicos, la procedente es la acción de reparación directa del artículo 86.

Cada uno de esos cauces legales de control tiene sus reglas que los particularizan y distinguen; de precisarlas se han encargado, extensamente, la jurisprudencia y la doctrina nacionales.

En el caso sub-iudice, los demandantes intentaron la acción de reparación directa como se deduce de las reiteradas afirmaciones que hacen en la demanda, de los hechos que invocan como causa de las pretensiones, de la relación de las normas que estiman aplicables y de los alegatos de conclusión de la primera instancia.

Así lo entendió también el Tribunal cuando le imprimió al proceso el trámite que corresponde a los asuntos de reparación directa y cumplimiento. Tal entendimiento es correcto, dado que el origen de las pretensiones de la demanda, es una omisión administrativa consistente, no en el decomiso de las mercancías, como quiere el recurrente, sino en el no cumplimiento de las sentencias de la jurisdicción Aduanera por parte del Fondo Rotatorio de Aduanas.

En efecto, el Juzgado Segundo Superior de Aduanas había ordenado en el auto del 5 de septiembre de 1980: "SEGUNDO.- DECLARAR QUE LA MERCANCIA NO ES DE CONTRABANDO, ordenando su entrega al representante legal de GENFAR o a la persona que tenga facultades conferidas por él para tal efecto" (fl. 117 C. 2); el Tribunal Superior de Aduanas confirmó lo dispuesto por el Juzgado en providencia del 9 de diciembre de 1981 con la sola modificación de que las mercancías o su precio debían entregarse al representante legal o a su apoderado (fl. 37 C. 2).

La omisión en el cumplimiento de ese mandamiento judicial constituye un hecho de la Administración cuyas consecuencias dañosas han de resarcirse a través de la acción de reparación directa. Así sucedía estando en vigencia la Ley 167 de 1941, cuando esta acción estaba contemplada en el art. 68; igual ocurría en el artículo 86 del C. C. A., adoptado por el Decreto-Ley 01 de 1984, y las cosas no han variado con el texto actual del artículo 16 del Decreto 2304 de 1989. Los diversos preceptos legales si bien han introducido algunas modificaciones, ninguna de ellas tiene incidencia en el caso que se discute.

Establecido lo anterior se tiene que el término de caducidad que empezó a contarse el 23 de enero de 1982 -fecha en que el Juzgado comunicó al Fondo la orden judicial para la entrega de las mercancías o de su precio-, estaba vencido al tiempo de presentar la demanda (10 de septiembre de 1987), incluso si se toma en cuenta el más favorable de 3 años que tenía previsto el artículo 28 del Decreto-Ley 528 de 1964.

Asiste, pues, razón al Tribunal para declarar la caducidad de la acción y la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

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 Cundinamarca el 14 de diciembre de 1989, en cuanto declaró probada la caducidad.

SEGUNDO: REVOCA la sentencia en cuanto denegó las súplicas de la demanda,

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada en sesión de fecha 20 de junio de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA / CADUCIDAD / TRANSITO DE LEGISLACION

Si cuando empezó el regir el C.C.A. faltaba por correr menos de los 2 años señalados en éste, la caducidad se gobierna en todo por el término vigente cuando ocurrió el hecho perjudicial; pero si faltaban más de dos años y no se había presentado la demanda, esta tenía que formularse a más tardar el 1o. de marzo de 1.986, fecha de vencimiento del nuevo plazo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1,991).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nro. 6214.- Indemnizaciones. Actor: VIRGINIA DE LOS ANGELES AMAYA V. DE DIAZ y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 8 de febrero de 1.990, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se declaró probada la excepción de caducidad y se denegaron las súplicas de la demanda.

En escrito de demanda, presentado el 30 de abril de 1.986 (a folio 15 del cuaderno principal) se formularon las siguientes pretensiones:

"PRIMERA. LA NACION COLOMBIANA Policía Nacional Ministerio de Defensa nacional, es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a VIRGINIA DE LOS ANGELES AMAYA vda. DE DIAZ, ANA GLADYS AMAYA Y HECTOR HERNAN DIAZ AMAYA con la muerte de su hijo y entrañable hermano ORLANDO ALFONSO AMAYA, a causa del

disparo hecho por el agente de la Policía Nacional EDGAR FREDY ALVARADO con su arma de dotación oficial, en las primeras horas de la noche del 3 de mayo de 1.983 durante un procedimiento judicial.

"SEGUNDA.- LA NACION COLOMBIANA, pagará a la señor VIRGINIA DE LOS ANGELES Vda. DE DIAZ en su calidad de madre , y a ANA GLADYS AMAYA Y HECTOR HERNAN DIAZ AMAYA en su calidad de hermanos , una indemnización por los daños y perjuicios materiales incluyendo el lucro cesante, los intereses compensatorios de lo que sumen desde la fecha de su causación y hasta la de la fijación de la indemnización, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso. Tanto el capital que representa la indemnización en la fecha de su causación , 3 de mayo de 1.983 y desde luego su exigibilidad sustancial como sus intereses, se pagaron en pesos de valor constante con relación al índice nacional de precios al consumidor-obrero.

"A los mismos demandantes VIRGINIA DE LOS ANGELES AMAYA Vda. DE DIAZ, ANA GLADYS AMAYA Y HECTOR HERNAN DIAZ AMAYA, los daños morales , con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos oro fino, de conformidad con el artículo 106 del Código penal.

"Gastos del proceso , intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de ese término si fuere el caso. Todo pago se imputará a intereses.

"Sumas anteriores, que serán reguladas según el artículo 178 del C.C.A? y el 308 del C.P.C.

"TERCERA.- LA NACION COLOMBIANA -Policía Nacional- Ministerio de Defensa Nacional, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de treinta días (sic) de acuerdo al artículo 176 C.C.A."

En síntesis la demanda narra los siguientes hechos:

a) Que el día 3 de mayo de 1.983, en esta ciudad y en el establecimiento del señor Alfonso Castillo, se produjo u incidente en el que fue herido con su arma de dotación, sin justificación alguna , el señor Orlando Alfonso Amaya Diaz, por el agente de policía Edgar Fredy Alvarado , quien huyó del lugar de los acontecimientos .

b) Que llevado el herido al Hospital de la Samaritana, falleció pocos minutos después.

c) Que tanto el comando de Policía Bogotá como la justicia penal iniciaron las correspondientes investigaciones para juzgar al agente Fredy A.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el a-quo falló en la forma anotada. Para tomar su decisión, arguyó:

"Según la demanda los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones que originaron en la intervención desarrollada por el agente de a Policía Nacional Edgar Fredy Alvarado el día 3 de mayo de 1.983 cuando utilizó su arma de dotación oficial para dispararle al señor Orlando Alfonso Amaya y ocasionarle la muerte. Y, conforme a las pruebas que obran en el expediente , los hechos que le produjeron la muerte al señor Orlando Alfonso Amaya se desarrollaron en la mencionada fecha y el deceso al día siguiente.

"Esto significa que los hecho ocurrieron en vigencia del Decreto 528 de 1.964, en cuyo articulo 28 se estableció que las acciones indemnizatorias se debían instaurar dentro de los tres (3) años siguientes a la realización hecho u operación correspondiente.

"Pero sucede que la demanda fue presentada el día 30 de abril de 1.986, es decir cuando ya había dejado de regir el artículo 28 del Decreto 528 de 1.964, pues el decreto 01 de 1.984, que reformó el Código Contenciosos Administrativo -Ley 167 de 1.941-, entró en vigencia el 1o. de marzo de 1.984 y en su artículo 136, inciso cuarto, dispuso que la acción de reparación directa caducará al vencimiento de dos (2) años contados a partir de la producción del acto o del hecho.

"De esta manera se advierte que en el presente caso la demanda se presentó en vigencia del Decreto 01 de 1.984 y cuando ya había transcurrido un término superior a los dos años establecidos en su artículo 136, inciso cuarto, para la caducidad de la acción de reparación directa, solo que el hecho en el que se sustentan las pretensiones de la demanda ocurrieron en vigencia del artículo 28 del Decreto 528 de 1.964, que, como ya se anotó, establecía un término de tres años y que conforme al mismo permitiría llegar a la conclusión de que se presentó oportunamente.

"En estas condiciones se debe resolver la situación que se presenta cuando se ejercita una acción de reparación directa con fundamento en hechos ocurridos antes de la vigencia del decreto 01 de 1.984 y la demanda se presenta cuando ya se encuentra vencido el término de dos años contados a partir de esa vigencia, aunque antes de los tres años señalados en el artículo 28 del Decreto 528 de 1.984."

Descontenta la parte actora , apeló y sustenta su recurso en el escrito que obra a folios 145 y siguientes.

Cumplido el procedimiento de rigor , es oportuno decidir. Para ello, se

considera:

Para la señora Fiscal Séptima, Doctora De Lombana de Magyaroff la sentencia del Tribunal deberá revocarse para, en su lugar, declarar solo la caducidad de la acción porque la aceptación de este fenómeno impide estudiar las pretensiones solicitadas. De esa vista fiscal, se destaca:

"Es claro como lo señala la providencia que no pueden existir derecho adquiridos frente a los cambios de legitimación procesal, por el carácter de ésta, y los términos para incoar una acción tienen, ciertamente, dicha naturaleza. En consecuencia, la jurisprudencia sobre el tema en estudio que esta fiscalía comparte lo único que hace es dar aplicación a las normas procesales atendiendo a la situación fáctica de cada negocio.

"Al aplicar al anterior criterio el presente caso se deduce:

"a) Que los hechos ocurridos el 3 de mayo de 1.983, por lo que, conforme a lo previsto en el artículo 28 del Decreto 528 de 1.984, el término para incoar la acción vencía el 3 de mayo de 1.986.

'b) Que el 1o. de marzo entró a regir el Decreto 01 de 1.984, que redujo a dos años el término para instaurar la acción procedente en este caso.

"c) Que en dicha fecha, el 1o. de marzo de 1.984 faltaba un término superior a los dos años para el vencimiento del correspondiente para ejercitar la acción, previsto en el último de los estatutos mencionados.

'd) Que, en consecuencia, el término para instaurar la acción en el presente caso venció el 1o. de marzo de 1.986.

"e) Que la demanda fue instaurada el 30 de abril de 1.986 (fl. 15).

"f) Que cuando se presentó la demanda en el presente juicio la acción estaba caducada."

Para la Sala la sentencia apelada deberá confirmarse, con la salvedad hecha por la señora fiscal séptima en cuanto a la denegación de las súplicas de la demanda.

En esta oportunidad la sala reitera la jurisprudencia de la corporación; no sin antes destacar ciertos hechos y la fecha de su ocurrencia , así:

1) Los interesados, Virginia de los Angeles Amaya vda. de Diaz, Ana Gladys Amaya y Héctor Hernán Diaz A. otorgaron poder, la primera el 31 de octubre de 1.984 y los segundos el 27 de noviembre siguiente.

2) El señor Orlando Alfonso Amaya murió el día 4 de mayo de 1.983.

3) La demanda se presentó el día 30 de abril de 1.986 (a folio 15).

Como se dijo, la jurisprudencia relacionada con el tránsito de legislación para la caducidad de las acciones de reparación directa por hechos acaecidos con anterioridad al 1o. de marzo de 1,984 (iniciación de vigencia del nuevo Código Administrativo), se mantendrá en esta oportunidad , ya que la sala estima que no existe motivo legal para variarla.

Dijo esta sala en su sentencia de mayo 22 de 1.987 (Proceso 4955 Dioselina Arca C.) a este respecto:

"a) Los asuntos de reparación directa venían sometidos al término de caducidad de 3 años, señalado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1.964, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial.

"b) En nuevo código administrativo redujo este término a dos años (artículo 136 inciso 4o.).

"c) La aplicación de esta norma es sólo para el futuro en principio únicamente para la caducidad de las acciones derivadas de hechos ocurridos después del 1o. de marzo de 1.984 (iniciación de la vigencia del código).

"d) La caducidad de las acciones por hechos anteriores está gobernada, por regla general, por el artículo 28 del Decreto 528. Pero como no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como es el de la caducidad, la regla que lo modifica es de aplicación inmediata.

"De allí que si cuando empezó a regir el código administrativo faltaba por correr menos de los 2 años señalados en éste, la caducidad se gobierna en un todo por el término vigente cuando ocurrió el hecho perjudicial; pero si faltaban más de dos años y no se había presentado la demanda, ésta tenía que formularse a más tardar el 1o. de marzo de 1.986, fecha del vencimiento del nuevo plazo.

"Se entiende esto no sólo por el efecto inmediato y hacia el futuro que tienen las normas procesales, sino porque el principio contenido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1.887 sólo es aplicable en materia de prescripción , que le permite al prescribiente optar entre uno y otro término, según su conveniencia."

Aplicando estas ideas al caso concreto resulta:

SI el código administrativo adoptado por el Decreto 01 de 1.984 no hubiera

cambiado el término de 3 años señalado en el Decreto 528 de 1.964 (artículo 28), la demanda se habría podido presentar hasta el 4 de mayo de 1.986; pero como el nuevo estatuto redujo el término de tres años a dos, y cuando empezó a regir no se había presentado aún l demanda y faltaban más de dos años por correr, habrá que concluir, por fuerza , que la oportunidad quedó sometida a la nueva ley y con un plazo que no podía exceder el 1o. de marzo de 1.,986.

La tesis del actor a entender que porque los hechos ocurrieron durante la vigencia del Decreto 528 con su caducidad de tres años, la demanda podía presentarse hasta el 4 de mayo de 1.986, como si existiera un derecho adquirido a ese término.

La Sala anota que la jurisprudencia citada por el recurrente no es exactamente aplicable al caso, entre otras razones porque ella hace referencia a un tránsito de legislación diferente, en la que no sólo la jurisdicción (de la ordinaria a la contenciosa) sino de institución (de prescripción extintiva a caducidad).

A todo lo anterior, agrega la Sala:

De aceptarse la tesis del recurrente habría que concluir que su poderdante estaba en una situación de privilegio frente a los demás administrados, como se deduce del siguiente ejemplo: Pedro es lesionado el 1o. de marzo de 1.984 por una falla del servicio; tendrá entonces que presentar su demanda de reparación directa a más tardar el 1o. de marzo de 1.986. En cambio Juan es lesionado en idénticas condiciones el 28 de febrero de 1.984. Con la tesis del actor podría presentar se demanda hasta el 28 de febrero de 1.987 y como si el artículo 28 del Decreto 528 consagrara un derecho adquirido a dicho término. En el ejemplo propuesto, Juan gozaría , por un día de diferencia, de casi un año más de plazo que Pedro. No, este no es el alcance de las normas procesales y la caducidad tiene ese carácter.

La sala confirmará el fallo en cuanto a la caducidad: no así frente a la denegación de las súplicas de la demanda. Es a penas obvio, como lo sostiene la fiscalía , que si se declara la caducidad no podrá el juzgador, bajo ningún pretexto, estudiar el fondo del asunto planteado, cabe recordar que la caducidad es un presupuesto procesal de la acción y su falta impide la sentencia de mérito.

La sala estima, finalmente , que el tribunal superior de Bogotá deberá estudiar la conducta del señor apoderado de la parte actora, Doctor Hernán Francisco Andrade S. . ya que pese a haber recibido los poderes desde los días 31 de octubre y 27 de noviembre de 1.984, sólo presentó la demanda el 30 de abril de 1.986.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1) Confírmase a sentencia de 8 de febrero de 1.990 en cuanto declaró la caducidad de la acción.

2) Revócase en cuanto denegó las súplicas de la demanda, porque el alcance del fallo es inhibitorio.

3) Envíese copia al Tribunal Superior de Bogotá tanto los poderes que obran al folio 1 como de la demanda que obra a folios 2 a 15 , para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión de fecha 20 de junio de 1.991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS

La pérdida del inmueble se produjo como consecuencia directa de haber omitido la inscripción de la demanda que pesaba sobre el inmueble, en el correspondiente certificado de libertad, que las actoras solicitaron para efectuar la negociación. El servicio del registro inmobiliario y sus consecuenciales certificaciones deben presentar continuidad y fidelidad en todo el tiempo, sin que el tránsito de legislación sea factor exculpativo de la responsabilidad administrativa por las fallas cometidas en la prestación del mismo, ni muchísimo menos razón para volver a la desueta tesis de la responsabilidad personal del agente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6180. Actor: Alicia Rozo de Cubillos y otra

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la demandada contra la sentencia del 1º de febrero de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se decidió:

1. Declárase administrativamente responsable a la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, por la FALLA OMISIVA EN EL SERVICIO, ocurrida a consecuencia de no CERTIFICAR en forma exacta el estado del inmueble ubicado en la carrera 5a. No. 61-19 en la ciudad de Bogotá.

2. Como consecuencia de la declaración anterior se condena a la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO a favor de ALICIA ROZO DE CUBILLOS y MARIA DEL PILAR CUBILLOS ROZO, a cancelarles como indemnización de los PERJUICIOS MATERIALES a ellas causados, el valor que resulte de actualizar la suma de siete millones quinientos mil pesos ($7.500.000.oo) con los índices de precios al consumidor que certifique el DANE para las fechas JUNIO 24 DE 1985 y la de EJECUTORIA DE ESTA SENTENCIA.

3. El pago de la suma que resulte de la liquidación deberá hacerse dentro de los términos señalados en los artículos 176 y 177 del C. C. A., y devengará intereses comerciales durante los primeros seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y moratorios vencido su término.

4. Niéganse las demás súplicas de la demanda (fol. 169).

I. ANTECEDENTES

1. Por intermedio de apoderado judicial, las señoras ALICIA ROZO DE CUBILLOS y MARIA DEL PILAR CUBILLOS ROZO demandaron en acción de reparación directa y cumplimiento a la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, solicitando las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA.- Que se incurrió en una falla en el servicio con motivo de la expedición por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad del certificado de Libertad contenido en las hojas de papel sellado número L 07268956, Q 18350402 y AA 07363843.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración, la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO se encuentra obligada a indemnizar a la señora ALICIA ROZO DE CUBILLOS y a la señorita MARIA DEL PILAR CUBILLOS ROZO, todos los perjuicios materiales y morales irrogados a las mismas con la expedición de dicho certificado de libertad, y que llegaren a resultar demostrados dentro del proceso o en trámite incidental posterior" (fol. 4).

2. La actora fundamenta sus pretensiones en los Hechos que expone así:

PRIMERO.- El día 1o. de abril de 1971 el señor POLICARPO GONZALEZ SOLER vendió a la señora ALICIA ROZO DE CUBILLOS y a la señorita MARIA DEL PILAR CUBILLOS ROZO mediante escritura pública No. 1300 de la Notaría Segunda de esta ciudad, el derecho de dominio que el primero tenía sobre la casa de habitación situada en la carrera 5a. No., 61-19 de esta ciudad, cuya alinderación y demás especificaciones figuran en el "petitum" de esta demanda.

SEGUNDO.- Como precio de la anterior negociación las partes estipularon la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($250.000.oo) M/Cte. que las compradoras cancelarían así: DOSCIENTOS MIL PESOS ($200.000.oo) M/Cte. a la firma de la escritura, el saldo, o sea, CINCUENTA MIL PESOS ($50.000.oo) M/cte. pagadero el 1o. de octubre de 1971, y para garantizar su pago constituyeron hipoteca de primer grado sobre el bien adquirido en la misma escritura de compraventa.

TERCERO.- Los contratos de que dan cuenta los hechos inmediatamente anteriores se registraron oportunamente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad, el de compraventa el 20 de abril de 1971 al libro primero, página 666 No. 6562-B y el de hipoteca el 27 del mismo mes y año en la página 610 No. 7032.

CUARTO.- Posteriormente, y como quiera que el saldo del precio pagado por las compradoras, (sic) se corrió la escritura No. 16243 del 4 de octubre de 1971 por medio de la cual fue cancelado el gravamen hipotecario que pesaba sobre el bien materia de la compraventa.

QUINTO.- Las compradoras como personas prudentes y diligentes, solicitaron y obtuvieron previamente a la firma de la escritura de que da cuenta el hecho primero de esta demanda, un certificado de libertad por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad, con el objeto de establecer a ciencia cierta la situación jurídica del inmueble que iban a negociar, y después de realizado el negocio obtuvieron nuevas certificaciones, las cuales, confirmaron suficientemente lo expuesto en las expedidas antes de la realización del contrato de compraventa.

SEXTO.- Fue así como el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo de Bogotá, certificó en sucesivas certificaciones que obran en hojas de papel sellado números L 07268956, Q 18350402 y AA 07363843 que para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1946 y el 28 de noviembre de 1971 no existía ninguna demanda registrada ni tampoco pleito pendiente respecto de la casa de habitación situada en la carrera 5a. No. 61-19 de esta ciudad.

SEPTIMO.- Por su parte, el vendedor POLICARPO GONZALEZ SOLER, manifestó sin ambages de ninguna naturaleza en la cláusula tercera de la escritura precitada, que transfería el inmueble libre de hipoteca u otros gravámenes, así como de embargos, pleitos pendientes, etcétera etc.

OCTAVO.- Las compradoras entraron en posesión del inmueble desde el momento en que fue suscrita la escritura de compraventa, es decir, desde el 1o. de abril de 1971, y a partir de esa oportunidad, disfrutaron en forma quieta, pacífica e ininterrumpida dicho bien raíz, cuando intempestiva-

mente el 4 de febrero de 1983, se hizo presente en el inmueble de su propiedad, o sea, el que habían comprado a POLICARPO GONZALEZ SOLER, el personal del Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Bogotá, por comisión del Juzgado Trece Civil del Circuito de la misma ciudad, con el objeto de hacer entrega real y material de tal inmueble a CECILIA TOVAR DE ANDRADE Y HERNAN TOVAR RAMOS, pues según sentencia del 29 de mayo de 1980 dictada por la H. Corte Suprema de Justicia, tales personas se encontraban legitimadas para reclamar el inmueble tantas veces mencionado. Esta diligencia se suspendió hasta el 2 de marzo de 1983, oportunidad en la cual mis poderdantes terminaron de ser desalojadas del inmueble que había sido su casa de habitación durante muchos años.

NOVENO.- Enfrentadas entonces al hecho cumplido de la sorpresiva pérdida del inmueble de la carrera 5a. No. 61-19 de esta ciudad, bien raiz en el que habían habitado durante 11 años largos, doña ALICIA y su hija doña MARIA DEL PILAR, inquirieron por las causan de tal insólito hecho, pudiendo establecer que aparentemente se había registrado una demanda sobre el inmueble con anterioridad al momento de su adquisición, según oficio emanado del Juzgado Noveno Civil del Circuito de esta ciudad de fecha 29 de agosto de 1963, dentro del proceso ordinario instaurado por CECILIA TOVAR DE ANDRADE Y HERNAN TOVAR RAMOS contra BLANCA TOVAR CARREÑO Y OTROS.

DECIMO.- De esta suerte, las compradoras pudieron constatar con vista en el certificado de libertad que se menciona en el hecho sexto de esta demanda, que allí se había omitido anotar el registro de la demanda decretado por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de esta ciudad.

UNDECIMO.- Es de relievar, que en el folio de matrícula 050-0528499 expedido el 18 de febrero del año en curso, aparece registrado extemporaneamente el oficio 1068 del 29 de agosto de 1963, por cuanto esta comunicación no se inscribió en el orden cronológico que señala la Ley, circunstancia que lleva a suponer la posibilidad de algún tipo de irregularidad en dicha inscripción.

DECIMO SEGUNDO.- De todo lo expuesto se infiere que la omisión en que se incurrió en el certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, constituye una auténtica y palmaria falla en el servicio, que llevó a mis clientes a celebrar el contrato de compraventa reseñado en esta demanda, bajo la certeza de que la certificación se ajustaba a la realidad, cuando desafortunadamente no era así.

DECIMO TERCERO.- Esta falla en el servicio generó perjuicios de orden moral y económico para las demandantes, los primeros, al verse privadas de la noche a la mañana del bien raiz que habían adquirido luego de muchos

años de esfuerzos y sacrificios, y pasar ante el vecindario la vergüenza sin nombre de ser colocadas en la calle sin formula de juicio por las autoridades; los segundos, representados en el menoscabo económico que sufrieron al perder de manera total y definitiva su inmueble situado en un barrio exclusivo de esta ciudad y cuyo valor asciende a varios millones de pesos (fols. 2, 3, 4).

3. La demanda fue debidamente notificada, sin embargo no se dió contestación a la misma.

Mediante apoderado, la parte pasiva presentó alegato de conclusión en el cual solicita se denieguen las pretensiones de la actora, en virtud de que de conformidad con lo dispuesto por los Decretos Leyes 1250, 1254, y 2563 de 1970, "La Superintendencia de Notariado y Registro solo responde por las fallas del servicio de registro de instrumentos públicos ocasionados con posterioridad a la nacionalización del servicio, y como los hechos, causa de esta demanda ocurrieron el 6 de noviembre de 1965, es lógico concluir que la Superintendencia que represento no tiene ninguna responsabilidad en ellos". (fo. 70).

4. Surtido el trámite de la primera instancia, el Tribunal competente profirió sentencia favorable a las súplicas de la demanda, en consideración a que encontró probada plenamente la falla omisiva por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, que es la que "tiene PERSONERIA SUSTANTIVA para contradecir las pretensiones formuladas a esta jurisdicción, porque el **OBJETO** JURIDICO de la demanda atañe a hechos jurídicos OBJETO de FUNCION ADMINISTRATIVA del ente que compareció, el que tiene por mandato legal, la atribución propia de la PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE NOTARIADO Y REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS y la responsabilidad por FALTAS EN EL MISMO (fol. 158).

Afirma el Tribunal que la omisión de inscribir la demanda en el Certificado de Libertad expedido, indujo a las actoras a la compraventa del bien, lo cual se tradujo en la pérdida del inmueble, y constituye el daño, que fue consecuencia directa de la falla del servicio.

En cuanto respecta a los perjuicios, negó el reconocimiento de los morales, puesto que no se probaron; y sobre los materiales, reconoce el valor del bien inmueble establecido por los peritos, más no el de los cánones de arrendamiento que las actoras afirman que tuvieron que sufragar a raiz de los hechos de la demanda, ya que no fueron demostrados dichos gastos.

Finalmente el a-quo reconoce la actualización del valor señalado al inmueble, según los índices de precios al consumidor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 178 del C. C. A.

5. Contra la sentencia anterior, la apoderada de la demandada interpuso

recurso de apelación, solicitando su revocatoria por cuanto afirma que "la omisión en la anotación de la demanda, ocurrió al expedirse la certificación primera, que corresponde al lapso entre el 1o. de enero de 1946 y el 6 de noviembre de 1965. Fue por lo tanto, quien desempeñaba el cargo de Registrador en ese momento, el que incurrió en la lamentable omisión y no el Registrador que expidió el certificado el 12 de marzo de 1971, porque como se deduce del mismo documento, ésto solo certifica el periodo comprendido, como ya se dijo, entre el 5 de diciembre de 1970 y el 12 de marzo de 1971 y en relación con las anteriores certificaciones les da credibilidad". (fol. 180).

"....

Ahora bien, la omisión constitutiva de la falla del servicio ocurrió en 1965, en virtud de la certificación que expidió el Registrador de Instrumentos Públicos de esa época y por ello no puede atribuirsele responsabilidad alguna a la Nación o a la Superintendencia de Notariado y Registro, por cuanto sólo a partir de la vigencia del decreto ley 1250 de 1970, se inició el proceso de nacionalización de las oficinas de registro de instrumentos públicos y la del círculo de Bogotá, en particular, con la expedición del decreto ley 1254 de 1970, es decir el 27 de julio de ese año.

Cuando se expidió la certificación del 12 de marzo de 1971, el Registrador ya era funcionario público y obró de conformidad con las disposiciones del capítulo XIII del decreto ley 1250 de 1970, 'tránsito de legislación' que eran las aplicables para la época, cuando se estaba modificando el sistema de registro en libros por el del folio real o de matricula inmobiliaria". (fols. 181 y 182).

"....

Si los hechos hubieren ocurrido cuando ya estaba en pleno vigor e implantado el nuevo sistema de registro de instrumentos públicos, tendría toda la razón lo afirmado en la sentencia del Honorable Tribunal, pero los hechos ocurrieron en la etapa de transición de un sistema a otro y por ello la ley permitió tener en cuenta las certificaciones anteriores y no puede responsabilizarse a quienes cumplieron con esta disposición de las fallas que pudieran ocurrir de su aplicación" (fol. 183).

6. Corrido el traslado para alegar de conclusión, las partes presentaron los correspondientes escritos, así:

La actora reitera lo expuesto en su libelo demandatorio y en la exposición de motivos hecha por el a-quo, con base en lo cual solicita se confirme la sentencia (fols. 187 a 192).

La demandada adoptó el mismo razonamiento que expuso en la sustentación

del recurso de alzada y concluyó que como el error ocurrió con anterioridad a la nacionalización del servicio, no es la Superintendencia de Notariado y Registro la que debe responder, sino que la demanda debió hacerse dirigido contra La Nación. (fols. 193 y 194).

7. La Fiscalía Segunda de esta Corporación solicita se confirme la sentencia apelada.

Manifestó en su concepto:

La Fiscalía, de acuerdo con la sentencia apelada, considera que efectivamente la Nación -Superintendencia de Notariado y Registro- incurrió en una falla al omitir en la certificación expedida sobre la libertad del inmueble, el registro de una demanda que cursaba en el Juzgado 9o. Civil del Circuito de Bogotá, sobre varios inmuebles, entre los cuales se hallaba el comprado por las demandantes. Dicho Juzgado ordenó mediante oficio No. 1068 del 29 de agosto de 1963, la inscripción de la mencionada demanda ordinaria, lo cual se efectuó en el respectivo libro de demandas de la Oficina de Registro, sin embargo se omitió dicha inscripción en el certificado de libertad que sirvió de fundamento para la compra del inmueble ya que los certificados de libertad de inmuebles son documentos públicos que hacen fe de su otorgamiento, fecha, declaraciones y contenido.

En consecuencia, se hizo evidente la falla omisiva en la función administrativa de certificar sobre el estado jurídico de los inmuebles, función legal que se cumple por la Superintendencia de Notariado y Registro". (fols. 197 y 198).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el presente asunto, se trata de dilucidad si existe responsabilidad de la demandada -Superintendencia de Notariado y Registro- por falla en el servicio.

Este tipo de responsabilidad administrativa exige la prueba de la falta o falla del servicio, el daño y el nexo de causalidad entre los anteriores. Dicha institución tiene como fundamento el artículo 16 de la Constitución Nacional que prescribe que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra y bienes de los habitantes de la Nación. De manera que cuando quiera que el Estado vulnera los bienes tutelados en dicha norma, bien por acción o por omisión falla en la prestación del servicio y procede la indemnización por los daños causados.

Como elementos probatorios, se encuentran en el expediente, los siguientes:

a) Fotocopia autenticada de la Escritura de Compraventa No. 1300 del 1o.

de abril de 1971, con el correspondiente registro (fols. 6 a 9)

b) Fotocopia autenticada del Certificado de Libertad del inmueble ubicado en la carrera 5a. No. 61-19 de Bogotá, expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro (fls. 13 a 15).

c) Fotocopia autenticada de los folios 277 a 280 del libro de demandas de 1963, en el cual consta como inscripción No. 02, la del inmueble en cuestión, efectuada el 2 de septiembre del mismo año (fols. 120 a 123).

El debate planteado en el sub-judice, de acuerdo con los antecedentes vistos, hace relación con la existencia de la falla del servicio por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, punto que acertadamente analizó el a-quo y que la Sala acoge en esta providencia. Expuso el Tribunal: "EL SERVICIO DE NOTARIADO Y REGISTRO, en nuestro estado de derecho es de creación CONSTITUCIONAL, su ORGANIZACION y REGLAMENTACION se definieron a la Ley (artículo 188 de la Constitución Nacional-Artículo 1o. del Acto Legislativo Número 1 de 1931).

> Este SERVICIO PUBLICO ADMINISTRATIVO estuvo adscrito a la PERSONA JURIDICA PUBLICA NACION hasta antes de la aparición del Decreto Ley 1659 de 1978, mediante el cual se le otorgó personería jurídica a la Superintendencia de Notariado y Registro, y la cual, por la naturaleza de sus funciones y el origen de sus recursos siguió funcionando como una UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL- Artículo 1o. IBIDEM.
>
> Con anterioridad a ese Decreto Ley -1659 de 1978- el legislador extraordinario de 1970, mediante Decreto Número 1347, artículo 1o. determinó que la 'VIGILANCIA, DIRECCION Y ORDENAMIENTO RACIONAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DE **NOTARIADO** Y DE **REGISTRO** DE INSTRUMENTOS PUBLICOS LOS EJERCERA LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO'. Asímismo, el artículo 2º señaló que LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO ES UN ORGANISMO PUBLICO ADSCRITO AL MINISTERIO DE JUSTICIA. . . . . ' no fue dotado en ese entonces de personería. El articulo 11 -Decreto 1347 de 1970- señaló que: "PARA ATENDER A LA DOTACION DE LAS OFICINAS DE REGISTRO, AL PERFECCIONAMIENTO DEL SERVICIO, Y **ASEGURAR LA RESPONSABILIDAD POR FALTAS EN EL MISMO** Y PROVEER LA SEGURIDAD SOCIAL DE SUS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS, LA SUPERINTENDENCIA DISPONDRA, DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 68 DEL DECRETO LEY NUMERO 1250 DE 1970, DE LOS INGRESOS POR DERECHO DE REGISTRO QUE SE CAUSEN EN LAS RESPECTIVAS OFICINAS'.
>
> Agrupando las anotaciones anteriormente expuestas, tenemos que, la

persona jurídica demandada, SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, esta LEGITIMADA EN LA CAUSA, por cuanto al estar asignada a ella la FUNCION DE REGISTRO, para cuando se CERTIFICO EN LIBERTAD el inmueble en antes referenciado -Marzo 12 de 1971-, (fl. 14 cuaderno principal) del certificado de libertad del inmueble a fecha más próxima a la compraventa del inmueble ABRIL 1º DE 1971 (fl. 6 a 9) hacen que, a pesar que para ese entonces cumplía la FUNCION ADMINISTRATIVA a nombre de la NACION, siempre tuvo, como se señaló con la transcripción del artículo 11 del D. L. 1347 de 1970, INGRESOS PROPIOS **PARA ASEGURAR LA RESPONSABILIDAD POR FALTAS EN EL MISMO,** señalados en el Decreto 1250 de 1970 -POR DERECHO DE REGISTRO QUE SE CAUSEN EN LAS RESPECTIVAS OFICINAS- que siguieron siendo LOS MISMOS para cuando a ese organismo, se le dotó de PERSONERIA JURIDICA al consagrársele como UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL. Se presenta así una SUSTITUCION del ente prestador de la función administrativa con una concomitancia, como la de que quien venía prestando el servicio como DEPENDIENTE ADMINISTRATIVO, se le constituyó como autónomo de derechos y obligaciones.

Y es que la Superintendencia de Notariado y Registro tiene PERSONERIA SUSTANTIVA para contradecir las pretensiones formuladas a esta jurisdicción, porque el **OBJETO** JURIDICO de la demanda atañe a hechos jurídicos OBJETO de FUNCION ADMINISTRATIVA del ente que compareció, el que tiene por mandato legal, la atribución propia de la PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE NOTARIADO Y REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS y la responsabilidad por FALTAS EN EL MISMO" (fo. 158 Cdno. 1).

Prosigue el juzgador a-quo en los siguientes términos:

ESTUDIO DE FONDO:

Corresponde a la Sala decidir si se configura en el caso sub-judice, la RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EXTRACONTRACTUAL por los perjuicios sufridos por ALICIA ROZO DE CUBILLOS Y MARIA DEL PILAR CUBILLOS ROZO, por FALTAS EN EL SERVICIO DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS, a consecuencia de no haberse anotado el registro de una demanda comunicada por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, mediante oficio número 1068 del 29 de agosto de 1963.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Para que pueda configurarse la responsabilidad '.....de la administración se requiere de tres elementos: **PRIMERO,** UNA ACTUACION ADMINISTRATIVA QUE PUEDA CALIFICARSE IRREGULAR. Ella se

traduce en lo que se ha denominado como una culpa, falla o falta del servicio, o culpa de la administración, figura de origen jurisprudencial que se presenta cuándo el servicio público no ha funcionado, ha funcionado mal o ha funcionado tardíamente. **SEGUNDO,** UN DAÑO O PERJUICIO que reuna ciertas condiciones, es decir, que sea cierto, que sea particular, A LAS PERSONAS QUE SOLICITAN REPARACION-, que sea normal y, que se refiera a una situación jurídicamente protegida y un **TERCER ELEMENTO,** UN NEXO CAUSAL entre la actuación que se infiere a la administración y el caño causado, es decir, que el daño debe ser el resultado de aquella actividad, que debe ser actual y determinante del daño.

En el orden que fueron expuestos los elementos de responsabilidad extracontractual subjetiva se empezarán a estudiar:

I. UNA ACTUACION ADMINISTRATIVA

En el caso, in-examine se presentó una actuación anómala, POR OMISION por parte de la administración.

En efecto:

A. **El 12 de marzo de 1971,** el Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, certificó que, el inmueble 'una casa con el terreno respectivo, ubicado en esta ciudad -Bogotá No. 61-19 de la Carrera 5a. véase folio 13 C. P. 'Y EN LO QUE RESPECTA A POLICARPO GONZALEZ SOLER NO APARECE CON HIPOTECA, EMBARGO NI DEMANDA, CENSO, ANTICRESIS, MOBILIZACION, PATRIMONIO, LIMITACIONES DEL DOMINIO, CONDICIONES RESOLUTORIAS, ARRENDAMIENTOS POR ESCRITURA Y NO CONSTA QUE HAYA SIDO ENAJENADO POR POLICARPO GONZALEZ SOLER, LO QUE CERTIFICA EN VISTA DE LOS LIBROS DE HIPOTECAS, EMBARGOS, **DEMANDAS,** PRIMERO Y DE ACUERDO, CON SUS INDICES'. (subrayas y mayúsculas fuera del texto).

Ese certificado fue expedido a continuación, de los de fecha Noviembre 6 de 1965, octubre 24 de 1967 y Diciembre 5 de 1970, en los cuales tampoco se aludió a demanda, o carácter litigioso del inmueble. Es claro entonces que por ese hecho, no puede afirmarse que la OMISION ADMINISTRATIVA data de Noviembre 6 de 1965, sino qué hubo tantas fallas por los certificados que así se elaboraron, pues los CERTIFICADOS DE LIBERTAD deben constatarse con relación a toda la información existente, y no con base en certificados ya expedidos. De manera que la condición jurídica de los inmuebles debe hacerse sobre TODOS LOS REGISTROS del inmueble que son los que dan certeza para la certificación de libertad, pues es la única forma en que puede establecerse la VERDADERA CONDICION DEL INMUEBLE. Certificar de LIBERTAD un inmueble en determinada fecha,

cuando no lo está, es FALLAR EN EL SERVICIO.

B. Las ahora actoras, APORTANTES DE DICHO DOCUMENTO PUBLICO -Certificado de Libertad-, compraron el inmueble referenciado al señor POLICARPO GONZALEZ SOLER, cuya escritura corresponde a la número 1300 de abril 1o./71 de la Notaría Segunda de Bogotá, REGISTRO libro primero número 6.562-B. (Véase folios 14 vuelto y 6 a 9 del cuaderno principal).

C. El certificado de libertad expedido, DE MARZO 12 DE 1971, no correspondía al estado del inmueble. En efecto, mediante oficio número AE-ZC 213 de agosto 4 de 1988, el REGISTRADOR PRINCIPAL DEL CIRCULO DE BOGOTA, en cumplimiento del auto, para mejor proveer -de esta Corporación- manifestó que:

".....con toda atención me permito manifestarle que verificado el libro de demandas de 1963, partida 91 del 2.09.63, se encuentra inscrito el oficio No. 1068 del 29.08.63 del Juzgado 9o. Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual se ordenó registrar la demanda en proceso ordinario sobre varios inmuebles uno de los cuales corresponde a la carrera 5a. No. 61-19 con matrícula 050-0528499, en el cual se encuentra registrado como anotación 02.

Se determina claramente que el mencionado oficio se presentó para su registro el 2 de septiembre de 1963 y en tal fecha se inscribió como consta en el respectivo libro de demandas.

D. Así mismo, el funcionario nombrado señaló:

"..... se observa corrección efectuada en el folio 050 0528499 asignado al inmueble en cuestión, en cuanto al orden cronológico de las anotaciones 02 y 03 inscritos de conformidad con lo establecido por el art. 27 del Decreto 1250/70, por su fecha de radicación o presentación para su registro la que se efectuó siguiendo con todo rigor el orden de radicación con anotación en el respectivo folio, y según la cual la anotación 03 corresponde al oficio de demanda referenciado la mencionada corrección se realizó con fundamento en la facultad otorgada al Registrador de Instrumentos Públicos, por el artículo 35 del decreto 1250/70, y de conformidad se encuentra salvada y autorizada en la parte inferior de correcciones en el registro.

Dentro del expediente, y con relación a la CORRECCION en el folio de matrícula inmobiliaria se encuentra fotocopia autenticada, de donde se percibe y corrobora lo oficiado por el Registrador (véase folio 16 del cuaderno principal).

E. En las fotocopias autenticadas remitidas por el Registrador de Instru-

mentos Públicos, visible a folio 120 a 123 -cuaderno principal- se ratifica igualmente lo afirmado por el funcionario, es decir que de '.....EL LIBRO DE DEMANDAS DE 1963, PARTIDA 91 DEL 2.09.63, SE ENCUENTRA INSCRITO EL OFICIO Nº 1068 DEL 29.08.63 DEL JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, MEDIANTE EL CUAL SE ORDENO REGISTRAR LA DEMANDA EN PROCESO ORDINARIO SOBRE VARIOS INMUEBLES UNO DE LOS CUALES CORRESPONDE A LA CARRERA 5a. No. 61-19 CON MATRICULA 050-0528499, EN EL SE ENCUENTRA REGISTRADO COMO ANOTACION 02.

"SE DETERMINA CLARAMENTE QUE EL MENCIONADO OFICIO SE PRESENTO PARA SU REGISTRO EL 2 DE SEPTIEMBRE DE 1963 Y EN TAL FECHA SE INSCRIBIO COMO CONSTA EN EL RESPECTIVO LIBRO DE DEMANDAS.

La prueba aportada y practicada dentro del proceso es de la documental de la modalidad de PUBLICA. Así certificado de libertad, folio de matrícula inmobiliaria, escritura pública de compraventa; fueron otorgados por funcionarios públicos (artículos 251 del C. P. C.) se presumen auténticos, pues dentro del proceso no se tacharon de falsos y por lo tanto no se comprobó tampoco que no fueran auténticos (artículos 252 IBIDEM). Dichos documentos, aportados EN COPIA, tienen el mismo valor del original, unos fueron autorizados por un notario y otros lo fueron, por un funcionario público en cuya oficina se encuentra el original (artículo 254, numeral 1º IBIDEM). Con relación a la ESCRITURA PUBLICA, llena una exigencia especial para ese documento, cual es el del artículo 256 IBIDEM que reza:

> "Artículo 256.- COPIAS REGISTRADAS. 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; en caso contrario. . .,. . . . . .'
>
> "(Véase la nota de registro, a folio 11 del cuaderno principal).
>
> "Ha previstó el legislador, que 'LOS DOCUMENTOS PUBLICOS HACEN FE DE SU OTORGAMIENTO, DE SU FECHA Y DE LAS DECLARACIONES QUE EN ELLOS **HAGA EL FUNCIONARIO QUE LOS AUTORIZA**. . . ." (Artículo 264 C. P. C.).

Del análisis probatorio a la luz del derecho se concluye inelúdiblemente LA FALLA ADMINISTRATIVA POR OMISION. Las actoras, basadas en la DECLARACION DEL DOCUMENTO PUBLICO. Certificado de libertad QUE HACE POR LEY, fe de su otorgamiento, fecha y declaración, compraron un inmueble, con la fe cierta de estar JURIDICAMENTE libre de

'HIPOTECA, EMBARGO **NI DEMANDA,** CENSO, ANTICRESIS, MOBILIZACION, PATRIMONIO, LIMITACIONES DEL DOMINIO, CONDICIONES RESOLUTORIAS, ARRENDAMIENTOS POR ESCRITURA Y NO CONSTA QUE HAYA SIDO ENAJENADO POR POLICARPO GONZALEZ SOLER.

LO QUE CERTIFICA EN VISTA DE LOS LIBROS DE HIPOTECAS, EMBARGOS, DEMANDA, PRIMERO Y DE ACUERDO CON SUS INDICES (véase folio 14).

Sin embargo, dicho bien como ya se anotó, **verificado el libro de demandas de 1963,** partida 91 del 2.09.63. se encuentra inscrito el oficio número 1068 del 29.08.63 del Juzgado 9o. Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual se ordenó registrar la demanda en proceso ordinario sobre varios inmuebles uno de los cuales corresponde a la carrera 5a. No. 61-19 con matricula 050-0528499, en el cual se encuentra registrado como anotación 02'

Así entonces, SE PROBO PLENAMENTE LA FALLA OMISIVA. Y es que la FUNCION ADMINISTRATIVA de cualquier orden, en el caso subjudice, de EXPEDICION DE CERTIFICADOS DE LIBERTAD DE INMUEBLES, requiere de quien la ejerce, del funcionario que la ejecuta, un comportamiento sigiloso a más de cauto, pues ella tiene como OBJETO entre otros el bienestar de sus asociados; es la función administrativa LA DE EJECUCION DE LA LEY, la que si cumple de acuerdo con su mandato fiel, evitaría juicios como estos y fomentaría una FE ciega y una crítica positiva en su favor (art. 16 C. N.). (fols. 156 a 163).

La Sala hace suyas las argumentaciones del Tribunal, en cuanto respecta a la existencia de la falla del servicio en cabeza de la entidad demandada.

Ahora, bien: El daño, consiste en el sub-lite en el despojo o pérdida para las demandantes del inmueble de su propiedad, cuando el 4 de febrero de 1983, el Juzgado 19 Civil Municipal en cumplimiento de la comisión ordenada por el Juzgado 9o. Civil del Circuito de Bogotá, hizo entrega del inmueble al apoderado de Hernán y Cecilia Tovar Ramos (fol. 116 Cdno. 2).

Este hecho se produjo como consecuencia directa de haber omitido la inscripción de la demanda que pesaba sobre el inmueble, en el correspondiente Certificado de Libertad, que las actoras en forma diligente solicitaron para efectuar su negociación.

Habiendo existido la falla por la omisión tal como quedó transcrito, y dado que de no haberse presentado el contrato de compraventa no se hubiere celebrado, o lo habrían llevado a cabo las compradoras en condiciones distintas,

es forzoso concluir que el daño irrogado al patrimonio de las demandantes, constituye efecto directo de aquella y de consiguiente, en el presente proceso se encuentran plenamente acreditado los elementos configurativos de la responsabilidad administrativa por omisión en el servicio de registro de instrumentos públicos a cargo de la demandada -Superintendencia de Notariado y Registro-.

El recurrente al sustentas la apelación con que solicita se revoque la sentencia y se denieguen las súplicas de la demanda, manifiesta que el error cometido es imputable a las personas que se desempeñan como registradores en las fechas de noviembre 6 de 1965 y octubre 24 de 1967, quienes certificaron la libertad del inmueble sin la inscripción de la demanda. Adicionalmente recalca que al expedirse el certificado del 12 de marzo de 1971 se obró conforme a las normas de tránsito de legislación, contempladas en el capítulo XIII-art. 88 del Decreto Ley 1250 de 1970-, las cuales "ordenaba al registrador tener como fundamento para expedir los certificados", los que hubiesen sido expedidos con anterioridad (fol. 183). Todo ello para concluir, según su inteligencia que ". . . . . , si el registrador obró conforme lo ordenaban las disposiciones aplicables en ese momento, no puede atribuirsele a él, y por ende a la Superintendencia de Notariado y Registro, los errores que certificaciones anteriores tenían en relación con la situación jurídica del inmueble".

Cabe agregar que el artículo 88 del Decreto 1250 de 1970, invocado por la demandada, prescribe: "A partir de la vigencia del presente estatuto, de los certificados de tradición y libertad que expidan los registradores sobre fincas a las cuales aún no se haya abierto el folio de matricula, se dejará un duplicado para el archivo de la oficina que servirá de antecedente para cuando se proceda a la apertura del folio de matricula, actualizándolo hasta ese momento, y dándole entonces el número que le corresponda.

Según se observa, dicha norma no es aplicable al sub-lite ni podría tener la inteligencia que en forma hábil pretende darle la demandada. En efecto, en primer lugar se refiere la disposición a inmuebles respecto de los cuales no se les hubiere abierto el folio de matricula, hecho que no se encuentra demostrado en el plenario; y en segundo término, la norma impone que se deje un duplicado de los certificados expedidos para el archivo de la oficina, documento que servirá de antecedente para la apertura del folio de matricula inmobiliario, pero sin que ello exonere de responsabilidad al Estado por los errores o faltas pretéritamente ocasionados, y de los que se llegaren a cometer, en materia de certificaciones, desde luego que tales anomalías tipifican falla en la prestación del correcto servicio público de registro.

El servicio del registro inmobiliario y sus consecuenciales certificaciones deben presentar continuidad y fidelidad en todo tiempo, sin que el tránsito de legislación sea factor exculpativo de la responsabilidad administrativa por las fallas cometidas en la prestación del mismo, ni muchísimo menos razón para volver a la desueta tesis de la responsabilidad personal del agente, como

apresuradamente lo insinúa la demandada.

Conviene recordar que en reiteradas oportunidades esta Sala ha fijado su criterio sobre el tema de la responsabilidad administrativa. Ahora bástenos con invocar la siguiente jurisprudencia: "La cuestión relacionada con la responsabilidad aquiliana del Estado, vale decir, la responsabilidad directa de éste, por 'fallas del servicio' sin consideración a un autor individualizado ha sido ya materia estudiada por el Consejo de Estado en numerosos y recientes fallos y bien puede decirse con propiedad que constituye doctrina uniforme y repetida. No cree por ello la Sala que sea necesario considerarla de nuevo in extenso. Basta decir que en el campo de la administración, la responsabilidad extracontractual es directa, y no hay lugar por lo tanto a distinguir entre los órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad del Estado y los agentes que apenas ejecutan esa voluntad". (Sentencia del 28 de octubre de 1976; Expediente No. 1482; Anales Nos. 451-452, Segundo Semestre, 1976, Tomo XCI, página 665).

Por otra parte, el artículo 83, del Decreto 1250 de 1970, vigente al momento en que se expidió el certificado de libertad del 12 de marzo de 1971, expresa: "Al entrar en vigencia el nuevo sistema, en cada circuito de registro se iniciará el proceso de inscripción, con los títulos que vayan siendo presentados, a medida que lo sena. En el folio de matricula de cada inmueble se anotará el número y la fecha del certificado de libertad y tradición por tiempo no inferior a veinte años, que se expida, el cual se archivará en el orden de numeración y servirá para testimoniar los antecedentes de los derechos inscritos". Es decir, que esta normatividad está señalando categóricamente la finalidad del archivo de los certificados, cual es la de servir para testimoniar los antecedentes de los derechos inscritos".

El tema de la responsabilidad por fallas en la prestación del servicio en materia de Notariado y de Registro de Instrumentos Públicos, ha sido materia abordada por esta Sala. Así, mediante sentencia del 16 de mayo de 1975, se dijo que "según las normas legales (hoy el artículo 1o. del Decreto ley 2136 de 1970) el Notariado es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios públicos.

> El Legislador al codificar todas las normas existentes sobre el servicio de Notariado y luego al puntualizar la naturaleza de éste, en el Decreto 960 de 1970 expresó que las obligaciones del Notario, eran entre otras las de dar fe..... En general, el Notario, dada la calidad que la ley le imprime a los actos que se celebran ante él, debe vigilar cuidadosamente el cumplimiento de las formalidades legales y garantizar la seriedad del documento que las partes suscriben.
>
> Y si el Estado presta un servicio de protección de los bienes y la disposición de ellos, mediante el establecimiento de oficinas Notariales, encargadas de brindar la máxima seguridad a los actos traslaticios de dominio y constitu-

tivos de gravámenes sobre la propiedad privada, fallará ese servicio cuando quiera que por hechos imputables a los funcionarios se vean desprotegidas las personas en sus bienes y honra. En otras palabras, cuando por el no cumplimiento de las obligaciones Notariales un documento suscrito ante un Notario pierde la calidad de acto jurídico, amparado por la presunción de autenticidad y veracidad, y con ello se produzca un perjuicio de carácter patrimonial a alguna de las partes que suscriben tal documento la Nación habrá fallado en el cumplimiento de una de las obligaciones emanadas del artículo 16 de la C. N.

Y como toda falla del servicio genera responsabilidad de la administración así se deberá declarar en el caso de que el particular ofendido haya iniciado proceso por esa omisión, ante la jurisdicción Contencioso Administrativa" (Expediente No. 1454; actora DEBORA LOPEZ PARRA; Tomo copiador 16, Folio 464. Consejero Ponente Dr, Carlos Portocarrero Mutis).

En reciente oportunidad, concretamente mediante sentencia de 27 de julio de 1990, esta Sala declaró responsable a la Nación-Superintendencia de Notariado y Registro, por omisiones similares a las que aquí se debaten, dado que la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, realizó mal y tardíamente la inscripción o Registro de una demanda y expidió certificados sin la anotación de dicha medida cautelar. En esa ocasión, se dijo: "Para la Sala siguiendo en ello el concepto de su colaboradora Fiscal, la responsabilidad del Estado debe ser declarada en el presente caso, pues se encuentra debidamente establecida la falla del servicio.

En efecto, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, cometió no una, sino varias faltas que constituyen una falla del servicio, la cual se inicia desde el momento mismo en que se recibió el oficio No. 137 de mayo de 1971, remitido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, al recibirlo, y de acuerdo con lo establecido a folios 109 y 110 del Cuaderno No. 2., procedió la oficina de Registro a abrir un folio de matricula provisional por que en dicho oficio 'no se citó el número de matricula inmobiliaria ni datos del antiguo sistema de registro que le indujera al Registrador la inscripción. . . . . '. Al actuar en tal forma la oficina desconoció lo dicho por los artículos 2o. 31 y 33 del Decreto 1250 de 1970, pues la provisionalidad de que habla el artículo 33 es por su naturaleza temporal, mientras se provee el registro definitivo', es decir mientras se presenta el título y su copia destinada a la oficina, y si se pagan los correspondientes derechos.

"

La segunda falla de dicha oficina fue la de haber mantenido abierto y vigente durante más de siete (7) años, un folio de matricula inmobiliaria provisional. . . . . Tal falla fue detectada posteriormente por la misma oficina de Registro y corregida en el año de 1980. . . . . .

La tercera falla de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos fue haber expedido durante el periodo transcurrido entre 1973 y 1980 al menos un certificado, sino varios, en el cual se informaba deficientemente sobre la situación jurídica del inmueble en cuestión, punto que la simultaneidad de los folios de matricula 00094785 y 0063871 impedía que los interesados obtuvieran información completa y veras sobre la situación jurídica del mismo. Ello necesariamente implicó que una de las funciones del Registro, cual es la de dar fe sobre la situación y derechos constituidos sobre los bienes sometidos a tal formalidad, no se cumplió a cabalidad, llamándose a engaño, en consecuencia, a cualquier persona interesada en la situación jurídica del inmueble en cuestión. Se configuró así, una típica falla del servicio por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, por cuanto esta entidad incumplió, o cumplió deficientemente, las obligaciones que le imponían las normas del Decreto 1250 de 1970'. (Expediente No. 4119 -154-; Actor MARGOTH MOANACK DE AKL Y O., Consejero Ponente: CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA Páginas 25, 26 y 27).

Por la marcada similitud que presenta la última parte de la sentencia que se acaba de transcribir, como la situación que refleja el sub-lite, la Sala reitera lo dicho en aquella para concluir que en este también hubo faltas o fallas sucesivas o reiteradas, a manera de operación en cadena, en la prestación del servicio de registro de instrumentos públicos, pues, como quedó consignado en los antecedentes, primero se produjo la certificación expedida el 6 de noviembre de 1965, seguida de la que se emitió el 26 de octubre de 1967, para posteriormente hacerse la certificación de 5 de diciembre de 1970, a la que sucedió, finalmente, la del 12 de marzo de 1971, producida sin la anotación de la demanda registrada, más no certificada, pero que hacía oponible para las compradoras dicha medida cautelar, por ser jurídicamente causahabientes de su vendedor, según claras voces de los artículos 690 del Código de Procedimiento Civil y 332 ibídem. Por estas razones no procede la revocatoria de la sentencia materia de alzada.

Compete ahora analizar el punto tocante con los perjuicios deprecados por las actoras, pues la declaratoria de responsabilidad administrativa envuelve la averiguación de la causación de aquellos y, en caso positivo, la cuantificación de los mismos. A ello procede la Sala, en el siguiente orden:

a) Las demandantes solicitan la indemnización de todos los perjuicios materiales y morales que les fueron ocasionados y que resultaren demostrados en el proceso o en trámite incidental posterior.

b) Reiteradamente se ha dicho que para la procedencia de la indemnización los perjuicios deben ser ciertos y determinados. Pero en el caso de autos, sobre los perjuicios morales solamente aparece la afirmación que hace la parte actora en el hecho décimo-segundo, sobre su existencia, pero sin que se hubiere

intentado probar su ocurrencia; por lo tanto no hay lugar al reconocimiento por este rubro, como bien lo entendió el Tribunal.

c) En relación con los perjuicios materiales, se reclaman como daño emergente, el menoscabo económico por la pérdida del inmueble, para lo cual se solicitó dictamen pericial que determinara su valor; y como lucro cesante, el valor que por arrendamiento han sufragado las demandantes para habitar un inmueble de similares características al que fue de su propiedad. Dicho valor, también se pretendió establecer mediante dictamen pericial.

d) Rituada la prueba pericial, los auxiliares de la justicia rindieron su dictamen, el cual contiene las siguientes conclusiones:

a) Valor del inmueble el día 2 de marzo de 1983: $7.000.000.

b) Valor de los $7.000.000 del 2 de marzo de 1983 trasladado a valor presente al 15 de junio de 1985 $10.705.642.75.

c) Valor estimado del canon de arrendamiento, durante tres años, de un inmueble similar al que es objeto de examen para los fines de este experticio: $2.700.000 (fls. 50 y 51).

La Sala, encuentra que el dictamen, en su primera parte, fue producido en forma objetiva y con suficiente fundamentación; determinaron los peritos, por concepto de daño emergente, la suma de $7.000.000, que corresponde al precio corriente del inmueble No. 61-19 de la carrera 5a. de Bogotá, para el día 2 de marzo de 1983. Por su firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, a más de no haber sido objetado el dictamen, por este aspecto del año emergente, merece ser acogido con pleno alcance probatorio para fijar este extremo.

e) Pero si bien se acoge dicho monto, la Sala no puede adoptar como índice de devaluación y rentabilidad el de la cotización oficial de la UPAC que para su actualización aplicaron los peritos, puesto que para ello está expresamente señalado por la Ley, que se hará tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor" (art. 178 del C. C. A.). Por esta razón, para la determinación de la actualización del valor del inmueble, se aplicará la formula adoptada por la jurisprudencia, así:

$$Vp = \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

de donde Vp = valor presentado o actualizado; Vh = valor histórico o inicial que se actualiza. Indice final = indice vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia; °índice inicial = índice que regía en la fecha en que se consolidó el daño (2 de marzo de 1983).

Por otra parte, es bueno aclarar que el monto encontrado por los peritos, en relación con el daño emergente, es de siete millones de pesos ($7.000.000) para el 2 de marzo de 1983, y no de siete millones quinientos mil pesos ($7.500.000) como equivocadamente lo consignaron los expertos en la primera parte del punto 3.1. de su dictamen (folio 50), pues, con posteridad reiteran que son tan solo siete millones de pesos ($7.000.000) -folios 50 y 51-. El Tribunal recayó en el error de acoger la cifra de siete millones quinientos mil pesos ($7.500.000) y por ello el ad quem deberá corregir esta inexactitud.

f) Finalmente, y, en cuanto al lucro cesante, deberá negarse su reconocimiento, por cuanto no se allegó al plenario prueba alguna sobre el mismo; así que la Sala hace suya también la observación del a-quo, cuando sobre el punto en referencia expresa: ". . . . en el expediente no hay prueba alguna tendiente a establecer que las ahora actoras hubieran incurrido en gastos por arrendamiento a consecuencia de la pérdida del inmueble. Tampoco puede PRESUMIRSE que lo fue, porque no hay norma que así lo señale. El perjuicio tiene que ser cierto, y cobre la cual haya PRUEBAS que después de ser valoradas por el juzgador se concluya sobre su PLENITUD. De manera que, el dictamen pericial en el aparte relativo al GASTO HIPOTETICO en que incurrieron las actoras por PAGOS DE ARRENDAMIENTO en un inmueble de las mismas condiciones del que perdieron, es simplemente PRUEBA PERICIAL, que en su valoración el juzgador ningún piso jurídico le otorga. Así entonces el PERJUICIO MATERIAL se delimitará al costo real del inmueble". (fol. 167).

Y le asiste razón al tribunal en las reflexiones del párrafo anterior, por cuanto la parte actora no intentó siquiera probar la celebración de contrato de arrendamiento y pago de precio o renta del inmueble alguno que hubiere requerido para su vivienda.

Por otra parte el señalamiento que los peritos hacen por concepto de "canon de arrendamiento" (Fol. 52, no tiene ningún respaldo en los hechos, ni fundamentación y certeza sobre su ocurrencia. Por ello la Sala prescinde de esta parte del dictamen, imponiéndose la negativa a esta pretensión indemnizatoria, conforme a conocido principio de la carga probatoria (arts. 1757 del C. C. y 177 del C. de P. C.).

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada de febrero 1o. de 1990 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con aclaración del punto 2o. de dicho proveído en cuanto que la condena por perjuicios materiales

se impone por siete millones de pesos ($7.000.000), suma que será debidamente actualizada con los índices de precios al consumidor que certifique el DANE para las fecha 2 de marzo de 1983 y para la fecha de ejecutoria de esta sentencia. A la cuenta de cobro se anexarán tales certificaciones que respalden la liquidación actualizada, pues esta condena se hace en concreto.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de fecha 27 de junio de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA /LESION RESARCIBLE

Acaecida la ruina del edificio, corresponde a la víctima acreditar que el daño fue ocasionado por la ruina del edificio y que ésta tiene como causa el haber omitido las necesarias reparaciones o de haberse faltado al cuidado de un buen padre de familia. La situación fáctica que se recoge en la causa petendi debe manejarse a la luz de la idea de lesión como todo el perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación; surge la obligación de la administración de indemnizar prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del hecho que originó el daño.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Bogotá. D.E., Junio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Referencia: Expediente No. 6454. Actor: Edgar Pérez Rodríguez y Otra. Demandado: Instituto De Crédito Territorial.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la sala a resolver la consulta de la sentencia el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa (1990), proferida por el tribunal administrativo del Valle del Cauca, que en su parte resolutiva , dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR que el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL - INSCREDIAL- es administrativamente responsable por los perjuicios causados a los esposos EDGAR PEREZ RODRIGUEZ y GILMA PABON

DE PEREZ, por las lesiones sufridas por el primero de los mencionados ,el día 21 de octubre de 1986, originadas por el desprendimiento de dos losas del frente de la facha (sic) del edificio Belalcázar, de propiedad del mencionado establecimiento Público.

"SEGUNDO: CONDENAR al INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, INSCREDIAL, al pago de los perjuicios materiales en favor del señor EDGAR PEREZ RODRIGUEZ, en cuantía de QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/cte (538,387.00), suma que deberá actualizarse.

"TERCERO: CONDENAR al INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, INSCREDIAL, a pagar en favor de los demandantes EDGAR PEREZ RODRIGUEZ y GILMA PABON de PEREZ, el valor de los perjuicios morales los cuales se cuantifican así:

Para el señor EDGAR PEREZ RODRIGUEZ, el equivalente a mil gramos oro (1,000) y para la señora GILMA PABON DE PEREZ, el equivalente a quinientos gramos oro (500), para lo cual se tendrá en cuenta la certificación del Banco de la República del gramo de oro para la fecha ejecutoria de ésta sentencia.

"CUARTO: NEGAR las peticiones de la demanda en cuanto se refiere a los perjuicios materiales solicitados en favor de la demandante Sra. GILMA PABON DE PEREZ. (Fl.156. Cuaderno Ppal).

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:

"Los Sres. EDGAR PEREZ RODRIGUEZ y GILMA PABON DE PEREZ, actuando por intermedio de apoderado debidamente constituído, instauraron demanda en el ejercicio de la acción de reparación directa contra el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEL ORDEN NACIONAL, para que se le declare responsable de los daños y perjuicios físicos, materiales y morales causados por las omisiones en la reparación necesaria en el edificio de su propiedad , que originaron el desprendimiento de unas losas de la fachada del edificio Belalcázar de la ciudad de Cali, cayendo sobre el cuello y hombro derecho del Sr, EDGAR PEREZ quien en esos momentos transitaba por ese sitio. Que en consecuencia deben indemnzársele los perjuicios materiales y morales sufridos.

"Los hechos en que fundamenta su demanda se pueden sintetizar de la siguiente forma:

"El Sr. Edgar Pérez Rodríguez es profesor de sicología y se trasladó a esta ciudad contratado por el colegio Juanambú con una asignación mensual de $75.000.oo. EL día 21 de octubre de 1.986 a las 5 de la tarde transitaba frente a la carrera 4a. Calle 11 esquina de esta ciudad donde se encuentran ubicadas las dependencias del Instituto de Crédito Territorial cuando inesperadamente se desprendieron las losas del sexto piso del edificio cayendo sobre su cuello y hombro derecho causándole lesiones consistentes en la fractura de la escápula con desprendimiento de la base de la cavidad glenoidea y el rompimiento de la arteria axilar derecha que fue operada mediante injerto trauma que por su contundencia le afectó sensiblemente el movimiento del brazo derecho ocasionándole una notable pérdida en la capacidad laboral ,permaneciendo hospitalizado entre el 21 y 29 de octubre de 1.986. Su esposa Gilma Pabón de Pérez quien administraba un almacén en el centro Granahorrar de Bogotá tuvo que trasladarse a Cali a atenderlo y ayudarlo en sus necesidades personales y básicas como su propia higiene personal dada su situación de impedimento físico. La Sr. Pabón de Pérez sufrió perdidas significativas pues en su actividad de administradora de un establecimiento comercial percibía una asignación mensual de $80.000.oo más comisión por las ventas a más de los pasajes Bogotá-Cali-Bogotá, además conjuntamente estaban elaborando una tesis que debieron entregar a finales 'de mes de diciembre y que por las circunstancias del accidente debieron posponer y el aplazamiento de ese titulo le retarda a al Sr. .Pérez un ascenso en el escalafón que le hubiera representado un incremento en su salario de un 25% aproximadamente.

"El Sr. Pérez , pagó de su propio peculio $451.387.oo por concepto de honorarios médicos por cirugía , visitas, anestesia, servicios hospitalarios.- A la fecha de representación de la demanda del Inscredial no ha realizado actuación alguna tendiente a indemnizar los daños causados, a los perjuicios económicos se suma la angustia de los demandantes , lejos de sus familiares y a la espera de una lenta recuperación, dado que el brazo y antebrazo derecho aún sigue insensible e inmóvil.

"Como fundamentos legales de la demanda se cita el Art. 2.350 DEL Código Civil ; el articulo 86 del C.C.A. y los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional.

"El Instituto De Crédito Territorial contesto la demanda por intermedio de apoderado .El Sr. fiscal 2º. del tribunal solicita despachar favorablemente las peticiones de la demanda indemnizando los perjuicios materiales y morales al Sr. Edgar Perez Rodríguez; únicamente; respecto de su esposa el SR fiscal estima que a ésta no le asiste derecho a ser resarcida ni en perjuicios materiales ni en perjuicios morales.

"Cumplidas todas las etapas procesales recaudadas las pruebas escuchando

los alegatos de las partes , la actuación ha pasado a despacho para proferir decisión de fondo . y a ello se procede previas las siguientes ,

CONSIDERACIONES.

"Del estudio de la demanda el Tribunal aprecia que en este proceso se reclama indemnización por parte de la entidad demandada en una pretensión de reparación directa sobre la base de la llamada "teoría del RIESGO Excepcional". Importa pues hacer un análisis de lo que la jurisprudencia y la doctrina extranjera y colombiana han tenido bajo la denominación de riesgo excepcional con el objeto de establecer si tal teoría se acomoda en verdad al caso que la corporación conoce.

"Ante todo, se considera que cuando las actividades del servicio se han desarrollado en forma normal y acorde con las exigencias sociales de modo que no parezca configurada falta de ninguna especie, el daño que puede existir tiene su fundamento en la existencia par el afectado de un riesgo que supera las eventualidades normales de la vida en comunidad esto, es, de un riesgo "excepcional". En este caso el problema se reduce a la prueba de la relaciona causal. La falta del agente autor material del daño no es necesaria par deducir la responsabilidad del ente u órgano administrativo. Al respecto el Dr. RICARDO HOYOS DUQUE, en su obra" RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA":

"A partir de 1.901 la jurisprudencia del Consejo del Estado Francés adopta la teoría de la falta de servicio. Sinembargo ,ésta posición de suyo amplía se vió complementada con un criterio nuevo . Es así , como, en forma excepcional, coetáneamente se aplica la teoría del riesgo en materia de accidentes automovilísticos, como lo venia haciendo la jurisprudencia civil. Indemnizaciones por trabajos públicos , daños producidos con ocasión del riesgo anormal de vecindad. Los realizados por depósitos de explosivos, y , en general, los accidentes producto de explosiones. En estos eventos la administración responde del caso fortuito , ya que éste se halla incluído dentro del riesgo creado.

"Como afirma ROSSEAU" no hay que olvidar la víctima del daño, a quien este sistema resulta muy benéfico porque:

"a) No le exige la prueba de culpa, y,

"b) Aún en caso de falta impersonal y anónima o cuya causa es desconocida (caso fortuito) le asegura reparación.

El mismo autor , analizando el caso Couvitéas (noviembre 30 de 1923) en el que la administración se negó a cumplir una orden jurisdiccional de

desalojo, a pesar de que no estableció la falla, sostiene que al haber ocasionado perjuicio a un particular esta omisión constituye una carga anormal que aún teniendo causa lícita debe soportar la colectividad,

"En este sentido, la teoría del riesgo es la traducción concreta del principio de igualdad ante las cargas públicas , al que se asimila por la afinidad en los fundamentos económicos:

"Todo perjuicio anormal, excepcional, que por su naturaleza o su importancia exceda los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como violación del principio de igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas , y por consiguiente debe ser reparado.

"Es también posición expuesta por HAURIOU, inicialmente, al considerar que la teoría de la " falta" del derecho privado solo tiene vigencia para empresas modestas, mientras que para las grandes empresas es mas conveniente la teoría del riesgo :"La administración pública afirma dicho autor es una empresa enorme, por lo cual para ella solo puede regir la teoría del riesgo o del accidente administrativo , en ningún caso la idea de "falta". Sinembargo, posteriormente abandona esta posición por considerarla "rústica y primitiva" y, en su lugar , sostiene la de presunción de falta, admitiendo al mismo tiempo, de modo excepcional y como teoría complementaria , el, riesgo, porque estima que este es un seguro que solo puede establecer la ley o el acuerdo de voluntades, con olvido de los poderes que tiene el concejo de Estado Francés , que a la manera de pretor romano es juez y legislador sucesivamente, ya que con fundamento en la equidad inclusive puede corregir los textos legales.

"El sistema de responsabilidad es único, la unificación proviene de la lesión o daño antijurídico: coexisten varios criterios de imputación culpa-riesgo, sin preminencia jerárquica pero sí con diferente función. Por eso ha dicho DUGUIT:

"Al lado de la noción de responsabilidad por falta subjetiva se establece la responsabilidad por riesgo u objetiva. La una no reemplaza a la otra si no que se le yuxtapone . Subsisten ambas , pero como ámbitos distintos de aplicación. En las relaciones entre individuos puede darse la responsabilidad por falta, pues, todo se hallan situados en igualdad de posiciones , su libre actividad se ejerce en los mismos límites y ningún deber de reparación puede surgir en tanto no produzcan una violación de la regla de derecho , que es la falta que hace desapareces la igualdad de la situación. Pero no se puede construir la responsabilidad del Estado sino sobre la idea de seguridad social que se liga a la igualdad ante las cargas públicas. La actividad del estado se ejercita en beneficio de la colectividad y las cargas que ella entraña no deben pesar mas gravemente sobre unos que sobre

otros. Si resulta de la intervención estatal un perjuicio especial para algunos , la colectividad debe repararlo , haya habido o nó falta de los órganos públicos.

"Como puede apreciarse la doctrina habla indistintamente del riesgo o daño especial, para sustentar la responsabilidad del Estado en aquellos casos en que frente a un daño particular no se puede establecer la ocurrencia de una falta o falla del servicio.

LA JURISPRUDENCIA FRANCESA.

En fallo del 6 de noviembre de 1968, el Consejo de Estado Francés caso Dame Saulze citado en R. D. P., pag 505, concluye el comisario Louis Bertrand:

"La teoría de la 'responsabilidad sin falta , es lo que sabemos , un correctivo aportado por la jurisprudencia al carácter inequitativo de nuestro derecho Público.

"EL RIESGO ANORMAL DE VECINDAD.

"1) La vecindad de 'materias explosivas. "El fallo Regnault - Desroziers.

Esta decisión se refiere al hecho de que la autoridad militar Francesa había acumulado gran cantidad de granadas en las casamatas del fuerte de la Doble Corona, situado a proximidad de las habitaciones de una aglomeración importante ; las armas eran constantemente reemplazadas en la medida que se empleaban en campañas dentro de las operaciones de la guerra mundial . De acuerdo con el citado fallo de concejo de estado consideró que " tales operaciones efectuadas en condiciones de organización sumarias, bajo el imperio de las necesidades militares, comportaban riesgos que excedían los limites de aquellos que resulta normalmente en la vecindad. Y que tales riesgos eran de naturaleza , en caso de accidente ocurrido por fuera de las operaciones de guerra, suficiente para comprometer independientemente de toda falta , la responsabilidad del Estado".

""""Como efectivamente el 4 de marzo de 1,916 se produjo la explosión del mencionado fuerte el máximo tribunal contencioso administrativo Francés' condeno al Estado a reparar los daños causados.

"La teoría ha tenido múltiples aplicaciones en la jurisprudencia Francesa' como es el caso de los llamados colaboradores benévolos de la administración como en el fallo Ministro de Finanzas contra Lemaire del 24 de junio de 1966 el fallo Chevalier de 24 de junio de 1.961, o el fallo Dame veuve Belle c/ Commune de Rancenay de 6 de marzo de 1970. Sin embargo estas

decisiones no interesan en su contenido a este caso. Resultan mas pertinentes las situaciones de riesgo anormal para la vecindad , por "especial y anormal realizado por el hecho de las condiciones de funcionamiento propias del servicio", y el riesgo por utilización de armas e instrumentos peligrosos.

"El fallo Ministro de Justicia contra THOUZELLIER

"En este caso el consejo de estado debió resolver la demanda presentada con ocasión del robo ocurrido en la residencia del señor Thouzellier en la noche del 3 al 4 de febrero de 1.952 el cual demostró que tenia por autores a dos jovenes internos de la Institución Pública de Educación Vigilada, entre nosotros correccional situada en los alrededores de la residencia. Se demostró que los jóvenes habían escapado a la vigilancia del "Educador" encargado del grupo , En relación con este caso el consejo de Estado considero que los métodos correccionales crean , cuando ellos son utilizados en los establecimientos de educación vigilada ...un riesgo especial par los terceros residentes de la vecindad. También en este caso se condenó a la administración a pagar los daños causados.

"En posteriores fallos el concejo de Estado Francés ha aplicado una solución igual, por al caso de los enfermos mentales en hospitales siquiátricos y sometidos al régimen de "salidas de ensayo" las cuales pueden resultar en perjuicio para los vecinos.

"3) El riesgo debido ala utilización de armas o máquinas peligrosas.

"Aplicación de un daño que afecte a un tercero.

"El fallo Consorts Lecomte.

"En relación con este caso expreso el consejo de Estado que, si ,bien en principio el servicio de policía, no puede considerarse responsable sino por los daños imputables a una falta grave cometida por sus agentes en el ejercicio de sus funciones "la responsabilidad de la potestad pública se encuentra comprometida aún en ausencia de semejante falta en el caso en que el personal de la policía haga uso de armas o de instrumentos que comporten riesgos excepcionales para las personas y los bienes y donde los daños sufridos en tales circunstancias exceden por su gravedad , las cargas que deben normalmente soportar los particulares en contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ésta al servicio público'.

"LA SOLUCION ESPAÑOLA.

Resulta particularmente interesante por su carácter extraordinariamente amplio el concepto de responsabilidad administrativa en la legislación

española, el cual trasciende las tradicionales clasificaciones de otros paises y que ha sido elevado a cánon constitucional.

""LA SITUACION ACTUAL

""El legislador de 16 de diciembre de 1.954 ya vimos al comienzo porqué razones y, en todo caso, con criterio decidido- consagró en los términos más amplios la responsabilidad patrimonial de la administración, liquidando así un a vieja y grave imperfección de nuestro ordenamiento. El art. 121 LEF formuló, en efecto, con carácter general la siguiente cláusula, cuyo efectivo alcance se extiende a todas las esferas administrativas (por lo que hay que entender derogada la regulación contenida en la LRI, como expresamente aclara el art. 133-2 REF y ha sancionado la jurisprudencia Ss. de 8 de febrero de 1.973, 11 de diciembre de 1.974, 12 de marzo de 1.975).

""Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional o fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo"

""La extraordinaria amplitud con que el principio está formulado y que es fácil de advertir con una simple lectura 'del texto legal que acababa de transcribirse no tenía sino una única limitación material, la resultante de la alusión a los bienes y derechos a que ésta ley se refiere expresión que podía dar pie para excluir de la fórmula legal la indemnizabilidad de los daños corporales y morales, en cuanto resultantes de una incidencia sobre unos bienes que la Administración no puede expropiar y que, por lo tanto, podía entenderse que quedaban fuera del alcance de una ley de Expropiación.

""Esta única limitación quedó corregida de inmediato, primero, por el Reglamento de la LEF, cuyo artículo 133 declaró explícitamente que dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos , siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente y, después , por el art. 40 LRJAE, que quiso dar una nueva y mayor solemnidad al principio de la responsabilidad patrimonial del Estado incluyéndolo en una ley básica de la organización administrativa y aprovechar , al mismo tiempo, la ocasión para depurar técnicamente la fórmula del art. 121 LEF y ajustarla a las innovaciones introducidas en otros sectores por leyes generales posteriores a ella (sustancialmente , la LJ de 27 de diciembre de 1.956, que liquidó la antigua exención jurisdiccional de los actos discrecionales). A resultas de estos retoques la cláusula general

de cobertura patrimonial de los administrados vino a quedar formulada en los siguientes términos:

""Los particulares tendrá derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencial del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

"Sobre ésta fórmula legal, sumariamente completada en lo que se refiere a algunas cuestiones aplicativas por los arts. 41 y 42 LRJAE y 133 a 139 REF, se edifica todo el sistema español en responsabilidad civil de la administración, que, desde hace poco más de diez años, ha empezado a cortar, también con una casuística relativamente abundante (que se refleja como particular intensidad, por razones procedimentales, en la doctrina consultiva del Consejo de Estado) que contribuye a darle vida. Importa notar en este momento, antes de entrar en el análisis de las bases técnicas del sistema , que, al coincidir sustancialmente la cláusula del art. 133 REF con la formulación contenida en el art. 40 LRJAE, que lejos de derogar aquella, se limitó a completarla u concretarla a propósito de la concreta esfera estatal queda asegurada la unidad de régimen en todos los órdenes administrativos, lo que, por otra parte, resulta obligado, desde el momento en que, como vamos a ver a continuación: el eje en torno al cual se articula el instituto resarcitorio viene definido por la exigencia de proteger el patrimonio de los ciudadanos protección que no puede diferir en extensión o intensidad , según el tipo de ente público a quien deba imputársele la lesión resarcible.

""La Constitución de 1.978 ha hecho suyo este planteamiento asumiendo en sus propios términos la cláusula general (art. 106-2; los particulares , en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de los bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos), con lo cual queda firmemente asegurada la solidez del sistema y su aplicabilidad por igual a todas las Administraciones públicas (art. 149-1, 11, in fine).

""LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

""1) La configuración directa y objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

""Como habrá podido notarse, la cláusula general de responsabilidad patrimonial de la Administración introducida en nuestro Derecho por la

LEF y confirmada, con el más alto rango por la Constitución, ha prescindido pura y simplemente de las dos notas que ha venido caracterizando la institución a lo largo de la primera fase de la evolución que quedó descrita más atrás.

""La responsabilidad de la Administración se formula, en efecto, en los arts. 121 LEF y LRJAE como una responsabilidad directa no como un simple sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos, que es como aparece en los ordenamientos norteamericano (subdirección b) de la sección 1.346 de Federal Torts Claims Act de 1.946), inglés (sección segunda de la Crown Proceeding Act de 1.947) alemán (Art 34 de la ley fundamental de Bonn de 1.949), e italiano (art. 28 de la Constitución de 1.948) y como parecía también, en los arts. 405 y ss de nuestra LRI, según hemos visto ya. Por otra parte, la cláusula general vigente prescinde, también -y esto es decisivo- del elemento tradicional de ilicitud o culpa , que sigue siendo en Francia el eje del derecho común de la responsabilidad de la administración, para articularse como una responsabilidad puramente objetiva lo que sitúa a nuestro ordenamiento a la vanguardia del Derecho Comparado, como el primero quizá que se ha aproximado, en el ámbito de los daños imputables al funcionamiento administrativo, a la profecía que DUGUIT hiciera hace medio siglo. La Administración responde, en efecto, según los preceptos antes citados, por "toda lesión que los particulares sufran. . . . .siempre que sea consecuencia del funcionamiento norma o anormal de los servicios públicos" entendida ésta expresión como comprensiva de todo el "hacer y actuar de la administración como acto, de gestión pública" (S. de 2 de febrero de 1.968) esto es, la gestión administrativa en general, incluso las actuaciones u omisiones puramente materiales o de hecho." (S. de 7 de junio de 1.967 y, en general, toda la jurisprudencia posterior) "al márgen de cual sea el grado de voluntariedad e incluso de la previsión del agente" (Auto de 10 de febrero de 1.972) "aún cuando la acción originaria sea ejercida legalmente y aún cuando aparezca encuadrada al margen de todo funcionamiento irregular (Ss. de 27 de enero de 1.971 Auto de 10 de febrero de 1.972, S de 16 de noviembre de 1.974, 13 de marzo de 1.975 , 9 de junio de 1.976 etc).

""Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión "funcionamiento anormal de los servicios públicos" sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de "funcionamiento normal" (o funcionamiento de los servicios públicos" simplemente, en el art. 106, 1 de la Constitución), lo cual supone la inclusión dentro del ámbito de cobertura patrimonial, de los daños causados involuntariamente o, al menos, con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos , y, en definitiva, los resultantes del riesgo creado por la

existencia misma de ciertos servicios, puesto que sólo de excluyen expresamente "los casos de fuerza mayor" (precisión hoy ya cuestionada) es decir, los "acaecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza" (dictamen del 29 de mayo de 1.979) expresión cuya intención no es otra que la de atribuir a la Administración los efectos perjudiciales del caso fortuito, como o más adelante precisaremos, "En síntesis -dice ciertamente el auto de 10 de febrero de 1.972- hasta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño y prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originador del daño".

""La ley española, al propio tiempo que supera los planteamientos tradicionales en orden al fundamento de la responsabilidad evita así las complicaciones inherentes a la distinción entre expropiación y responsabilidad sobre el par de conceptos lícito e ilícito, que en el Derecho alemán se siente ya como una limitación, sustituyendo ese criterio diferenciador por otro mucho más simple y también más nítido, según el cual la expropiación se configura, como ya sabemos, como una actuación formal directamente dirigida al despojo, por lo tanto, a un procedimiento solemne y, sobre todo, al requisito esencial del previo pago, mientras que la responsabilidad descansa sobre un hecho jurídico (o también, acto jurídico, pero en este caso dirigido a una finalidad sustancial distinta) que ocasiona residual o incidentalmente un daño a un patrimonio privado, que es preciso repara, eso si, en la misma medida, tanto si se debe a una situación ilícita anormal como a una actuación normal y lícito, distinciones todas ellas que carecen de relieve desde el punto de vista del sujeto dañado, que es la perspectiva relevante en la que se sitúan tanto el art. 1o. como el art. 121 LEF, definiendo de este modo la más amplia cobertura patrimonial de los ciudadanos frente a la actuación de los entes públicos."

"(CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO II- SEGUNDA EDICION EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA Y TOMAS RAMON HERNANDEZ pag. 334 a 337).

"LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

"En fallo de 2 de febrero de 1984 del Consejo de Estado, Sección Tercera con ponencia del H. Consejero Eduardo Suescún Monroy, expediente 2744 se dijo:

""Pero que no haya existido falta no puede llevar al extremo de dejar sin reparación el perjuicio causado, como lo hizo la sentencia apelada.

Si ocurrió el perjuicio y si está establecido además, que se causa directa fue la caída de un cable de energía de la Administración ésta debe responder, así lo indican el artículo 16 de la Constitución que establece como uno de los fundamentos del Estado la protección de la vida, honra y bienes de los asociados así como el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y el art. 30 de la Constitución, que estatuye a la propiedad como función social que implica obligaciones; obligaciones que incluyen no solo el deber de abstenerse de causar daño sino también el deber de repararlo; cuando éste llegue a producirse. Todo, sobre el principio de la igualdad de los ciudadanos antes las cargas públicas, pilar insustituible de la responsabilidad administrativa.

"" Por eso, para que los anteriores fundamentos tengan plena operancia en la época actual, caracterizada por los altos desarrollos de la tecnología, es preciso admitir que la responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición de falla o falta del servicio, junto a este sistema tradicional, que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad, debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como "Teoría subsidiaria de aplicación excepcional' (Rivero-Droit Administratif).

""El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a "un riesgo' de naturaleza excepcional" (Laubadere) el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración así no haya habido falta o falla del servicio".

'ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO-PRIMER SEMESTRE 1984- # 481—482 Tomo CVI- AÑO LIX-pag 543).

"Esta jurisprudencia fue reiterada en fallo del 8 de marzo de 1984, veamos: ""Conforme lo declaran Carlos Mejía, Manuel de J. Cartagena y Antonio Vicente Montoya el 29 de septiembre de 1975 hacía las cinco de la tarde cuando los señores Gilberto Diaz y Carlos Mejía transitaban desprevenidamente por una calle céntrica de Medellín, hizo explosión una Cámara de Redes Subterráneas de energía instalada en la acera, en la cual se había detenido, en ese momento, los dos transeúntes.

""La violenta explosión dio a tierra con los señores Mejía y Diaz y les produjo heridas considerables. Este último, demandante en el juicio resultó con una Clínica del Rosario.

""Las Empresas Públicas en Oficios 029 dirigido al Tribunal reconocieron el hecho de la explosión en los siguientes términos:

""El día 29 de septiembre de 1975 aproximadamente a las 5 de la tarde falló un cable subterráneo del sistema "parrilla". Unos minutos más tarde se recibió una llamada por el teléfono 420400 Daños Energía, donde un ciudadano avisaba de una explosión ocurrida en la carrera 57 con calle 49. Inmediatamente el personal de daños se desplazó a ese punto y se encontró la cámara de costado noroccidental de carrera 57 con calle 49 llena de aceite con gasolina. Se procedió a limpiar la cámara y se encontró un cable primario fallado. Ningún funcionario de la Empresa fué testigo de esa explosión ni tampoco del accidente que hace mención el señor Gilberto Diaz Vélez

""Y en Oficio # 030 de la misma fecha, la entidad agrega:

""El récord de fallas de cables del sistema parrilla según estadísticas es de doce años para seis circuitos. Normalmente éstas fallas no producen consecuencia alguna fuera de aislar automáticamente el cable alimentador. Si es verdad que el señor Gilberto Díaz Vélez, sufrió lesiones personales el día 29 de septiembre de 1975 al fallar un cable, se debió a concentración del material combustible en la cámara donde hubo la falla, lo cual es completamente ajeno al fenómeno eléctrico, atribuyéndose ésta acumulación de materiales combustibles a manos ajenas ya que las empresas no requieren de estos en sus sistemas de distribución especialmente subterráneo".

""A folio 34-56 están las declaraciones de Fernando Loaiza, Carlos Ignacio Posada, Horacio Jaramillo y Guillermo Mejía, técnicos de las Empresas todos los cuales coinciden en señalar que la instalación del sistema parrilla lo hacen las Empresas, de acuerdo con los mas exigentes requerimientos técnicos; que ejercen sobre esas instalaciones una completa supervigilancia y mantenimiento y que nunca antes éstas clases de cámaras subterráneas habían estallado en forma tan aparatosa. "Cuan hay una falla del mismo daño -dice el inspector Jaramillo- no alcanza a mover siquiera la tapia de la Cámara ni ha habido accidentes aquí en el centro, en el tiempo que yo recuerde, que llevo en las Empresas Públicas"

""Los citados declarantes coincidieron también en que el accidente ocurrió a causa de la cámara de redes subterráneas se llenó de aceite y materiales inflamables provenientes de un establecimiento vecino, donde lavan carros y se ocupaban del engrase y cambio de aceite de toda clase de vehículos. Y agregan que, la falla del cable que normalmente no produce ninguna consecuencia, "ni siquiera levanta la tapa de la caja" en esta ocasión produjo la fuerte explosión que rompió la caja y causó heridas a los transeúntes, por la existencia de dichos materiales inflamables dentro de

la caja, hecho que escapaba al control normal de las Empresas Públicas.

""Frente a las anteriores pruebas es preciso estudiar la responsabilidad de las Empresas Públicas, el Tribunal condenó a las Empresas a pagar una indemnización del 50% con base en que había concurrido la falla del servicio con el hecho de un tercero.

"" El hecho del tercero no está plenamente demostrado por cuanto el bien se acreditó la existencia de materiales inflamables en la cámara, a través de las declaraciones de que se ha hecho mención, no podían esos medios de prueba servir para establecer la verdadera causa de la explosión. Las opiniones de los testigos no pueden sustituír la pericia, que no se practicó en el juicio.

""Descartando probatoriamente el hecho del tercero en la ocurrencia del accidente, debe agregarse que, por otra parte, la verdadera causa del hecho perjudicial quedó desconocida dentro del proceso. Por esto último es preciso estudiar el presente caso no en el campo de la responsabilidad por falla o falta del servicio, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, sino en el campo de la responsabilidad sin falta de riesgo excepcional, que la demanda platea en la parte final de su fundamentación jurídica.

" En efecto, el simple hecho de que haya "fallado" el cable no constituye falla del servicio. Ese hecho es de ocurrencia normal en el servicio eléctrico; Las Empresas Públicas habían tomado todas las medidas aconsejables para impedir que tuviese consecuencias lamentables y es así como nunca había ocurrido accidente alguno por este mismo hecho. No puede decirse en consecuencia, que en este caso haya habido defecto en la gestión de la prestación del servicio, que es lo que constituye la falta del servicio. Ni error ni negligencia hay en el expediente que sean atribuibles a las Empresas demandadas.

""Hay en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de la energía en las vías urbanas creó un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que a pesar de todas las previsiones llegó a ocurrir con las consecuencias anotadas. En caso similar dijo la sala:

""Es preciso admitir que la responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falta o falla del servicio. Junto a este sistema tradicional que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como "teoría subsidiaria de aplicación excepcional" (Rivero-Droit Administratif).

""El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos

expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a "un riesgo de naturaleza excepcional". (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de este servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración Pública así no haya habido falta o falla del servicio" (Sentencia 2 de febrero de 1984 Actor: Enrique Mejía Expediente 2744)

"Establecida la responsabilidad condicionada por el riesgo, corresponde a las Empresas Públicas reparar en su totalidad los daños causados, máxime cuando ellas como se anotó anteriormente no acreditaron la influencia que el hecho del tercero hubiere podido tener en la ocurrencia del accidente".

"ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO- Primer Semestre 1984- No. 480-481 Tomo CIV AÑO LIX "Pag. 550-552).

""Es pertinente observar sin embargo, que el fallo anterior fue objeto de aclaración de voto de los Consejeros Dres. CARLOS BETANCUR JARAMILLO y ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ en los siguientes términos:

""1. No obstante compartir, en su totalidad, la parte resolutiva de la sentencia, debemos expresar nuestra separación en el aspecto de la motivación referida a la adopción del riesgo como criterio de a condena, en verdad, se estaba frente a una típica falta de falla del servicio.

""2. No puede desconocer el esfuerzo del Consejero Ponente para encontrar, a través de la teoría del riesgo, la constitución de la responsabilidad del ente público demandado. Sin embargo esta teoría que muchas veces se ha adoptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en particular en la sentencia del 28 de febrero de 1958 ha tenido, frente a la responsabilidad del Estado, una aplicación distinta, casi de rechazo, sustituída por el Instituto de la falla del servicio, que en sus elementos axiológicos encuentra su clara ubicación: la falla funcional, el daño y la relación de causalidad entre la falla y el daño.

""3. Si se probó que el accidente se produjo como consecuencia de la explotación subterránea de redes de energía -aqui el aspecto funcional constitutivo de la falla- el daño y la relación de causalidad, fácil demarcar el camino de la responsabilidad de las Empresas Públicas de Medellín, quien solamente, para exonerarse de ella podía acreditar la intervención, participación de un elemento extraño la fuerza mayor o caso fortuito, un hecho de tercero o la culpa de la víctima-. Y ninguno de ellos se aprecia

dentro del proceso.

""Dentro del criterio de adopción de la teoría de la falla o falta del servicio, por la doctrina administrativa patria, cabe perfectamente en el caso en estudio; para que, entonces salir en la búsqueda de otras figuras cuando la que ha construído y desarrollado tiene la efectiva aplicación en el sub-lite.

""4. Por otra parte, el riesgo excepcional, debe tener un manejo jurisprudencial demasiado restringido, para que no pueda prestarse a una consagración frecuente y, por tanto a generalizarse peligrosamente, con prescindencia de los factores eximentes de responsabilidad como los ya mencionados -fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima.

"El cuidado en la aplicación de la teoría del riesgo, con olvido de la falla o falta del servicio, debe ser permanente, porque si se generaliza, se corre el peligro de la implantación exagerada e inconveniente en situaciones que llevaría a la administración a responder de todo, o mejor, de casi todo, con los peligros de su adopción desmedida. Y es que no sólo pro prudencia, sino, también porque el riesgo, como instituto doctrinario, tiene, y debe temer, saludables limitaciones, a nivel de pensamiento o de los tribunales de justicia".

"ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO - PRIMER SEMESTRE 1984- Nos 481-482 TOMO CVI AÑO LIX).

"EL CRITERIO DEL TRIBUNAL

"Ciertamente en el caso presente no resultan claramente definidos los perfiles de un riesgo excepcional en el sentido de la jurisprudencia nacional y extranjera a la que se ha hecho referencia en la transcripción sub-lite; y también es cierto que la construcción de una edificación destinada al servicio público como ocurre con el edificio del Instituto de Crédito Territorial no es en si misma un riesgo para los transeúntes, como lo es otra construcción cualquiera con tal que en su diseño y realización se haya cumplido los principios y fundamentos de la ingeniería civil. Pero no deja de ser inquietante lo difícil que resulta relacionar el servicio como una prestación de carácter general al cual está legalmente destinado el Instituto de Crédito Territorial y el daño causado al demandante; tanto es así que el Tribunal entiende en cierto sentido la vía escogida por el actor para reclamar su pretensión como es la de alegar la existencia de un riesgo creado para los transeúntes por los defectos del edificio que en un acontecimiento malhadado concluyeron con las lesiones sufridas por el señor EDGAR PEREZ. Es consiente también la Corporación de las razones expresadas por los señores Consejeros de Estado Betancur Jaramillo y

Bonivento Fernández cuando recomiendan una aplicación muy restringida de la teoría del riesgo, pero, de otro lado estima que nuestro sistema de responsabilidad estatal, demasiado apegado, salvo pocos casos de responsabilidad objetiva a la falta o falla del servicio, está ya en mora de ser revisado en obsequio de ,la equidad y de la moderna trayectoria del derecho administrativo; el país no puede seguir atado a una concepción que, en casos como el que aquí se juzga resulta notoriamente escasa y suficiente. No se trata de llegar a la solución española de que el estado responda por todos los daños que se causen a los particulares; ello afectaría en exceso la economía de la administración que carece de solidez de las de paises más avanzados, pero en el sentir de este Magistrado ponente es imperativo llegar a soluciones más modernas y actuales que concilien la jurisprudencia y la doctrina tradicional con las exigencias de hoy.

"¿Puede negarse que el mantener el edificio del Inscredial en las condiciones previas al daño causado constituía un riesgo creado para los transeúntes?

"¿Resulta más clara la teoría de la falta de servicio cuando la actividad del inscredial', a diferencia de una empresa de servicios de energía, por ejemplo, -en relación con las cuales se ha aceptado la aplicación de la teoría del riesgo nada tiene que ver con el "servicio" cuya falta o falla supuestamente causaron el daño?

"Ciertamente es obligación de las entidades públicas hacer el mantenimiento periódico de sus edificios. Pero ¿Puede decirse que la negligencia es ese mantenimiento constituye una "falla del servicio"? No es más lógico suponer que lo que se crea es, ciertamente un riesgo para las personas que transitan por las inmediaciones de los inmuebles como ocurrió en el caso sub-judice?.

"¿Y qué se opone a que el mismo fundamento jurídico que sirve de asidero a la falla del servicio, la obligación general de preservar la vida, honra y bienes de los ciudadanos, o sea el artículo 16 de la Carta, sea el basamento de la obligación de resarcir a los particulares afectados por la realización concreta de los riesgos que les creen las entidades públicas.

"Pero de otro lado están la equidad y la justicia y el Tribunal considera que el demandante debe, en todo caso, obtener un resarcimiento de los perjuicios que le fueron causados.

"Es por ello que la Corporación, aún hechas las consideraciones anteriores, las cuales se refiere no a la obligación de indemnizar sino al fundamento de tal obligación, debe acoger la tesis del señor agente del Ministerio Público cuando expresa que:

""Al caer las losas o repello del edificio Belalcázar situado en la carrera 4a. con calle 11, esquina, de esta ciudad, demuestra la falta de mantenimiento del edificio, que permitió, por el transcurso del tiempo, que este se deteriorara de tal forma que se desprendiera una losa o repello, lo que está indicando descuido en el propietario del edificio, negligencia en mantenerlo en perfectas condiciones que no ofrecieran peligro para la comunidad. Y esta conducta de parte del propietario del edificio, en este caso el Instituto de Crédito territorial por ser una entidad oficial, demuestra la falla en el servicio, pues hubo una conducta omisiva por parte de los funcionarios directivos del Instituto de Crédito Territorial al no tener en buen estado el edificio de su propiedad.

""Y se habla del Instituto de Crédito Territorial como ente propietario del edificio que causó el daño, porque a pesar de lo alegado por la apoderada de tal entidad, si se demostró en el proceso que el bien inmueble pertenece al Inscredial, con el certificado de tradición que obra a folio 4 del cuaderno principal, ya que dicho certificado es la prueba idónea y aceptada por el derecho probatorio, como prueba de la titularidad del derecho de propiedad en bienes inmuebles. Y lo anterior es así. porque la tradición de bienes inmuebles solo se lleva a efecto con la inscripción de la escritura en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, ya que la escritura pública es el título y la inscripción el modo. Entonces, si la escritura pública no es prueba de que se ha efectuado la tradición de un inmueble, porque ésta solamente es el título la única forma de demostrar la propiedad de bienes raíces es la certificación de que la escritura pública fué registrada, lo cual es el modo de llevarse a efecto la tradición.

""También se alega por parte de la entidad demandada que no se demostró en el proceso que el repello o losas que cayeron del edificio y lesionaron a Edgar Pérez Rodriguez fueron del edificio del Inscredial. Nada mas alejado a la realidad, puesto que los testimonios allegados a los autos, están demostrando que en el momento en que Pérez Rodriguez pasaba por el citado edificio, le cayó la losa, la cual si era del edificio, pues inmediatamente se tomaron fotografías que fueron allegadas al proceso y muestran la parte de donde se desprendió el repello o losa.

""Demostrado que hubo una omisión por parte de la entidad demandada, y que por esa omisión se produjo un daño, existiendo conexidad entre la omisión se produjo un daño, existiendo conexidad entre la omisión y el daño, tenemos que estamos en presencia de una falle en el servicio por parte del Instituto de Crédito Territorial, razón por la cual deben resarcirse los perjuicios ocasionados con esa falla del servicio".

"Por lo que se refiere al monto de la indemnización, es necesario analizar las pretensiones. De ello se concluye lo siguiente:

"Está suficientemente probado en el proceso que el actor, señor EDGAR PEREZ RODRIGUEZ padeció una grave lesión que lo afectó en su anatomía en dimensiones excepcionales: que esa lesión fué causada por el desprendimiento de las losas e el edificio del Instituto de Crédito Territorial y que por ese hecho se vió en la necesidad de hacer erogaciones de naturaleza hospitalaria, quirúrgica y de fisioterapia, amén de los gastos en fármacos de variada índole. En el proceso aparecen demostrados tales gastos en la suma de QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE.,($ 538.387.oo).

" Por otra parte se ha hecho demostración a través de los medios idóneos, es decir, el dictamen médico que fué, incluso, aclarado dentro del proceso, de que el actor sufrió una disminución del 70% en su capacidad laboral debido a que padece perturbación funcional del brazo derecho lo cual se refleja en perjuicios materiales que deben serle reconocidos por el Instituto de Crédito Territorial.

"Por lo que se refiere al sueldo del demandante, la condena no es posible amén de que no se hizo demostración procesal alguna, sino apenas la afirmación de su cuantía pero sin aportar la necesaria documentación.

"Por lo que hace a los perjuicios morales es de anotar ante todo lo difícil que ha resultado siempre una definición precisa en este sentido. Como lo anota. J. CRETELLA JUNIOR, la expresión "daño moral" no es unívoca sino equívoca, empleándose la expresión en su aceptación de "perjuicio inmaterial no captable físicamente por los sentidos (daño a una marca comercial que acarrea pérdida de clientela), bien implicando consecuencias patrimoniales)", bien como perjuicio mixto, en parte patrimonial y en parte extrapatrimonial como la mutilación que sigue al accidente y que trae disminución de la aptitud para el trabajo, al mismo tiempo que sufrimiento, a primera vista puramente espiritual.

""A los perjuicios o daños que por la propia naturaleza subjetiva de que se revisten es imposible encontrar su equivalente patrimonial, reservamos el nombre de "daños morales" (O ESTADO E A OBRIGg AD DE INDEMNIZAR. Edicao Saraiva, Sa'o Paulo 1,980, p.132).

Dos problemas iniciales suscita el daño moral, el primer referente a la "identificación" y el segundo concerniente a la "reparación".

"La identificación del perjuicio moral no es siempre fácil porque en la mayoría de las veces se entrelaza con el perjuicio patrimonial, oriundo del mismo hecho dañoso. Tales los siguientes casos: muerte del jefe de familia, difamación de profesional; deformación del rostro de una actriz cantante.

"En todos esos casos, el daño moral, (daño al afecto, al amor propio, al

sentido ético) está ligado el daño patrimonial (privación total o sensible disminución de los ingresos.)

"La reparación, por otro lado, es difícil. ¿Como indemnizar en dinero algo que es espiritual, personal, interior, insusceptible de evaluación económica? Cómo reparar, mediante una indemnización que aumenta el patrimonio, el daño que dejó el patrimonio intacto?.

"En algunos casos como en el perjuicio a la reputación, el nombre, coexisten el elemento patrimonial y el extrapatrimonial; en otros casos como en el dolor "físico", en razón del accidente, como quemaduras, existe apenas el elemento personal; en el caso del hijo de familia, sin empleo, de edad avanzadísima, o menor de edad, víctimas del accidente provocado por la Administración, configurando el "pretium doloris", tenemos tan solo el elemento efectivo, o extrapatrimonial; en el caso del trabajador, muerto por hecho administrativo tenemos el "pretium luctus", Institu (sic) mixto, patrimonial y extrapatrimonial.

"En el caso de autos el Tribunal aprecia que el actor sufrió deformidad física y perturbación funcional, ambas de carácter permanente, la primera en la región pectoral derecha y la segunda en el miembro superior derecho. Sobre la incidencia de estos males, bien vale la pena acudir al concepto médico contenido en el oficio No. 80805 por medio del cual el Dr. MANUEL GUILLERMO SOLANO MANRIQUE, médico legista expresa, a folios 113 y 114 del cuaderno principal:

"En este punto segundo también pide que se establezca si la disminución del 70% que se fijó se refiere a trabajo físico o a labor permanente y mas adelante agrega que se refiere a trabajo que hace uso de la fuerza física (bruta) y que no tiene nada que ver con la labor pensante; que como el paciente es un docente, una perturbación funcional, importante, del mismo miembro superior derecho (el paciente es diestro) no afecta para nada su labor. Hasta donde mis pobres conocimientos alcanzan, yo se que un docente, para poder realizar su labor de una manera completa y sin valerse de ayudantes, debe utilizar también sus pies (miembros inferiores) y sus manos Miembros superiores) pues debe caminar hacia las aulas y de regreso a su casa o la cafetería y debe escribir en los tableros de dichas aulas y corregir exámenes y trabajos que hacen sus alumnos. Por lo menos esto hacen todos los docentes que yo conozco y lo he hecho yo mismo en mi escasa experiencia como docente. Claro está que un cuadripléjico (paralítico de los 4 miembros), superiores e inferiores) puede ser docente, si mantiene intactas sus facultades mentales, pero es obvio que necesitaría de ayuda de otra u otras personas para que lo trasladaran a los diferentes sitios, le escribieran en el tablero etc.

""Es decir, aunque podría seguir siendo docente, habría sufrido una

disminución en su capacidad de serlo o hacerlo.

""Todavía no existe en el mundo una tecnología suficiente para permitir una división o diferenciación tan marcada entre las actividades intelectuales y las físicas, que permita, por ejemplo, que los campesinos trabajen sin pensar y los científicos trabajen sin moverse".

"Ciertamente, cree este magistrado que ante los resultados físicos, y emocionales y éticos que se dieron en el actor como resultado del hecho de la administración, se impone el reconocimiento de perjuicios morales; y como bien lo anota el dictamen médico, los perjuicios que un docente puede sufrir son extraordinarios aunque su labor eminentemente intelectual. Y es también indudable el perjuicio que desde el punto de vista del dolor moral causa una deformidad física de las características aquí probadas en quien no puede refugiarse e soledad para ejercer una profesión que, como la de docente requiere del contacto personal, es pública; es cierto que el "pretium doloris" como reparatorio del daño moral subjetivo se refiere a la depresión síquica de la persona sometida a heridas o lesiones que originan deformidad que afecta de manera vitalicia la integridad de la persona. Hay allí una angustia, un dolor intimo que afecta toda la personalidad y causa desaliento y tristeza.

"" Y así esa afección se repara por la pérdida de un ser querido como norma general con ,más razón debe reconocerse cuando se trata de casos en los que, como el del señor Edgar Pérez, significan una depresión perenne a lo largo de la vida del afectado.

"En Jurisprudencia del H, Consejo de Estado, en caso similar se sostuvo: ""En varias ocasiones la Sala ha considerado procedente la indemnización por perjuicio moral, cuando de pérdida de órganos se trata. (ver por ejemplo junio 19 de 1984 Exp. 3583. Actor: María Nelly Castro de López; abril 26 de 1985. Exp. 3140, actor Edwin Francisco Mendoza Jiménez). Y es, que realmente, cuando a raíz de una actuación administrativa una persona pierde uno de sus órganos vitales la situación de inferioridad en la cual queda respecto de sus congéneres, genera angustia, zozobra, en una palabra, dolor profundo, que debe ser por tanto indemnizado en su máxima expresión, esto es, mediante los 1.000 gramos oro que sirven de tope máximo a la Corporación para el resarcimiento de este tipo de perjuicios.

"En sentencia del 3 de septiembre de 1987, expreso la Sala al respecto:

""Por este concepto se reconocerá el equivalente a un mil (1.000) gramos oro, habida consideración de la gravedad de la lesión sufrida por la demandante, que le produce dolor y descompensación emocional fruto de las angustias propias de esta clase de limitaciones. No puede dejarse de lado que se trata de una mujer, jóven, que sólo tenía 31 años y 7 meses de edad cuando

ocurrió la tragedia. Las restricciones a que se ha visto sometida después del accidente, así como las incomodidades que representan el uso permanente de una prótesis, producen en la víctima un dolor similar al que le ocasiona la muerte de un ser querido (Exp.No.2762 Actor: Teofilde Alvarez Martínez).

""Y en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa que la amputación del miembro inferior derecho a la que se vió sometido el demandante, por la actuación administrativa, no puede menos que causar descompensación emocional profunda, habida consideración de las restricciones con las cuales ha quedado la víctima, produciéndosele así un dolor moral que el otorgamiento de la dicha indemnización busca atenuar. Si bien es cierto dicho topo máximo está establecido jurisprudencialmente para los eventos de muerte para parientes próximos, ello no es óbice para que la Sala establezca repercusiones morales y síquicas, con la cual ha de convivir por el resto de sus días el hoy demandante, quien para la fecha del perjuicio contaba tan solo 24, 2 años de edad.

" (SENTENCIA 995 de julio 31 de 1989 Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera-Consejero Ponente: Dr. ANTONIO DE J. IRISARRI RESTREPO, Exp. 2852- Actor: JORGE ARTURO HERRERA VELASQUEZ.

"EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA -julio-agosto y septiembre de 1989 TOMO V-Pag.263).

"Por la razón anterior, el Tribunal reconocerá los perjuicios morales en la suma de un mil (1.000) gramos oro para el actor.
"En el caso de la señora Gilma Pabón de Pérez no se probó durante el proceso que hubiera sufrido perjuicios materiales, que ameriten reconocimiento indemnizatorio. En efecto, no estan comprobados por parte alguna gastos personales que ella hubiera tenido que erogar, derivados directamente del hecho administrativo materia de esta demanda.

Por el contrario, en relación con los perjuicios morales estima el Tribunal que ellos deben ser reconocidos a la Señora GILMA PABON DE PEREZ. En efecto, el matrimonio crea lazos de sentimiento muy fuertes que hacen que el daño recibido por uno de los cónyuges se refleje en el ánimo y espíritu del otro tratándose de un matrimonio bien avenid. En esta situación crea angustia en el cónyuge que ve a su pareja sometida a una circunstancia tan dolorosa como la que afecto al demandante. Pero es que el matrimonio implica además obligaciones de cohabitación que se ven alteradas por el desmedro físico que sufre el cónyuge afectado por un accidente de las proporciones del que padeció el actor. Semejante circunstancias en opinión del Tribunal hacen efectivamente acreedora a la Cónyuge Sra. GILMA PABON DE PEREZ, de una indemnización consecuencial, que el Tribunal estima en la suma de quinientos gramos oro' (fls. 133-155 cuaderno principal.

VISTA FISCAL

La Fiscal de la Corporación, en su concepto de fondo,

OBSERVA:

"Enseñan las fotografías visibles a folios 24 a 26, el desprendimiento de las lozas de cemento que formaban parte de la fachada del sexto piso del edificio donde funciona el Inscredial en Cali.

"Las declaraciones de la doctora MARIA CRISTINA ESCOBAR RAMIREZ, así como la de NUBIA ESPERANZA GAITAN, Guarda-Bachiller, quien auxilió al herido en el sitio del accidente, que hacen parte del cuaderno No. 2, precisan detalles sobre la ocurrencia del accidente comentado. La primera de ellas señala cómo en dicha oportunidad y en el sitio antes referido, e señor que iba delante de ella fué víctima de un accidente ocurrido frente al Inscredial, a consecuencia del desprendimiento de un pedazo de pared; la otra declarante manifiesta, que en razón de hallarse en dicho lugar y darse cuenta de lo ocurrido, auxilió al señor y lo llevo al Hospital Departamental; dice que el accidentado iba con la boca abierta y sin sentido, que incluso pensó que se había muerto.

"El dictamen legal del Médico Forense (fl. 112-114) del Instituto de Medicina Legal, da fe de la lesión sufrida por el señor EDGAR PEREZ, así como de la disminución laboral que dicha lesión le representa. En el cuaderno No. 3 fl. 2, se observa el peritazgo inicialmente rendido por el mismo galeno, que en la parte conclusiones textualmente dice: "El paciente presenta como secuelas de las lesiones mencionadas:

""1- Deformidad física (región pectoral derecho).

""2- Perturbación funcional del miembro superior derecho; ambas de carácter permanente. Incapacidad laboral permanente parcial, que disminuye su capacidad de trabajo en un 70% de acuerdo con la tabla de incapacidad por accidente de trabajo, del C.S.T..."

"Las pruebas documentales que obran a folios 4 y 5 C- 1 , acreditan que el Edificio donde ocurrió el desprendimiento de la fachada fue registrado en la oficina correspondiente como propiedad del INSCREDIAL y que, el Director Regional del Valle, de la citada Entidad, oficialmente se interesó por el estado de salud del señor 'EDGAR PEREZ, accidentado debido al desprendimiento de una parte de repello de la fachada exterior de este edificio..."

" Considera ésta Agencia del Ministerio Público, que los elementos de juicio

enunciados son prueba suficiente del daño ocasionado al actor a consecuencia del hecho ya varias veces referido, el que indudablemente tuvo ocurrencia por una omisión de la entidad demandada al no mantener la requerida vigilancia y cuidado para el buen estado y mantenimiento de la sede locativa donde funcionan sus instalaciones, propiciando con esta falta de cuidado y diligencia, el hecho que generó el accidente sufrido por el señor PEREZ RODRIGUEZ.

Así que, al comprobarse el daño y existiendo el nexo de causalidad entre éste y la omisión imputable a la demandada, surge la falla del servicio por parte de la misma, razón por la cual ésta se halla en la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado a quienes fueron víctimas del daño.

"En este orden de ideas, al comprobarse la materialización de los perjuicios ocasionados al actor, quien sufrió mengua no sólo en su capacidad laboral sino que también quedó con una deformidad física, la entidad demandada deberá indemnizarlo por los perjuicios tanto de índole moral como material sufridos A su esposa también deberá indemnizarsele por los perjuicios morales que le ocasionó el accidente sufrido por su cónyuge, de conformidad con los planteamiento y tasación al efecto indicados por el Tribunal.

"Se anota que la incapacidad laboral permanente-parcial, que disminuyó la aptitud de trabajo del señor EDGAR PEREZ RODRIGUEZ en un 70% según consta en el experticio legal visible a folio 2 del cuaderno No. 3 ameritaría la consideración de indemnización por perjuicios materiales, pero como tal aspecto no fue materia de decisión en la parte resolutiva del fallo en estudio, el que se limitó tan solo a reconocer los gastos hospitalarios y de medicamentos acreditados en desarrollo del proceso y el apoderado de los actores no interpuso recurso de apelación para que se considerara el derecho desconocido a su poderdante, tal decisión, al venir el fallo en grado de consulta, ya no puede ser modificada en favor de los intereses del actor.

"Con base en los planteamientos que anteceden conceptúa la Fiscalía que el fallo consultado deber ser confirmado en su totalidad". (folios 163-166, Cuaderno Principal).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el **a quo** será confirmada, aunque se imponen algunas precisiones de alcance jurídico.

Es incuestionable que a la luz de lo preceptuado en el artículo 2350 del Código Civil, "El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber

faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia", siendo igualmente cierto que "No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto

Es verdad jurídica que el fundamento de esa responsabilidad, a la luz del estatuto civil, se funda en la culpa del dueño o constructor, pues ésta se registra cuando se omiten las reparaciones necesarias o por haber faltado, de otra manera, al cuidado de un buen padre de familia.

Hay ruina, enseña el Profesor Arturo Alessandri Rodriguez, ".. Cuando los materiales que forman el edificio han desempeñado un papel activo en la producción del daño, cuando se han desplazado de un lugar: una casa o una muralla que se derrumba, un puente o una terraza que se hunde, una represa que revienta, una cornisa un motivo de ornamentación o un trozo de mampostería que cae, etc. Solo entonces puede hablarse de CAIDA de los mismos, y sin ella no hay ruina. Esta consiste precisamente en la acción de CAER UNA COSA..." (De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Tomo II, Imprenta Universal. Santiago de Chile, 1.987, pag. 423 y ss.ss).

Acaecida la ruina del edificio, corresponde a la víctima acreditar que el daño fue ocasionado por la ruina del edificio y que ésta tiene como causa el haber omitido las necesarias reparaciones o de haberse faltado, se repite, al cuidado de un buen padre de familia. Esa responsabilidad, sinembargo, se extingue, como lo enseña el tratadista en antes citado, si "..se prueba que la ruina sobrevino por caso fortuito o de fuerza mayor, como derrumbe de un edificio vecino, bombardeo, avenida, rayo, terremoto, imposibilidad absoluta de poder reparar el edificio a consecuencia de una invasión extranjera, de una inundación o de una orden de la autoridad, etc., o por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero de cuyo hecho el dueño no responde, por ejemplo, si fué originada por un petardo o bomba que la víctima o un tercero hizo explotar en el edificio".

La anterior filosofía jurídica ha sido reiterada jurisprudencialmente por la J. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia de 4 de diciembre de 1963, G.J.T CLL,. pag. 163 recordó:

> "El dueño de cualquier construcción está obligado a mantenerla en buen estado y a evitar su caída, pues si ésta llega a producirse por falta de las reparaciones necesarias o por otro descuido o imprudencia imputable dentro de esa medida al mismo dueño, debe éste resarcir los daños que tal ruina ocasione a terceros. Lo cual significa que incurre en culpa quien tiene una edificación de su propiedad en estado de amenazar ruina.

Esta se produce cuando se derrumban todos o parte de los materiales que forman la construcción o que están incorporados a ella como elementos integrantes de la misma.

Según la norma transcrita, las causas de la ruina culposa debe consistir en haber omitido el dueño hacer las reparaciones necesarias o faltando de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. Por reparaciones necesarias se entienden aquellas obras que son indispensables para darle solidez y firmeza a la edificación, en forma de evitar la caída total o parcial de los materiales que la componen. Y por falta de cuidado de un buen padre de familia se comprende todo acto o error de conducta que no suele cometer una persona advertida y prudente. En esta materia tendría este carácter la ejecución de obras que pusieran en peligro la resistencia y estabilidad de la construcción.

Acaecida la ruina del edificio y comprobado que ella se debió a falta de las reparaciones necesarias o del cuidado que emplea una persona prudente, queda establecida la culpa que compromete la responsabilidad del propietario por los daños causados a terceros. La omisión de las reparaciones y del cuidado expresados constituye una presunción de culpa del dueño de la construcción derruida. Presunción que no puede infirmarse sino mediante la prueba de que la ruina se produjo por caso fortuito". (Subrayas de la Sala)

B) En la sentencia consultada se estudian distintas perspectivas jurídicas con el fin de precisar la filosofía que debe informar el fallo, para concluir que en el caso comento no es posible hablar de "falla del servicio" ni de un "riesgo de naturaleza excepcional", sugiriendo como más lógica la aplicación de la teoría del riesgo, que apoya en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Reestudiada la jurisprudencia vigente, y particularmente el fallo de ocho de marzo de 1984, que se cita en la sentencia, la Sala considera que la situación fáctica que se recoge en la "causa petendi" debe manejarse a la luz de la idea de 'LESION", como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación. Este concepto ha sido desarrollado en la doctrina española por LEGUINA Y GARCIA DE ENTERRIA, Para el primero, "... **un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada-por imperativo explícito del ordenamiento- a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica"** (Cita de J.M. de la Cuétara. La actividad de la Administración Tecnos, pag. 554).

Dentro de este marco, la responsabilidad de que trata el articulo 2350 del Código Civil, se torna OBJETIVA en el derecho administrativo, pues como lo enseña el Profesor J.M. de la Cuétara, "... no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un PERJUICIO ANTIJURIDICO EN SI MISMO; por otra parte, **se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles**... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, **insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando** un particular no esta obligado a soportar un detrimento patrimonial. A continua-

ción se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo:

> **""Sentencia de 27-mar.-1980 (Sala 4a Ref. Ar. nº 2249):**
>
> "Por responsabilidad de la administración central o local- ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe, fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias - que tienen una regulación especial -de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios que no estan do obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar sean consecuencia del quehacer administrativo de aquella.
>
> Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa, desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.
>
> La "ratio legis" verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de "injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal" , ha de tener la garantía por parte de la Administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesa directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado por un comportamiento institucional".

Dentro del mismo universo discurre el Profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

> **"2, El concepto técnico-jurídico de la lesión resarcible y sus notas características.**
>
> "Al construír la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en

un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico-jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una formula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso, Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa de una explicación coherente.

"A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva: vid., por ejemplo, los dictámenes del Consejo de Estado de 5 de abril de 1968 y 8 de julio de 1971, entre otros muchos) Como dice con toda corrección la S de 27 de enero de 1971 y reitera el Auto de 10 de febrero de 1972, la lesión supone un "perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aún cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud". La antijuricidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño). a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal perjuicio de que se trate.

En el caso en comento se probó un resultado dañoso, que causó un perjuicio efectivo al lesionado Señor Edgar Pérez Rodriguez, evaluable económicamente, motivo por el cual es claro que a la luz de la ley y el derecho surge la obligación para la administración de indemnizarlo, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del hecho que originó el daño. La tesis que se deja expuesta, encuentra también en el artículo 16 de la Constitución Nacional, al preceptuar que las autoridades están instituídas para proteger a todas las personas en sus vidas, honra y bienes.

C) El **ad quem** patrocina la condena que el **a quo** hizo al disponer que el centro de imputación jurídica demandado debe pagar, por concepto de perjuicios

morales, el equivalente a mil gramos (1.000) de oro puro para el señor EDGAR PEREZ RODRIGUEZ y quinientos gramos de oro puro (500), para la esposa de éste', señora GILMA PABON DE PEREZ, pues del dictamen rendido por el médico forense, que obra a folios 1 y siguientes del Cuaderno Nro. 1., se concluye que la víctima presenta las siguientes secuelas:

"1. Deformidad física (región pectoral derecha).

2. Perturbación funcional de miembro superior derecho, ambas de carácter permanente, incapacidad laboral permanente parcial, que disminuye su capacidad de trabajo en un 70% de acuerdo con la tabla de incapacidad por accidente de trabajo, del Código de Trabajo (por analogía) este personaje es equivalente a 15 meses".

También encuentra acertada y justa la condena que por perjuicios materiales se hizo a favor del Sr. Edgar Pérez Rodriguez por un monto de QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS ($ 538.387.oo), pero la modificará en sentido de que este monto debe ser pagado sin ser actualizado, pues en la demanda no se solicitó ningún ajuste de esa cantidad. Sólo así es posible que la sentencia sea congruente con la demanda.

D) Como la Ley 03 de 15 de enero de 1991, en su artículo 10 dispuso que el Instituto de Crédito Territorial I.C.T. se denominará Instituto Nacional de Vivienda e Interés Social y Reforma Urbana - INURBE-, la condena que se hace en la sentencia que se confirma por medio de este fallo, debe entenderse hecha en contra de este nuevo centro de imputación jurídica.

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

FALLA

1o.) CONFIRMANSE los numerales primero (1o.) tercero (3o.) y cuarto (4o.) de la sentencia calendada el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa, proferida por el Tribunal Administrativo del valle del Cauca, por las razones dadas en los considerandos de esta providencia;

2o.) REVOCASE el numeral segundo (2o.) del mismo fallo, el cual quedará así:

"Condenar al Instituto de Crédito Territorial - Inscredial- al pago de los perjuicio materiales en favor del señor EDGAR PEREZ RODRIGUEZ, en cuantía de QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/cte ($ 538.387.oo), suma que no podrá actualizarse por las razones dadas en los considerandos de esta fallo.

3o.) Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese, Publíquese, Comuníquese y Cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio. Secretaria.

TEORIA DE LA IMPREVISION - Improcedencia /**REAJUSTE DE PRECIOS /EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO**

La Sala no consideraría ajustada a la ley y al derecho, una conducta del administrado que luego de obtener la adjudicación, a renglón seguido solicitara y obtuviera el reajuste de precios alegando que se ha presentado un mayor incremento de los mismos, por circunstancias que no encuadran propiamente en la filosofía jurídica que informa la teoría de la imprevisión. Esta teoría en el "sub lite" no podría abrirse paso entre otras razones porque no se probó el monto de las pérdidas o perjuicios sufridos por la firma demandante. En este particular no puede perderse de vista que la teoría de la imprevisión no cubre ni asegura ganancias, sólo es una ayuda en las pérdidas. No se probó cuáles pérdidas sufridas por el contratista debían ser cubiertas por la administración para que el álea del contrato pasara de un límite extraordinario o anormal, a un límite normal o común. No se demostró que los mayores costos están por fuera de los que genera el proceso inflacionario.

Pretensión orientada a que se reconozca a la firma demandante la suma de cuarenta y cinco millones cincuenta y cuatro mil cuarenta y un pesos con treinta y dos centavos ($45.054.041.32) por concepto de reajuste de precios o la suma que se demuestre aplicando igualmente la formula matemática consagrada en el contrato número 6383 suscrito entre Telecom e Inelectra Ltda., restableciendo el equilibrio financiero al contratista.

LIQUIDACION DEL CONTRATO

Frente a la realidad probatoria cabe preguntar: ¿Con qué elementos de juicio podría el sentenciador llegar a la conclusión de que la

liquidación hecha por la administración no se ajusta a la realidad? ¿Cómo dejar de lado la presunción de legalidad que ella tiene? El juez, por mucha vocación que tenga por la justicia, no puede despachar favorablemente las pretensiones del demandante si no se le demuestran los hechos que estructuran la "causal petendi".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., junio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Referencia: Expediente No. 3600. Actor Inelectra Ltda. Demandado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM-

-I-

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 firma demandante y el centro de imputación jurídica demandado, con ocasión de la ejecución del contrato No. 6383, que se perfeccionó el día veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976).

La demanda se presentó ante ésta Corporación el día quince (15) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982) se admitió por auto calendado el día once (11) de octubre del mismo año, y se notificó al representante de TELECOM el cuatro (4) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983) (C. 1, fol. 177).

Prepara la ponencia el suscrito consejero, habida consideración de que la proyectada por el que fue conductor del proceso, no fue aceptada por la mayoría de la Sala.

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

CAUSA PETENDI

Se recoge a través de la siguiente literatura:

1o.) Mediante contrato No. 6383 suscrito el 12 de noviembre de 1976, en Bogotá, entre la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM- representada por su Presidente, por una parte, y la firma INELECTRA LTDA representada por su Gerente, por la otra, se firmó el contrato en cuya cláusula PRIMERA se establece que INELECTRA LTDA se compromete a vender y entregar a TELECOM todos los materiales y

elementos componentes de las líneas físicas necesarias para dotar de servicios de Telecomunicaciones a zonas rurales del Departamento de Santander y de la Intendencia del Casanare, trazado, construcción y reconstrucción de las mismas, por su cuenta y riesgo y a entregarlas a TELECOM aptas para entrar en funcionamiento, advirtiendo el contrato, que TELECOM suministraría los materiales y elementos que se detallan en el Anexo No. 9 del contrato, los que serían entregados en las oficinas de TELECOM en Bucaramanga y Yopal.

2o.) En el Anexo No. 2 del contrato, se señalan los trayectos o Sectores y las distintas localidades en el Departamento de Santander, en extensión de 316 Km.-par y los Sectores y localidades en la Intendencia de Casanare, en extensión de 145 Km-par.

3o.) El plazo de la ejecución de las obras fue señalado en seis (6) meses a partir del perfeccionamiento del contrato y el contratista INELECTRA LTDA. podía hacer entregas parciales de la obra, entendiendo el contrato por tales, trayectos completos entre localidades, conforme a la Cláusula SEGUNDA y teniendo en cuenta el corto plazo de entrega de las obras.

4o.) El valor de las obras contratadas era de TRECE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOCE PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS ($13.751.012.19) en base a cantidades de obra y precios unitarios para materiales y mano de obra que se indicaba en el Anexo No. 3 del contrato, siendo su valor final, el que resulte de la multiplicación de las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios pactados, incluyendo transporte y seguros.

5o.) Conforme al "Acta de Determinación de Trayectos y de iniciación del Contrato 6383 de noviembre 12 de 1976", acta de fecha 26 de noviembre de ese año, se dió comienzo a la ejecución del contrato, indicando allí los trayectos en número de 20, de construcción de líneas físicas entre distintas localidades, señaladas en forma concreta conforme al Anexo No. 2.

6o.) A pesar de que el contratista "Inelectra Ltda" una vez construidos varios Trayectos de líneas físicas entre varias localidades en el Departamento de Santander y habérselo comunicado por carta a TELECOM, recibió el contratista carta del Ing. Interventor Helio Rodríguez T. de fecha mayo 25 de 1977, distinguida con el No. 054500-549 una y otra con el No. 29217 en la cual reconoce que para el mes de abril se encontraban listos los "tramos" de Matanza-Suratá-California, rechazó efectuar las pruebas eléctricas para su recibo alegando que debía entregarse completo el trayecto Bucaramanga-Charta-Matanza-Suratá-California" violando en esta forma la cláusula Segunda del contrato, ya que se trataba de hacer entregas de trayectos completos entre localidades, creándole al contratista dificultades

y obstáculos en el cumplimiento y agilización del contrato.

7o.) En cuanto a la ejecución del contrato en la Intendencia del Casanare y la entrega de obras en virtud de la cláusula Segunda del contrato, desde el día 29 de marzo de 1977 en carta de TELECOM al Contratista INELECTRA LTDA, distinguida con el No. 206001-00694 se determina por Telecom que las pruebas eléctricas en esa región se llevarían a cabo por parte de TELECOM el día 30 de julio de 1977, no sólo fuera del plazo contractual y su posible prórroga que posteriormente se dió, sino impidiéndole desde el comienzo al contratista entregar construcciones de líneas físicas entre localidades, violando en esta forma los derechos del contratista consagrados en la cláusula segunda del contrato e impidiendo y obstaculizando su cumplimiento.

8o.) Dos aspectos sobre incumplimiento de Telecom de entregas de materiales al contratista ocasionaron no solo la demora en las obras, ocasionándole perjuicios al contratista, sino que también daban base las entregas tardías de materiales para que el contratista pidiera prórroga del plazo de entrega, conforme al "Parágrafo" de la cláusula Segunda del contrato.

A) Demoras imputables a TELECOM por falta de entrega oportuna de alambre para la construcción de las líneas físicas, prevista en el Anexo No. 9 del contrato, que señalaba, en primer lugar obligación de Telecom de entregar materiales en Bucaramanga y Yopal y en cuanto a la cantidad fijada de 39.000 libras de alambre.

El contratista luego de varias cartas a Telecom exigiendo entregas de alambre, recibió en tres fechas, así: a) el día primero (1o.) de marzo de 1977; b) el día 30 de marzo de 1977 y c) el día cuatro (4) de junio de 1977, completándose en estas tres entregas la cantidad de 26.000 libras de alambre, quedando un saldo de 13.000 libras que también fue objeto de cartas para su entrega por parte de Telecom.

En esta carta de Telecom al contratista de fecha julio 15 de 1977, distinguida con el No. 054500-0772, afirma que el "alambre" solicitado en varias cartas del contratista, estaba a su disposición desde el 23 de junio, esto es faltando solo siete (7) días para el vencimiento del plazo de entrega de obras, siendo el faltante de 13.000 libras cantidad sustantiva dentro del contrato.

Es cierto que el contrato no señala fechas para entregas de materiales, pero es apenas lógico que el requerimiento del contratista para esa entrega de materiales es más que suficiente. Si no se entregan oportunamente por parte de Telecom esos materiales, que conforme al contrato lo suministraba Telecom, esta incumple el contrato y el contratista, además tiene derecho a la prórroga del contrato, la que no concedió oportunamente tratando o

poniendo al contratista en dificultades para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

B) Incumplimiento de Telecom en la entrega al contratista de tubos Nicopres contenida en un Acta para suministro adicional al señalado en el contrato.

En el Acta No. 2 del 14 de enero de 1977 Telecom se comprometió con el contratista a suministrarle 600 tubos nicopress adicionales a los 300 planeados en el contrato, vistas las necesidades de este material que es de suma importancia en esta clase de construcciones y además es de exclusiva importación de Telecom.

El contratista en carta a Telecom de fecha 13 de junio de 1977 No. I/77-490 solicitó 300 tubos nicopress de la cantidad adicional comprometidas en el Acta No. 2 relacionada, dando respuesta el Interventor Helí Rodríguez en carta No. 054500-0772 - No. 39386 de julio 15, 1977 alegando que la Empresa le había aprobado solamente una cantidad adicional igual a la estipulada en el contrato, cuando en verdad era una cantidad de 600 tubos adicionales al señalado en el contrato, perjudicando al contratista y a la obra.

Igualmente el contratista en carta de fecha 12 de septiembre de 1977, la No. I/551 a Telecom le insiste sean entregados una cantidad de 200 tubos nicopress para la línea Aguazul-Pajarito dando las explicaciones correspondientes y Telecom en carta al contratista de fecha septiembre 20, 1977, No. 045500-0957-51239 sólo ordena entregar CUARENTA (40) tubos nicopress, en la Oficina Técnica Regional de Bogotá.

Lo anterior indica el ánimo y la intención del interventor de total negativa a solicitudes del contratista para ponerlo en imposibilidad de incumplir el contrato y posteriormente pedir la caducidad del contrato por incumplimiento de este trayecto.

9o.) Igualmente dos aspectos se presentaron sobre materiales que incidió en las dificultades de la construcción de las líneas físicas: Una el problema de aisladores que los contratistas adquirían para las obras de la Empresa Vidriera de Colombia cuyas especificaciones no coincidían con las del contrato, pero era la única firma que vendía ese tipo de aisladores y se llegó a un acuerdo mediante Acta para que Vidriera de Colombia suministrara aisladores de las especificaciones requerida, en término de sesenta (60) días, firmada el acta con fecha marzo 9 de 1977.

Muchas dificultades encontró el contratista para el suministro de este material por parte de Telecom que les había ofrecido atender con las

existencias de su Almacén.

Otro aspecto se refiere a los herrajes, de muy deficiente construcción la producción nacional y sobre lo cual también se cruzaron cartas y actas entre las partes.

10o.) En el aspecto técnico y a las observaciones que tanto el Interventor principal Ing. Helí Rodríguez como los interventores delegados en Santander u Casanare hicieron a las obras del contrato en su ejecución, fueron siempre atendidas y solucionadas en tiempo por el contratista y dentro de los procedimientos contractuales. Pero el Interventor Principal como los Interventores Delegados obstaculizaron y obraron aún a sabiendas de situaciones concretas y definidas en el campo, a dejar observaciones sobre obras realizadas con ánimo e intención definidas para perjudicar al contratista e impidiéndole su cumplimiento para luego solicitar caducidad por incumplimiento.

11o.) Un caso concreto en aspecto técnico conocido por el Interventor Principal y su Delegado en la zona de Casanare se presentó entre las localidades de Pajarito-Aguazul sobre transposiciones de Circuito, que surgió finalizadas las obras y luego de haber solicitado el Interventor la caducidad del contrato y conocido el aspecto técnico en diciembre 12, 1977 en oficio 206050, aspecto sobre el cual fue necesario invocar la cláusula de "Arbitraje" en materia técnico, para lo cual se elevó escrito a la Presidencia de Telecom convocando a arbitraje sobre dicha materia, lo que no se logró por haberse dictado días después la Resolución de Caducidad por la Presidencia de Telecom.

12o.) El contratista 'Inelectra Ltda" elevó infinidad de solicitudes de prórroga por diferentes aspectos, todos ellos debidamente comprobados, haciendo sido negados por el Interventor en forma arbitraria y sin fundamento, ocasionándole al contratista perjuicios y dificultades en la ejecución del contrato y tan solo, el Comité de Licitaciones concedió una prórroga hasta junio 30 de 1977. Sin embargo, para la zona de Casanare desde el mes de marzo ya había determinado que la entrega o recibo de obras se haría el 30 de julio de 1977, todo ello en perjuicio del contratista al no poder hacer entregas parciales de obra al construir líneas físicas entre "localidades".

13o.) Inelectra Ltda. presentó a consideración de Telecom, ante distintas dependencias que tenían que ver con el contrato No. 6383 cartas acompañadas de anexos demostrativos, sobre la grave situación y dificultades en la construcción de las obras, especialmente en Casanare y parte de Santander, que rompieron el equilibrio financiero del contrato, se presentaron hechos sobre fuerza mayor, altos costos adicionales en virtud de alzas en salario, gasolina, todo ello requiriendo soluciones a esos distintos

problemas surgidos en la ejecución del contrato.

14o.) Telecom en carta interna, con copia al contratista, del señor Director de Instalaciones dirigida al señor Vicepresidente de Telecom aceptó y dió por reales y efectivas las razones expuestas por el contratista y surgió o determinó entre otras medidas que los interventores recibieron en forma inmediata los tramos de líneas físicas que estuvieran construidas con las especificaciones contractuales, que se tramitara el reajuste a que tuviera derecho el contratista y a la posibilidad de una prórroga del contrato, debidamente justificada.

15o.) En dicha carta interna a que hago referencia en el hecho anterior, distinguida con el No. 050500-0570 de octubre 5, 1977, se dijo expresamente que el contratista "a pesar de todos los errores enumerados, ha invertido todo el dinero suministrado por TELECOM en los trabajos del contrato", aspecto éste fundamental por el conocimiento que dichos funcionarios tenían del contrato y sus complejidades en la ejecución.

16o.) La Interventoría General del contrato en lugar de dar cumplimiento a lo determinado por la administración de Telecom de recibir la obra que estuviera terminada, máximo que la mayoría de las líneas físicas del contrato estaban en servicio al público sin haberlas recibido legal y contractualmente Telecom., en lugar de tramitar el reajuste de precios del contrato y examinar el aspecto de las prórrogas al contrato, decidió, el Interventor en oficio interno No. 05-4500-01195 de 28 de noviembre de 1977, afirmar que el contratista no ejecutó las obras correspondientes a AGUAZUL-PAJARITO Y PAJARITO-RECETOR-CHAMEZA, pidiéndose la aplicación de la caducidad del contrato, sin que hiciera ninguna observación sobre las obras construidas en Santander y en Casanare, que estaban construidas en ese momento, pero que la propia Interventoría dilataba y obstaculizaba la entrega y recibo de dichas obras, y una parte pequeña de Casanare debido a fuerza mayor y graves dificultades de invierno en la región no podía finalizarse en ese momento.

La manifestación del interventor en la carta interna de noviembre 28 de 1977 la considero hecha con deliberada mala intención para perjudicar al contratista, ya que a sabiendas de la situación real sufrida por el contratista en esa zona debido a fuerza mayor, rompimiento del equilibrio financiero del contrato y otras circunstancias conocidas por él y por la Administración de Telecom, expuestas por Inelectra Ltda. el propio interventor ponía en forma injusta, en imposibilidad al contratista para poder cumplir con sus obligaciones, protegido por un eximente de responsabilidad contractual.

17o.) Efectivamente, por Resolución No. 0645 de abril 9 de 1978, el Presidente de TELECOM dictó la caducidad del contrato, teniendo como

fundamento básico lo afirmado por el Interventor en su oficio de noviembre 28.

Sobre dicha resolución, una vez notificada, se interpuso el recurso de reposición y el subsidiario de apelación por parte del contratista.

18o.) Por Resolución No. 00003057 de 24 de julio de 1978, la Presidencia de TELECOM revocó la Resolución No. 645 de 9 de abril de 1978, y en su Artículo 2o. ordenó la liquidación del contrato No. 6383 en el estado en que se encontrara.

19o.) En desarrollo de la Resolución No. 3057 de julio de 1978, la Presidencia de Telecom dictó la Resolución No. 125 de 2 de noviembre de 1978 designando al Ing. LUIS JOSE WALTEROS MANCILLA como representante de la Empresa y liquidador del contrato, pero dicha Resolución duró refundida en alguna de las oficinas de Telecom por más de seis (6) meses, a pesar de las permanentes gestiones del apoderado judicial del contratista para que se designara al liquidaron y tan solo en oficio No. 072-110-00039 de 22 de julio de 1979, y una carta anterior de fecha 14 de mayo de 1979, la No. 052230-0443 se informó al apoderado judicial sobre la existencia de la Resolución No. 125 y en el oficio primeramente citado se señalaba la fecha de iniciación de la liquidación del contrato en el campo.

20o.) El día 31 de agosto de 19790 se dió comienzo a la liquidación del contrato en la zona de Santander, diligencias que se llevaron a cabo hasta el día 11 de septiembre de 1979 y sobre el terreno se levantaron actas, interviniendo en todas esas diligencias un representante del contratista. Se suspendió dicha diligencia de liquidación y se informó al contratista en carta No. 072110093 de septiembre 28 de 1979, considerando Inelectra Ltda. esta suspensión como intempestiva.

21o.) En cuanto al hecho anterior y en relación a entregas de obras en el Departamento de Santander, es fundamental establecer, lo siguiente:

A) Por acta de Entrega Parcial Provisional No. 1-Bu de fecha 2 de julio de 1976, Telecom recibió los trayectos de Rionegro-Sardinas-Santa Cruz-Paujil.

B) En cuanto al resto de las obras de construcción y reconstrucción de las líneas físicas en el Departamento de Santander, se presentó la siguiente situación:

A pesar de que en el proyecto de ACTA DE RECIBO PARCIAL PROVISIONAL No. 2-Bu, no firmada por las circunstancias que se anotan más adelante, se afirma que las obras de las distintas localidades y sectores en

Santander, por estar construidas se daban por recibidas por Telecom desde la fecha del 15 de noviembre de 1977 conforme a constancia que aparece en el mismo texto del Acta, esta no fue firmada por ningún funcionario de Telecom., aparece con fecha 15 de marzo de 1978 y le fue enviada al contratista en esas condiciones posteriormente a la fecha de la Resolución de caducidad y ya cuando se había presentado el recurso contra ella. La anterior situación fue objeto de protesta por el apoderado judicial ante el Presidente de Telecom en escrito formulado.

22o.) Por comunicación telegráfica No. 6202 de mayo 12 de 1980 el señor Secretario General de Telecom comunicó al apoderado judicial del contratista que se había designado nuevo liquidador del contrato al señor Tobón Castro, quien en carta de fecha 24 de junio de 1980 informó al apoderado la nueva fecha para la continuación de la diligencia de liquidación en el campo, fijándola para el 7 de julio de 1980.

24o.) (sic) El contratista y su apoderado, en un principio fueron invitados por la Comisión Liquidadora del contrato a participar en el Acta Final de Liquidación, y así fue como se asistió a varias reuniones, presentándose a consideración de la Comisión por escrito las constancias sobre observaciones técnicas, financieras y relacionadas con las indemnizaciones, como también sobre reajuste de precios del contrato, momento que era y es fundamental solicitar y definir en la liquidación final del contrato, aspectos que en relación a las inversiones en las obras habían sido reconocidos por la administración de Telecom en carta de 5 de octubre de 1977.

25o.) La Comisión se opuso de hecho, ya que no dejó constancia en el Acta final ni lo manifestó por escrito, y redactó otra Acta Final distinta, por cuanto ya no figuraban en ella el contratista y su apoderado como aparecía en el primer proyecto de Acta que se nos facilitó en un principio por la Comisión.

La Comisión al redactar y suscribir el Acta final ignoró por completo la etapa de discusión y presentación de documentos demostrativos de la liquidación del contratista.

Tan pronto conoció el contratista y su apoderado la actitud de la Comisión, elevó memorial al señor Presidente de Telecom solicitando autorización para intervenir en la discusión y liquidación del contrato, por cuanto el Art. 193 del Decreto No. 150 de 1976 ordena que en el Acta Final "se determinarán las obligaciones a cargo de las partes", siendo Inelectra una de las partes del contrato, haber asistido a la primera parte de la liquidación en el campo y haber expuesto las razones de no asistir a la segunda etapa de inspección en el campo, por motivos exclusivamente de dificultades económicas del contratista y no porque éste se negare a la liquidación.

26o.) Sin que la Presidencia de Telecom se pronunciara a la solicitud elevada con fecha julio 8 de 1981, a que se refiere el hecho inmediatamente anterior, en carta de fecha noviembre 9 de 1981, distinguida con el No. 010100 de Telecom Al apoderado de Inelectra Ltda., se le entregó carta con una fotocopia simple del Acta de Recibo Final y Liquidación del Contrato No. 6383, Acta que lleva fecha 2 de abril de 1981 y en la cual aparecen una serie de observaciones y un saldo en contra del contratista por la suma de $3.446.668.77, firmada 7-X-81.

27o.) Estando en tiempo hábil, Inelectra Ltda. por intermedio de su apoderado judicial interpuso el recurso de reposición y el subsidiario de apelación contra el acto aprobatorio del Acta y contra el Acta Final en su contenido, especialmente objetando el saldo a favor de Telecom por la suma de $3.446.668.77, como también los diferentes aspectos técnicos, presentando la liquidación del contrato reflejando la inversión real, exponiendo el desequilibrio financiero del contrato, exigiendo el reajuste de precios, el reconocimiento de las inversiones adicionales y las indemnizaciones que considera el contratista tener derecho.

Recurso de reposición presentado el 17 de noviembre de 1981 y que no ha sido resuelto hasta la fecha agotándose la vía gubernativa.

28o.) Las objeciones sobre la cuenta de liquidación y la liquidación que presenta el contratista conforme al contrato y a los mayores costos de inversión efectivamente realizados en las obras y aceptados por Telecom en carta de octubre 6 de 1977, es la siguiente:

LIQUIDACION FINAL DEL CONTRATO Nº 6383
ENTREGAS DE OBRAS CONSTRUIDAS POR INELECTRA LTDA A TELECOM DE LA ZONA CORRESPONDIENTE A SANTANDER.

DOS ACTAS DE TELECOM:

1) ACTA DE ENTREGA PARCIAL PROVISIONAL No. 1 Bu.

Esta acta tiene fecha 2 de julio de 1977 y comprende los trayectos de RIONEGRO-SARDINAS-SANTA CRUZ-PAUJIL. Las inversiones son:

a) Obras de Inelectra Ltda.	$	872.083.99
b) Materiales de Telecom.	$	129.192.52
Valor del Acta.	$	1.001.276.51

2) ACTA DE RECIBO PARCIAL PROVISIONAL No. 2-Bu.

Esta Acta lleva fecha 15 de marzo de 1978 pero fueron recibidas por Telecom, según el Acta, el 15 de noviembre 1977 y se refiere a los siguientes trayectos:

a) BUCARAMANGA-CHARTA-MATANZA-SURATA-CALIFORNIA;
b) MATANZA-LA PLAYA-EL TANQUE-JABONCILLO-PIRATA
c) SURATA-CACHIRI
d) BERLIN-VETAS
e) RIONEGRO-BOCAS
f) RIOBLANCO-BETANIA
g) RIONEGRO-LLANO DE PALMAS
h) EL PLAYON-MISIGUAY-SAN IGNACIO-EL FILO-TURBAY y
i) EL PLAYON-LA VEGA-CACHIRI.

Las inversiones fueron:

1) Materiales Inelectra Ltda.	$	3.665.249.47
2) Materiales Telecom.	$	927.395.80
3) Mano de obra Inelectra.	$	1.862.138.44
Valor del Acta No. 2-Bu.	$	6.454.783.71

Valor de las Actas de TELECOM

1) Acta Bu-1.	$	1.001.276.51
2) Acta Bu-2.	$	6.454.783.71
Total Zona Santander. .	$	7.456.060.22
Menos materiales Telecom	$	1.056.588.32
Total Inversión Inelectra	$	6.399.471.90

==========

OBRAS CONSTRUIDAS POR INELECTRA LTDA. A TELECOM EN EL SECTOR DE CASANARE

Se objetó la totalidad de la liquidación efectuada por TELECOM en el Acta Final por cuanto no se ajusta a la realidad de la inversión efectuada y a las circunstancias y pruebas presentadas en tiempo y aprobadas por Telecom, especialmente en la carta u oficio interno de fecha octubre 5 de 1977 del Director de Instalaciones al Vicepresidente Técnico y en la parte motiva de la Resolución No. 3057 de 24 de julio de 1978 de la Presidencia de Telecom.

Por consiguiente se presenta la liquidación efectuada por el Contratista:

1) TRAYECTO AGUAZUL-PAJARITO

Materiales suministrados Inelectra.	$	672.431.60
Materiales suministrados Telecom.	$	171.414.42
Mano de obra efectivamente invertida. . . .	$	1.097.645.00
Total trayecto No. 1.	$	1.941.491.02

2) TRAYECTO YOPAL-AGUAZUL

Materiales suministrados Inelectra.	$	551.054.69
Materiales suministrados Telecom.	$	152.628.20
Mano de obra efectivamente invertida	$	1.168.149.00
Total trayecto No. 2.	$	1.871.831.89

3) TRAYECTO YOPAL-EL MORRO

Materiales suministrados Inelectra.	$	309.374.27
Materiales suministrados Telecom.	$	73.425.96
Mano de obra efectivamente invertida	$	433.080.00
Total trayecto No. 3.	$	815.880.23

4) TRAYECTO YOPAL-NUNCHIA.

Materiales suministrados Inelectra.	$	939.255.55
Materiales suministrados Telecom.	$	275.272.68
Mano de obra efectivamente invertida	$	1.652.062.00
Total trayecto No. 4.	$	2.866.590.23

5) TRAYECTO SAN BENITO-RECETOR

Materiales suministrados Inelectra.	$	259.660.00
Mano de obra efectivamente invertida	$	1.539.210.00
Total trayecto No. 5.	$	1.798.870.00

RESUMEN ZONA CASANARE

Trayecto No. 1.	$	1.941.491.02
Trayecto No. 2.	$	1.871.831.89
Trayecto No. 3.	$	815.880.23
Trayecto No. 4.	$	2.866.590.23
Trayecto No. 5.	$	1.798.870.00
Suma Total Casanare. . .	$	9.924.663.37

COMPROBACION Y COMPOSICION DE LAS INVERSIONES

A) Materiales suministrados Inelectra. . . .	$	2.731.776.11
B) Materiales suministrados Telecom.	$	672.741.26
C) Mano de obra invertida Inelectra.	$	5.890.146.00
VALOR TOTAL CASANARE.	$	9.294.663.37

INVERSION DE INELECTRA LTDA. EN CASANARE

Materiales suministrados. . . . .(A).	$	2.731.776.11
Mano de obra. . . . . .(C).	$	5.890.146.00
Total invertido Inelectra.	$	8.621.922.11

LIQUIDACION TOTAL DEL CONTRATO Nº 6383

Total invertido en zona SANTANDER.	$	7.456.060.22
Total invertido en zona CASANARE.	$	9.294.663.37
TOTAL INVERTIDO CONTRATO.	$	16.750.723.59

INVERSION DE MATERIALES POR TELECOM

Materiales zona SANTANDER.	$	1.056.588.32
Materiales zona CASANARE. . . . . (B).	$	672.741.26
Total materiales Telecom.	$	1.729.329.58

TOTAL INVERSION INELECTRA LTDA.

Valor total de inversión contrato	$	16.750.723.59
Menos valor materiales Telecom.	$	-1.729.329.58
TOTAL INVERTIDO POR INELECTRA. .	$	15.021.394.01

COMPROBACION DE LA INVERSION DE INELECTRA LTDA.

Materiales y mano de obra en SANTANDER	$	6.399.471.90
Materiales y mano de obra en CASANARE	$	8.621.922.11
TOTAL INVERTIDO INELECTRA LTDA.	$	15.021.394.01

LIQUIDACION FINAL DEL CONTRATO Nº 6383

Valor total invertido por Inelectra.	$	15.021.394.01
Sumas recibidas de Telecom.	$	13.063.461.60
SALDO A FAVOR DE INELECTRA LTDA.	$	1.957.932.41

En consecuencia, este aspecto del saldo a favor de Inelectra Ltda. por la suma de $1.957.932.41, es uno de los aspectos del restablecimiento de los derechos del contratista del contrato No. 6383, por considerar que corresponde en el Acta Final de Liquidación del contrato, definir todos y cada uno de los derechos del contratista frente a Telecom, para el restablecimiento de los derechos de Inelectra Ltda. y que es objeto de la presente demanda. Al referirme en este hecho a la liquidación de obras del contrato uso los términos del Acta como referencia.

En consecuencia se presenta objeción de fondo contra el contenido total del Acta Final y liquidación del contrato No. 6383, a más de presentar reparos sobre la ilegalidad y haber sido realizada en su contenido con desviación de poder.

29o.) En cuanto a las constancias dejadas por quienes en ella intervinieron y suscribieron el Acta y a las constancias que se refieren al punto 5, literales a) a f) del Acta, no es cierto en la forma como se presentan, ni en cuanto a su contenido ni al procedimiento, ya que la Interventoría, y por tanto Telecom, no solo violaron cláusulas del contrato, incumpliendo obligaciones para con el contratista e impidieron en forma maliciosa y mal intencionada la ejecución y cumplimiento de las obligaciones y derechos del contratista, sino que además abusaron del poder y con actos y operaciones del Interventor Principal y de sus Delegados, crearon circunstancias a sabiendas, para poner al contratista en dificultades de poder cumplir con sus obligaciones y desconocieron la forma como el contratista estuvo atento a cumplir y allanarse a cumplir, solicitando en repetidas ocasiones prórrogas del contrato, reajuste de precios, recibieran las obras ejecutadas, la fuerza mayor en algunos sectores del contrato, el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, todo ello desconocido y expresamente negado e impedido a través de Actas mal intencionadas y a sabiendas del daño que ocasionaban con esta actitud.

30o.) No solo el circuito Berlín-Vetas fue puesto en servicio por Telecom, sino la mayoría de los circuitos construidos en Santander, antes de los recibos de las obras. Hubo posteriormente orden interna de Telecom para desconectarlos del servicio y agravar la situación del contrato y desmejora a la comunidad en el Departamento de Santander.

31o.) La postería que no pudo colocar el contratista por circunstancia de fuerza mayor por un lado y por estar pendiente la definición de los recursos contra la resolución que declaraba la caducidad del contrato, fue dispuesta por funcionarios de Telecom quienes autorizaron para que la gente de la región construyera puentes y plazas de feria, según información informal de miembros de la comisión, recogida la versión por vecinos del lugar.

32o.) En relación a las obras construidas en el sector de Casanare y la

situación creada por un invierno excepcionalmente intenso y crudo, ocasionó al contratista altísimos costos en el transporte de material, especialmente en postería y mano de obra, al transportarlos al hombre de postes de varios metros y crecientes de ríos, que hacían insalvables los obstáculos, pidió el contratista varias prórrogas e incluso informó a Telecom e invocó la fuerza mayor y el rompimiento del equilibrio financiero del contrato en varias cartas u oficios, entre ellos los siguientes:

I/501 de 11 de julio, 1977, I/508 de 18 de julio, 1977, I/536 de 16 de agosto, 1977, I/553 de 6 de septiembre, 1977, I/562, septiembre 29,1977, I/001 de enero 3, 1978, I/005 de enero 16, 1978 y I/010 de enero 28 de 1978.

A pesar de las múltiples explicaciones y pruebas allegadas en dichos oficios, y a pesar de que Telecom expidió su carta interna 050500-0570 de octubre 5, 1977, refiriéndose al oficio I/562 de Inelectra a Telecom, sugirió el recibo de las obras construidas, tramitar una prórroga para obras por terminar y tramitar igualmente el reajuste de precios. Sin embargo, la Presidencia de Telecom,. por sugerencia del Interventor General del contrato en oficio interno No. -54500-01195 de 28 de noviembre, 1977, dictó la Resolución No. 645 de febrero 9 de 1978 en cuyo artículo 1o. declaró la caducidad administrativa del contrato No. 6383, la que posteriormente fue revocada por Resolución No. 3057 de julio 24, 1978.

Todo lo anterior ocasionó gravísimos daños en el patrimonio del contratista y en la finalización del contrato, durando aproximadamente tres (3) años, para llevar a efecto la liquidación del contrato, con perjuicio del contratista y de la propia obra.

33o.) El incumplimiento de Telecom al no recibir obras construidas de trayectos completos entre localidades (Cláusula Segunda), la falta de suministro oportuno de materiales por parte de Telecom, estando obligada a ello, (Parágrafo, literal a) de la cláusula segunda, el recibo de obras por parte de Telecom y el contratista por los procedimientos contractuales (cláusula novena), los actos y hechos ocasionados por el Interventor Principal Ing. Helí Rodríguez, como los realizados por los Interventores Delegados, Ing. Luis Fernando Ríos Sendoya y Luis Eduardo Mejía Gómez, de Casanare y Santander respectivamente, quienes en el momento de ejercer la interventoría no reunían las condiciones de tiempo y experiencia, la Resolución de caducidad No. 645 de febrero 9 de 1978, dictada por la Presidencia de Telecom, produjeron graves daños al contratista reflejados en costos adicionales y no previstos, como mantenimientos de personal extra en líneas construidas no recibidas, robos de material y reposición, obtención de créditos bancarios y extrabancarios para sostener las obras, pérdida de posibles contratos dentro de la actividad y objeto social, atención extraordinaria sobre el contrato en obras ejecutadas pero sin recibir por

Telecom, y otros daños no solo en el orden material sino en el moral que Telecom debe indemnizar, mediante el avalúo de esos perjuicios que deben señalarse mediante peritos dentro del proceso de índole administrativo.

34o.) En cuanto se refiere a los diferentes reajustes de precios del contrato presentados oportunamente por el contratista tenemos lo siguiente:

El contratista al presentar su oferta para el contrato en el sector de Santander y Casanare tuvo en cuenta los precios vigentes para comienzos del año de 1976, fecha de la apertura de la licitación pública No. 006-76 y cuya oferta fue presentada por Inelectra en oficio No. I-76/112 de fecha abril 19, 1977, pero que solo hasta el 13 de julio de 1976, en sesión de la Junta Directiva de Telecom, estudió los resultados de la Licitación y mediante Resolución No. 44 de 11 de agosto de 1976 fue adjudicado parcialmente la Licitación a la firma INELECTRA LTDA.

El contrato fue firmado el día 12 de noviembre de 1976 y se terminó de legalizar e iniciarse obras el día 26 de noviembre de 1976 conforme al Acta de Determinación de trayectos y de iniciación de obras de esa fecha.

35o.) Con fecha mayo 3, 1977 las firmas que intervinieron en la Licitación No. 6/76 y que ganaron obras para ejecutar, tales como CONSORCIO INELCO-PROYCO LTDA., INELECTRA LTDA, Y COMITEC LTDA. a quienes, como afirmo le adjudicaron obras licitadas, elevaron a la Presidencia de Telecom escrito conjunto solicitándole reajuste de precios de los respectivos contratos, con fundamento en la variación sustancial de salarios (47%), gasolina (55%) y herrajes, frente a los precios indicados en la oferta respectiva, tomados con información en los costos de enero a marzo de 1976, más un margen razonable, que para el momento habían dejado sin base dichos costos.

36o.) En virtud de la Resolución No. 3057 de 24 de julio de 1978 de la Presidencia de Telecom por medio de la cual revocó la Resolución sobre caducidad administrativa del contrato celebrado con Inelectra Ltda. No. 6383, INELECTRA LTDA. elevó escrito a la Presidencia de Telecom solicitándole reajuste de precios en el contrato, adjuntándole la prueba pertinente para ello, escrito y documentos demostrativos presentado con fecha septiembre 14 de 1978.

Telecom por oficio No. 1500-01253 de octubre 9, 1978 al apoderado de Inelectra Ltda., se le dice que por encontrarse para la fecha en estudio el reajuste de precios solicitado conjuntamente con los contratistas de Inelectra Ltda. Consorcio Ineico-Proyco y Contec Ltda. sobre los contratos 6383, 6382 y 6384, no se encontraba a resolver sobre la petición elevada en septiembre 14, 1978.

Finalmente en Oficio No. 024001-1959 de diciembre 6, 1978 de Telecom a Inelectra Ltda, se le informa que el Comité de Licitación en su sesión de noviembre 21, 1978, en Acta No. 668 negó la solicitud de reajuste por no encontrarlo plenamente justificado, violando el Art. 74 del Decreto No. 150 de 1976, ya que las empresas sí habían presentado todos los documentos pertinentes y se demostraba la variación fundamental de los índices entre la oferta, la legalización del contrato y la situación a la fecha de la presentación de solicitud de reajuste.

En consecuencia, a Inelectra Ltda. no solo le cerraron la oportunidad primera sino también su segunda solicitud de reajuste, prevista en la carta de octubre 5, 1977 sino también en virtud de la Resolución No. 3057 de 24 de julio de 1978 de la Presidencia de Telecom en donde se reconocía desequilibrio financiero, altos costos y situaciones imprevisibles.

37o.) Inelectra Ltda. al interponer el recurso de reposición contra el Acta Final de Liquidación del contrato y su aprobación insistió en los derechos que le confiere la ley y el contrato para solicitar y obtener el reajuste de precios, que es materia de esta demanda para el restablecimiento de su derecho, invocar y pedir la aplicación de la fórmula matemática señalada en el contrato.

De acuerdo con el Anexo No. 6 del contrato, la formula matemática señalada es la siguiente:

$$P = Po \quad \frac{(I)}{Io}$$

Como "Po" es igual al precio contratado, pero en realidad al aceptarse el precio real del contrato y su liquidación, este precio será al aceptarse en el restablecimiento de los derechos del contratista la suma de $15.021.394.01.

"I" es igual al índice del costo de construcción publicado mensualmente por el Boletín Estadístico del Ministerio de Obras Públicas, que para el caso presente, corresponde al mes de octubre de 1982. De acuerdo al Boletín No. 215 del Ministerio, el Indice es de 2.105.5

"Io" es igual al Indice del costo de construcción publicado mensualmente por el Boletín Estadístico del Ministerio de Obras Públicas, que para el caso presente, corresponde al mes de noviembre de 1976, fecha del perfeccionamiento del contrato y que de acuerdo con el Boletín No. 157-A, para 1976, es de 544.2 su Indice.

Por tanto, la formula matemática para el restablecimiento de los derechos del contratista, aceptando el H. Consejo de Estado el precio del contrato, en

la suma señalada por la liquidación final, sería así:

$$P = Po \frac{(I)}{Io} \text{ es:}$$

$$P = \$15.021.394.01 \frac{(2.105.5)}{544.2} = \$58.117.502.92$$

Por consiguiente, el precio ajustado o sea "P" es la suma de $58.117.502.92, menos los dineros recibidos por el contratista de Telecom, que conforme al Acta Final es de $13.063.461.60, correspondiendo a la operación, un reajuste no inferior a $45.054.041.32.

38o.) En cuanto a los perjuicios recibidos por el Contratista en virtud no solo de los efectos, profundamente perjudiciales, de la Resolución No. 645 de febrero 9, 1978 de la Presidencia de Telecom, sino además del incumplimiento contractual de Telecom de cláusulas fundamentales del contrato, de las demoras injustificados en cuatro (4) años largos, del no reconocimiento del rompimiento del equilibrio financiero del contrato, de la no aceptación de peticiones debidamente justificadas de reajuste de precios del contrato, llevaron al contratista a no poder desde 1977 a participar normalmente en licitaciones y contratos no solo con Telecom, principal origen de este tipo de contratos ni con otras empresas, que redujeron en tal forma la posibilidad de ingresos por concepto de honorarios provenientes de esos contratos y normales dentro del objeto social, capacidad y técnica que gozaba Inelectra Ltda. en el mercado nacional.

Si normalmente el honorario de los contratos de obras públicas dejan al contratista un veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato, para el caso presente y partiendo que un contrato para ejecutar en seis (6) meses y su valor original es de $13.751.012.00, ese veinticinco por ciento (25%) de honorario sería del orden de $3.437.753. en el semestre, lo que indica que para un año, con otro contrato similar obtendría el contratista un ingreso por concepto de honorarios de no menos de siete millones de pesos, por año.

Ahora bien: para los cuatro (4) años de perjuicios, por cuanto la compañía, debido a los daños que le ocasionó Telecom dejó de percibir no menos de $28.000.000.oo, por solo el concepto de perjuicios materiales, en principio y como suma mínima.

40o.) La Resolución No. 649 de febrero 9 de 1978 dictada por la Presidencia de Telecom fue expedida con violación a la ley y al contrato, por haber reconocido Telecom con anterioridad a favor del contratista hechos constitutivos de fuerza mayor. Subsidiariamente fue dictada con abuso y desviación de poder, por cuanto oculta el incumplimiento de Telecom, a

cláusulas contractuales, ocasionando graves perjuicios al contratista.

41o.) Sobre esta Resolución se interpuso en tiempo recurso de reposición y como consecuencia de él, fue dictada la Resolución No. 3057 de 24 de julio de 1978 por la Presidencia de Telecom y si bien es cierto, en su Art. 1o. revocó la Resolución No. 649 sobre caducidad, sin embargo sanciona al contratista con la liquidación del contrato, por procedimientos del Decreto-Ley No. 150 de 1976, situación más gravosa y que para su cumplimiento se demoró más de tres (3) años, culminando con el Acta de Recibo Final y Liquidación del contrato No. 6383.

42o.) Como se afirmó en hecho anterior, el Acta de Recibo Final y Liquidación del contrato, fue objeto de recurso de reposición y subsidiario de apelación, agotándose la vía gubernativa, mediante silencio administrativo.

43o.) El Gerente de la firma "Inelectra Ltda." me ha conferido poder judicial para entablar la presente acción de plena jurisdicción ante el H. Consejo de Estado.

Fundado en los anteriores hechos y en los fundamentos y conceptos de violación que más adelante indicaré, en capítulos aparte, con todo respeto presente ante el H. Consejo de Estadio la siguiente

PETITUM

Las pretensiones de la parte actora se precisan dentro del siguiente universo:

Por los trámites del proceso ordinario de que trata el Título 3o. Capítulo XV del Código de lo Contencioso Administrativo y con fundamento en el Art. 67 y concordantes del mismo Código, con citación y audiencia de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM - de creación legal, representada por su Presidente señor Dr. GUILLERMO SACRA SERRANO mayor y vecino de Bogotá, o por la persona que represente los derechos de Telecom, y con asistencia del Ministerio Público, en sentencia, se dignen pronunciarla con las siguientes o parecidas declaraciones:

PRIMERA: Declárase la nulidad del contenido del "ACTA DE RECIBO FINAL Y LIQUIDACION DEL CONTRATO Nº 6383.- CONSTRUCCION Y RECONSTRUCCION DE LINEAS FISICAS TELEFONICAS PARA TELECOM EN LAS ZONAS DE SANTANDER Y CASANARE, CELEBRADO ENTRE LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES "TELECOM" Y LA FIRMA INELECTRA LTDA, iniciada dicha Acta a los dos (2) días del mes de abril de 1981 y finalizada y firmada por funcionarios de Telecom y de la Contraloría General de la Nación, el día

siete (7) de octubre de 1981, en la ciudad de Bogotá: la nulidad del acto de aprobación de dicha Acta por el Presidente de Telecom; la nulidad de la Resolución No. 3057 de 24 de julio de 1978 dictada por el Presidente de Telecom, y la nulidad de la Resolución No. 649 de febrero 9 de 1978 igualmente dictada por el Presidente de Telecom, todos estos actor por formar unidad dentro de su complejidad, todos ellos provenientes dentro de la ejecución y terminación del contrato celebrado entre la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES -TELECOM- por una carta y la firma INELECTRA LTDA y suscrito en Bogotá, el 12 de noviembre de 1976 y conocido el contrato con el No. 6383, por ser violatorios de la ley, de principios generales de derecho y ser violatorios del contrato suscrito entre las partes, y subsidiariamente en cuanto a violación por motivos de haberse llevado a cabo y dictado con desviación de poder, y en su lugar, y para efectos del restablecimiento de los derechos económicos del contratista "INELECTRA LTDA" que fueron lesionados por los actos anteriores, se ordena sustituirlos mediante los siguientes ordenamientos y disposiciones:

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES -TELECOM- a pagar a INELECTRA LTDA., cinco (5) días después de la ejecutoria de la sentencia, las cantidades de dinero que se indican a continuación y por los siguientes motivos:

1o.) la suma de UN MILLON NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS ($1.957.932.41) por concepto del saldo de inversión efectuado en la construcción y reconstrucción de líneas físicas telefónicas para TELECOM en las zonas de Santander y Casanare;

2o.) La suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA Y CUATRO MIL CUARENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS ($45.054.041.32) por concepto de reajuste de precios o la suma que se demuestre aplicando igualmente la formula matemática consagrada en el contrato No. 6383 suscrito entre Telecom e Inelectra Ltda. como reajuste de precios, restableciendo el equilibrio financiera al contratista.

3o.) La suma de VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS M.C. ($28.000.000.oo) por concepto de indemnización de perjuicios, por los daños ocasionados por TELECOM A INELECTRA LTDA, provenientes de los actos demandados.

TERCERA: Se condena a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom- a pagar las costas del proceso, si hubiere lugar a ellos". (fls. 130-148 Cdno. No. 1).

II. ALEGATO PRESENTADO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

A folios 239 y siguientes del cuaderno número uno, obra el escrito en que el mandatario 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. En lo sustancial del mismo se destaca:

"La demanda está dirigida a que se declare la nulidad del Acta de Recibo Final y Liquidación del Contrato No. 6383 de fecha de iniciación de dos (2) de abril de 1981 y con finalización el día 7 de octubre de 1981, con la aprobación dada en dicha acta por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM.

El acta final, cuya nulidad es uno de los objetos de proceso, se fundamenta en la resolución 3057 de 24 de julio de 1978 que a su vez revocó la resolución No. 645 de febrero 9 de 1978 que había declarado la caducidad del contrato No. 6383, pero también esa resolución 3057, en su artículo 2o., ordenó la liquidación del contrato en forma anormal, y con base en esta disposición procedió Telecom y la comisión designada para liquidar el contrato, culminando la actuación administrativa en el Acta de Recibo Final y Liquidación del contrato No. 6383" (fols. 5 a 13 exp. princ.) y se considera que este acto administrativo es complejo y compuesto con las citadas resoluciones 3050 (sic) y 645 ambas de 1978, como causa y efecto de la liquidación final del contrato, y estos actos todos dictados en uso de poderes exorbitantes (sic) de la administración dentro del desarrollo y ejecución del contrato 6383, pero desatendiendo sus propias cláusulas, especialmente las relacionadas a las entregas de la obra. De allí que los actos administrativos infringieron los artículos que se citan del Decreto Ley 150 de 1976, entre ellos, el artículo 191, que señala los casos en que procede la liquidación en varios literales, que son excepción a la forma contractual y anormales a su desarrollo. Al revocarse mediante la Resolución 3050 (sic), la caducidad del contrato ordenada en la 645, ha debido la administración aplicar las previsiones y cláusulas del contrato para tal fin, de liquidación por el sistema de las entregas previstas y aceptadas por TELECOM, y aun puestas en funcionamiento al servicio de la empresa y la comunidad; y en cuanto a algunos trayectos en Casanare, había aceptado la propia empresa oficial la existencia de la fuerza mayor, como aparece en la comunicación interna 050500-0570 de octubre 5 de 1977.

Por consiguiente, Telecom en sus actos administrativos cuestionados, violó el art. 191, por aplicación indebida al no presentarse ninguna de las causales previstas en la norma, violando igualmente el artículo 1602 del C. C. al dejar de aplicarlo, por cuanto la norma ordena que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, norma

o principio aplicable al contrato No. 6383.

Los artículos 192 y 193-2 del Decreto 150 de 1976, fueron violados por la administración de Telecom, en cuanto que, la primera de las normas indica que personas deben intervenir en la liquidación; y la segunda, en su inciso segundo, se refiere a las partes, siendo una de ellas el contratista, para efectos de señalar las obligaciones de las partes, normas violadas en cuanto a los derechos del contratista, por interpretación errónea. Telecom y por culpa de ella, prologó injustificada y maliciosamente la diligencia de liquidación y recibo de las obras; primero, con haber refundido la Resolución No. 125 de noviembre 2 de 1978, en la cual Telecom nombró como liquidador al ingeniero Luis José Gualteros, estando oculta durante seis (6) meses, realizándose la liquidación y diligencias en partes, así: El 31 de agosto de 1979, se inició en el sector de Santander, con asistencia de un representante del contratista, suspendiéndose intempestivamente en el mes de septiembre: luego se reanudó, pero no tuvo en cuenta Telecom un documento expreso y suscrito por el contratista y su representante, en la que se expresaba la dificultad e imposibilidad de asistir a las diligencias del campo, no por rebeldía sino por aspectos esencialmente económicos y solicitándole al Delegado del Presidente de Telecom, que no se designara como interventor en dicha diligencia a los que intervinieron en el contrato, aceptando de antemano cualquier otro interventor de Telecom, pero luego y en el acta, afirma, desvirtuando el escrito del contratista sostener que este había designado al ingeniero HELI RODRIGUEZ TOLOSA como su representante, cuando se había solicitado su no intervención. La segunda parte de la diligencia se inició en el mes de julio de 1980 y finalizó en abril de 1981, al redactarse el acta que en forma amañada e inexacta se redactó. Esto es, entre las dos etapas duró la liquidación y diligencias 20 meses, en perjuicio del contratista y de la obra.

Ahora bien: se había discutido conjuntamente las observaciones del contratista y se habían dejado las constancias que el actor consideraba esencial a sus reclamos y derechos; el mismo Telecom quedó encargada de sacar en limpio el acta, la redactó y entregó al contratista el ejemplar correspondiente para sus observaciones y firma; y en forma intempestiva y arbitraria, Telecom redactó unilateral y a su acomodo el acta final que es la que se demanda, violando los derechos del contratista y por tanto, las normas indicadas, arts. 192 y 193 del Decreto 150 de 1976, y además, la confeccionó con abuso y desviación de poder, ocultando la realidad de la liquidación y los derechos del contratista, para aparentar una liquidación, entrega e imponer obligaciones que aparentan legalidad, ocasionando vicio en la formación de la voluntad de la administración, que conduce a la nulidad del acto.

Otro cargo formulado en la demanda consiste en la violación de los artículos 74 y 96 del Decreto Ley 150 de 1976; el primero, por no haberlo aplicado en

virtud de las varias solicitudes de reajuste de precios elevados por el contratista, cuando ha debido darle aplicación, no solo en virtud de la ley sino también por disposición contractual; y el segundo, por haber designado interventores delegados sin los requisitos señalados en la disposición, dando origen a varias dificultades en la ejecución del contrato y de su desequilibrio en el régimen económico. Además, el contrato no autorizaba que el interventor delegara funciones en otros funcionarios.

Como cargo segundo se formuló en la demanda la infracción por parte de Telecom en el acta final y en la ejecución del contrato con incidencia en su terminación y liquidación varias cláusulas del contrato, señaladas e individualizadas en la demanda, violación que condujo a la administración a dejar de aplicar los artículos 1602 y 1603 del código Civil teniendo la obligación de aplicarlos, con infracción igualmente del artículo 1., de la ley 95 de 1890 al no haberle dado aplicación luego de haberse demostrado el hecho imprevisto a los que no era posible resistir y aun aceptando en principio por la administración pero desatendido por el interventor, el Presidente de la Empresa y por la comisión de liquidación, ocasionando graves perjuicios al contratista y a la obra.

El tercer cargo que se formuló en la demanda lo constituyen la serie de normas del Código Civil que fueron infringidas por la administración en el acto complejo impugnado, tales como los artículos 1602, de ser el contrato ley entre las partes, esencialmente en cuanto a obligaciones normales de un contrato; 1603, sobre la buena fe en la ejecución del contrato, aplicable al contrato administrativo dando base al conceptò del equilibrio financiero; el 1605 sobre la regla de que la obligación de dar contiene la de entregar y señala las consecuencias; el 1608 sobre la mora al deudor, el 1609 sobre contratos bilaterales y el cumplimiento y las consecuencias de la mora entre las partes, el 1610-3, sobre la obligación de hacer, su mora y las indemnizaciones, 1613, 1614, y 1615 sobre indemnización y lo que comprende y los arts. 1618, 1620 a 1624 sobre interpretación.

Un cuarto cargo formulado en la demanda sobre violación de los principios generales de derecho, tales como los de imparcialidad, que la administración violó al no definir los conflictos suscitados en la ejecución del contrato, especialmente en la liquidación del contrato; el principio de equidad, el del equilibrio financiero del contrato, que comprende el reajuste de precios solicitado repetidas veces y el derecho de defensa consagrado en el art. 26 C. C.

Finalmente se formularon dos cargos fundamentales: El haber expedido el acto administrativo complejo y compuesto, con abuso y desviación de poder, ocultando los verdaderos motivos, su incumplimiento, y desatendiendo situaciones poderosas acaecidas al contratista y debidamente probadas, todo lo cual tendientes a imposibilitar al contratista la finalización del

contrato en los términos contenidos en sus cláusulas, creándole verdaderas situaciones graves como la declaratoria de caducidad y luego, al revocarla, creando la situación de liquidación y entrega de obra, como una sanción y no como resultado de haber dado por recibidas obras conforme al contrato, puestas buena parte de ellas en uso, otras destruidas por accidentes de la naturaleza, y luego la larga espera de casi dos años para finalizar con un acta final aparente, violando los derechos del contratista, para reclamar reajustes, aspectos técnicos e indemnizaciones, y el haber presentado en tiempo actas parciales de entrega, y en algunas de prohibió el recibo parcial como sucedió en Santander y Casanare, todo en perjuicio del contratista y violando el propio contrato.

Estando pues en tiempo, presento a la digna consideración del H. Consejero conductor del proceso, el alegato de conclusión, en el cual se expone una breve síntesis de la impugnación, solicitándole con el mayor respeto sentencia favorable a las pretensiones de la demanda".

III. CONDUCTA PROCESAL DEL PROCURADOR JUDICIAL DEL DEMANDADO

También alegó de conclusión dentro del siguiente universo:

1o.- RESUMEN DE LOS HECHOS

a.- Como consecuencia de un proceso licitatorio, la Administración suscribió el Contrato No. 6383 con la firma demandante cuyo objeto era la venta y entrega a TELECOM de **todos los materiales y elementos componentes de las líneas físicas necesarias para dotar de servicios de telecomunicaciones a las zonas rurales del Departamento de Santander e Intendencia del Casanare, trazado, construcción y reconstrucción de las mismas, por su cuenta y riesgo y a entregarles a TELECOM aptas para entrar en funcionamiento"**

b) De acuerdo con el caudal probatorio, se ha acreditado que el valor del contrato era de $13.751.012.19, y el plazo de entrega de seis meses contados a partir del perfeccionamiento del contrato, del cual no aparece fecha cierta, pero de los extractos de los anexos del contrato se deduce la fecha del 23 de Noviembre de 1976. En consecuencia la fecha en que debía entregar el contratista era el día 23 de mayo de 1976. Posteriormente TELECOM para coadyuvar con el contratista al cumplimiento de su obligación le concedió una prórroga hasta el día 30 de junio de 1977, según oficio 01000-000507 del 15 de junio de 1977, por medio del cual el Presidente de TELECOM le comunica a INELECTRA dicha prórroga dejando constancia expresa que no dará en ningún caso lugar a reajuste de precios (folio 19 cuaderno principal y folio 101 mismo cuaderno.)

c) Resulta fundamental en este proceso advertir un aspecto debidamente acreditado y omitido intencionalmente por la parte demandante, y es el relacionado con los pagos anticipados del 95% del valor del contrato hechos por TELECOM al Contratista, no obstante que el contrato estipulaba que los mismos debían realizarse de acuerdo con el avance de la obra a satisfacción de TELECOM (ver cláusula tercera literal a y b del contrato. Folio 27 vto.) Tanto en las pruebas solicitadas por el suscrito, como en la misma acta de liquidación, en su hoja 3., inserta a folio 7 del cuaderno principal, se establece la diligencia llevada al extremo por TELECOM para cancelar el porcentaje citado, sin que correspondiera a obra realizada por el Contratista, y que determinó entre otras cosas la reconvención de los Inspectores LAUREANO CERON y GERMAN MARTINEZ ROJAS, de la Contraloría General de la República, en sus informes que obran en el cuaderno número 3, especialmente folios 21 numeral 2o. y 31, numeral 2o. En estos informes se responsabiliza a los Interventores de TELECOM por haber sido tan elásticos en autorizar los pagos, a pesar de todos los incumplimientos que allí se detallan. Al respecto: Como segunda conclusión puedo anotar que sí hubo desacierto al haberse cancelado la mayoría del valor del contrato (95%) sin conseguirse la recíproca entrega de las obras construidas, dentro del tiempo estipulado e incumpliéndose igualmente las especificaciones técnicas de construcción contratadas" (folio 31 cuaderno número 3. numeral 2o.).

Los pagos efectivamente se realizaron en la siguiente forma:

1.- Primer anticipo por $4.125.303.65 en Diciembre 30 de 1976.

2.- Cinco cuotas iguales por valor de $1.787.631.59 pagadas en enero 13, febrero 16, marzo 7, abril 19 y junio 15 de 1977, para completar un gran total de $13.063.461.60 de los $13.751.012.19 que era el valor del contrato.

Lo anterior resta para hacer mayores comentarios a gran parte de las alegaciones del demandante, de sus excusas no justificadas para no haber realizado la obra, y de sus pretensiones para solicitar un inexistente reajuste de precios, por sumas exageradas.

d.- No parece lógico sostener a mi juicio, una petición de reajuste de precios sobre sumas ya canceladas, con posterioridad a la fecha de su pago, pues esto implicaría tanto como reconocer intereses de mora por parte del deudor al acreedor, cuando aquel ya ha satisfecho el crédito, lo cual resulta a todas luces absurdo.

e.- Las obras contratadas comprendían:

Para el Departamento de Santander, un trazado de 316 kilómetros para un

valor estimado en el contrato de $9.156.934.25, y para la Intendencia de Casanare un trazado de 145 kilómetros -par, para un valor estimado en el contrato de $4.594.077.94, lo cual dá un valor total de $13.751.012.19 (anexo número 3 del contrato, hojas 11 y 17, obrantes a folios 40 y 43 del cuaderno principal y anexo número 2 del contrato, hojas 2 y 3 obrantes a folios 33 vto. y 34).

Como quiera que el contrato se pacto a precios unitarios, según la cláusula tercera, se debía pagar las cantidades de obra realmente ejecutada por los precios unitarios pactados. Es así como el Contratista ejecutó casi en su totalidad y con algunos errores e incumplimientos en cuanto a especificaciones técnicas, detalladas en el acta de liquidación y en los informes de los Inspectores de la Contraloría General, las obras correspondientes al Departamento de Santander. No sobre advertir que se hicieron con pretermisión del plazo pactado. Según acta de liquidación la longitud de trayectos se rebajó al momento de ejecutar la obra casi en un 40%, es decir se presentó una típica menor cantidad de obra, pues el kilometraje-par ascendió a 235 kilómetros, como se deduce del Acta 1U del 2 de julio de 1977, que comprende un kilometraje 22.493 y del acta de recibo parcial provisional No. 2-BU, donde se incluyen todos los trayectos, para una distancia de 112.510, completando los 235 kilómetros citados.

f) Para las obras de Casanare, es necesario resaltar de acuerdo con el material probatorio, especialmente el acta de liquidación y las declaraciones de HELI RODRIGUEZ y LUIS HERNANDO RIOS, obrantes en el cuaderno 2. folio 141 y 147, que el Contratista no ejecutó todas las obras pactadas causando graves perjuicios a TELECOM, y no obstante habérsele cancelado el 95% de su valor con una anticipación de casi seis meses a la fecha en que realmente ejecutó en forma parcial tales obras. El contratista realizó 89.645 kms-par, de los 145 kms-par contratados. Existen 29 kms-par correspondientes al trayecto Pajarito Aguazul, que a pesar de haberse realizado incumpliendo las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de la licitación y en el contrato, fueron incluidos y pagados en el acta de liquidación, por un valor de $1.033.339.86, hoja tres obrante a folio 7 del cuaderno principal.

Así mismo aparece acreditado que el Contratista no realizó dentro de las obras de Casanare el trayecto San Benito-Receptor-Chámeza, según las pruebas practicadas ya citadas.

g) Lo anterior desvirtúa las argumentaciones del demandante, sobre, según su inversión, la no entrega oportuna de la totalidad del alambre, por parte de TELECOM. Estaban contratados 39.000 lbs. de alambre, segun el contrato, de los cuales TELECOM entregó en tiempo 26.000 lbs., cantidad más que suficiente, teniendo en cuenta que la longitud de trayecto se rebajó

con el trazado en un 40%. Además es necesario precisar que el alambre, materia de discusión, se refería exclusivamente a las obras de Santander, en las cuales el Contratista entregó la casi totalidad de las obras, aunque no en tiempo oportuno, y que además existió responsabilidades de su parte, pues a pesar de que estuvieron en tiempo en cada uno de los lugares señalados, el hecho de realizar las obras con posterioridad al tiempo pactado, y además las circunstancias de que no lo reclamó a tiempo, incidieron en la ejecución tardía de las mismas.

h) Para el cumplimiento de las obras en la zona de Casanare, la interventoría desde Febrero 16 de 1977, mediante oficio 206001-00329, ya le advertía al Contratista, que llevaba un atraso de dos meses, y se le recomendaba aprovechar la época de verano de la región, tiempo durante el cual estaban pactadas las obras, para que no tuviera futuros contratiempos. Igualmente se le solicitaba el cronograma y programación de los trabajos a realizar. De esto da cuenta el Ingeniero RIOS en su declaración a folio 147 del cuaderno número 2., y así mismo la citada comunicación, fue decretada como prueba y aparece como anexo del cuaderno número 3, pruebas de la demandada. Estos documentos fueron remitidos al Consejo de Estado con oficio 001000-2295 del 29 de septiembre de 1983, y tiene constancia de recibido, documento que obra en el ya citado cuaderno número 3.

i) El demandante intenta exculpar sus incumplimientos, en la entrega de materiales, por parte de TELECOM, como son los tubos Nicopress y los herrajes.

Basta revisar el contrato para verificar que de los 300 tubos planeados para Santander y 130 tubos para Casanare, TELECOM entregó, sin estar obligado y por su cuenta y costo, 600 tubos para Santander y 170 para Casanare. Véanse los oficios de julio 15 de 1977, de septiembre 20 de 1977, obrantes a folio 102 y 107; el demandante alega que TELECOM estaba obligada a entregar una suma mayor, con fundamento en el Acta número 2. del 14 de enero de 1977 que cita en su demanda. Pero se le olvida mencionar que dicha acta no se encuentra firmada, por cuanto que se trata de un simple proyecto elaborado por el Contratista durante la ejecución de la obra, y que por ser contrario a lo pactado, no fue suscrita, ni autorizada por ningún funcionario de TELECOM

Sobre los herrajes, se trata de un claro incumplimiento del Contratista. Basta revisar los oficios señalados en el literal c de las pruebas de la demandada, números 310050-0064 de enero 18 de 1977, y 310050-00125 de febrero 9 de 1977, obrantes en los anexos del cuaderno número 3., para demostrar que se trataba de obligaciones e incumplimientos a cargo del Contratista.

j) Como consecuencia de los reiterados incumplimientos del Contratista y

de las dificultades que necesariamente tenía que sucederle en las obras de Casanare, por no haber ejecutado las obras pactadas en tiempo, sino posteriormente, durante la época de invierno, incumplimientos que dan cuenta numerosos documentos aportados al expediente y contenidos en las pruebas de la demandada, TELECOM inicialmente le impuso una caducidad al contrato, pero en aras de una benevolencia, aunque negó y desvirtuó la mayoría de las argumentaciones del Contratista, en los considerandos de la Resolución 3057 del 24 de julio de 1978, tuvo en cuenta las dificultades causadas por el invierno, y como consecuencia de éste en el transporte, y para seguir colaborando con el Contratista, revocándole la caducidad impuesta y aceptando su pedido para recibir las obras en el estado en que se encontraban y liquidando el contrato.

k.- Se advierte la elasticidad en el tratamiento dado por TELECOM al Contratista, no solo en cuanto a los pagos anticipados, sino omitiendo sancionarlo por sus incumplimientos, como igualmente lo sostiene la Contraloría General de la República por intermedio de sus Inspectores, que refuta abiertamente los planteamientos realizados por el demandante en su demanda y en los cuales intenta acusar una persecución y responsabilidad por parte de TELECOM que nunca existió.

1.- Es bueno advertir que el demandante, faltando a la verdad de los hechos se escuda reiteradamente en el contenido del oficio 0329 de febrero 16 de 1977 suscrito por el Gerente Regional de Bogotá de Telecom, en el cual según él, por informarle que las pruebas eléctricas en la región de Casanare se llevarían a cabo por parte de TELECOM el día 30 de julio de 1977, lo colocaba en imposibilidad de cumplir en tiempo el contrato.

Pero la verdad es completamente contraria, si se observa dicho documento, no hace sino referirse a que tal fecha se incluye, de acuerdo con la programación de trabajo presentada por el Contratista (ver folio 99 cuaderno principal). Y que esa programación con esas fechas fue presentada por el Contratista mediante oficio I-66/413 de marzo 25 de 1977. Este documento está señalado en las pruebas de la demandada en el literal h de las mismas., Así mismo de esto da cuenta el Ingeniero RIOS en su declaración incluida en el cuaderno numero 2, folio 147, en el sentido que la programación de obra fue hecha por el contratista y no impuesta por TELECOM.

Es decir el oficio 329 de TELECOM no hacía sino dar curso a la solicitud y programación de obra realizada por el Contratista, la cual tampoco cumplió, pues hubo obras que nunca se ejecutaron.

m). Teniendo en cuenta las solicitudes del Contratista peticionando la liquidación y finalización del contrato, dada la situación en que se encontraban las obras, causadas por la no ejecución durante la época del clima

seco de principios del año de 1977, solicitud que fue aceptada en la Resolución 3057 del 24 de julio de 1978, por medio de la cual se resolvía el recurso de reposición, TELECOM procedió a iniciar las diligencias de liquidación de conformidad con el Decreto 150 de 1976, e igualmente con el asentamiento del Contratista. La prueba de lo anterior es que el intervino en la primera parte de la liquidación, por intermedio de su representante RAMON OROZCO MARIÑO. Al respecto véase el Acta de liquidación en su hoja número 2., inciso 5o., obrante a folio 6o. del cuaderno principal.

n) Este punto resulta fundamental para la decisión de la litis pues demuestra el asentimiento expreso del Contratista respecto de la liquidación del contrato 6383, y la improcedencia de la controversia judicial, sobre actos que fueron aceptados expresamente por él, como es el que ordenó la liquidación del contrato.

ñ) La primera parte de la liquidación fue suspendida y posteriormente se reanudaron los trabajos, todo lo anterior con la intervención del Ingeniero interventor, del liquidador del contrato y el representante de la Contraloría General de la República, doctor GERMAN ENRIQUE MARTINEZ ROJAS así como también del Inspector Fiscal JOSE ALFENIBAL TINOCO representante igualmente de la Contraloría. Estos funcionarios se desplazaron a los sitios de las obras y revisaron trayecto por trayecto lo ejecutado por el Contratista. Posteriormente elaboraron el acta del 2 de abril de 1981. De esta revisión surge el informe de los Inspectores de la Contraloría, al cual me he referido en oportunidades anteriores y donde se hace un recuento pormenorizado de los incumplimientos del Contratista, a los cuales solicito remitirse, por tratarse de funcionarios ajenos a las partes.

o) En este punto también es esencial tener en cuenta el memorial que reposa en el cuaderno número 3, pruebas de la demandada, suscrito por el representante legal del Contratista demandante por medio del cual, para contestar la invitación que le hizo TELECOM con el fin de participar igualmente en la segunda parte de la liquidación, manifiesta que **renuncia a asistir a las diligencias de liquidación y recibo de las obras del contrato 6383, a la vez que acepta el trámite ordenado por TELECOM para realizar la liquidación y aceptar así mismo de antemano las labores de la comisión de TELECOM en la visita de inspección de las obras del contrato de la referencia.**

Lo anterior demuestra la aceptación del contratista al procedimiento de liquidación, que hoy pretende impugnar por la vía judicial.

p) Hay algunos puntos adicionales que no ameritarían su referencia, sino fuera por la alusión que de ellos hace el demandante. Así, TELECOM no podía recibir o hacer pruebas sobre los trayectos, mientras que el contratis-

ta no entregará las carteras de trazado, aspecto técnico esencial que no permite realizar actividad alguna, y el cual es reiterado en la diferente correspondencia cursada y es resaltado por los Ingenieros HELI RODRIGUEZ y LUIS FERNANDO RIOS en sus declaraciones. (cláusula quinta).

Así mismo el tema de los aisladores, predicado por el demandante, que, sí se observa el contrato, se trataba de una obligación a cargo del contratista, y que TELECOM, nuevamente con el ánimo de colaborar, concertó una reunión con el fabricante para ayudar al suministro de este material.

q) Por otra parte, las razones aducidas por el contratista sobre fuerza mayor y citadas en la demanda en el numeral 32, obsérvese que todas ellas fueron hechas vencido el plazo del contrato, lo cual ratifica lo ya probado en el sentido de que el Contratista por no ejecutar en tiempo la obra, coincidió con la época de invierno, a pesar de las previsiones que sobre el particular le había hecho al contratista, el Ingeniero RIOS, para que aprovechara el verano y recordándole, mediante oficio de febrero 16/77 que llevaba dos meses de atraso, aspecto que ya fue analizado en este memorial.

Puede existir razón en el sentido que la liquidación no se hizo con prontitud, único básico parcialmente valedero, pero debe tenerse en cuenta que se trataba de obtener comisiones de servicio de cinco funcionarios de diferentes entidades.

Además lo anterior no causó perjuicio alguno al contratista pues se reitera, el ya había recibido el 95% del valor del contrato; antes por el contrario, causó perjuicio a la misma entidad, pues el acta de liquidación surge un saldo a favor de TELECOM por la suma de $3.446.668.77, que hasta la fecha no han sido cancelados, y además la empresa en su largueza, tampoco descontó las sumas que correspondían por la menor cantidad de obra ejecutada.

r). Finalmente existen documentos suscritos o aceptados por el contratista donde se acepta por parte de él o su representante, los errores e incumplimientos cometidos en la ejecución de la obra, obrantes todos en el cuaderno numero 3. Y anexos: veanse el acta de observaciones de noviembre 5 de 1977, con participación del contratista; el oficio del 3 de enero de 1978, suscrito por el contratista donde reconoce la equivocación de la instalación del sistema Aguazul-Pajarito. Y especialmente veanse las actas números 03 y 04 de julio 12 de 1977 y 10 de septiembre de 1977, suscritas por su representante, donde se deja constancia que no habían trayectos en Casanare y deficiencias de construcción de dichas obras.

s). El contratista intentó probar, mediante dictamen pericial que el sistema de transposición Pajarito-Aguazul, estaba bien realizado, sinembargo los

peritos en un dictamen rendido manifiestan en forma supuesta, que no se realizó de acuerdo con el pliego, sinembargo no pueden certificar si se dió o no se dio tal hecho. Vale la pena mencionar que el demandante no canceló los honorarios de los peritos.

t). Por ultimo resaltaré el hecho de la inactividad por parte del demandante durante el proceso, que permitió que este juicio demorara más de cinco años, y que además implicó que por su falta no se practicara las pruebas por él solicitadas, como los dictámenes periciales, y el único que se practicó a pesar de los requirimientos por mas de un año por parte del Consejo de Estado, no procedió a cancelar los honorarios. Esto motivó una solicitud del suscrito para que se decretara la perención del proceso, la cual no fue aceptado por el Honorable Consejo de Estado, en decisión que no comparto, pero que acepto respetuosamente.

2. EXCEPCIONES.-

3.- Solicito se declare la excepción de ineptitud procesal de la demanda por las siguientes razones:

1.- Se solicita la nulidad de las resoluciones 649 y 3057 de febrero 9 y 24 de julio de 1978. La primera citada no puede demandarse por sustracción de materia por cuanto fue revocada por la segunda de las citadas. Al dejar sin efecto el acto de caducidad del contrato. La segunda de las citadas, para la fecha de la demanda se encontraba caducada la acción, aspecto que también solicito se decrete como excepción, recordando que los hechos sucedieron con anterioridad al decreto 01 de 1984 y bajo la vigencia del decreto 150 de 1976.

Estas razones fueron analizadas por el consejero ponente, cuando inicialmente se inadmitió la demanda. Sin embargo al resolver el recurso de súplica, se consideró que tales temas debían ser producto de análisis en la sentencia de fondo.

2.- Existe una indebida acumulación de pretensiones, que impide fallar de fondo la controversia, pues los actos acusados se refieren a aspectos distintos, la imposición de caducidad, el acto por medio del cual se revoca la caducidad, el acto de recibo final de las obras, el acto de aprobación del acta de liquidación y a demás la resolución 645 se encuentra erróneamente citada. Por todos estos aspectos no es posible esperar una decisión que los contemple como una unidad, como lo solicita expresamente el demandante en su demanda.

3.- El procedimiento para la liquidación del contrato, y el acto que lo ordenaba, fue aceptado expresamente por el contratista. Tanto es así que con un representante participó en la primera parte de la liquidación

y la segunda, mandó una comunicación, ya mencionada aceptando de antemano el tramite ordenado por Telecom y las labores de liquidación. Es ya reiterada la jurisprudencia, que por economía me abstengo de reseñar, en la cual se determina que las partes son libres en la relación contraactual, de expedir actos o ejecutar actividades que tengan pleno efecto en el mundo jurídico como es el de la suscripción, o aceptación de la liquidación, y que por ende no les es dado cuestionar lo que aceptaron plenamente en el proceso contractual.

b).- En subsidio solicito se decrete la inexistencia de las obligaciones reclamadas.

Si el contratista recibió mas del 95% del contrato sin que correspondiera a obra ejecutada; si además, a pesar de tener todos los recursos a su disposición, no ejecutó las obras en el plazo pactado sino posteriormente cuando coincidió con la época de invierno. Se adujo estas razones, vencido el plazo del contrato. Además, si conocía el pliego de condiciones donde se exigía que el contratista debía de hacer una visita al sitio de la obra, para que se informara de las condiciones topográficas y climáticas de cada una de ellas. Si el contrato era producto de una licitación, y si finalmente la administración no lo sancionó sino que simplemente procedió a liquidar el contrato, reconociéndole las obras ejecutadas, accediendo a su petición, y aun cancelándole obras mal realizadas, como las del trayecto Pajarito-Aguazul, es consecuencia lógica de las pretensiones del demandante no son procedentes y que antes por el contrario, como se acredita en el acerbo probatorio, si existió responsabilidad de Telecom, fue por haber obrado en forma demasiado benevolente con el contratista , al pagarle el valor del contrato y al no sancionarlo por sus reiterados incumplimientos. del acta de liquidación fácilmente puede colegirse las obras y proyectos ejecutados por el contratista , sin que aparezca prueba alguna que desvirtué lo allí preceptuado, razones por las cuales solicito se desechen- las pretensiones del demandante , y en su lugar , se mantenga la vigencia de los actos causados , salvo los que por sustracción de materia, no tengan existencia jurídica.'. (Fls. 224-256 Cdno # 1).

IV. VISTA FISCAL

El fiscal Octavo de la Corporación, doctor JAIME MOSSOS GUARNIZO, en su concepto de fondo

OBSERVA

Considera la Fiscalía que dicha acta de liquidación final -del contrato tantas veces citado, es un acto de ejecución y no decisión, por lo cual no es susceptible de la acción de plena jurisdicción, como lo dice la sala unitaria

en el auto de 31 de mayo de 1982.

Esta de acuerdo la fiscalía con lo expresado en el auto últimamente citado que "si el contrato se incumplió, si se violaron sus cláusulas y con tal conducta se causaron perjuicios, las acciones pertinentes, como la lógica elemental lo indica, son las contractuales de cumplimiento o resolución con indemnización de perjuicios moratorios o compensatorios según el caso".

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, estima la fiscalía que el caso presente, se debe proferir una sentencia inhibitoria, como así, respetuosamente, lo solicita el H. Consejo de Estado". (fols. 260-261 cuaderno número 1).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) Por razones de naturaleza jurídica y también de orden, la Sala se ocupará del estudio y valoración de las distintas circunstancias particulares del caso, vinculadas estrictamente al **"petitum"** , pues solo así será posible que la sentencia resulte congruente.

NULIDAD DEL CONTENIDO DEL ACTA DE RECIBO FINAL Y LIQUIDACION DE CONTRATO NO. 6383

Se solicita la declaratoria de nulidad de la resoluciones números 0645 de nueve (9) de febrero de mil novecientos setenta y ocho (1978) y 00003057 de veinticuatro (24) se julio del mismo año y del contenido del acta de recibo final y liquidación del contrato No. 6383. Por la primera, se declaró la caducidad del contrato No. 6383 celebrado entre la empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom y la firma Inelectra y, por la segunda, se revocó tal decisión.

La pretensión no está llamada a prosperar, pues sustracción de materia la parte actora no tiene interés jurídico ni interés real para demandar un pronunciamiento favorable, sobre este aspecto de la controversia. Si en la vía gubernativa ella logró el fin deseado, ya no hay materia sobre la cual se pueda hacer un nuevo pronunciamiento. Sobre este mismo aspecto el Consejero conductor del proceso discurrió en la providencia de treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), por medio de la cual rechazó in limine la demanda, en la cual se razona dentro del siguiente universo:

". . . . . la resolución número 0645 impugnada no puede ser objeto de demanda por cuanto dejó de existir, en su integridad, al ser revocada por la 00003057 de 24 de julio de 1978, es decir, por sustracción de materia, además, por la inexistencia del interés jurídico que exige la ley para toda demanda de plena jurisdicción. . . . ."

Es verdad que el proveido anterior fue suplicado y revocado por auto

calendado el día 11 de octubre de 1982, pero en este claramente se dejó consignado que el aspecto relacionado con el interés para obrar era de fondo, motivo por el cual debía ser estudiado en la sentencia. Esta realidad procesal explica bien la causa, motivo o razón por la cual el fallador se ocupa de él en el momento de desatar la litis.

B) PRETENSION ORIENTADA A QUE SE RECONOZCA LA SUMA DE UN MILLON NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS ($$1.957.932.41) POR CONCEPTO DEL SALDO DE INVERSION EFECTUADO EN LA CONSTRUCCION Y RECONSTRUCCION DE LINEAS FISICA TELEFONICAS EN LAS ZONAS DE SANTANDER Y CASANARE

Tanto en el escrito en que el procurador judicial de la parte demandante interpuso el recurso de reposición contra el ACTA DE RECIBO FINAL Y LIQUIDACION DEL CONTRATO, como en la demanda, se objeta el alcance de esta por cuanto reconoce que hay un saldo a favor de TELECOM y a cargo de INELECTRA por la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS ($3.446.668.77), siendo la real situación bien diferente, pues "....CON BASE EN LOS LIBROS Y DOCUMENTOS CONTABLES....." de la firma demandante, el saldo insoluto a favor de esta es de UN MILLON NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS ($1.957.932.41).

En la valoración de la prueba orientada a esclarecer este aspecto de la litis, el sentenciador encuentra que la liquidación impugnada toma apoyo, entre otros documentos, en cincuenta y cuatro (54) actas de inspección ocular firmadas por el liquidador del contrato, el interventor general y el inspector fiscal de la Contraloría, y seis de las primeras lo fueron también por el representante de Inelectra. De su lectura se desprenden infinidad de observaciones a la obra realizada, entre las cuales, y por via de ilustración, se toma las siguientes:

Acta No. 01. Agosto 31 de 1979.

Poste 98 al 97. No hay alambre.

Poste 84. Están sostenidas las líneas antiguas a media altura del poste.

Poste 79 pararrayo desprendido en la parte superior.

Acta No. 02 Septiembre 3 de 1979

Entre el poste 66 y 65 las líneas de circuito están haciendo contacto con las líneas de energía (Hacienda Venecia).

Del poste 65 al 64, la distancia que aparece en la cartera tiene una diferencia de 550 m. a la real.

El poste 29 está totalmente caido.

Acta No. 11 Agosto 1 de 1980

Poste terminal No. 80 (01 a California y Cachirí). Del poste 79 al 80 faltan 47 metros de alambre.

Del poste 26 al 25, las líneas se encuentran reventadas al parecer por construcción de líneas de energía.

Acta No. 13 agosto 5 de 1980.

Poste No. 8 No se hizo la transposición que debía haberse hecho de acuerdo a la libreta y además las líneas se encontraron sueltas. También la rienda estaba mal ubicada.

Poste 33. Por ser la pendiente mayor de 24º de la línea, debería tener cruceta doble, ya que por la fuerza de la línea, la cruceta se encuentra torcida.

Acta No. 14 Agosto 6 de 1980

Entre los postes No. 116 y 119 se encontró alambre y una varilla de ancla dentro del cauce del río inservibles. Además no se encontraron los postes numero 117 y 118 y sus respectivos herrajes. Falta también cuatro (4) líneas de 180 metros cada una, es decir, 720 metros. De acuerdo a la inspección del terreno los suscritos funcionarios opinan que los materiales anteriormente mencionados fueron arrastrados por la corriente tal vez al encontrarse la construcción de la línea muy al borde del río.

Del poste 149 al 151 falta cuatro (4) líneas de 207 metros cada una, es decir 828 metros. Además falta el poste numero 150 con sus respectivos herrajes y los suscritos opinan que los anteriores elementos se los llevó el rio por estar posiblemente cerca de este.

Acta No. 15 Agosto 8 de 1980

Poste numero 185. Tiene soporte de transposición pero las líneas no están transpuestas, figurante en la cartera dicha transposición. El tornillo goloso fue mal instalado, por lo tanto se salió y en consecuencia la cruceta se ladió. Además debería tener cruceta doble por ser la pendiente de la línea mayor de 24º.

Acta No. 18 Agosto 13 de 1980

En el poste numero 318, en "H" las líneas se encuentran técnicamente mal

terminadas y los puentes mal ejecutados. Además se observó que 30 centímetros después de haber sido empalmadas las líneas con cubos curvos nuevamente fueron empalmados con tubos rectos. Entre este poste y el numero 319, también en "H", la transposición aérea dio vuelta por estar las líneas destensionadas.

En el poste numero 372, las crucetas están mal instaladas sobre un poste de concreto de las líneas viejas y además tiene un aislador roto.

Acta No. 19 Agosto 14 de 1980

Poste número 19, la línea tiene aisladores viejos.

Poste numero 30, los aisladores que tiene la línea son viejos.

Poste numero 34, la línea está construida con aisladores viejos.

Acta No. 23 Agosto 21 de 1980

Terminada la revisión de este circuito, se observó que la mayoría de los empalmes fueron hechos con tubos curvos y no con tubos rectos como era lo indicado. Además los empalmes fueron ejecutados en distancias demasiado cortas.

Acta No. 34 Septiembre 9 de 1980

En el poste número 585, se debió instalar cruceta doble por ser cruce de carretera y a la cruceta de protección no le instalaron platina.

En el poste 563, se debió instalar cruceta doble por tener un ángulo mayor de 18º, por lo cual la cruceta se encuentra girada. También debió haberse cambiado la rienda por encontrarse esta mal ubicada.

Acta No. 54 Noviembre 13 de 1980

En el trayecto Yopal-Nunchia (del poste numero 317 al numero 510), se encontraron 26 postes del presente contrato discriminados así:

- dos (2) postes utilizados en viviendas, en la localidad de Puerto Tocaría.

- cinco (5) postes totalmente en el suelo, en el mismo lugar anterior.

- cuatro (4) postes utilizados en cada orilla del rio Tocaría para tender un cable que sirve de sosten a una lancha que cruza dicho rio.

- nueve (9) postes utilizados en la construcción de una enramada para

estudiantes en la escuela de la localidad de Puerto Tocaría. En dirección a Nunchia.

La realidad que previamente se deja relacionada encuentra también apoyo en el acta numero 01 de "OBSERVACIONES DEL CONTRATO 383-SECTORES DE RIONEGRO Y BUCARAMANGA" (folder numero 6), la cual aparece suscrita el día cinco (5) de noviembre de mil novecientos setenta y siete (1977) por los representantes de TELECOM e Inelectra en cuyo anexo número 1 se detallan con precisión los postes desalineados, las crucetas mal colocadas, los postes fuera de línea, los postes desplomados, las líneas mal terminadas, etc. etc. Pero es más, el día doce (12) de julio de 1977, y el día treinta (30) de septiembre de este mismo año, esto es, cuando ya había vencido el plazo para la terminación de las obras (Mayo 23 de 1977), e inclusive la prórroga que Telecom otorgó al contratista hasta el día 30 de junio de 1977, los representantes de ambas partes suscriben las actas numero 03 y 04 en las cuales se detecta una vez más el incumplimiento confesado de Inelectra.

Para la mejor comprensión de esta circunstancia particular del caso, se transcribe a continuación lo pertinente:

ACTA NUMERO 03

"Los suscritos como representantes de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, parte que en adelante se denominará Telecom y la firma Inelectra Ltda, para que en lo sucesivo denominará EL CONTRATISTA, declaran:

1.- OBRAS EJECUTADAS.

A la fecha el CONTRATISTA ha desarrollado la siguiente cantidad de obra.

1.- TRAYECTO PAJARITO-SAN BENITO-CHAMEZA.

Trazados: 100%
Hoyada: 100%
Parada de posteria: 30%
Colocación de herrajes: 30%
Trocha: 50%
Tendido de alambre y transposición: 0%

2.- TRAYECTO PAJARITO-AGUAZUL

Trazados: 100%
Hoyada: 100%
Parada de posteria: 100%

Colocación de herrajes: 60%
Trocha: 80%
Tendido de alambre y transposición: 0%

3.- TRAYECTO AGUAZUL-YOPAL

Trazados: 100%
Hoyada: 100%
Parada de posteria: 100%
Colocación de herrajes: 70%
Trocha: 80%
Tendido de alambre: 40%
Transposiciones: 0%

4.- TRAYECTO YOPAL-EL MORRO

Trazados: 100%
Hoyada: 100%
Parada de posteria: 100%
Colocación de herrajes: 95%
Trocha: 90%
Tendido de alambre: 100%
Transposición: 0%

5.- TRAYECTO YOPAL-NUNCHIA

Trazados: 100%
Hoyada: 100%
Parada de posteria: 99%
Colocación de herrajes: 80%
Trocha: 90%
Tendido de alambre: 0%
Transposición: 0%

2.- NORMAS TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN:

A) INSTALACIÓN DE RIENDAS.

EL CONTRATISTA debe corregir los siguientes defectos de construcción:

Retirar las riendas que tienen empalmes, de los trayectos YOPAL-EL MORRO Y YOPAL-NICHIA.

Riendas terminadas a veinte centímetros de la vía (La Chaparrera y El Morro).

Remates defectuosos en la mayoría de las riendas segun indicaciones señaladas por TELECOM

Cruce de carretera con cable mensajero (trayecto El Morro).

B) **EMPOTRAMIENTO DE POSTERIA**

Debe ceñirse a lo estipulado en el pliego de cargos de la licencia 006/ 76. Anexos técnicos, donde indica que para posteria de 8.00 metros. El empotramiento debe efectuarse a 1.30 metros. y no a 1.10, 1.20, como se constató en el mostreo realizado por Telecom.

C) **INSTALACION DE PARARRAYOS**

Los conductores a utilizar en este sistema corresponde a cable de cobre desnudo numero 4AWG, según lo estipulado en el pliego de cargos de la Lic. 0066/76, anexos Nr. hoja Nr. 14 ITEM 6.32 y no con conductores de COPPERLY Nr. 14 SWG, como se ha ejecutado (Pajarito-Aguazul). " (fols. 70 y 71, Anexo No. 3).

ACTA NUMERO. 04

1.- **INSPECCION DE OBRAS.**

En la revición (sic) realizada a los trayectos:

a.- Pajarito-San Benito-Chameza;

b.- Aguazul-Yopal;

c.- Yopal-El Morro

d.- Pajarito-Aguazul;

e.- Yopal-Nuchía

Se encontró que la obra ejecutada por el CONTRATISTA no cumple con las normas de construcción y especificaciones técnicas consagradas en el Anexo No. 4 hoja No. 1 a No. 3 del contrato No. 6383 en lo relacionado con:

- Trazado.

- la Cartra (sic) de trazado no corresponde a la obra ejecutada.

- Defectos de instalación (empotramiento posteria, colocación de riendas y pararrayos, trocha, etc.).

2.- **OBRA EJECUTADA**

A la fecha el CONTRATISTA ha desarrollado la siguiente cantidad de obra;

a.- TRAYECTO PAJARITO-SAN BENITO-CHAMEZA: 61%

b.- TRAYECTO PAJARITO-AGUAZUL: 100%

c.- TRAYECTO AGUAZUL-YOPAL: 100%

d.- YOPAL-EL MORRO: 100%

e.- YOPAL-LA CHAPARRERA-PUERTO TOCARIA: en razón a la cantidad de obra señalada en el acta 03 de julio 12/77, a la fecha de esta visita, presenta tan solo el tendido inadecuado del alambre copperply.

-PUERTO TOCARIA-NUCHIA; falta el tendido de alambre en una longitud aproximada de 12 kilómetros y la totalidad de las transposiciones.

3.- **RECIBO DE OBRA**

Debido a los fundamentales errores de construcción y trazado, las obras ejecutadas total y parcialmente por el CONTRATISTA, no se pueden recibir, hasta tanto no se cumpla enteramente con lo pactado en el contrato No. 6383.

Las obras presentan a la fecha un atraso de 10 semanas en relación a la prórroga que en la actualidad está gestionando la división de Interventoría segun anuncia en oficio 054500-0872 de agosto 19 de 1977.

Participó en esta diligencia el doctor JORGE HERMIDA ARBELAEZ, en representación de la Contraloría General de la República en calidad de Inspector Fiscal. (fols. 77-78 Anexo No. 3).

La realidad fáctica que se deja expuesta muestra, en parte la problemática compleja que, en la ejecución y recibo de las obras, se presentó a lo largo de la ejecución de contrato. Por lo mismo, ella demandaba, de parte del contratista, la mejor atención y control para evitar una liquidación desfasada o muy extraña a sus propios registros, pues a nadie le es lícito ignorar que el acto administrativo, en todo su universo, estaba amparado por la presunción de legalidad.

El profesor Jesús González Pérez sobre este particular enseña: "En derecho administrativo, la jurisprudencia también ha consagrado el principio **FAVOR ACTI**, aunque entroncándole, no con, el de la buena fe, sino con otro principio básico, como es el de presunción de legitimidad del acto administrativo. De acuerdo con el principio **FAVOR ACTI**. . . . se presume IURIS TANTUM que

los órganos administrativos ejercieron sus potestades con arreglo a derecho lo que no puede destruirse con simples conjeturas (el principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Editorial Civitas. pág. 86 y 87).

En el examen y valoración de la prueba, la Sala encuentra que la conducta de los representantes de INELECTRA fue acusionada para cursar correspondencia, pero no para intervenir en el momento tan importante, cual es el de la liquidación del contrato. Es verdad que esta tuvo lugar en dos periodos, bien distanciados en el tiempo físico. El primero comprendido entre el 31 de agosto de 1979 y el 8 de septiembre de 1979, y el segundo entre el 1o. de agosto de 1980 y el 13 de noviembre de 1980. En el primero ella intervino, pero en el segundo por las razones que alego para no hacerlo, en este último periodo, no justifican su conducta. En la demanda, y bajo el rubro "CONCEPTO DE VIOLACION", se lee que la ausencia se debió **A LA SITUACION FINANCIERA DEL CONTRATISTA Y ASI LO HIZO SABER A TELECOM, EXPRESANDO QUE NO SE TRATABA DE REBELDIA O NEGATIVA, SINO A DIFICULTADES ECONOMICAS.** (C. 1, fl. 149). En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, este modo de actuar deja la sensación de pereza, desgano e indiferencia por los resultados. Resulta incomprensible que una firma comercial como Inelectra que se supone seria y organizada, deje de cuidar sus intereses con el argumento de que no tenía con que atender los gastos que las diligencias orientadas a liquidar el contrato demandaban. Si los contratos deben celebrarse y cumplirse de buena fe, esta obliga a ambas partes a llevar a cabo todas las operaciones necesarias para finiquitarlos en tiempo oportuno. El poder que tiene la administración para liquidar el contrato no puede quedar sujeto a la buena voluntad del contratista. Por ello se enseña que cualquiera que sea el tipo de obligación, cualquiera que sea la naturaleza de la prestación y la persona obligada, los contratantes están obligados a realizar no solo lo especialmente previsto con todas las consecuencias que fluyen de la ley o que sean conformes a la buena fe.

Cuestionada la conducta de la firma demandante en la etapa de liquidación de la relación negocial se impone estudiarla e interpretarla ahora a lo largo del proceso. Dentro de este marco, la lógica jurídica permite concluir que, proferido e impugnado el acto administrativo, que da cuenta del RECIBO FINAL Y LIQUIDACION DEL CONTRATO No. 6383, correspondía a la parte demandante demostrar los errores y desfases en que incurrió la administración al proferirlo. Esa tarea parte actora cuando solicitó la practica de varios dictámenes periciales orientados a ". . . .evaluar los perjùicios de índole material y moral sufridos por el contratista Inelectra. . . . ", ora por ". . . . .los costos y gastos adicionales en la conservación de las obras, las erogaciones adicionales. . . . " ora por el ". . . . lucro cesante, teniendo en cuenta la ganancia o provecho económico dejados de obtener por el contratista. . . . ." ora para ". . . . .**LIQUIDAR NUMERICAMENTE EL CONTRATO Nº 6383 CON BASE EN TODA LA INFORMACION ALLEGADA AL PROCESO, EN DOCUMENTOS Y LIBROS DE CONTABILIDAD QUE ESTARAN A DISPOSICION DE LOS**

SEÑORES PERITOS Y DEMAS INFORMACION REQUERIDA PARA TAL EFECTO, A FIN DE ESTABLECER EL SALDO A FAVOR DE INELECTRA LTDA. EN LA LIQUIDACION FINAL DEL CONTRATO, TENIENDO EN CUENTA EL HECHO 28 DE LA DEMANDA". (c.2, fol. 177) (Subrayas de la Sala). No obstante que la prueba anterior fue decretada por auto calendado el día dieciséis (16) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983) (C.2. fol. 47), ella no se practicó. Es verdad que el folio 183 del cuaderno No. dos aparece el dictamen rendido por los auxiliares de la justicia señores HERNANDO GUZMAN BRETON Y GONZALO F. ESTRADA VEGA, pero tal trabajo solo ilustra sobre lo que son las ". . . . transposiciones en las líneas telefónicas. . . . ." para llegar a la pobre conclusión de que ". . . . .de acuerdo con lo expuesto no es imposible en forma teórica establecer la viabilidad y efectividad en las comunicaciones sobre la línea PAJARITO-AGUAZUL. . . . ".

Como ya se dijo en otra parte de esta providencia Inelectra interpuso el recurso de reposición contra el acta impugnada y al recoger en ella su propio corte de cuentas predica que hay un saldo a su favor por la suma de UN MILLON NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS ($1.957.932.41), el cual fluye de sus libros de contabilidad y demás documentos contables. En este particular la Sala desea destacar que no obra dentro del informativo ningún medio de convicción que le permita al sentenciador saber la real situación que se recoge en la contabilidad del comerciante. En esta forma se perdió una buena oportunidad para suministrar elementos de convicción para hacer luz sobre la circunstancia particular del caso que se viene estudiando. En esta materia parece conveniente recordar que las relaciones entre la administración y los contratistas particulares, tienen plena eficacia probatoria los libros de contabilidad, llevados en forma legal, como lo preceptuan los artículos 37 de la ley 52 de 1977, 6 y 24 del decreto 825 de 1978 y como antes lo establecía la ley 81 de 1960 y sus decretos reglamentarios y modificatorios. También el artículo 68 del Código de Comercio, y el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil. Es verdad que a folios 203 y siguiendo el cuaderno numero 2 aparece documentación relacionada con prestamos que el Banco Popular hizo al contratista lo mismo que fotocopia de sus declaraciones de renta por los años de 1980 y 1982, pero con base en ellas es imposible deducir que en puridad de verdad el demandante tiene razón en impetrar el pago de la suma a que antes se hizo referencia. La lectura de la carta No. 050500-0570- del cinco (5) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977), dirigida por el director a las instalaciones de Telecom al vicepresidente técnico de la misma entidad (folder No. 4) no tiene universo para llegar a conclusiones ciertas. Tampoco el texto de la resolución No. 00003057, pues de tales piezas lo único que se infiere es que el contratista ". . . . invirtió todo el dinero suministrado por Telecom en los trabajos objeto del contrato. . . . .", verdad que nadie niega ni discute pero que no da margen para concluir que Inelectra haya hecho inversiones por encima del precio del contrato.

Frente a la realidad probatoria que se deja analizada, cabe preguntar: con

qué elementos de juicio podría el sentenciador llegar a la conclusión de que la liquidación hecha por la administración no se ajusta a la realidad? Cómo dejar de lado la presunción de legalidad que ella tiene? El juez, por mucha vocación que tenga por la justicia, no puede despachar favorablemente las pretensiones del demandante sino se le demuestran los hechos que estructuran a **Causa Petendi**. Por ello enseña Eduardo J. Couture:

> "La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandado las circunstancias, que han de probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio.
>
> Pero en segundo término, **casi siempre en forma implícita porque no abundan los textos expresos que lo afirmen, la ley crea al litigante la situación embarazosa de no creer sus afirmaciones,** en caso de no ser probadas. El litigante puede desprenderse de esa peligrosa suposición si demuestra la verdad de aquellas.
>
> **La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era -menester probar y no se probaron. Como lo antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir".** (Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Ediciones de Palma. Buenos aires. Pág. 242) (Subrayas de la Sala).

Por las razones que se dejan expuestas, se denegará la pretensión estudiada.

c) PRETENSION ORIENTADA A QUE SE RECONOZCA A LA FIRMA DEMANDANTE LA SUMA DE CUARENTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA Y CUATRO MIL CUARENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS ($45.054.041.32) POR CONCEPTO DE REAJUSTE DE PRECIOS O LA SUMA QUE SE DEMUESTRE APLICANDO -IGUALMENTE LA FORMULA MATEMATICA CONSAGRADA EN EL CONTRATO Nº 6383 SUSCRITO ENTRE TELECOM E INELECTRA LTDA, RESTABLECIENDO EL EQUILIBRIO FINANCIERO AL CONTRATISTA.

La Sala entra a estudiar esta pretensión con el temperamento que ella tiene y sin extender su ámbito hasta llegar a la teoría de la imprevisión, pues este

fenómeno jurídico no se plantea al anterior literatura.

Para la mejor comprensión jurídica de esta circunstancia particular del caso, se impone recordar que en la cláusula tercera del contrato No. 6383, se acordó por las partes que ".....el valor de las obras contratadas es de TRECE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOCE PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS ($13.751.012.19) M/CTE., con base en las cantidades y precios unitarios para materiales y mano de obra que se indica en el anexo No. 3 siendo su valor final, el que resulte de la multiplicación de las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios pactados, incluidos transportes, y seguros hasta los sitios de instalación y el impuesto a las ventas ".....PARAGRAFO PRIMERO del mismo artículo se acordó, igualmente que: **los precios de los materiales y mano de obra SERA FIRMES DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO, CONFORME AL PLAZO PREVISTO EN LA CLAUSULA SEGUNDA. VENCIDO ESTE PLAZO SE APLICARA LA FORMULA DE VARIACION DE PRECIOS INDICADA EN EL ANEXO NO. 6....."** (Subrayas de la Sala).

Por razones de orden, se estudiará la problemática presentada en tres periodos distintos, a saber:

1.- PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL MOMENTO EN QUE SE HIZO LA OFERTA (ABRIL 10 DE 1976) Y EL DIA EN QUE VENCIO EL PLAZO ESTIPULADO EN EL CONTRATO (MAYO 23 DE 1977).

Dentro del informativo quedó debidamente probado que la firma demandante hizo su oferta numero 1-76/112 el día 10 de abril de 1976: que el día 23 de noviembre de 1976 se perfeccionó el contrato, y que el día 26 del mismo mes y año se iniciaron los trabajos (folder.....) Así las cosas, el plazo de seis meses acordado para llevarlos a cabo venció el 23 de mayo de 1977.

Dentro del anterior marco fáctico se impone concluir que, a la luz de la cláusula tercera del contrato, Inelectra no podía solicitar que se aplicara en este periodo, la formula de variación de precios, pues esta solo entraba a regir una vez vencido el término ya indicado. Por ello la solicitud que el día tres (3) de mayo de mil novecientos setenta y siete (1977) (folder numero 4A), hicieron los gerentes de las firmas INEICO LTDA: PROYCO LTDA, COMITEC LTDA. E INELECTRA LTDA. al presidente de Telecom resultó formulada antes de tiempo. Esto explica que tal pedimento fuera estudiado en un comité de licitaciones de Telecom los días 8 de agosto de 1978 y 21 de noviembre del mismo año, habiendo sido negada por no encontrarse "BASES QUE JUSTIFIQUEN UN REAJUSTE A ESTOS CONTRATOS" (folder 8, fol. 45 y 66).

No obstante el resultado que se deja anotado se impone transcribir, en lo pertinente, el alcance de la referida comunicación, para la mejor comprensión de todas las circunstancias del caso. En ella se pide:

". . . . .estudiar un reajuste de los precios contemplados en los contratos de la referencia, ya que durante el desarrollo de los mismos se han presentado los siguientes hechos de fuerza mayor que han alterado las condiciones económicas allí establecidas.

1o.- **SITUACION DE LOS PRECIOS DE OBRA DE MANO**

Por decreto número 1623 de julio 30/76, el Gobierno Nacional ha aumentado el valor del salario mínimo en un 47.5% **con respecto a la base vigente en el momento de presentación de las ofertas.** Ver certificación Adjunta.

2o.- **SITUACION DE LOS PRECIOS DEL TRANSPORTE**

De acuerdo a la certificación adjunta de la Cámara Colombiana de la Construcción el Gobierno Nacional ha modificado los precios de la gasolina en un 55%, **con respecto a la base vigente en el momento de la presentación de las ofertas.**

3o.- **SITUACION DE LOS PRECIOS DE LOS HERRAJES**

En mayo 3 de 1976 y por autorización del Gobierno Nacional, Acerías Paz del Rio modificó los precios del hierro en un 20% **con respecto a la base vigente en el momento de presentación de las ofertas.** Ver Certificación Adjunta.

Queremos resaltar el hecho de que somos conscientes que las ofertas se **PRESENTARON A PRECIOS FIRMES** de acuerdo a lo solicitado en el Pliego de cargos previendo un margen razonable basado en las series históricas relacionadas con el comportamiento general de los precios.

Sinembargo, los hechos enumerados anteriormente, amparados como se dijo por decretos del Gobierno Nacional, han causado un serio desequilibrio en el régimen económico del contrato a niveles que fue imposible preveer en el momento de presentación de las ofertas y que hoy día nos colocan en una situación sumamente difícil y afectan sustancialmente el normal desarrollo de nuestras actividades como Contratistas.

En vista de lo anterior solicitamos a Uds. estudiar conjuntamente con nosotros la incidencia de estos factores sobre los precios contratados para que al final se llegue a una solución justa y razonable para las partes contratantes. . . . ."

De la lectura de la comunicación 001500-01432 que el diez (10) de noviembre de mil novecientos setenta y ocho (1978) envió la Directora de la Oficina Jurídica de Telecom, al Secretario del Comité de Licitaciones, se

desprende que en la firma del contrato hubo una mora de aproximadamente un mes, **NO ATRIBUIBLE A LOS CONTRATISTAS** (folder 4) periodo este que bien pudo tener alguna incidencia económica a la situación de INELECTRA pero que resulta inocente en consecuencias jurídicas para la firma demandante, porque no obstante el trastorno o perjuicio que esa mora pudo causarle, optó por suscribir el contrato No. 6383, sin observaciones o reparos de ninguna naturaleza, es decir, aceptó EL COMPROMISO de que a partir del 23 de noviembre de 1976, empezara a correr el tiempo de seis meses para ejecutar la obra, y, por ende, que la aplicación de la formula de los reajustes corriera vencido el plazo inicial. Todo compromiso, como es bien sabido, demanda el deber de ajustar los actos posteriores a la conducta elegida, y se prolonga más allá del instante en que se firmó el contrato. En materia negocial no rige la filosofía del INSTANTANEISMO propagada por ciertos escritores como GIDE y GIONO, que los lleva a predicar que el hombre no tiene nada de permanente, nada de estable, pues es un puro y gratuito devenir. Esta filosofía dañina es la que permite verificar que todos los días los vínculos negociales se tornan más frágiles, realidad que lleva a concluir que si no se hace un rápido cambio de orientación, la vida de los negocios se volverá absolutamente imposible de manejar, pues nadie podrá depositar su confianza en nadie ni fiarse de nadie. Agrégase a todo lo anterior que el contrato es una fuente de suscitación de **CONFIANZA**, y, por lo mismo, se impone justificarla en todos los momentos de su ejecución. No tiene sentido alguno que las partes, una vez celebrado el acto jurídico, se empeñen más en tratar de burlar sus cláusulas que en cumplirlas. Transitando por este sendero las personas se acostumbran a desconfiar las unas de las otras, generándose por contera un estado de lucha, de guerra y no de paz. La contratación administrativa no puede continuar siendo un semillero de pleitos, nacidos, muchos de ellos, de la **INFORMALIDAD** misma con que las partes suscriben, interpretan o pretenden cumplir sus cláusulas. Si la firma INELECTRA, al suscribir el contrato, lo hizo dentro de un marco económico, que en ese momento no le era el más favorable, debe atenerse a las consecuencias jurídicas y económicas que de ello se desprenden, pues solo así hace honor a la palabra empeñada. Ni TELECOM, ni los licitantes vencidos son responsables de que su cotización solo hubiése contemplado un incremento de costos del trece (13%) por ciento (Folder 2). Esto es muy inferior a los NORMALES PREVISTOS como se lee en el estudio preparado por la División Investigaciones Financiera de Telecom el día 15 de mayo de 1978, donde se discurre dentro del siguiente temperamento"

> "CONCLUSIONES. Los cálculos presentados muestran que los contratistas han previsto sin mucha aproximación los incrementos de los precios, **pues siempre son menores a los normales previstos, pero los incrementos REALES presentados son muy superiores a los calculados por TELECOM"**. (Folder No. 4)

La Sala no consideraría ajustada a la ley y al derecho, una conducta del administrado que luego de obtener la adjudicación, a renglón seguido solicitara y obtuviera el reajuste de precios alegando que se ha presentado un mayor

incremento de los mismos, por circunstancias que no encuadran propiamente en la filosofía jurídica que informa la teoría de la IMPREVISION. Presentar cotizaciones desfasadas, generosas en los cálculos de incremento de precios, puede resultar a la postre conducta contraria a la buena fe, pues transitando por ese camino se pueden sacar de la licitación proponentes serios, esto es, que cotizaron dentro del marco de lo razonable.

La Sala hace suya la perspectiva jurídica que el Jefe de la División Investigaciones Financieras de Telecom, maneja en la carta 022000 de 15 de noviembre de 1977 dirigida al Vicepresidente Financiero, en la cual se lee:

> b, Los contratistas antes mencionados son conocedores de las condiciones inflacionarias de la economía colombiana y por lo tanto han hecho estimaciones de los posibles aumentos de precios, estimaciones que, **ya se ha demostrado. FUERON CORTAS, pero no se puede dejar de pensar que este mismo hecho les haya favorecido en la adjudicación de la licitación, al colocarse en ventaja frente a otros oferentes con precios mas altos resultantes de una previsión mas real sobre las variaciones de estos.**
>
> Al aceptar las solicitudes de estos contratistas podría calificarse entonces como una clara injusticia para con los oferentes descartados en la licitación y sería **UN MAL PRECEDENTE EN LA EMPRESA,** que podría ser aprovechado en el futuro por los posibles contratistas (folder No. 4)

2o.- PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE 1977 Y EL TREINTA (30) DE JUNIO DEL MISMO AÑO

Dentro del proceso quedó debidamente demostrado que vencido el plazo del contrato el Presidente de Telecom, mediante oficio No. 00507 de junio 15 de 1977, autorizó la prórroga del contrato hasta el día 30 de junio del mismo año. Así lo recuerda el Jefe de la División Técnica Regional en la nota que envió al Dr. Luis Fernando Triviño, Jefe de la División de Interventoría, el cinco (5) de junio de 1977. (C. 2. fol. 69).

Aunque contractualmente era posible aplicar para este período la fórmula de reajuste de precios, no obra dentro del informativo prueba alguna que permita concluir, con certeza, que desajustes económicos se presentaron durante el mismo. Aquí también hizo falta el auxilio de la prueba pericial sin la cual se hace prácticamente imposible destruir los actos administrativos impugnados, como ya se dijo, y acceder a las pretensiones de la demanda. No puede olvidarse, en el manejo de esta circunstancia particular del caso, que TELECOM hizo los pagos que le correspondían en forma oportuna, lo que le facilitaba al Contratista, de entrada, la compra de los materiales requeridos, a los precios históricos vigentes entre diciembre de 1976 y abril 19 de 1977. Del certificado que obra al folio 102

de la carpeta 2, expedido el día 25 de agosto de 1983, por el Jefe de la Sección Recepción de Cuentas se desprende que los distintos instalamentos se cubrieron en los siguientes momentos en el tiempo físico.

No. ORDEN DE PAGO		VALOR	FECHA CANCELACION
396884	$	4.125.303.65	Diciembre 30/76
397249	$	1.789.631.59	Enero 13/77
430376	$	1.787.631.50	Febrero 16/77
430597	$	1.787.631.50	Marzo 7/77
435641	$	1.787.631.50	Abril 19/77
436375	$	1.787.631.50	Junio 15/77
Resumen Valor del Contrato		13.751.012.19	
Valor Cancelado	$	13.063.461.60	
Saldo pendiente	$	687.550.59	

3o.- **PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL TREINTA (30) DE JUNIO DE 1977 Y AGOSTO DE 1977**

En la carta que el día 16 de enero de 1977 envió el Gerente de INELECTRA al Interventor del Contrato, se lee que éste se ejecutó hasta agosto de 1977, (folder No. 4), con lo cual se está significando que de hecho se prorrogó hasta ese momento en el tiempo físico. Esta realidad explica que para éste periodo no sea posible invocar la formula de variación de precios, fijada en el Parágrafo 1o. de la cláusula tercera del contrato No. 6383, porque no está cubierto o amparado por el referido acto jurídico. Las inversiones que el contratista hubiese hecho, con el asentimiento de la administración, y que le hayan reportado provecho a ésta, se habrían podido reclamar invocando la teoría del enriquecimiento sin causa, pero demostrando que todos los elementos de ésta fuente de las obligaciones se dieron, lo que en puridad de verdad no se hizo.

Por todo lo que se deja expuesto, la pretensión estudiada será denegada.

D) **PRETENSION ORIENTADA A QUE SE ORDENE EL PAGO DE LA SUMA DE VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS ($28.000.000.oo) POR CONCEPTO DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR TELECOM A INELECTRA, PROVENIENTE DE LOS ACTOS DEMANDADOS.**

Esta pretensión será despachada negativamente, pues en el **sub-lite** no se demostró que los actos demandados hubieses causado perjuicio alguno a la firma demandante. Nuevamente se predica que hizo falta el auxilio probatorio de los peritos. Los reproches que INELECTRA le hace a la conducta de TELECOM por

no recibir oportunamente los tramos MATANZA-SURATA Y SURATA-CALIFORNIA, la falta de suministro oportuno de materiales, tales como alambre y los tubos de Nicopres, la nó prórroga de los plazos dentro del marco autorizado por la cláusula segunda del contrato, la falta de requisitos o condiciones profesionales de los Interventores Delegados del Interventor Principal, etc., etc., bien pudieron generar perjuicios al actor, pero la realidad es que no se demostraron.

En esta materia la Sala hace suya la perspectiva jurisprudencial que sobre la materia ha manejado la Corte Suprema de Justicia, cuando predica:

> En un contrato bilateral en que una de las partes está libre de incumplimiento de lo de su cargo y la otra ha faltado en todo o en parte a lo suyo, incurriendo así en culpa, aquella tiene opción para insistir o desistir, y en uno y otro caso, para que el culpable le indemnice el perjuicio; pero como es de lógica elemental, **para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que deben demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe probar que los ha sufrido. Mas todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sinembargo, no prosperar la acción indemnizatoria, porque no se haya acreditado que estos sean efecto de aquella; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros"** (C. S. de J. Sentencia febrero 27 de 1946. Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hinestroza Daza. Gaceta Judicial Tomo 60 Nros. 2029 a 2037) (Subrayas de la Sala).

La Sala observa que el contrato sí tuvo la prórroga que se agotó en 30 de junio de 1977, pero ignora si en puridad de verdad los interventores delegados no reunían los requisitos de idoneidad necesarios y si de ello se generó algún daño o perjuicio que deba ser indemnizado.

E) Tanto en el escrito en que el procurador judicial de la parte demandante interpuso el recurso de reposición contra el ACTA DE RECIBO FINAL Y LIQUIDACION DEL CONTRATO, como en algunos apartes de la demanda, se objeta el citado Acto administrativo con la tesis de que en la ejecución del contrato hubo DESEQUILIBRIO FINANCIERO de éste. Este mismo sentimiento se detecta al estudiar la carta que el día 16 de septiembre de 1977 le envió el Gerente de INELECTRA al Jefe de la División de Interventoría, en la cual, y en lo pertinente, se destaca:

> Dadas las graves circunstancias que están incidiendo en la ejecución del contrato celebrado con ustedes, tanto en el Sector de Santander como en Casanare, a pesar de los esfuerzos de toa índole llevados a cabo por nuestra Compañía para su terminación a entera satisfacción de Telecom, hemos encontrado hechos que se salen de nuestro control, quedando corta la

previsión y diligencia para evitarlos, lo que nos anima para exponerlos en forma clara y sintéticos a fin de obtener de ustedes la comprensión y colaboración necesarias para un acuerdo que consulte tanto los intereses de Telecom como los de Inelectra, sobre el recibo de obra ejecutada y la terminación de las obligaciones contractuales a satisfacción.

Los factores que han incidido en la ejecución del contrato desequilibrando totalmente nuestras previsiones, entre otras, son las siguientes:

1.- UN INVIERNO CRUDO PROLONGADO MAS DE LO PREVISTO NORMALMENTE EN LA REGION

Esta circunstancia nos ha llevado en la ejecución del contrato a constatar y afrontar tres aspectos complejos:

Primero: Una baja sensible en el rendimiento normal del trabajo ejecutado por hora-hombre, hasta el punto de poder constatar una disminución en un 50% de la labor de rendimiento.

Segundo: Para forzarnos en el cumplimiento de los programas de ejecución de obra, nos hemos visto obligados a un aumento de personal para compensar la disminución del rendimiento normal a costos superiores de los previstos en un tiempo más prolongado de lo corriente dado la crudeza del invierno, y

Tercero: El invierno prolongado destruyó los caminos y dificultó el transporte de materiales y personas en forma no prevista a pesar del conocimiento de la región, ocasionando mayores costos en porcentaje del 100% sobre lo cotizado y mayor tiempo de lo previsto para su ejecución, aumentándose el personal que se vuelve escaso y costoso, duplicándose los costos y gastos en todos estos items.

2.- CARESTIA POR KILOMETRO EJECUTADO

Las circunstancias explicadas en el punto anterior y la topografía montañosa en las zonas del trabajo, ocasionó la necesidad de aumentar la cantidad de herrajes y mano de obra sobre lo previsto y planeado originalmente en el contrato incidiendo en un mayor valor de la obra por concepto de mayor volúmen de la obra y por tanto un aumento del valor por kilómetro. Ahora bien; los costos recibieron un aumento superior de lo previsto y cotizado, por ejemplo: el transporte en la región del contrato se aumentó en un 100% de lo propuesto y proyectado, en los herrajes se presentó un aumento del hierro procesado no previsible, como igualmente sucedió el aumento de la mano de obra y en el valor de las maderas. Todos estos aspectos encarecieron substancialmente el valor del kilómetro y muy

especialmente la mayor cantidad de elementos y obra previsto en el contrato. De allí el porqué en el acta de entrega de los primeros kilómetros aparecen plenamente justificados en invertidos un mayor valor por kilómetro ejecutado de aproximadamente $10.000.oo

3.- LAS DIFICULTADES TOPOGRAFICAS DE LA REGION

Dos aspectos básicos se nos han presentado:

1.- En la región plana de Casanare y debido al crudo y prolongado invierno, las carreteras se han destruido y las quebradas se han convertido en verdaderos rios y los rios se han desbordado. Buena parte de la ejecución del contrato en esta zona se empleó transporte a costos altos y con grandes dificultades, pero en grandes trayectos no fue posible el transporte y hubo necesidad de cargar al hombro por muchos kilómetros, postes, herrajes, y herramientas exigiendo en consecuencia mayor número de personas para efectuar el traslado de un sitio a otro a mayor costo y por tanto empleando mayor tiempo de lo previsto y proyectado.

2.- En las zonas montañosas, especialmente en CHAMEZA y NUNCHIA fue y ha sido singularmente dificultoso y todavía lo es en la parte que nos hace falta. La Compañía inició conversaciones con una compañía de helicópteros HELICOL LTDA, para lograr por este medio transportar postes y herrajes a los sitios montañosos y descargar en cada lugar de la obra los implementos necesarios. Sin embargo, la permanente nubosidad impidió la maniobra de los helicópteros y se ha hecho muy difícil y especialmente costosa la instalación en estos sectores, a pesar de haberlo logrado en buen trayecto.

Los altos costos y la total inversión de la capacidad financiera de la Compañía y todos estos aspectos nos llevan a formularles la siguiente petición, con la mayor atención y urgencia:

Primero: Se proceda por parte de TELECOM a recibir toda la obra del contrato a la mayor brevedad con base en los precios liquidados hasta el momento, y

Segundo: Dadas las circunstancias en que se ejecutaron las obras y a pesar de los permanentes esfuerzos realizados por la Compañía para dar pleno cumplimiento a sus obligaciones contractuales, solicitamos al momento de recibir la obra, se sirvan tener en cuenta y calificar que las circunstancias y hechos que se presentaron durante la ejecución de los trabajos, estaban por completo fuera de nuestro alcance, control y previsión, constituyendo estos hechos fuerza mayor. Que se tenga en cuenta, la intención y esfuerzos de la Compañía en todo momento para superar esas gravosas circunstancias

y para elevar esta solicitud muy encarecida en el caso de observaciones por parte de Telecom, para no aplicar multas o hacer las garantías efectivas, por habernos encontrado frente a hechos insuperables, y como repetimos, fuera de nuestro alcance y control, liquidando nuestro contrato al recibo de la obra ejecutada". (folios 233-235, folder No. 4A).

Como se puede apreciar, en este último documento todo lo que impetra la firma demandante es que para el evento de que haya OBSERVACIONES a la obra, por parte de TELECOM, no se le apliquen MULTAS, no se hagan efectivas las GARANTIAS. Todo indica que en este particular el contratista fue atendido, pues a lo lego del acervo probatorio no se aprecia que se le haya multado o que las garantías hayan cumplido su objeto.

No obstante la realidad anterior la Sala desea, para darle mayor fuerza de convicción al presente fallo, hacer una presentación rápida de las razones por las cuales la TEORIA DE LA IMPREVISION tampoco se podía abrir paso en el caso en comento. Ellas son:

PRIMERA: Porque no se probó que dentro del término de ejecución del contrato hubiesen sobrevenido circunstancias totalmente ajenas al contratista que generaran una perturbación suficientemente profunda en el equilibrio económico-financiero del mismo, de modo tal que, como lo enseñaron Hector Jorge Escola, en su obra "Tratado Integral de los Contratos Administrativos" Parte General, Volúmen Primero, ". . . . .se evidencia que se está ante un álea contractual anormal, que excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el contratante particular está obligado a tomar a su cargo". No obra dentro del informativo ni un solo estudio que acredite que el invierno en la región fue, en puridad de verdad, mas crudo y prolongado de lo que normalmente era posible prever, o que se dieran las circunstancias anormales que se enlistan en la comunicación 000171 de 16 de septiembre de 1977, a que en antes se hizo referencia. Nuevamente, se reitera, hizo falta el auxilio de la prueba pericial para hacer luz sobre todos estos aspectos. Es verdad que en el folder No. 4A obran las constancias expedidas por el Alcalde de Pajarito, de cuya lectura se desprende que el invierno en la región ha entrado en tal crudeza que todos los días caen fuertes aguaceros, lo que ha determinado el crecimiento de los rios y caños, situación que repercute en cualquier clase de trabajos. En igual sentido certifica el burgomaestre de RECETOR. También la primera autoridad de Rionegro, hace constar que la via carreteable que conduce a la región de Betania duró intransitable del primero de julio hasta el cuatro de agosto de 1977. Pero ocurre que desde el punto de vista jurídico los referidos informes no tienen valor probatorio alguno. Así lo recordó esta Sala en sentencia de 25 de abril de 1991, Expediente No. 5623. Actor ANTONIO SANCHEZ NARANJO, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se lee:

"Trató la demandante de probar la fuerza mayor (la violencia de la región)

con el informe rendido por el señor Alcalde de Quinchía el 31 de agosto de 1989 (a folios 37 y 38).

En este, en síntesis, se narran hechos de violencia acaecidos entre 1958 y 1960 y se afirma el recrudecimiento de la violencia a partir de 1986.

Pues bien, este informe, que no alcanza a tener el carácter de certificación, ni de testimonio, no demuestra lo que se pretende acreditar, o sea la situación de violencia que impidió explotar las minas durante el mes de septiembre de 1977. En primer término, porque el indicado funcionario no podía certificar sobre hechos anteriores a su gestión de alcalde popular y que se inició en 1988.

Aquí la Sala hace suya la perspectiva manejada por la Corte Suprema en su sentencia de septiembre 13 de 1947 en torno a los informes de los funcionarios administrativos y que conserva toda su vigencia. Dijo ese alto tribunal:

> Los informes administrativos son medios de prueba que se asemejan a los instrumentos públicos cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. **Hacen fe en cuanto a hechos ejecutados por ellos mismos y sobre los que en estas circunstancias se hayan realizado en su presencia y puedan constatarse por los sentidos".** (Subrayas de la Sala).

SEGUNDA Porque no se probó que existiera una intima correlación, una relación directa, entre los hechos alegados y el trastorno producido en la ejecución del contrato.

TERCERA Porque no se probó el monto de las pérdidas o perjuicios sufridos por la firma demandante. En este particular no puede perderse de vista que la teoría de la imprevisión no cubre ni asegura ganancias, sólo es una ayuda en las pérdidas:

CUARTA: Porque no se probó cuáles pérdidas sufridas por el contratista debían ser cubiertas por la administración, para que el álea del contrato pasara de un límite extraordinario a ANORMAL, a un límite NORMAL o COMUN. En esta materia el profesor Escola, en la obra en antes citada, enseña:

> La imprevisión no cubre ni asegura ganancias; solo es una ayuda en las pérdidas. Por ello, y ésta es otra condición importante, por via de la teoría de la imprevisión **NO DEBEN CUBRIRSE TODAS LAS PERDIDAS SUFRIDAS POR EL COCONTRATANTE, SINO TAN SOLO LAS QUE SEA MENESTER CUBRIR PARA QUE EL ALEA DEL CONTRATO PASE DE UN LIMITE EXTRAORDINARIO O ANORMAL A UN**

LIMITE NORMAL O COMUN. La administración pública al otorgar esa ayuda al cocontratante, toma sobre sí ese perjuicio extraordinario, haciendo que la ecuación económico-financiera del contrato vuelva a condiciones razonables, contractuales" (pág. 465).

QUINTA: porque no se demostró que los mayores costos están por fuera de los que genera el proceso inflacionario. En esta materia la Sala hace suya la perspectiva que maneja el Profesor Miguel Angel Bercaitz en su obra "Teoría General de los Contratos Administrativos" cuando predica:

> Igualmente se ha declarado que no puede invocarse la teoría de la imprevisión, por aumento de los costos de producción ocurridos con posterioridad a la firma del contrato, si dicho aumento es consecuencia de un proceso inflacionario desatado ya a la época de su concertación".

SEXTA: Finalmente, porque en un contrato con un término de duración tan corto como el que se deja estudiado, con formula de variación de precios, se impone demostrar, en forma particularmente exigente, todas las circunstancias, realmente excepcionales, que rompieron el equilibrio económico del mismo, realidad procesal que no se dio en el **sub-lite.**

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda, por las razones señaladas en los considerandos de este proveído.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA FUNCIONAL / TRANSITO DE LEGISLACION / RECURSO DE APELACION - Improcedencia

Si el Consejo de Estado hubiese considerado que el negocio en cuestión era de dos instancias en el momento de iniciar su vigencia el Decreto 01/84, no hubiera ordenado su remisión al Tribunal Administrativo por carecer de competencia para conocerlo, sino que continuado su trámite lo habría fallado. La decisión adoptada por el Consejo, su manifestación expresa de que el conocimiento del asunto correspondía en única instancia al Tribunal y el silencio de las partes frente a la decisión, demuestran que al recurrente no le asiste la razón para sostener, siete años después, que procede el recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el "a quo".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6115. Actor: Eulogio Alfonso Duarte.

Decide la Sala el recurso de queja interpuesto por el señor apoderado judicial del demandante contra la providencia expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de julio de 1989 por la cual se negó a conceder el recurso de apelación contra la sentencia del 2 de marzo anterior.

EL RECURSO

El a-quo denegó las súplicas de la demanda en sentencia pronunciada el 2 de marzo de 1989; apelado el fallo se negó la concesión del recurso:

"Por cuanto el proceso de la referencia es de única instancia, no es viable conceder el recurso de Apelación impetrado, puesto que este solo procede contra providencias dictadas en procesos de primera instancia; así lo establece el artículo 181 del Código Contenciosos Administrativo.

"La demanda fue presentada ante el H. Consejo de Estado y el proceso fue remitido a esta Corporación mediante auto del 15 de junio de 1984, en el cual se indico (sic): '1) De los elementos que aparecen en la demanda se desprende que el contrato objeto de la controversia debió ejecutarse en Mosquera y que su cuantía no exceda dos millones de pesos. 2) El art. 131-8 establece que las acciones contractuales con dicha cuantía (sic) son de unica (sic) instancia. Y el art. 266, inciso segundo, por su parte ordena que los juicios de esta naturaleza que se hallen en curso deben continuar su tramitacion (sic) ante el Tribunal Administrativo al cual se le asigno (sic) la nueva competencia a partir del primero de marzo pasado." Contra el auto en comento, no se interpuso recurso alguno, y por lo tanto quedo (sic) ejecutoriado. (fl. 134). De igual forma en la sentencia del 2 de marzo de 1989 (fl. 193), dictada por esta Sala, reitera esta circunstancia. Es decir que el proceso es de unica (sic) instancia y el fallo proferido en el no es susceptible de apelación (sic) (fl. 50 C. 1).

Luego del trámite previsto en el artículo 378 del C. de P. C., aplicable por la remisión que hace el artículo 182 del C. C. A., el recurrente presentó un escrito de sustentación en el cual, en lo pertinente, sostiene:

III. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO DE QUEJA

Sea lo primero en observar que cuando el señor consejero conductor del proceso ante esta Sección ordenó la remisión del proceso por competencia al Tribunal, por tener una cuantía inferior a los $2.000.000 que en esa época fijaba el art. 131-8 del C. C. A., no tuvo en cuenta que se trataba de $2.000.000 de 1984 y no de $2.000.000 de 1978 cuando se promovió la demanda, y que en tales condiciones, si a la suma de $800.000 de 1978 señalada como cuantía en el libelo, o a la de cerca de $600.000 señalada por los peritos como monto de los perjuicios causados al actor como licitante, se le aplicaban los reajustes del índice de precios al consumidor, en el lapso de 1978 a 1984, la cuantía sería superior a los $2.000.000. Ello considero que debe tenerse en cuenta al momento de la decisión del presente recurso de queja, como ha acontecido en la jurisdicción ordinaria cuando se ha tenido que decidir si, respecto de una sentencia, procede o no el recurso de casación.

Lo segundo que debe observarse, es que es inadmisible que un proceso que en el momento de su iniciación, de haber existido la reglamentación que en materia de competencia estableció el C. C. A., en sus artículos 128, 131, y 132, en virtud de la cual la Sala contenciosa del Consejo de Estado **ya solo**

es juez ad-quem de las controversias originadas en un contrato administrativo -en la anterior podía ser juez de única instancia-, hubiere sido un proceso de conocimiento del Tribunal Administrativo en primera instancia nunca de única instancia-, por tener un valor superior a $90.000 e inferior a $300.000, por virtud de la entrada en vigencia del nuevo Estatuto, se hubiera convertido en proceso de única instancia ante el Tribunal Administrativo, privando así al actor de su derecho de tener un proceso de dos instancias, cuestión que ha sido reiterada por el legislador ahora, como se puede ver con la norma contenida en el art. 4o. del decreto ley 597 de 1988, subrogatoria del art. 265 del C. C. A., que dispone que el proceso de dos instancias seguirá siéndolo, no obstante los reajustes bienales de las cuantías para atender a la desvalorización monetaria.

Por todo lo anterior, considero que el recurso de queja está llamado a prosperar y que, en consecuencia, debe ordenarse la concesión del recurso de apelación oportunamente ejercitado contra la sentencia de 2 de marzo de 1989, dictada por el Tribunal de Cundinamarca, y comunicarse la decisión al inferior, para que disponga la remisión del expediente". (fol. 60-61 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

La distribución funcional de competencias entre los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado sufrió sustanciales modificaciones con la expedición del C. C. A., que fue adoptado por el Decreto-Ley 01 de 1984.

En efecto, las controversias sobre responsabilidad de la administración estaban sometidas al examen de los Tribunales Administrativos en primera y única instancias, y del Consejo de Estado en única y segunda, de acuerdo con la cuantía de la pretensión.

Con la nueva asignación de competencias, el Consejo de Estado pasó a ser Juez de segunda instancia (con las salvedades a que puedan dar lugar los ordinales 5o. y 11o. del artículo 128 del C. C. A., y el ordinal 14 que a dicho artículo le adicionó el Decreto 2304 de 1984), y los Tribunales Administrativos de primera y única.

Así lo reguló el artículo 131-10 del dicho código cuando atribuyó, en única instancia, a los Tribunales Administrativos el conocimiento de:

"10. De los de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía no exceda de DOS MILLONES DE PESOS ($2.000.000.oo)".

Y el ordinal correspondiente del artículo 132 que les asignó tal competencia en primera instancia cuando excedieran de esa cuantía.

Por otra parte, el artículo 266 del C. C. A., consagró el procedimiento a seguir en los negocios que estaban en curso en el momento de entrar a regir la nueva legislación:

> "**Vigencia.** En los procesos iniciados antes de la vigencia del presente estatuto, los recursos interpuestos, los términos que hubiera comenzado a correr, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, empezó a correr el término o principio a surtirse la notificación.
>
> Los procesos de única instancia que cursan actualmente en el Consejo de Estado y que conforme a las disposiciones de este Código correspondan a los tribunales en única instancia, serán enviados a éstos en el estado en que se encuentren, siempre que no se haya dictado auto de citación para sentencia.
>
> Los procesos existentes que eran de única instancia ante el Consejo de Estado y que según este Código deban tener dos, seguirán siendo conocidos y fallados por dicha Corporación".

En sujeción a estas disposiciones se tiene que, si el Consejo de Estado hubiese considerado que el negocio en cuestión era de dos instancias en el momento de iniciar su vigencia el Decreto 01 de 1984, no hubiera ordenado su remisión al Tribunal Administrativo por carecer de competencia para conocerlo sino que continuado su trámite lo habría fallado, tal como lo dispone el inciso final del transcrito artículo 266.

La decisión adoptada por el Consejo, su manifestación expresa de que el conocimiento del asunto correspondía en única instancia al Tribunal de Cundinamarca, y el silencio de las partes frente a esa decisión demuestran que al recurrente no le asiste la razón para sostener, siete años después, que procede el recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el a-quo.

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

RESUELVE:

ESTIMASE bien denegado el recurso.

CONFIRMASE el auto que denegó la apelación, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de julio de 1989.

Envíese la actuación surtida en esta Corporación para que forme parte del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión de fecha 27 de junio de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PRUEBA TRASLADADA / SENTENCIA PENAL - Valor Probatorio/ **PREJUDICIALIDAD PENAL** - Improcedencia / **FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO**

En materia de responsabilidad estatal por falla del servicio derivado del hecho delictual de un funcionario, la decisión penal no constituye prejudicialidad forzosa para el fallo de la primera controversia. No se maneja la prejudicialidad del fallo criminal en lo administrativo, hasta el punto que pueda existir condena penal al agente, sin que por ese solo motivo se comprometa la responsabilidad administrativa por falla del servicio; como puede existir absolución penal y condena en el proceso administrativo. El valor probatorio de las sentencias penales se ha estudiado en aquellos asuntos en los que la única prueba aportada para demostrar los hechos configurativos de la falla del servicio sea la copia de las mismas. Si el juez administrativo tiene otras pruebas u otros elementos de juicio distintos a los que le suministre la sentencia penal, podrá, sin desconocer la cosa juzgada, llegar en materia de responsabilidad administrativa a una solución en aparente contradicción con aquélla; "aparente" contradicción porque en el fondo se refieren a aspectos o realidades diferentes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D. E., junio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. 6249. Indemnizaciones. Actor: Ricardo Antonio Serna Ruiz.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte

actora contra la sentencia de 4 de mayo de 1990, por medio de la cual el tribunal administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda.

Tales súplicas fueron presentadas en la demanda, en la siguiente forma:

1. LA NACION, es responsable de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de ALFREDO SERNA MONSALVE, a manos de efectivos del Ejército Nacional, el 23 de junio de 1986, en el Municipio de Urrao Antioquia.

2. Condénase a la NACION, a pagar a los demandantes:

2.1. **Daños Morales**

Con el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos de oro-fino a cada uno.

2.2. **Daños materiales**

22.1. Por el valor de lo que le deben pagar a los abogados por hacer valer procesalmente sus derechos, fijado su monto de acuerdo con las tarifas de los Colegios Antioqueño de Abogados, COLEGAS de abogados de Medellín y de la Corporación Nacional de Abogados, CONALBOS, para esta clase de pleitos CUOTA LITIS

22.2 A cada uno de los demandantes:

Los daños resultantes de la pérdida de la ayuda que venían recibiendo del protector muerto, en la cuantía que resulte de las bases que se demuestren en el curso del proceso y en pesos de valor constante a la fecha del infortunio.

En el lucro cesante se incluirán los intereses de capital presentativo de la indemnización que, según el Artículo 1615 del C. Civil se está debiendo desde el 23 de junio de 1986 y se pagarán lo mismo que el capital, en pesos de valor constante.

En subsidio

22.3 Si no hubiera en los autos bases suficientes para la determinación matemática del capital que conmute la vida de su protector muerto que reclaman los demandantes, el Tribunal, por razones de equidad será servido de fijarlos, en el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de cuatro mil gramos oro, dándole aplicación a los artículos 8o. de la Ley 153 de 1887 y 107 del C. Penal.

2.3 LA NACION dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C. Contencioso Administrativo".

En síntesis se narraron en la demanda los siguientes hechos:

"Al atardecer del día 23 de junio de 1986, un bus escalera que transportaba campesinos fue detenido por una patrulla del ejército nacional, cerca al municipio antioqueño de Urrao, para practicar una requisa. A Alfredo Serna Monsalve, ocupante del bus, le decomisaron un revólver "Lechuza" y fue retenido. Los militares trataron mal a Serna Monsalve, por lo cual este esgrimió una peinilla. En el forcejeo para desarmarlo, uno de los soldados fue levemente lesionado, lo que produjo la reacción de los militares quienes lo hirieron con las armas de dotación oficial y luego lo remataron.

El libelo cita como normas violadas los artículos 2, 16, 20, 29 y 51 de la Constitución Nacional, artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos, aprobada por la ley 16 de 1972; 86 del C. C. A., 38, 39 y 70 de la Resolución No. 4042 del 12 de septiembre de 1960; 1613 y siguientes del C. C.; 4o. y 8o. de la Ley 153 de 1887, 106 y 107 del C. P."

Para tomar la decisión denegatoria el tribunal arguyó:

"Las providencias del Comandante del Batallón de Infantería No. 10, Girardot y la del Tribunal Superior Militar, que la confirmó, tienen como fuerza de **cosa juzgada** en cuanto afirman que el hecho cometido por el Cabo y los soldados no es punible, "habida cuenta que fue ocurrido (sic) dentro de una causal de justificación. . . . . " No le queda entonces a la sala otro camino diferente al de respetar esa **cosa juzgada**, estos es, concluir que la conducta de los incriminados se **justifica** ante el derecho, por haber procedido en defensa de sus vidas.

7.- Cabe transcribir al respecto los apartes de la siguiente sentencia del Consejo de Estado: "Por vía de doctrina, considera la sala oportuno dejar sentado que en relación con procesos penales seguidos contra agentes de la Administración cuando contra ésta se adelante proceso de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa, rigen los siguientes principios, según doctrina contenida en varios fallos de esta Corporación y en especial del dictado en el expediente No. 4955. Actor: Dioselina Arce Castaño. A. . . .C. Las copias de las sentencias penales absolutorias proferidas dentro de los mismos procesos -los penales- allegadas, debidamente autenticadas, al proceso de responsabilidad tienen efectos de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicado no lo cometió o que este obró en cumplimiento de su deber o en legítima defensa. . . . . " (Fallo del 22 de junio de 1989. Sección Tercera. Ponente Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente No. 5994. Actora: María Cecilia Muñoz).

Descontenta la parte actora con la decisión, interpuso apelación. De folios 252 a 266 obra el escrito sustentatorio del recurso. De este memorial se destaca:

"Los testigos que han declarado en este proceso de responsabilidad civil extracontractual, entre otros MARIA PASTORA DE RUEDA (a folios 201), JOAQUIN ELADIO MUÑOZ (a folios 189 vuelto), JAIME CASTRO (a folios 182 vuelto), IVAN CAÑOLA (a folios 178 - vuelto) y LISANDRO CAÑOLA (a folios 175 vuelto), señalan la forma exagerada, arbitraria e injusta del procedimiento en que resultó muerto ALFREDO DE JESUS SERNA MONSALVE. Los tres primeros lograron presenciar el forcejeo de SERNA con los efectivos militares, en el que resultaron lesionados levemente dos o tres de ellos, y también como cuando después de ser totalmente desarmado lo abalearon en las piernas, impidiendo que RICARDO SERNA (padre de Alfredo) le estancara la sangre. Los dos últimos testigos en mención presenciaron estos hechos, y además cuando se le disparó en la cabeza a SERNA MONSALVE, después de encontrarse inerme, indefenso y herido.

Por demás, en el supuesto caso de que se tenga en cuenta la providencia del H. Tribunal Militar, hay que advertir que en la parte motiva se habla del error de prohibición o de antijuridicidad, cuando señala:

Ahora, si ya había cesado el peligro, de todas maneras hubo en la mente de los autores la concepción de estarse defendiendo, circunstancia que nos ubicaría en el terreno del error de prohibición o de antijuridicidad, lo que implica la falta de culpabilidad", lo que implica que también se estaría exonerando de responsabilidad por enmarcarse la conducta de los militares en los presupuestos de las causales de inculpabilidad del artículo 40 del C. Penal, y que se distingue sustancialmente de las causales de justificación por lo siguiente: En las causales de inculpabilidad, hay una acción típica, antijurídica mas no culpable, lo que implica que hay un lesionamiento del orden jurídico, y en las causales de justificación es una acción que es típica, no es antijurídica, ni es culpable, ya que se actúa conforme a derecho".

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

Para el señor Fiscal décimo de la Corporación, la sentencia recurrida deberá revocarse para, en su lugar, acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

De esta vista fiscal de 13 de marzo de 1991 (a folios 273 y siguientes) se destaca el siguiente aparte:

"Aunque en el informativo se arrimaron en fotocopia las sentencias de

primera y segunda instancia proferidas dentro de la investigación penal militar, y que culminaron en forma favorable a los incriminados, esta fiscalía no comparte la sentencia apelada, mediante la cual el a quo le dió valor de "cosa juzgada" a tales providencias.

Son varios los testimonios de quienes de primera mano presenciaron los hechos, como acompañantes de la víctima el día del insuceso. La fiscalía destaca de manera especial los testimonios de Lisandro Antonio Cañola (folio 175) Iván Cañola Florez (folio 178 vuelto), María Pastora Rueda (folio 201), Joaquín Eladio Muñoz (folio 189 vuelto) y otros más quienes coinciden en afirmar que cuando el personal militar detuvo el bus para practicarle la requisa, Serna Monsalve se opuso al procedimiento. Que los soldados le quitaron un "trabuco" que traia dentro del carriel y se trenzaron en un forcejeo en el cual resultaron heridos algunos soldados, con peinilla que portaba la víctima.

Que el agresor fue desarmado y que en el momento que corría, le dispararon a las piernas. Que tendido en el suelo, herido e inerme, fue muerto a balazos por el mismo soldado que lo había herido antes.

La versión de los testigos concuerda en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, dejando la sensación inequívoca de que existió una falla en el servicio.

Desde luego que las providencias proferidas por el Comandante del Batallón de Infantería No. 10 Girardot (folio 146) y la decisión del Tribunal Superior Militar que confirmó la primera instancia (folio 161), no compromete la valoración de la prueba que del hecho punible haga la justicia contencioso administrativa.

En el caso de autos, la conducta de los uniformados se ajustó a derecho en la primera fase de los hechos, esto es hasta cuando se desarmó al agresor para repeler el ataque. Pero la eliminación posterior del mismo, inminente y grave para la integridad personal de las autoridades, fue un acto desproporcionado que implica un incorrecto funcionamiento en el servicio.

En este orden de ideas, estima esta agencia fiscal que se reunen los elementos que la jurisprudencia reiterada de la Corporación ha señalado para deducir la responsabilidad de la administración, por falla del servicio, en el entendimiento de que una es la responsabilidad penal por el delito del agente y otra la falta anónima del Estado.

Naturalmente que la conducta de la víctima al oponerse a la requisa y la actitud agresiva y violenta que desplegó frente a la tropa, provocó la reacción de ésta, que respondió con exceso innecesario. Si la víctima

hubiera acatado en forma pacífica y tranquila al operativo militar, seguramente que el desenlace del episodio hubiera sido diferente.

Las consideraciones expuestas significan que hubo una concurrencia de culpa en la conducta de la víctima y el comportamiento de la fuerza pública, y en tal sentido deberá revocarse la sentencia apelada, para que, parcialmente, se pronuncie un fallo favorable a las pretensiones del libelo demandatorio".

Narrado lo anterior, se anota:

La sentencia recurrida deberá revocarse porque no acata la jurisprudencia ya reiterada de esta sala, la que en múltiples casos ha dicho que en materia de responsabilidad estatal por falla del servicio derivada del hecho delictual de un funcionario, la decisión penal no constituye prejudicialidad forzosa para el fallo de la primera controversia.

En esto la sala ha sido uniforme y ni siquiera en el fallo que le sirvió de apoyo al a-quo (sentencia de 22 de junio de 1989, proceso 5994, María Odilia Muñoz, Ponente doctor Gustavo de Greiff, se sostiene lo contrario.

Para entender el alcance de esta decisión, se precisa:

1) Cuando un agente público, v. gr. un miembro de las fuerzas armadas, comete un delito de homicidio o de lesiones personales, compromete su responsabilidad personal y es juzgado con base en la normatividad pénal. Pero esos hechos también pueden comprometer la responsabilidad administrativa del ente al cual pertenece el agente, cuando pongan de presente una falla en el servicio público, evento en el cual es otra la normatividad aplicable.

En tales circunstancias se observa entonces una doble imputación de normas jurídicas, así:

a) Se aplica la normatividad penal a la conducta personal del agente y se le juzga por el juez penal con apoyo en la misma y b) El hecho del agente se subsume, en el proceso de reparación directa, dentro de la normatividad que regula la responsabilidad administrativa, porque ese hecho puede poner de presente también la falla en que incurrió la administración. En síntesis, se aplican, en cada campo, las normas propias. Y esto permite entender, asimismo, porque no se maneja la prejudicialidad del fallo criminal en lo administrativo. Hasta el punto que puede existir condena penal al agente, sin que por ese solo motivo se comprometa la responsabilidad administrativa por falla del servicio; como puede existir absolución penal y condena en el proceso administrativo.

2) Es cierto que la jurisprudencia ha desarrollado el punto del valor de las sentencias penales y su incidencia en el proceso de responsabilidad administra-

tiva. Pero ha sido clara y precisa a este respecto: El valor probatorio de esas sentencias se ha estudiado en aquellos asuntos en los que la única prueba aportada para demostrar los hechos configurativos de la falla del servicio sea la copia de las mismas. Porque , en caso contrario, o sea cuando además de la adjunción de esas copias se practicaron otras pruebas, trasladadas del proceso penal o nó, puede resultar probada otra realidad coexistente, precisamente la que permite inferir que, además de a conducta delictiva ya juzgada e intocable, se configura una falla en el servicio de la administración; falla conocida doctrinariamente como falla del servicio del funcionario o agente.

Si así no fuera, la prejudicialidad penal sería la regla y en todos los asuntos de reparación directa por el hecho delictuoso de un agente, habría que esperar el resultado del proceso penal.

En tal sentido, entonces, siempre que éste se aceptara una causal de exculpación, la legítima defensa, por ejemplo, habría que absolver a la entidad pública de la que forma parte el agente, como habría que condenarla siempre en el caso contrario. Lo que permitiría también aceptar una idea inadmisible, o sea la existencia de una misma normatividad para juzgar la conducta delictuosa del agente, gobernada por las nociones de la culpa y el dolo, y la falla del servicio basada en falla o culpa anónima de la administración.

Las ideas precedentes tiene su respaldo, como se expresó atrás, en la jurisprudencia reiterada de la sala. De los fallos que las desarrollan se destaca el de mayo 22 de 1987 (proceso 4955 Dioselina Arce Castaño) en el que se hicieron las siguientes precisiones en cuanto al valor probatorio de las sentencias penales:

> "Para la sala el punto es de especial importancia y sobre él no existe un pensamiento unánime. Con todo, ha venido predominando la tesis de que las pruebas practicadas dentro del proceso penal y trasladadas al de responsabilidad estatal sólo podrán valorarse cuando hayan sido ratificadas dentro de este último, en especial cuando de testimonios se trate. Así mismo se ha dicho que las copias de las sentencias penales solo demuestran que se siguió un proceso contra alguien en particular y que en torno al mismo se tomo una determinada decisión. El caso subjudice ofrece una nueva oportunidad para la delimitación del problema, máxime cuando el a-quo, con base en la sentencia penal condenatoria por homicidio dictada contra el señor José Israel López V. por muerte en accidente de tránsito de la señorita Martha Cecilia Zapata A. dió por probada la falla del servicio.
>
> "Al respecto , la sala considera:
>
> "En las acciones de reparación directa seguidas contra la Nación, en las que se busque el restablecimiento de derechos subjetivos vulnerados por hechos de funcionarios suyos, constitutivos de falla del servicio, se presenta la duda de si las pruebas trasladadas del proceso penal seguido contra los mismos

funcionarios, practicadas con su audiencia y con la del ministerio publico, se consideran controvertidas por la entidad pública y por ende, dotadas de validez en tales procesos. La jurisprudencia muestra tendencia negativa. Así se ha venido sosteniendo que no es factible identificar la intervención del Estado en el proceso penal en ejercicio del "ius imperii" con la que cumple como parte de las acciones aludidas, en las cuales se discute una pretensión determinada de significado patrimonial, Porque, por lo demás en el proceso penal no concurre el Estado como administración activa ni como parte y su injerencia obedece a objetivos de orden superior a los simplemente patrimoniales puestos en juego en las acciones de resarcimiento de derechos particulares.

A este respecto es bastante ilustrativo el pensamiento del Consejo de Estado expuesto en sentencia de 15 de febrero de 1969 (sala de lo contencioso administrativa, Sección Tercera) de la cual fué ponente Gabriel Rojas Arbeláez.

"Existe una posición minoritaria que quiere atenuar el rigor de la tesis, apelando para ello al alcance que tiene la intervención del Ministerio Público y al papel de contradictor que ejerce el funcionario investigado dentro del proceso penal; pero no ha tenido eco ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, tal como se expresó atrás.

"Si bien es cierto la discusión se presenta cuando el traslado de las pruebas del proceso penal se trata, no sucede igual cuando se refiere a investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración. En estos eventos, no habrá lugar a la ratificación de dos testimonios porque se entiende que en estos casos la prueba solo fue ratificada por la administración sino practicada por esta misma. Este ha sido el pensamiento reiterado de la Sección III del Consejo de Estado, ratificado una vez más en el fallo de octubre 10 de 1986

"Las copias de las sentencias penales.

"El punto presenta un enfoque diferente, ya que aquí no se cuestiona el traslado de as pruebas practicadas dentro del proceso penal en el que estuvo involucrado el funcionario, sino que sólo se lleva al de responsabilidad la copia de la sentencia proferida en aquél.

'Estima la sala que esa copia prueba algo más que su expedición y que con ella se calificó la conducta de una persona natural determinada.

"Basta leer las normas que en el código de procedimiento penal hablan del valor de los fallos condenatorios. y absolutorios para confirmar este aserto. En primer término la sentencia penal condenatoria no permitirá poner en duda en el proceso civil (o administrativo, se agrega) la existencia del hecho

ni la responsabilidad del condenado (art. 28); y la absolutoria tendrá efecto de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicado no lo metió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa (art. 30).

"Y el valor demostrativo de la sentencia en los extremos indicados no puede negarse con el argumento de que las pruebas que sirvieron de apoyo al juez penal no fueron ratificadas dentro del proceso de responsabilidad, porque esa ratificación sería inocua, ya que una nueva valoración no permitiría conclusiones diferentes, por impedirlo el efecto de la cosa juzgada.

"El hecho imputado el agente no puede ponerse en duda ni su responsabilidad penal; si estos dos extremos configuran asimismo una falla del servicio, será un problema de subsunción del hecho en los supuestos la norma que contempla la responsabilidad y no un simple problema probatorio.

""Como es obvio, la conducta así se subsume en normas diferentes La penal desde la órbita del código correspondiente y la falla del servicio de la entidad pública, porque ese actos se le imputa a su propio y directo accionar, dentro de las reglas que gobiernan su conducta.

Sobre los alcances de las sentencias absolutorias penales o que reconocen una causal de exculpación en los procesos de reparación directa, la sala también ha tenido oportunidad de pronunciarse en forma reiterada. Así, de la sentencia de octubre 14 de 1988 (Proceso 4972 Arnulfo Castillo Sierra) se destaca:

> "La sala estima que estos dos cargos deberán ser estudiados en su conjunto, dada su íntima relación. Para el recurrente. la decisión del tribunal del Valle viola directamente los artículos 16 de la Constitución; 3, 4, 5, 6, 7. 8 . 9. y 23 del decreto 2137 de 1983, por falta de aplicación; 29 y 30 del c. penal; y 24 a 30 del C. de J. Penal Militar.
>
> "En su escrito estima el impugnante que la legitima defensa no es causal de exoneración de la responsabilidad estatal, como la calificó el tribunal; que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que una es la responsabilidad penal del agente infractor de la ley penal y otra diferente la patrimonial del ente estatal al que esta vinculado dicho funcionario. Pero que, además, ni siquiera en el presente caso puede hablarse de legítima defensa porque el agente actuó por fuera de reglas del servicio público, en forma excesiva e innecesaria.

Considera el recurrente, en un primer enfoque, que la sentencia del tribunal viola el articulo 16 de la carta, por interpretación errónea y por haberse apartado de los lineamientos de la jurisprudencia.

"Lo así alegado escapa a la técnica misma del recurso de anulación y más

parece un cargo propio del recurso de súplica por infracción o desconocimiento de la jurisprudencia de la Corporación.

" Pero para ese mismo recurrente la sentencia viola la Constitución en su artículo 16 y las normas citadas, al aplicar a la responsabilidad estatal una causal de exoneración contemplada en la ley, que no opera sino en el campo penal y eso como justificación del hecho punible.

"Para la sala el fallo si viola en forma directa las normas citadas, tal como pasa a explicarse:

""Se aclara en primer término y para evitar equívocos, que en torno a la situación fáctica no existe discrepancias alguna mientras la justicia penal calificó la conducta del agente como enmarcada en una causal de justificación y lo sobreseyó, la sentencia del tribunal acepto la circunstancia anotada pero para absolver a la administración de responsabilidad patrimonial.

Se recalca la no discrepancia probatoria para poder afirmar que la evaluación de las pruebas no tuvo incidencia en la violación de las normas citadas y para reafirmar que su infracción fué directa, Se evidencia este tipo de infracción al constatar que el tribunal le dió a las reglas sobre legítima defensa un alcance y un campo de aplicación que no tienen. La causal de exculpación aceptada (La legítima defensa) no podía aplicarse sino en el campo penal, y eso como justificación del hecho delictuoso que se le imputaba al agente; pero no en el campo de la responsabilidad estatal regulado por otras normas diferentes y en el que la conducta que se tiene en cuenta es la de la persona pública demandada y no la personal del funcionario. Tan cierto es esto que cuando el hecho perjudicial se debe exclusivamente a su culpa personal, deslindada en un todo del servicio público, cabe hablar de su responsabilidad pero no la del ente público a que pertenece.

"Aunque el tribunal no lo diga explícitamente si está dando a entender con su fallo que la absolución de la nación se debió a la legítima defensa que se le reconoció al agente. Con esto equivocó la aplicación del derecho porque le hace producir a la causal la exculpación penal una consecuencia por fuera de su órbita propia.

" No puede olvidarse -se repite- que una es la responsabilidad penal por los delitos a las culpas y otra la responsabilidad del Estado por falla del servicio. Mientras aquélla es personal, la falta del servicio es normal mente anónima. El hecho de que frente a esta pueda darse también la identidad del funcionario que con su conducta puso de presente esa falla, no varía el enfoque del asunto; como tampoco lo varía que esa conducta personal, por su lado, deba ser calificada penalmente. Quiere decir, entonces, que el

hecho podrá juzgarse con sujeción a la ley penal si revela una conducta punible en el agente y podrá ser confrontado con las normas que regulan la prestación del servicio público como indicio de un mal funcionamiento de éste.

"Y pese a que en estos casos la responsabilidad penal no condiciona a la administrativa, ya que el agente quede ser absuelto de la imputación penal y condenada la entidad publica por falla en el servicio o viceversa (de allí la no prejudicialidad penal en los asuntos de responsabilidad estatal), la conducta del agente público y de la víctima, como reveladoras de la forma como se desarrollaron los hechos, no podrá ser del todo ajenas en la definición del litigio de responsabilidad patrimonial de la administración.

"En este orden de ideas, no es lo mismo , vbgr, que el agente del orden, en horas de servicio, en estado de embriaguez y en ejecución de un procedimiento irregular hiera o mate a un particular inerme sin que medie provocación alguna, a que la muerte o las lesiones, desproporcionada y grave al agente y éste , en legítima defensa, haya disparado el arma de dotación oficial como única salida válida y posible para salvar su vida.

"Mientras en el primer caso no existe duda sobre la responsabilidad de la administración por falta del servicio (este funcionó mal o en forma inadecuada), en el segundo, esa responsabilidad, en principio, no se da por culpa exclusiva de la víctima; o en otros términos porque no existe la relación de casualidad entre el hecho de la administración y el daño. Aquí éste se debió, con exclusividad a la conducta jurídica de la víctima y no al hecho de la administración.

"Por parte alguna ha dicho la jurisprudencia que las autoridades militares o de policía no puedan defenderse legítimamente de una injusta y desproporcionada agresión y que siempre que lo hagan se dará la falla del servicio. No, éste no puede ser el enfoque del problema, no sólo porque son dos situaciones diferentes, sometidas a regímenes distintos, sino porque su aceptación (el condicionamiento de una conducta por la otra) rompería los esquemas de la racionalidad y colocaría a la autoridad en un plano de inferioridad al imponerle, como principio, la indefensión.

"Si los miembros de as fuerzas armadas no pudieran defenderse legítimamente, se estaría pateando la libre agresión contra éstos.

"Producido el hecho delictuoso, se dijo atrás la conducta del agente público se subsume en la normatividad penal. El juez en este campo no puede salirse de los supuestos legales del tipo penal correspondiente. Pero o quiere decir esto, que el juez de la responsabilidad administrativa esté ligado por le mismo marco normativo como si su responsabilidad fuera indirecta, por le hecho ajeno o de las personas que están bajo su cargo o dependencia. No,

desde hace muchos lustros se definió esa responsabilidad como directa, porque el funcionario que actúa es el Estado mismo y no un simple dependiente suyo.

"En los casos de falla del servicio del funcionario identificado, la responsabilidad administrativa no varía; lo que sucede es que es más fácil su definición porque al evaluar su conducta se puede concluir con mayor certeza que el servicio funcionó, mal, no funcionó o lo hizo tardíamente".

. . . . . .

"Como es obvio, en este orden de ideas la sala no entra a cuestionar la legítima defensa que se le aceptó al agente homicida como justificación de su delito. Pero esto no quiere significar que esa conducta no pueda subsumirse en las reglas que gobiernan la responsabilidad estatal, para inferir de ella si el servicio policivo funcionó correctamente o sí por el contrario, ese funcionamiento no solo fué inadecuado sino perjudicial

"Para la sala, la falla del servicio si se puso de presente, porque existen pruebas dentro del proceso que muestran el procedimiento irregular, innecesario e imprudente del agente Robinson Gamboa Alomá, el que con su accionar desencadenó la tragedia que culminó con la muerte de los Hermanos Castillo Sierra (Luis Francisco y José Manuel) y con las lesiones de Arnulfo, hermano de los anteriores.

"Aunque la prueba testimonial no es por sí sola suficiente para declarar la existencia de la falla del servicio policivo, existen en el expediente las copias de las providencias mediante las cuales se decidió la investigación disciplinaria seguida por la autoridad competente (Comando del Departamento de Policía del Valle y Dirección General de la Policía) contra el agente Gamboa A. que acreditan la existencia de una falla en forma plena o suficiente".

Las ideas precedentes se mantienen en la actualidad y no fueron contradichas por la sal en su sentencia de 22 de junio de 1989 (proceso 5994, María Odilia Muñoz) que le sirvió de apoyo al a-quo. Quizás el equívoco surgió por la generalidad, un tanto inapropiada, que es este último fallo se le dió a la doctrina. Pero leído en forma detenida y hecha la concordancia con la sentencia citada de mayo 22 de 1987 (Dioselina Arce C.), hay que concluir que ella no tiene ese alcance y que la jurisprudencia se elaboró como se dijo, precisamente para aquellos casos en que al proceso administrativo únicamente se lleven como pruebas las copias de las sentencias penales y éstas no permitan acreditar otra realidad. Aquí se repite que el juez administrativo, si tiene otras pruebas u otros elementos de juicio distintos a los que le suministre la sentencia penal podrá, sin desconocer la cosa juzgada, llegar en materia de responsabilidad administrativa

a una solución en aparente contradicción con aquella. Se dice en "aparente" contradicción porque en el fondo se refiere a aspectos o realidades diferentes. Así podrá el juez administrativo declarar que hubo falla del servicio a pesar de la absolución penal del agente o absolver a la entidad pública pese a la condena de aquel. Y lo anterior no puede entenderse sino teniendo clara la idea inicial expuesta en el numeral 1 de este fallo; que el hecho del agente puede dar lugar a la aplicación de dos normativas diferentes: la penal para el delito y la administrativa para la responsabilidad del ente al que pertenece el agente que lo cometió.

Para la sala, como se dijo, la sentencia deberá revocarse. Para ello hace suya la perspectiva que manejó el a-quo en la primera parte de su fallo, en la que, implícitamente, acepto como bien probados los hechos configurativos de la falla del servicio. Desafortunadamente el tribunal se dejó desorientar por una cita jurisprudencial que no puede tener el alcance que le dió y absolvió a la entidad pública con el pretexto de que las sentencias de la justicia penal militar, que reconocieron la legítima defensa de los militares causantes de la tragedia, impedían, gracias a la cosa juzgada, la condena de la entidad demandada en el presente proceso.

Para la sala la falla del servicio resultó bien probada. La prueba testimonial, abundante y conteste, muestra que el señor Serna trató de oponerse a un operativo de requisa hecho por unidades del ejército; que el señor Serna estaba armado (un revolver "Lechuza" y una peinilla) y que luego de serle decomisado el primero agredió a dos soldados con aquélla, por lo que tuvo que ser sometido a la fuerza; que cuando ya estaba desarmado huyó y fué abatido por unos disparos a los piés; y que estando en el suelo, en actitud suplicante, fué rematado por los agentes del orden.

En esto no existe duda y coincide la sala con el mismo relato hecho por la justicia penal en su fallos absolutorios. Ahora Bien. Si en este proceso sólo se hubieran presentado como pruebas las copias de las sentencias de primera y segunda instancia, quizás la sala nada tendría que objetar a la decisión del a-quo. Pero como el acervo probatorio muestra que la conducta de los agentes (no la penal , se repite) configura una flagrante falla del servicio, habrá de decidirse en conformidad.

Bajo ningún pretexto podían los miembros de las fuerzas armadas que intervinieron en el operativo aplicar la pena de muerte a un sujeto ya inerme, caído, que en actitud suplicante les rogaba por su vida. No, no podían hacerlo, así en los momentos anteriores los hubiera agredido. Aquí se pone de presente más una venganza que un acto de sano servicio público.

Con lo anterior la sala no desconoce el fallo penal ni entra a cuestionarlo. Fueron absueltos y penalmente no ha qué discutir. Pero, ese hecho punible, enmarcado en la normatividad propia de la responsabilidad estatal, muestra que

el servicio funcionó inadecuadamente y causó perjuicios que deben ser indemnizados.

Los perjuicios

La muerte del señor Alfredo Serna Monsalve en los términos acreditados causó perjuicios de carácter moral a sus padres y hermanos. Está bien acreditado el parentesco de los primeros con el occiso (ver certificados de matrimonio y de nacimiento a folios 4 y 6), la vida en común el trato familiar y la ayuda mutua entre éste y sus hermanos (ver certificados a folios 5 y siguientes y testimonios a folios 175 y siguientes)

Probados estos extremos se condenará a la entidad pública a pagarle a los padres de Alfredo, señores Ricardo Antonio Serna y Ana Ramona Monsalve, el equivalente en pesos colombianos de 1.000 gramos doro para cada uno. Se sigue en esto la jurisprudencia tradicional de la sala en cuanto al precio del dolor.

Para los hermanos Cenobia de Jesús (1972), Ana Mirlei (1987), Giovanni Antonio (1985), Dorelia Amparo (1976), Flor Alba (1988), Elvigia de Jesús (1970), Lealdo (1978), Luz Omaira (1973), Recaredo de Jesús (1983, Ana Cecilia (1980), Henry de Jesús (1975), Arley de Jesús (1969), Luz Dari (1963), María Elsi (1966) y Ubaldina (1967), la condena por perjuicios morales será equivalente a 500 gramos oro para cada uno.

En cuanto a los perjuicios materiales no habrá condena, porque se acreditó adecuadamente que los demandantes dependieran económicamente de Alfredo. La prueba testimonial que obra a folios 175 y siguientes del cuaderno principal deja serias dudas a ese respecto y no permite inferir esa ayuda en forma racional. Para la mayoría de los declarantes Alfredo se ganaba el salario mínimo y con tal cantidad apenas si puede subsistir una persona. Por ese motivo no puede ser creíble que él solo llevaba la carga de su familia compuesta por diez y seis personas, la mitad de ellas mujeres. Para otros testigos él simplemente le ayudaba a su padre en una finca de su propiedad.

Esta sola circunstancia permite pensar que no estaba la familia tan desprotegida económicamente, como tratan de decir los ponentes.

Otros declarantes habla que los mayores ayudaban al papá, con lo que se desvirtúa el aserto de que Alfredo era el único que sostenía el hogar.

No duda la sala de que Alfredo pudo ser buen hijo y colaborador, pero de esto no se deduce que sus padres y hermanos vivían de su trabajo y sobretodo no se sabe cuál era la real participación de aquél en la subsistencia de su casa paterna. Por lo demás, son contestes los declarantes en afirmar que el padre era dueño de una finca que suministraba medios de subsistencia con el trabajo de todos.

Finalmente se anota:

No comparte la sala la apreciación de la fiscalía en cuanto a la compensación de culpas, por el comportamiento agresivo del Alfredo durante el operativo de requisa, porque los testigos son claros y coinciden en afirmar que cuando encontró la muerte estaba herido, en el suelo, inerme y en actitud suplicante.

En cuanto a la excepción propuesta por la nación en el sentido de que la demanda es inepta por falta de estimación razonada de la cuantía, habrá de desecharse. Para el efecto, de la simple lectura de la demanda se ve que este requisito fué satisfecho normalmente. Asi a folios 33 se destaca que la pretensión mayor del señor Ricardo Antonio Serna vale $ 4.200.000.oo por concepto de perjuicios morales, equivalente a 1.000 gramos de oro. Esta determinación se ajusta a la jurisprudencia tradicional de la corporación. Además, esa explicación, que aparece en el indicado folio, se debe armonizar con las observaciones que en el mismo libelo se hicieron en torno al alcance de los perjuicios y su índole. (al folio 26).

Por lo expuesto y de acuerdo parcialmente con la fiscalía, el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

1) Revócase la sentencia de 4 de mayo de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia. En su lugar: Declárase no probada la excepción de inepta demanda.

2) Declárase responsable a la nación (Ministerio de Defensa Nacional) de la muerte del señor Alfredo Serna Monsalve.

Condénasele en consecuencia a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades en gramos oro en su equivalencia en pesos colombianos a : Ricardo Antonio Serna Ruiz y Ana Ramona Monsalve de a 1.000 gramos oro para cada uno ; Cenobia de Jesús, Ana Mirlei, Giovanni Antonio. Dorelia Amparo, Flor Alba, Elvigia de Jesús, Lealdo, Luz Omaira, Recaredo de Jesús, Ana Cecilia, Henry de Jesús, Ubaldina de Jesús, Arley de Jesús, Luz Dari y María Elsi de a 500 gramos oro para cada uno.

Deniéganse las demás súplicas.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase.

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 27 de junio de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio. Secretaria.

SECCION

CUARTA

LIQUIDACION DE REVISION-Plazo/**REQUERIMIENTO ESPECIAL-**Efectos/**INSPECCION JUDICIAL**

La inspección practicada antes de la notificación del requerimiento especial, no tiene la virtud de suspender el término para practicar la liquidación de revisión, no solamente porque ni aun desde sus remotos orígenes se atribuyó jamás tal mérito, sino porque es palmario de que la actividad probatoria desplegada con motivo de la notificación del requerimiento, no debía confiarse sólo a la iniciativa del contribuyente, como hasta entonces venía ocurriendo. No puede decirse que la inspección que anteceda al requerimiento sea "oficiosa", pues el adelantamiento de la misma pertenece a las expresas facultades de fiscalización de que dispone la administración tributaria (Ejercicio fiscal de 1980).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bógotá, Abril cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No 2853. Apelación sentencia de 11 de diciembre de 1989 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en juicio de restablecimiento del derecho contra la operación administrativa que fijó el impuesto de renta y complementarios para el año de fiscal 1980. Actor: Almacén Lord, Fonseca y Vargas. FALLO.

La sociedad de hecho ALMACEN LORD, FONSECA Y VARGAS, la actora, apela de la sentencia de 11 de diciembre de 1989, inhibitoria, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el juicio de restablecimiento promovido contra actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta y complementarios del período impositivo de 1980, a saber, la liquidación de revisión No. 134 de 13 de julio de 1983 y la resolución No.

232 de 24 de octubre de 1984, expedidas, en su orden, por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso.

ANTECEDENTES

El acto liquidatorio, precedido de inspección contable y requerimiento especial, modificó los correspondientes ítems de liquidación privada, por la adición de ventas, en suma de $4.131.331, según acta de inspección, y el rechazo de compras y gastos generales, en cifras de $296.008 y $16.225, respectivamente: las compras por identificación deficiente de un beneficiario y ausencia de factura; y los gastos una parte por ser de vigencia distinta; otra; por comprobante externo defectuoso, habiéndose aplicado, igualmente, las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

La providencia que decidió el recurso gubernativo, confirmó la liquidación reclamada, pero solo en lo referente al impuesto de renta por $927.998, dejando a salvo la amnistía de impugnaciones, a que se había acogido previamente la contribuyente, que redundó en la rebaja de las sanciones.

DEMANDA

La actora alegó la violación de las siguientes normas:

1. Los artículos 41 de la ley 52 de 1977, 19 del decreto 3803 de 1982 y 75 de la ley 9a. de 1983, que restringen a dos años, contados desde la presentación o corrección de la declaración tributaria, el término para modificar, mediante liquidación de revisión, los factores de liquidación privada.

Porque habiéndose presentado la declaración de renta del ejercicio discutido, "el 4 (sic) de abril de 1981" y mediado un requerimiento especial, que suspendió el término de la revisión oficiosa por tres meses y cinco días, dicho término habría vencido el 9 de julio de 1983, sin embargo de lo cual, la liquidación oficial aparece notificada el 13 de los citados mes y año, es decir, extemporáneamente.

En el cómputo de días, dice haber incluído, como hábil, el sábado 9 de julio de 1983, conforme a una sentencia de esta Corporación, de 15 de marzo de 1982, según la cual "...en el cómputo de los días hábiles deben incorporarse los sábados, aún cuando en la Administración no se trabaje..."

Y que, a pesar de que el Tribunal Administrativo de Boyacá, en un proceso del que conoció, había expresado que, en el cómputo de que se trata, no debían sumarse los sábados, por impedirlo el decreto 952 de 1969, lo cierto era que éste se había expedido exclusivamente para "algunas dependencias de la

Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá", según su epígrafe. Pero que, aún sin contar como hábil el sábado 9 de julio, el plazo de la revisión habría vencido el lunes 11 siguiente.

2. El artículo 31 de la ley 52 de 1977, que es "una bella declaración de principios", por haberse continuado el proceso administrativo y confirmado una liquidación inoportuna, lo que " no puede constituir la aplicación recta de la ley, ni un relevante espíritu de justicia..."

Estima, finalmente, que bajo la vigencia del decreto 01 de 1984, no existe la limitación en cuanto a que los puntos debatidos ante la jurisdicción deberían contraerse a los ventilados en la vía gubernativa, que regía la ley 167 de 1941.

EL FALLO APELADO

Tras advertir que, tanto el comienzo de la demanda como en el aparte de "notificaciones" de la misma, la acción se dirigía contra la Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso y no contra la Nación colombiana, el a quo halla pretermitido el numeral 1o. del artículo 137 del decreto 01 de 1984, relativo a la exigencia procesal de la designación de las partes y sus representantes, supuesto que, en materia de impuestos nacionales, conforme el artículo 149 ib., se debe demandar a la Nación, representada como ahí se dice, que es persona jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, a voces del artículo 80 de la ley 153 de 1887, caracteres que no tiene el ente demandado, pues éste es solo una dependencia de la Nación.

En su apoyo, cita y transcribe apartes del auto de esta Corporación, de 6 de marzo de 1987, expediente 7722, proferido con ponencia del señor Consejero Hernan Guillermo Aldana Duque, que desató desfavorablemente la apelación intentada contra el auto inadmisorio de la demanda, por razones idénticas.

EL RECURSO

Con base en el inciso final del artículo 149 del decreto 01 de 1984, la apelante sostiene que la petición formulada, en el libelo introductorio, para que se notificara de la demanda a la administración de Sogamoso, se hizo con sujeción a dicha norma, pues era el jefe de la Sección de liquidación, quien había expedido el acto liquidatorio impugnado.

Alega que tal notificación se había surtido en debida forma, habiéndose obtenido la comparecencia de la parte demandada, por intermedio del jefe de la División de Recursos Tributarios de la citada Administración, sin que éste hubiera alegado estar mal demandado, o mal notificado, con lo cual, en su entender, se habría subsanado cualquier irregularidad, cumplido la finalidad del acto procesal y preservado el derecho de defensa.

También, anota que el inciso 5o. del artículo 3o. ib. ordena remover, de oficio, obstáculos meramente formales y evitar decisiones inhibitorias, ya que lo importante no es el formulismo, sino la defensa del derecho sustantivo.

ALEGATOS

La parte opositora, por lo que respecta a la decisión inhibitoria, se reafirma, a su vez, en la estricta legalidad de ésta, con apoyo en el artículo 164 ib, según el cual, el juez contencioso administrativo dispone de facultad para declarar, de oficio, "todas las excepciones de fondo que encuentre probadas en el proceso", no siendo óbice la circunstancia de que, en su momento, la administración hubiera guardado silencio sobre el particular, dadas " la incompetencia (de aquélla) para renunciar a sus derechos y (...) la obligación legal de proteger el patrimonio estatal..." (paréntesis fuera de texto).

En cuanto al asunto de fondo, precisa que la amnistía de impugnaciones, otorgada por virtud de lo dispuesto en el artículo 6o. del decreto 3747 de 1982, cuyo término fué ampliado por el artículo 7o. del decreto 236 de 1983, comprendía exclusivamente el beneficio de la exoneración de sanciones e intereses, no así el de que se eximiera a la contribuyente de investigaciones tributarias, o se suspendiera el término para la revisión oficiosa, de modo que "la práctica de la liquidación de revisión era perfectamente viable".

Y que, por consiguiente, las disposiciones que, en la demanda, se dijeron violadas, los artículos 41 de la ley 52 de 1977, 19 del decreto 3803 de 1982 y 75 de la ley 9a. de 1983, nada tenían que ver, " con los hechos, circunstancias y fundamentos bajo las (sic) cuales se produjo la liquidación de revisión, razón por la cual no son válidas para efectos de la nulidad propuesta..."

Pide, confirmar la sentencia atacada y, subsidiariamente, declarar en firme los actos administrativos demandados.

La actora a su turno, referente al fallo inhibitorio, repite los postulados esenciales del recurso y, por lo que hace a las pretensiones de fondo, insiste en la inoportunidad del acto liquidatorio, conforme al cómputo de términos presentado en aquélla.

CONCEPTO FISCAL

Aunque, en rigor, el señor Fiscal Tercero de la Corporación, encuentra acertados los planteamientos del fallo impugnado, estima que es necesario un pronunciamiento de fondo en la materia, pues, " La Sección Cuarta ha dicho que en estos casos las demandas deben interpretarse en el sentido de entender que señalan como parte demandada a la Nación..."

En cuanto a la extemporaneidad de la liquidación oficial, advierte que la

actora no tomó en cuenta las reglas del artículo 22 del decreto 3803 de 1982, conforme a las cuales, el plazo para la revisión oficiosa se suspendería, no solamente durante el lapso establecido para responder el requerimiento especial, sino, igualmente, mientras se practique inspección ocular, sea a solicitud del contribuyente, o de oficio, caso este último en que la suspensión se extendería "hasta por tres meses".

Así las cosas, sumado el término de la suspensión provocada por la práctica de la inspección contable oficiosa, la notificación de la cuestionada liquidación oficial habría estado en término.

Por lo demás, no creé que las actuaciones del proceso gubernativo hubieran infringido el artículo 31 de la ley 52 de 1977, ya que las mismas, según su parecer, se adelantaron por funcionarios competentes, de acuerdo con la ley y en forma oportuna.

Solicita, en conclusión, revocar la sentencia apelada y, en lugar de ésta, denegar las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sobre los Fundamentos de la Decisión Inhibitoria:

La sala observa que pese a las protuberantes deficiencias de la demanda, la Nación actuó en el proceso debidamente representada por un delegado del Director de Impuestos, y por lo cual las anotadas deficiencias, si bien debieron tenerse, en su momento, como razón suficiente para negar curso a la demanda, no constituían, en cambio, motivo que impidiera una decisión de mérito, encontrándose legitimadas en la causa ambas partes, en el momento de notificarse el auto admisorio de la demanda, y habiéndose cumplido el principio de la audiencia bilateral de quienes concurrían con calidad e interés subjetivo sustanciales.

De otro lado, la ineptitud sustantiva de la demanda, por falta de requisitos de forma, que no es excepción de fondo, no era, por tanto, declarable de oficio, como lo supone la parte opositora, pues es asunto definido también, que cuando el inciso 2o. del artículo 164 ib. dispone resolver sobre "las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada", alude, en este último caso, exclusivamente a excepciones de mérito, tal, como lo dijo la Sala en Sentencia de 9 de diciembre de 1986, dictada en le proceso No. 0394, con ponencia del señor consejero Jaime Abella Zárate.

En este aspecto, pues, se debe revocar la sentencia apelada.

2. Sobre la Cuestión de Fondo:

a) **De la Suspensión del Término para Revisar:**

En el sistema de los artículos 45, inc. final, y 73 de la ley 52 de 1977, se tenía previsto que, notificado el requerimiento especial, se ampliará el término a instancia del funcionario liquidador, con un plazo no inferior a quince días para que el requerido respondiera; y, asímismo, que el término para practicar la liquidación de revisión, se suspendiera, "durante los plazos señalados en esta ley para su respuesta" (la del requerimiento y ampliación), y también, mientras durara la práctica de la inspección contable que pidiera el mismo requerido (paréntesis, fuera del texto).

Por su lado, el artículo 22 del decreto 3803 de 1982, citado en el concepto fiscal, no hizo otra cosa que añadir dos nuevos eventos de suspensión, a saber, el originado en la inspección que se decrete de oficio y el suscitado por el acopio de la "prueba solicitada", cuando ésta se refiera a documentos que no obren en el expediente.

Del examen contextual de las citadas disposiciones, se concluye, que la inspección practicada antes de la notificación del requerimiento especial, no tiene la virtud de suspender el término de que se trata, no solamente porque ni aún desde sus remotos orígenes se le atribuyó jamás tal mérito, sino porque es palmario que la actividad probatoria desplegada con motivo de la notificación del requerimiento, no debía confiarse solo a la iniciativa del contribuyente, como hasta entonces venía ocurriendo, atribuyéndose, pues, al funcionario impositivo, el derecho procesal de controvertir, a su vez, la prueba de orden contable esgrimida en la contestación del requerimiento.

Por otra parte, no puede decirse, con propiedad, que la inspección que anteceda al requerimiento sea "oficiosa", pues el adelantamiento de la misma pertenece a las expresas facultades de fiscalización de que dispone la administración tributaria, conforme al artículo 30, d) de la ley 52 de 1977; a más de que en la fase de investigación del tributo, no se contempla un término probatorio distinto del que sigue a la notificación del requerimiento, dentro del cual fuera viable practicar pruebas de oficio, otorgándose, parejamente, al contribuyente el derecho de contradecirlas.

No se comparten, por ello, las juiciosas reflexiones de la fiscalía al respecto.

b) **Del Cómputo del Término en Cuestión:**

Para empezar, la recurrente parte de dos supuestos inexactos: el de que la declaración de renta fuera presentada "el 4 de abril de 1981" y que, por tanto, sin suspensiones, el plazo para revisarla venciera "el 4 de abril de 1983", y el de que, al lapso de tres meses previsto para la contestación del requerimiento

especial, se debieran añadir, "cinco días hábiles del correo", errores que, inexcusablemente, pasaron inadvertidos por quienes actuaron en el proceso.

La verdad es que, ni la declaración se presentó en la fecha que se afirma, pues, según consta en el original de aquélla y otros documentos, obrantes en el cuaderno de antecedentes, lo fue el 14 de abril de 1981, ni por la época en que se libró el requerimiento, el 23 de marzo de 1983, regía ya el término adicional de cinco días, contemplado en el penúltimo inciso del artículo 68 de la ley 52 de 1977, norma derogada expresamente por el artículo 89 del decreto 3803 de 1982 y no reproducida luego, en cuanto a dicho lapso.

Ahora bien, radicada la declaración el 14 de abril de 1981, el término para revisarla, sin suspensión hubiere precluído el 14 de abril de 1983.

Pero como el requerimiento se notificó el 23 de marzo de 1983, surge, de una parte, que a la administración le restaban aún, por entonces, 22 días calendario para efectuar la revisión y, de otra, que la suspensión de tres meses debía extenderse al 23 de junio de 1983, de suerte que, sumados desde ahí dichos 22 días, la conclusión del término para notificar el acto liquidatorio sobrevino el 15 de julio subsiguiente.

Así las cosas, no cabe duda de que tal acto, notificado el 13 de julio de 1983, se encontraba en término y que, como consecuencia, los cargos de nulidad a que se contrae la demanda no están llamados a prosperar.

Se debe fallar, pues, en consonancia con lo pedido en la vista fiscal, aunque por razones distintas de las allí expresadas.

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, deniéganse las súplicas 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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Riohacha/REQUERIMIENTO ESPECIAL

No es cierto de que sólo sea imperativo el requerimiento cuando existe una investigación, menos aún, cuando por lógica ha de suponerse que toda modificación de una liquidación privada del contribuyente debe obedecer no al capricho del funcionario sino a una fundamentada investigación que permita determinar que los hechos declarados por el contribuyente no son ciertos o no están probados o explicados, para lo cual necesariamente debe requerírsele para que explique lo pertinente. Entonces no formulada la objeción a la liquidación privada presentada por el contribuyente a través de requerimiento no hay lugar a dudas que el acto administrativo adolece de vicio de nulidad.

EXENCION TRIBUTARIA-Prohibición/**RENTA MUNICIPAL**-Garantías/ **FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL**

No puede pretenderse que el artículo 183 C.N. (como quedó modificado por el artículo 54 del A.L. 1/68) esté protegido derechos e impuestos que por razón de la misma ley, eran inexistentes en virtud de las exenciones reconocidas o de las prohibiciones de gravar con impuestos algunas actividades económicas. Entonces no puede argumentarse como bien propio el municipio el derecho a la percepción de un tributo que no existía, y su garantía constitucional, con el fin de desconocer normas posteriores al acto legislativo referido, que complementan, determinan y reiteran la prohibición a los departamentos y municipios de gravar con impuestos las actividades exoneradas de los mismos. En consecuencia no es válido el desconocimiento de la exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos, consignada como cláusula en

el contrato celebrado entre la Nación y el contribuyente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Adminitrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3190. Actor: PROMOTORA DE INTERCONEXION DE LOS GASEODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA "PROMIGAS S.A." Apelación de la Sentencia del 31 de julio de 1990 del Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto Industria y Comercio vigencias 1985 a 1989. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada, contra la sentencia del 31 de julio de 1990, mediante el cual el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira accedió las súplicas de la demanda, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho intentados por la sociedad PROMOTORA DE INTERCONEXION DE LOS GASEODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA "PROMIGAS S.A.", contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria y comercio para las vigencias fiscales de 1985 - 1988, y 1989. Procesos que vienen acumulados desde la primera instancia.

ANTECEDENTES

Para el año de 1989, la sociedad Promotora de Interconexión de los Gaseoductos de la Costa Atlántica "PROMIGAS S.A.", presentó en el Municipio de Riohacha declaración del impuesto de industria y comercio el 28 de abril de 1989.

La Secretaría de Hacienda, mediante resolución # 314 del 28 de abril de 1989, fijó en la suma de $1.486.247,oo mensuales, el valor del impuesto de industria y comercio a cargo de la contribuyente, como consecuencia de haber aplicado a los ingresos totales de la sociedad la tarifa del 9% sin considerar la declarada por la contribuyente en la suma de cero.

Contra el mencionado acto, la sociedad interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, alegando exención del impuesto y tarifa aplicable del 9%, como actividad de transporte terrestre de gas. Recurso que fue fallado negativamente con Resolución #483 del 14 de junio de 1989, concediendo el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, y que fue fallado mediante resolución sin número de fecha de 27 de junio de 1989, con confirmación del acto apelado.

Inconforme la sociedad contribuyente acudió en acción de nulidad y

restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, alegando violación de los artículos 215 de la Constitución Nacional; 53 y 85 del acuerdo 12 de 1988 del Concejo Municipal de Riohacha; 39 de la ley 14 de 1983 y 259 del Código de Petróleos; alegando derecho a la exención concedida por las leyes anteriores sin que sea dable a los municipios ejercer una autonomía financiera total, desatendiendo las prescripciones de la ley.

Para los años de 1985 y 1988, la Secretaría de Hacienda del Municipio de Riohacha, practicó a la contribuyente liquidación de aforo por su establecimiento ubicado en la calle 12 carrera 5a. del municipio, liquidación contra la cual se ejercitaron los recursos gubernativos correspondientes, que fueron fallados negativamente a las pretensiones de la contribuyente, basándose en la excepción de inconstitucionalidad del artículo 16 del Código de Petróleos, como del artículo 39 de la ley 14 de 1983, para desconocer la exención solicitada.

Inconforme la sociedad acudió en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando violación de los artículos 215 de la Constitución Nacional; 25 del acuerdo 018 de 1983 del Concejo Municipal de Riohacha; 39 de la ley 14 de 1983 y 16 del Código de Petróleos.

Considerando viable la acumulación de los dos procesos, el apoderado judicial de la actora le solicitó al Tribunal Contencioso, quien le decretó mediante el auto de julio 17 de 1990, ordenado la acumulación del proceso #69 al 76, correspondiente a las mismas partes. (Fls. 120 a 122 del cdno ppal).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, accedió a las súplicas de la demanda, considerando que en primer lugar la Administración Municipal al determinar el impuesto por la vigencia fiscal de 1989, no requirió previamente al contribuyente y que si hizo caso omiso de los planteamientos de la exención, tal hecho implicaba una inexactitud de la declaración tributaria presentada por las sociedad que exigía la formulación de requerimiento, que no practicado el requerimiento se violó el artículo 85 de la ley 12 de 1988 del Concejo Municipal de Riohacha, cuya consecuencia está prevista en la misma norma, al determinar que son nulas las liquidaciones de revisión practicadas sin que medie el requerimiento especial.

Que así mismo, hubo violación del artículo 183 de la Constitución Nacional, con la reforma contenida en el acto legislativo #1 de 1968, porque la prohibición allí contenida rige hacia el futuro y no para las exenciones vigentes con anterioridad. Considera en el fallo la sentencia dictada por esta Corporación el 25 de abril de 1980 proceso 2444, la que cita en sus apartes correspondientes, concluyendo que la exención prevista en el Código de Petróleos Artículo 16 y reglamentada por el Decreto 850 de 1965, que prohibe a los departamentos y

municipios establecer impuesto alguno directo o indirecto al petróleo o a cualquiera de sus derivados, incluyendo el gas como producto natural o como derivado de la destilación del petróleo, o a cualquiera de sus formas correspondientes, debe aplicarse a PROMIGAS S.A. por estar vigente. Exención que incluso estaba contenida en los contratos celebrados por la actora con el Gobierno Nacional. Por lo que, al gravarla con impuestos se violaron los artículos 39 de la Ley 14 de 1983 y 259 del Código de Régimen Municipal.

Iguales consideraciones de fondo hace con relación al proceso #69, para concluir que los actos acusados deben anularse y en efecto en la sentencia los anula ordenando a título de restablecimiento del derecho la devolución de lo que corresponda.

LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada apela la sentencia porque en su concepto, no ha habido en el acto administrativo de determinación del impuesto, violación de los artículos 85 del acuerdo 12 de 1985 (sic) porque solo procede la práctica de requerimiento cuando se produce investigación fiscal, pero nó cuando ésta no se ha realizado y que además tal hecho ha debido alegarse por el interesado en la vía gubernativa.

Que con relación a la exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos y las previsiones del artículo 39 de la ley 14 de 1983 no son de observancia frente a la existencia de preceptos constitucionales y legales como son los artículos 183 de la Constitución Nacional y 3o. de la ley 29 de 1963, que en este orden de ideas, cuando el Gobierno en virtud del contrato celebrado con PROMIGAS, concedió la exención violó el artículo 183 de la Constitución Nacional.

Que tampoco hubo violación de los artículos 39 de la ley 14 de 1983, y 12 del Código de Régimen Municipal, porque ellos se refieren a los contratos celebrados con base en la legislación anterior a la ley 14 que no era otra que la ley 29 de 1963 y el artículo 183 de la Constitución Nacional, que consagra la autonomía a los municipios para legislar sobre sus impuestos y la prohibición al Gobierno Nacional para conceder exenciones respecto de derecho o impuestos de los municipios.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, se opone a las pretensiones de la apelación, pues en su concepto es errado el análisis que del artículo 85 del acuerdo 12 de 1988, hace el apoderado judicial de la demandada, porque sí la Secretaría de Hacienda, consideraba que la base gravable de CERO, denunciada por el contribuyente no era cierta, debió requerir a la empresa para que aclarara

tal situación o presentara pruebas, y al no hacerlo, tal omisión, causa la nulidad del acto administrativo, de conformidad con el mismo acuerdo y que ésta no está saneada.

Considera igualmente errada la interpretación que del artículo 183 de la Constitución Nacional hace le apelante, cuya operancia es únicamente hacia el futuro, y en consecuencia las exenciones previstas por la ley con anterioridad a la fecha de su vigencia, quedaron incólumes. Que así mismo la exención prevista en el Código de Petróleos, expedido en 1953 no pudo ser tocada por la reforma del artículo 183 de la Constitución Nacional, efectuada por el Acto Legislativo #1 de 1968, porque desde la misma ley 20 de 1963, artículo 5o. se preceptuó que las normas de los artículos 2o. y 3o. de la misma ley no afectaban las exenciones pactadas en razón de Concordato, Convenciones Internacionales o Contratos que hubiera celebrado o celebrare la Nación y que tal Propósito se reitera en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983.

CONCEPTO DEL FISCAL

El agente del Ministerio público, conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación porque:

Con relación al acto administrativo que determinó el impuesto de industria y comercio por el año fiscal de 1989, si bien asiste razón al apelante, en el sentido de que la nulidad no fué alegada en la vía gubernativa, el aspecto de Fondo es favorable a la actora, porque del contrato celebrado entre ésta y el Gobierno Nacional, cláusula 9a., se determina, que el contratista deberá prestar el servicio de conducción de hidrocarburos por el gaseoducto, formando asi parte del contrato el servicio de transporte, objeto de su explotación y que en la cláusula 24, se consagra la exención de toda clase de impuestos departamentales y municipales sobre la explotación en general del gaseoducto. Contrato que suscrito con el lleno de las formalidades legales y que conllevó aprobación por parte del Consejo de Estado, fijó sin lugar a dudas la exención de impuestos para esta actividad.

Que el acto legislativo #1 de 1968, que efectivamente fijó la prohibición al Gobierno Nacional para conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de las entidades territoriales, debe armonizarse con el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, que establece la obligación de mantener las exenciones contraidas por la Nación, mediante contratos celebrados en desarrollo de la legislación anterior. Y que adicionales el artículo 25 del Acuerdo 18 de 1983 (sic), por medio del cual se modificó la estructura del impuesto de industria y comercio en el municipio de Riohacha mantuvo la exoneración del impuesto en el artículo 39.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son dos los puntos fundamentales de la apelación y a ellos se refiere la Sala.

1.- INEXISTENCIA DE LA NULIDAD ALEGADA

Dispone el artículo 85 del Acuerdo 12 de 1988, del Concejo Municipal de Riohacha:

"REQUERIMIENTO PARA LA LIQUIDACION OFICIAL. La Secretaría de Hacienda Municipal deberá requerir al contribuyente por escrito, por una sola vez para que aclare situaciones o presente pruebas que demuestren la exactitud de los datos declarados. Este requerimiento especial debe contener los motivos de investigación y el término de contestación, el cual no podrá ser superior a veinte (20) días hábiles".

"PARAGRAFO 1o. Se presumirán ciertos los hechos materia de investigación si no contesta el requerimiento especial o lo hace fuera del término establecido para ello. Serán nulas las liquidaciones oficiales o de revisión practicadas sin que medie el requerimiento especial."

El contexto de la forma transcrita precisa:

a) Que previamente a toda liquidación oficial, entendiendo por ella la definida en el artículo 82 numeral primero del mismo acuerdo; como revisión a la declaración privada presentada por el contribuyente, debe proceder requerimiento escrito para que el sujeto pasivo de la obligación tributaria aclare situaciones o presente pruebas.

b) El requerimiento debe contener los motivos de investigación (fundamentos en que se basa el funcionario para modificar la liquidación privada), con indicación del término concedido para la respuesta.

c) La consecuencia de nulidad del acto administrativo de liquidación oficial o de revisión practicada, cuando se omite el requerimiento.

Entonces, no es cierto el argumento del apelante en el sentido de que solo sea imperativo el requerimiento cuando existe un investigación, menos aún, cuando por lógica ha de suponerse que toda modificación de una liquidación privada del contribuyente debe obedecer no al capricho del funcionario sino a una fundamentada investigación que permita determinar que los hechos declarados por el contribuyente no son ciertos o no están probados o explicados, para lo cual necesariamente debe requerírsele para que explique lo pertinente. Entonces no formula la objeción a la liquidación privada presentada por el contribuyente a través de requerimiento no hay lugar a dudas que el acto administrativo adolece de vicio de nulidad.

En cuanto a la aseveración que hace el apoderado judicial de la entidad demandada de que la nulidad no fue planteada en la vía gubernativa, no es cierta

toda vez que como puede apreciarse en la Resolución 083 expedida el 14 de julio de 1989 en la primera página de la misma, parte de antecedentes numeral tercero inciso 2o., se lee: "A renglón seguido el señor representante promueve un incidente de nulidad soportándolo en lo preceptuado por el artículo 85 del Acuerdo 12 del Concejo Municipal de Riohacha" por falta de requerimiento, que según en libelista debió hacerse al contribuyente previo a la liquidación oficial". (Fl 13 cdno. ppal).

2 DERECHO A LA EXENCION

Fundamenta la apelante el no reconocimiento de la exención en la supuesta derogatoria del artículo 16 del Código de Petróleos por el artículo 54 del acto legislativo #1 de 1968 que modificó el artículo 183 de la Constitución Nacional, que dispone:

> "Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupadas sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de tales entidades."

Es decir que con la enmienda constitucional de 1968 se otorga una protección a los bienes y rentas de las entidades territoriales imponiéndole la prohibición futura (de ahí en adelante) al Gobierno para conceder exenciones sobre derechos e impuestos que por ley les correspondiera.

En manera alguna puede pretenderse que esta norma esté protegiendo derechos e impuestos que por razón de la misma ley, eran inexistentes en virtud de las exenciones reconocidas o de las prohibiciones de gravar con impuestos algunas actividades económicas. Así las cosas no puede argumentar la apoderada, como bien propio del municipio el derecho a la percepción de un tributo que no existía, y su garantía constitucional con el fin de desconocer normas que expedidas con posterioridad al acto legislativo #1 de 1968, complementan, determinan y reiteran la prohibición a los departamentos y municipios de gravar con impuestos las actividades exoneradas de los mismos.

Pues el orden lógico de las cosas requiere como supuesto básico para que se dé cumplimiento a la prohibición contenida en el artículo 183 de la Constitución Nacional, que previamente a la vigencia del artículo 54 del Acto Legislativo #1 de 1968, existiera el gravamen de industria y comercio para los gaseoductos, pues no puede exencionarse el gravamen que no existe sobre determinada actividad económica específica.

En este orden de ideas no es válido el desconocimiento de la exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos, consignada como cláusula en el contrato administrativo celebrado entre la Nación y la sociedad contribuyente,

de acuerdo con las copias auténticas de las escritura pública #1629 de septiembre 16 de 1976, Notaría Dieciocho, Círculo de Bogotá, que obran dentro del expediente.

Por el contrario, para evitar la menor duda sobre la existencia de las exenciones previstas en la ley en materia de impuesto de industria y comercio y las prohibiciones de gravar con el impuesto a las actividades económicas vigentes antes del Acto Legislativo #1 de 1968, el artículo 39 de la ley 14 de 1983, señala que:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior continuaran vigentes.

1. Las obligaciones contraidas por el Gobierno en virtud de tratados o convenios internacionales que haya celebrado o celebre en el futuro y las contraídas por la Nación. Los departamentos o los municipios, mediante contratos celebrados en el desarrollo de la legislación anterior..." (Subraya la Sala)

Adicionalmente cabe destacar como el acuerdo 18 de 1983 del Concejo Municipal de Riohacha, estableció la misma exención del impuesto de industria y comercio de acuerdo a lo señalado en el artículo 39 de la ley 14 de 1983. Dijo en lo pertinente la norma municipal: "Unicamente quedan exonerados del impuesto de industria y comercio, los determinados en el artículo 39 de la ley 14 de 1983. . ."

Por ello, se reitera los planteamientos hechos en la sentencia del 25 de abril de 1980, dentro del proceso 4423 en donde con ponencia del doctor Enrique Low Mutra, al conocer de la apelación de la sentencia proferida por el Tribunal del Tolima sobre impuestos de industria y comercio dijo la Sala: "De otro lado, la Constitución le da a los bienes y rentas de los departamentos las mismas garantías de que goza la propiedad privada y prohibe al Gobierno Nacional establecer exoneraciones sobre derechos e impuestos de las entidades territoriales. No obstante como en el caso sub-lite, se trata de normas legales que entraron a regir antes del Acto Legislativo #1 de 1968, las exoneraciones de impuestos municipales creadas por leyes anteriores al nuevo ordenamiento constitucional, mantienen su vigencia en tanto y en cuanto no hayan sido modificadas por nuevas leyes". (Anales del Consejo de Estado Primer Semestre de 1980, página 521, Párrafo segundo).

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) **RECONOCESE** al doctor Isaac López Freyle como apoderado de la

sociedad Promotora de los Gaseoductos de la Costa Atlántica S.A. "PROMIGAS S.A.", conforme a los términos de la sustentación del poder que obra a Folio 161 del Cuaderno Principal.

2) **CONFIRMASE** la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martinez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/IMPUESTO DE PATENTE- Improcedencia

El impuesto de industria y comercio sustituyó el gravamen de patente. El impuesto establecido (de patente sobre diversiones) por acuerdo municipal, constituye un nuevo impuesto, pues no corresponde al de industria y comercio establecidos en la ley, para cuya creación el municipio carecía de facultad legal.

DECRETA LA NULIDAD del artículo 6 del Acuerdo número 143/87 (diciembre 10) expedido por el Concejo Municipal de Cali.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. , cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2825. Actor: Luis Mario Duque C./ Municipio De Santiago De Cali. Asuntos Municipales. FALLO.

Decide la Sala de Recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 10 de noviembre de 1989, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, denegó las súplicas de la demanda dentro del juicio de nulidad intentado por el ciudadano LUIS MARIO DUQUE, contra el artículo 6o. del Acuerdo 143 que con fecha 10 de diciembre de 1987 expidió el Concejo Municipal de Santiago de Cali.

ANTECEDENTES

El citado ciudadano acudió ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en acción pública de nulidad demandado por violación de la

Constitución y de la ley, el artículo 6o. del Acuerdo No. 143 del Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante el cual se impone el impuesto de patente a la tarifa del 10% sobre el valor de la boleta a las atracciones mecánicas.

Como concepto de la violación manifiesta que la Corporación carecía de facultad legal para crear el impuesto de patente sobre diversiones, ya que su creación no está autorizada por la Ley 97 de 1913, ni por la Ley 84 de 1915, ni por el Decreto Ley 1333 de 1986 pues en ninguna de ellas se menciona dicho impuesto; que de otra parte, la facultad impositiva de los Concejos no es ilimitada, sino que está sometida a la ley. Cita en apoyo providencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación donde así se declara.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, negó las súplicas de la demanda, considerando que el artículo 6o. del Acuerdo 143 de 1987, no estaba creando un nuevo impuesto, sino que simplemente especificaba que el servicio de diversión mediante atracciones mecánicas causa el Impuesto de Industria y Comercio del 10% sobre el ingreso por venta de boletería.

LA APELACION

El actor apela sentencia aduciendo que en primer lugar, el fallo es confuso y contradictorio porque desde la Ley 97 de 1913, 84 de 1915 y 14 de 1983 se habla de impuesto de patentes o de Industria y Comercio; que la Ley 14 de 1983 en su artículo 33 estableció las bases de liquidación o topes dentro de las cuales los municipios podían reglamentarlo y que para el caso concreto de las actividades de servicio y comercio les fijó las tarifas entre el 2 y el 10%, pero permitió a los municipios— mantener las tarifas que tuvieran al entrar en vigencia la ley por encima del tope fijado y que por lo tanto se equivoca el Tribunal al considerar que la Tarifa del 11% es legal.

Reitera que el artículo demandado se refiere al impuesto de patente que es muy diferente al Impuesto de Patentes o de Industria y Comercio, porque las bases del tributo son totalmente diferentes, pues mientras la una es del 10% la otra es del 10 al 11%. Y que sufre equivocación el Tribunal al considerar que el Acuerdo 124 de junio 16 de 1987 es aclaratorio del 143 de diciembre de 1987, porque la simple observancia de fechas permite concluir que el artículo 6o. del Acuerdo 143 de diciembre 10 de 1987, derogó la tasa del 11% estipulada en el Código 307-09, que en lo relacionado a los servicios de recreación y esparcimiento fijaba una tarifa del 11% para cambiarla por el 10% y además de denominación.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, Fiscal Tercero de la Corporación,

solicita confirmación de la providencia recurrida porque en su concepto, el Concejo, en la norma demandada no creo un nuevo impuesto, sino que se trata del mismo impuesto de patentes de que trata el artículo 1o. literal f) de la Ley 97 de 1913, criterio que concuerda con lo expresado por el a-quo cuando afirma que el Concejo Municipal de Cali mediante el Acuerdo 35 de 1985, dictó disposiciones sobre impuesto municipal de Industria y Comercio y en el artículo 26 especificó qué actividades quedaban comprendidas dentro del aparte "actividades de servicios" y las no expresamente incluídas quedaron ubicadas en le Código 307 como "las demás actividades de servicios" con tarifa del 11 por mil, dentro de la cual como lo manifestó el Tribunal quedaban incluídas las atracciones mecánicas, tal como lo estipula el artículo 199 del Decreto 1333 de 1986, o bien como diversiones sujetas al impuesto de patentes, como lo consagra la Ley 97 de 1913.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es cierto, como en reiterada jurisprudencia lo ha precisado esta Corporación, que el ejercicio de la facultad impositiva de los municipios está enmarcado dentro de las condiciones y límites fijados por el legislador y que estos en consecuencia solo pueden establecer tributos en la medida que la ley los autorice.

Por esta razón es preciso analizar si el impuesto de que trata el artículo 6o. del Acuerdo 143 de 1987 del Concejo Municipal de Cali, tenía previa autorización como lo alega el municipio, o, si, por el contrario, el Concejo Municipal carecía de autorización legal.

Dispone la norma acusada: Decreto Municipal 143 de 1987, artículo 6o.:

"Las atracciones mecánicas, pagarán como Impuesto de patente sobre diversiones el 10% del total de ingresos provenientes de las ventas de boletas o tiquetes para el disfrute de cada uno de los aparatos mecánicos."

"Este impuesto se entiende sin perjuicio del gravámen a los Espectáculos públicos establecido por la Ley 12 de 1932, en su Artículo 7o., ordinal 1o."

"PARAGRAFO 1o. Si las atracciones instaladas tienen carácter de permanente en la ciudad, cancelarán el Impuesto por mensualidades vencidas de acuerdo con los ingresos obtenidos por las ventas de boletas o tiquetes en el respectivo mes, Si se instalan por temporadas cancelarán dicho impuesto diariamente."

"PARAGRAFO 2o. Quedarán excluídos del presente gravamen los Parques permanentes administrados por la Corporación para la Recreación Popular."

Para efectos de la expedición del Acuerdo, el Concejo de Santiago de Cali

invoca como fundamento los artículos 197 de la Constitución Nacional y las leyes 97 de 1913, 84 de 1915 y el D.E. 1333 de 1986.

La ley 97 de 1913 en su artículo 1o. autorizó al Concejo Municipal de Bogotá la creación, entre otros, del impuesto de patente para varias actividades entre ella los juegos y diversiones de cualquier clase, conforme lo señala su literal f).

Posteriormente la ley 84 de 1915 hace extensiva a los demás Concejos Municipales la autorización establecida para el Municipio de Bogotá por el artículo 1o. de la Ley 97 de 1913 excepto el literal b), condicionándola al hecho de que las asambleas departamentales les hubieran concedido o concedieran en el futuro dicha atribución.

Mediante el Decreto Extraordinario 1333 de abril 25 de 1986 (Código de Régimen Político y Municipal) Capítulo II, que trata de los Impuestos Municipales, se dispone que además de los impuestos legalmente existentes, los municipios pueden crear los expresamente allí enumerados, entre los cuales se encuentra el impuesto de industria y comercio sobre todas las actividades comerciales, industriales o de servicios, que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales.

El artículo 196 del decreto 1333 de 1986, señala cómo debe determinarse el impuesto sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, y el 199 ibídem incluye dentro de las actividades de servicios, los sitios de recreación.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación se ha dicho que el impuesto de Industria y Comercio contemplado en la Ley 14 de 1983 sustituyo el gravamen de patente, establecido en la ley 97 de 1913, para ejercer una actividad industria, comercio o de servicios, pero que la Ley 14 de 1983 se le introducen nuevos elementos relacionados con la determinación de la base gravable, los sujetos pasivos, el hecho imponible y el período fiscal y estableció como sujeto de gravámen el ejercicio de cualquiera de la actividad, industria o de comercio.

Desde este punto de vista, establecidos los elementos del Impuesto de la Ley 14 de 1983, no pueden los municipios establecer hecho imponible, sujeto, tarifas o bases gravables distintas a las señaladas en ella.

El artículo 33 ibídem, señaló para la actividad de servicios la tarifa del 2 al 10 X 1000 mensual y como base gravable determinó el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior. Si se compara frente al artículo 30 de la ley 14 de 1983, el Acuerdo 143 de diciembre 10 de 1987, artículo 6o. se observa que no se desarrolla este impuesto pues el sujeto pasivo, base

gravable, materia imponible y tarifa, son distintos a las señaladas en la Ley 14 de 1983, contrariamente a lo expuesto por la apoderada judicial del municipio, cuando al descorrer el traslado de la demanda, manifiesta, a folio 93 del cuaderno principal:

> "Es pertinente aclarar que la tarifa establecida en el artículo 6o. del Acuerdo 143 de 1987, se ajusta estrictamente a las autorizadas por la ley 14 de 1983 para las actividades de servicios, en su artículo 33, al consignar el 10 X 100, aunque se trate de una reglamentación especial del denominado impuesto de patente a las atracciones mecánicas."

Porque aun cuando afirma que la tarifa señalada por la norma demandada fué corregida mediante un nuevo acuerdo municipal, el que envía, es solo fiel copia de un proyecto, sin sanción ni publicación y su base gravable no se identifica con la de la Ley 14 de 1983.

Por lo tanto, para la Sala el impuesto establecido por el artículo 6o. del Acuerdo 143 de 1987, sí constituye un nuevo impuesto, pues no corresponde al de Industria y Comercio, ni tampoco corresponde al de espectáculos públicos establecido por la ley 12 de 1932, pues según el tenor literal del mismo artículo, el impuesto de que trata el artículo 6o. es sin perjuicio del de espectáculos públicos, para cuya creación el municipio carecía de facultad legal, razón por la cual merece ser anulado.

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:

1o.- Revócase la sentencia apelada

2o.- Anúlase el artículo 6o. del Acuerdo 143 de 1987 cuyo tenor literal es:

> "Las atracciones mecánicas, pagarán como Impuesto de patente sobre diversiones el 10% del total de ingresos provenientes de las ventas de boletas o tiquetes parà el disfrute de cada uno de los aparatos mecánicos."
>
> "Este Impuesto se entiende sin perjuicio de gravamen a los Espectáculos Públicos establecido por la ley 12 de 1932, en su Artículo 7o. ordinal 1o."
>
> "PARAGRAFO 1o. Si las atracciones instaladas tienen carácter de permanente en la ciudad, cancelarán el Impuesto por mensualidades vencidas de acuerdo con los ingresos obtenidos por ventas de boletas o tiquetes en el respectivo mes. Si se instalan por temporadas cancelarán dicho impuesto diariamente."

"PARAGRAFO 2o. Quedarán excluídos del presente gravamen los parques permanentes administrados por la Corporación para la Recreación Popular."

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de Origen, cúmplase.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO-Finalidad/**POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA**

Se debe excluir del derecho administrativo sancionatorio la normatividad y por ende la metodología penal. El Derecho Administrativo Sancionatorio, tiene finalidades propias, que en el campo económico, consultan el orden público económico y por lo mismo utiliza mecanismos para hacer cumplir sus preceptos que en general tienen que ver con sanciones de índole patrimonial. En materia económica, por ejemplo, no se puede sacrificar el superior interés del Estado so pretexto de aplicar principios extraños, que no cumple utilidad alguna en el ámbito administrativo y sí, entorpecen las actuaciones administrativas, impidiéndoles cumplir con los objetivos para los cuales se adelantan.

SANCION ADMINISTRATIVA/PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD-Improcedencia.

No se comparte la tesis de que el principio de favorabilidad se deba aplica cuando quiera que se impongan sanciones administrativas, pues, en esa materia, y específicamente en relación con el derecho económico, prevalece un interés relacionado con el orden público económico, que exige el que sus normas tengan efecto general inmediato, sin que haya lugar a pretender las consecuencias que se predican a este respecto de las normas penales. No se desconoce que en algunos aspectos administrativos se aplica el principio de la favorabilidad pero ello acontece por virtud de la existencia de leyes que específicamente lo consagran para tales áreas, como sucede, por ejemplo en el campo tributario.

ENTIDAD FINANCIERA/PASIVO-Confirmación.

El sentido o espíritu del artículo 20 del Decreto 1325 de 1983 que establece que la relación entre el capital pagado y reservas y el total del pasivo máximo para con el público, no podrá exceder de 1 a 30, es la protección a los ahorradores y añadiríamos a todo aquel que tenga acreencias contra la entidad. En este orden de ideas, no se encuentra razón alguna para excluir conceptos como el de las cesantías consolidadas, de los pasivos para con el público, según la noción del decreto antes citado y por el contrario, se evidencia la necesidad de incluirlas en ese pasivo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3116. Actor: Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda DAVIVIENDA C/ Superintendencia Bancaria. Apelación sentencia de 5 de abril de 1990 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Nulidad y restablecimiento del derecho resoluciones 542 y 1905 de 1987. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda DAVIVIENDA Nit. 60.034.313, contra la sentencia de 5 de abril de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones 542 de 18 de febrero y 1905 de 22 de mayo de 1987 de la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES.

1- La Superintendencia Bancaria, previas explicaciones dadas por la sociedad demandante a solicitud suya, impuso mediante resolución 542 de 1987, multas por exceso de pasivos para con el público presentado en los meses de marzo, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1985 por un valor total de $27.378.694,oo (fl. 12).

2- Interpuso la sociedad recurso de reposición, el cual fué decidido en resolución 1905 de 1987, disminuyendo la multa a la suma total de $26.693.619,oo quedando agotada la vía gubernativa (fl. 23).

B- La **demanda contenciosa.**

Davivienda solicita la nulidad de las mencionadas resoluciones y el restablecimiento del derecho fundamentándose en:

1- Violación del artículo 26 C.N. al aplicar la Superintendencia normas

más desfavorables a la actora que "otras... que pudo aplicar" (fl. 15), sin indicar cuales son esas otras.

2- Violación de los artículos 20 C.N. y 31 C.C., al incluir las cesantías consolidadas en el concepto de pasivos para con el público, sin que el Decreto 1325 de 1983 artículo 20 las hubiere incorporado expresamente.

3- Violación de los artículos 26, 27, 28 inciso 1o., y 61 inciso 2o. del C.P., al sancionar por separado cada una de las conductas, las cuales constituyen "concurso de hechos punibles" y por tanto es perentorio aplicar "la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto" (fl. 7)

C- La **sentencia apelada.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de 5 de abril de 1990 deniega las pretensiones de la demanda por considerar que:

1- Al no mencionar la demandante "las otras normas que según ella, se ha debido aplicar... por ser más favorables (que el Decreto 1325 de 1983) ... por esa razón se debe desestimar el cargo" (fl. 178).

2- No se puede hacer distinción de los conceptos que conforman todas las obligaciones de la Corporación para incluir unos y excluir otros, pues el Decreto 1325 de 1983 de artículo 20 quiere incluir todos los pasivos, aún las cesantías consolidadas, como una forma de protección a los ahorradores.

3- No son aplicables las normas del C.P. a los casos de infracciones de carácter administrativo, como las que se discuten.

D- **El recurso de apelación y la oposición.**

1- La actora interpone recurso de apelación contra la anterior providencia argumentando que:

a Si bien la norma aplicable es el artículo 20 del Decreto 1325 de 1983, las disposiciones que deben indicar el procedimiento sancionatorio en cuestión son las del C.P., pues "incuestionablemente debe acudirse a instituciones existentes en otras ramas del derecho, cuando en la que al individuo afecta no existen normas que le favorezcan, más aún en aspectos tan especiales como es el caso de la punibilidad" (fl. 183).

b "...en tratándose de infracciones y aplicación de multas, desde el punto de vista administrativo tiene cabida y aplicabilidad las normas del derecho penal" (fl. 198).

c- No se puede clasificar de pasivo para con el público a las cesantías

consolidadas por cuanto no lo hace expresamente el Decreto 1325 de 1983 y las circulares de la Superintendencia que las incluyen son, una de ellas anterior al decreto, y la otra, expedida en 1988, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos (1985).

2 La Superintendencia Bancaria mediante apoderada, se opone al recurso, alegando:

a La no aplicabilidad al caso en cuestión del principio de favorabilidad por dos razones: La primera que aquí no existen dos normas simultáneamente aplicables, sólo hay una, el Decreto 1325 de 1983 artículo 20, y la segunda, que se trata de un principio del derecho penal no aplicable en materia administrativa.

b El espíritu de la norma (artículo 20 Decreto 1325 de 1983) es garantizar el equilibrio que debe existir entre " las captaciones o colocaciones y las partidas patrimoniales de los intermediarios financieros" (fl. 206), por lo cual no existe razón alguna para excluir un pasivo de consideración como lo son las cesantías consolidadas.

E El concepto fiscal.

La Fiscalía Tercera de la Corporación representada por el doctor Jaime Ossa Arbeláez, solicita la confirmación de la sentencia apelada por cuanto:

1 No se indicaron las normas consideradas más favorables por la actora.

2 No son aplicables los principios penales a las actuaciones administrativas.

F. Consideraciones de la Sala.

Tres son los puntos jurídicos en torno a los cuales gira el debate. Al respecto se considera:

1 Aplicación del principio de favorabilidad a las sanciones de índole administrativa.

No se comparte la tesis de la apelante en el sentido de que este principio se debe aplicar cuando quiera que se impongan sanciones administrativas, pues, en esa materia, y específicamente en relación con el derecho económico, prevalece un interés relacionado con el orden público económico, que exige el que sus normas tengan efecto general inmediato, sin que haya lugar a pretender las consecuencias que se predican a este respecto de las normas penales. Clara es la norma constitucional cuando refiere la aplicación de la favorabilidad exclusiva-

mente "en materia criminal" (artículo 26). No desconoce la Sala que en algunos aspectos administrativos se aplica el principio de la favorabilidad pero ello acontece por virtud de la existencia de leyes que específicamente lo consagran para tales áreas, como sucede, por ejemplo en el campo tributario. Por lo demás, se reitera lo que sirvió de fundamento a la sentencia del Tribunal para desestimar el cargo, esto es, el hecho de que el demandante ni siquiera hizo mención a las normas que se consideraban "más favorables".

2 Aplicación de las normas penales a los casos del derecho administrativo sancionador. Es ya reiterada la jurisprudencia de esta Superioridad en el sentido de excluir del derecho sancionatorio la normatividad y por ende la metodología penal. Es claro que el Derecho Administrativo es independiente respecto de aquél, aún en su aspecto sancionatorio, dada la existencia de una normatividad regulada por principios propios, autónomos que consultan unas finalidades y procedimientos muy distintos de los del derecho penal.

Este, según la dogmática, escoge institutos jurídicos que considera dignos de tutela, por los más variados motivos, aún de índole moral, y supone que al imputar una sanción de tipo penal (prisión arresto, multa etc.) a las conductas que puedan poner en peligro o afectar tales institutos, los protege de dichos ataques, dado el desestímulo que ello implica para el potencial sujeto activo del hecho punible.

Como la pena es por lo general privativa de la libertad, es esencial para su procedimiento sancionatorio la contemplación clara y específica de una notas características, por ejemplo: principio de favorabilidad, el derecho de defensa, la legalidad del delito, del procedimiento y de la pena, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en los hechos punibles, etc. Es una metodología y técnica propias de ese derecho.

El Derecho administrativo sancionatorio, por el contrario, tiene finalidades propias, que en al campo económico, consultan, como se dijo, al orden público económico, y por lo mismo utiliza mecanismos para hacer cumplir sus preceptos que en general tiene que ver con sanciones de índole patrimonial. En materia económica, por ejemplo, no se puede sacrificar el superior interés del Estado so pretexto de aplicar principios extraños, que no cumplen utilidad alguna en el ámbito administrativo y sí, entorpecen las actuaciones administrativas, impidiéndoles cumplir con los objetivos para los cuales se adelantan.

No se quiere decir que no existan en común, eventualmente, algunas notas características de ciertos principios, ejemplo de lo cual pueden ser los principios orientadores definidos en el artículo 3 C.C.A., entre los cuales está el de contradicción, ligado estrechamente al derecho de defensa, tanto como que es su reflejo en materia administrativa, pero una cosa es advertir tal similitud y otra pretender, a raíz de ella, la plena intromisión de la metodología, técnica y aún la normatividad penal en el campo administrativo.

Es decir, se evidencia la semejanza, pero se deja claro dónde termina ésta, y dónde comienzan las órbitas particulares de cada rama del derecho.

El asunto que nos ocupa es ejemplo de ello. La normatividad penal invocada encuentra plena operancia en su campo propio, no así en el administrativo sancionatorio, siendo por tanto ajeno a este y careciendo en consecuencia de aptitud para servir de criterio evaluador de la conducta de la administración.

3 Inclusión de las cesantías consolidadas en el concepto de pasivos para con el público definido en el Decreto 1325 de 1983 artículo 20.

Como lo infiere con el acierto a-quo, el sentido o espíritu de la norma que establece que la relación entre el capital pagado y reservas y el total del pasivo máximo para con el público, no podrá exceder de 1 a 30, es la protección a los ahorradores y añadiríamos, a todo aquél que tenga acreencias contra la entidad, de modo que se busca con ella que exista una proporción entre las partidas que representan el desarrollo de las actividades propias de la entidad y los rubros patrimoniales que son garantes de aquéllas para los eventos de riesgo que ofrece el sector financiero.

En este orden de ideas, no se encuentra razón alguna para excluir conceptos como el de las cesantías consolidadas, de los pasivos para con el público, según la noción del Decreto 1325 de 1983 y por el contrario, se evidencia la necesidad de incurrirlas en ese pasivo.

Por las anteriores consideraciones, no se estiman de recibo las argumentaciones de la recurrente y en consecuencia se habrá de confirmar la providencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 5 de abril de 1990 proferida en el proceso 87-D-405 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn. Jorge A. Torrado, Secretario.*

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/DECLARACION TRIBUTARIA-Presentación

En los artículos 23 y 30 del Decreto 80 de 1984 no se dice, expresamente, que la presentación de la declaración de renta en lugar distinto del que pertenezca a la dirección informada, tenga como consecuencia la "inexistencia" de tal declaración. Como el procedimiento conocido no consagra causales de inexistencia, sino de nulidad, y éstas son de derecho estricto, vale decir, que deben ser materia de institución taxativa, mal se podía haber "inferido" alguna, del texto de las invocadas disposiciones (Ejercicio fiscal 1986).

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/NOTIFICACION/EMPLAZAMIENTO-Ineficacia

No existe, entre emplazamiento y citación, otra diferencia que la referente al momento en que el interesado debe comparecer ante la autoridad competente, pues mientras en la citación se señalan día y hora para tal efecto, el emplazamiento sólo fija el plazo hasta el cual es lícito acudir al llamamiento. Si como se probó, el "emplazamiento" que supuestamente libró la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué no fue notificado por correo, ni personalmente, no cabe duda de que el mismo careció de cualquier eficacia, como presupuesto previo del aforo practicado. (ejercicio fiscal 1986).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D. E., abril cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Referencia: Radicación 2909. Apelación sentencia de febrero 8 de 1990, del Tribunal del Tolima, en juicio de revisión y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios, por la vigencia fiscal de 1986. Actor: Alvaro Alfonso Dávila Reina. FALLO.

La Dirección General de Impuestos Nacionales, con escrito presentado en término, por conducto de apoderado, apela de la sentencia de primer grado, de 8 de Febrero de 1990, parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el juicio de restablecimiento promovido por el contribuyente, señor ALVARO ALFONSO DAVILA REINA, Nit. : 75.143.605 C, respecto de actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta y complementarios del período impositivo de 1986, a saber, la liquidación de aforo No. 020 de 16 de Diciembre de 1987 y la Resolución No. 027 de 30 de Mayo de 1988, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué.

Sobre el recurso, surtido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

La oficina liquidadora explicó haber practicado el aforo con su correspondiente sanción, previo "emplazamiento" notificado por edicto, no obstante obrar en su poder la declaración de renta del ejercicio, en virtud de que ésta aparecía presentada en Bogotá, pero con una dirección de El Espinal, en el departamento del Tolima, no encontrando, así, cumplido el "deber moral de declarar", conforme al artículo 30 del decreto 80 de 1984.

Por su lado, el funcionario que resolvió el recurso gubernativo, tras el examen de la declaración en cuestión, que tuvo "como no presentada", y de una declaración, por el mismo año gravable, radicada en El Espinal, con fecha 26 de Agosto de 1987, puntualizó que por haberse librado el "emplazamiento" el 21 de Agosto de 1987, esta última, según lo dispuesto por el artículo 23 del decreto 3803 de 1982, no afectaba el aforo.

Con todo, accedió a reducir la sanción, en el 50%, con apoyo en la misma disposición.

LA DEMANDA

A partir de la aducida violación de los artículos 31 de la ley 52 de 1977 y 15, 17, 44, y 71 del decreto 2053 de 1974, el actor sostuvo, en resumen, contra lo afirmado en los actos acusados, haber satisfecho oportunamente la obligación de declarar, como lo desmostraría el ejemplar de la declaración de renta, con

radicación "001741 Mayo 25/87. 2994 DIN BOGOTA", remitido por el coordinador del "Programa de Recepción, Feria Exposición" a la Administración de Ibagué, no hallando, de otro lado, que el artículo 30 del decreto 80 de 1974, invocado por los funcionarios impositivos, dispusiera desechar la declaración presentada, de buena fe, en lugar distinto del ahí indicado, pero sí tomar ciertos guarismos de aquélla, o "coger todo lo bruto" de la misma, haciendo a un lado los costos, deducciones y pasivos demostrados en sus anexos, en contravía los artículos 15, 17, y 44 del decreto 2053 de 1974.

Aparte de esto, la segunda declaración, radicada en El Espinal cinco días después de publicado el emplazamiento y antes de practicarse el aforo, contendría los mismos datos numéricos, anexos y pruebas de la original, hecho demostrativo de lo que se pretendía era cumplir la obligación tributaria y no evadirla.

LA SENTENCIA

Dentro de un primer aspecto de la controversia, el a quo considera que por haberse presentado la declaración en lugar distinto del que correspondía, según la dirección anotada en ésta, no se había cumplido, en efecto, el deber formal de declarar, en los términos del artículo 30 del decreto 80 de 1984 citado por la Administración.

Advierte, sin embargo, que, para el aforo, ésta se sirvió de los datos sobre ingresos contenidos en tal declaración, no así de los referentes a los costos, deducciones y descuentos también informados en aquélla y que, por lo demás, llenaban los requisitos de admisibilidad de los artículos 56 y 57 del decreto 2053 de 1974 y se debían imputar como tales, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 15, 17, 44 y 71 ib., no encontrando, razón legal valedera para que dichos ítems se hubieran excluído del acto liquidatorio, menos cuando la Administración había guardado absoluto silencio sobre los mismos.

Declara probados los cargos de violación esgrimidos por el demandante y procede a hacer una "liquidación sustitutiva", con arreglo a los ingresos y egresos denunciados en la segunda de las declaraciones presentadas, e inclusión de la sanción de aforo reducido, pero porcentuada a las nuevas cifras.

LA APELACION

La impugnación viene sustentada en el supuesto de haber obrado la Administración, con estricta sujeción a la equidad y a las disposiciones legales invocadas, en su momento, con respecto a cada uno de sus actos, en particular, los artículo 23 y 30 del decreto 80 de 1984 y 23 del decreto 3803 de 1988, cuyos textos se reproducen, que le darían razón a aquélla, contra lo expuesto en el fallo apelado, más si se tomara en cuenta que el artículo 14 del decreto 2503 de 1987, o 580 del Estatuto Tributario, "nos dice que no se entenderá cumplido el deber

de presentar la declaración tributaria o (sic) cuando la declaración no se presenta en lugar señalado para tal efecto....".

ALEGATOS

El actor, en defensa de las pretensiones a que accedió el a quo, manifiesta ratificarse en la totalidad de los hechos y fundamentos de derecho de la demanda y pide confirmar la decisión estimatoria, por hallarse conforme a los principios de equidad y justicia que se pregonan en el artículo 683 del Citado Estatuto Tributario.

La parte opositoria, a su vez, admite que la liquidación de aforo se basó en la información de la declaración de renta presentada en Bogotá, por que el contribuyente no atendió el emplazamiento; pero afirma que dicho acto liquidatorio debiera estar fundado en los datos y cifras de la declaración radicada en El Espinal, como lo sostiene y acepta el juez de la instancia, primero, por que la Administración no habría tenido conocimiento de tal declaración, sino con ocasión del recurso promovido por el contribuyente; y, segundo, porque éste no lo pidió así, habiéndose limitado a informar el hecho de la presentación de esta declaración, mas sin que "en ninguna parte de su escrito (estuviera), solicitando el reconocimiento de costos y deducciones, ni audicionando (sic) nulidad de la liquidación de aforo por falta de tal reconocimiento...."

Así las cosas, la resolución del recurso se habría proferido en consonancia con el petitum del mismo, en guarda del principio de la congruencia que, al contrario, se hubiera transgredido de haberse fallado "extra petita", ello es, reconociéndose un derecho no reclamado; mientras que, por otro aspecto, se tendría que decir configurado el fenómeno del "indebido agotamiento de la vía gubernativa", pues se trataría de un hecho no discutido o ventilado, que solo vino a proponerse en la demanda, encontrándose, así, "inhabilitado" el a quo para resolver el mismo, menos favorablemente, o declarando "la nulidad de los actos administrativos demandados, bajo la misma premisa...."

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Del "indebido agotamiento de la vía gubernativa", que es la única cuestión analizada concretamente en la vista fiscal, se dice que a pesar de la forma "antitécnica, vaga e imprecisa" como se presentaron en el recurso los motivos de inconformidad, resulta cierto que se cuestionó toda la liquidación de aforo, "y en estas condiciones hay que convenir que el recurso igualmente discutía la no aceptación de los costos y deducciones", no dándose el fenómeno esgrimido por la parte demandada y debiendo, en consecuencia, confirmarse el fallo apelado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según aparece en el cuaderno de antecedentes, el contribuyente reclamó

la liquidación de aforo, bajo la afirmación y prueba de haber presentado, incluso dos veces, la declaración de renta del período discutido, y puede afirmase como bien se dice en el concepto fiscal y así lo entendió el funcionario de la instancia gubernativa, que se impugnaba **íntegramente** dicha liquidación, esto es, la totalidad de los conceptos y cifras adversos al reclamante.

No es exacto, por tanto, que se hubiera configurado el indebido agotamiento gubernativo, ni menos que por haberse reformado **parcialmente** la liquidación de aforo, tanto en el proceso administrativo como en el judicial, se hubiera fallado en más de lo pedido.

Tampoco es cierto que dicha liquidación exhibiera la plenitud de las formas procesales, como se pretende.

En efecto, en los artículos 23 y 30 de l decreto 80 de 1984, no se dice, expresamente, que la presentación de la declaración de renta en lugar distinto del que pertenezca a la dirección informada, tenga como consecuencia la "inexistencia" de tal declaración. Como el procedimiento conocido no consagra causales de inexistencia, sino de nulidad, y éstas son de derecho estricto, vale decir, que deben ser materia de institución taxativa, mal se podía haber "inferido" alguna, del texto de las invocadas disposiciones.

Otra cosa es que, ante el evidente vacío, el legislador de emergencia, en el artículo 14, letra a, del decreto 2503 de 1987, o 580 del Estatuto Tributario, hubiera hecho las pertinentes precisiones en el punto; pero como por la época en que el contribuyente presentó su primera declaración, el 25 de Mayo de 1987, el precepto en cuestión no había empezado a regir, ciertamente no era aplicable el caso, mucho menos cuando el original de la declaración "mal" presentada, con todos sus anexos, se había remitido, por conducto oficial, a la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, con oficio del 18 de junio del mismo año de 1987.

En segundo término, "emplaza" es, fundamentalmente, "citar", no existiendo, entre emplazamiento y citación, otra diferencia que la referente al momento en que el interesado debe comparecer ante la autoridad competente, pues, mientras en la citación se señala día y hora para tal efecto, el emplazamiento solo fija el plazo **hasta el cual** es lícito acudir al llamamiento.

Ahora bien, disponía el artículo 3o. del decreto 3803 de 1982, que las "citaciones", entre otros actos procesales de la Administración, debían "notificarse por correo o personalmente", y que solo tratándose de las providencias que decidieron recursos, respecto de las cuales no se hubiera obtenido comparecencia "Personal", cabía la notificación por "edicto"

Consiguientemente, si , como se probó, el "emplazamiento" de 21 de Agosto de 1987, que supuestamente libró la Administración de Impuestos

Nacionales de Ibagué, no fue notificado por correo, ni personalmente, no cabe duda de que el mismo careció de cualquier eficacia, como presupuesto previo del aforo practicado. Y no se diga que, por entonces, se ignoraba la dirección domiciliaria del emplazado, pues ésta figuraba en la declaración de renta, según se anotó antes, se remitió a la citada Administración el 18 de Junio de 1987 y se recibió por la misma el 11 de Agosto siguiente, según nota visible al margen del oficio remisorio.

Resumen de lo expuesto, es que la primera declaración presentada por el contribuyente, el 23 de Mayo de 1987, satisfacía los requerimientos de forma y término, y que aún siendo éstos discutibles, la absoluta ineficacia del "emplazamiento" que se dijo librado, imponía a la Administración el reconocimiento de los conceptos y cifras denunciados en la segunda, la de 26 de Agosto de 1987, o bien, la revisión oficiosa de ésta, facultad no ejercida.

Derívase, pues, que la protuberante ilegalidad, tanto del aforo como de la sanción correlativa, debió dar lugar, en el juicio, a un pronunciamiento anulatorio de toda la actuación administrativa y, de suyo a título de restablecimiento, confirmatorio de los factores de liquidación privada,

Sin embargo, dado que la Administración es apelante única, por el principio de la Reformatio in pejus", se debe mantener el fallo impugnado tal como fue proferido.

Por lo expuesto en 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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Medellín/TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO/ACTIVIDAD COMERCIAL

Quien ejerce actividad comercial en un municipio distinto de donde ejerce la industrial, debe tributar allí sobre tal actividad, y ese municipio tiene derecho a cobrar el impuesto en relación con las ventas realizadas en su jurisdicción como comerciante. Además, dichos establecimientos deben inscribirse en el registro mercantil de dicho municipio y en el registro de contribuyentes del impuesto de industria y comercio que debe llevarse y al hacerlo se define la actividad que va a desarrollar en esa área, y su contabilidad debe permitir determinar el volumen de lo ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en cada uno de los municipios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., doce (12) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente No. 2541. Actor: Industrias Phillips de Colombia S.A. C/Municipio de Medellín. Impuestos (Industria y Comercio). FALLO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 3 de Marzo de 1989 que negó las súplicas de la demanda incoada por la actora contra los actos determinantes del impuesto de industria y comercio liquidados por el municipio de Medellín a cargo de la Industrias Phillips de Colombia S.A., por la vigencia de 1985.

ANTECEDENTES

La actora presentó su declaración de Industria y Comercio correspondiente al año fiscal de 1984, el 16 de Abril de 1985, radicada bajo el número 12.292. El Departamento de Impuestos de Medellín dictó la resolución No. 21 del 25 de noviembre de 1985 y fijó un impuesto mensual de $150.000 a partir del 1o. de enero de 1985.. Interpuesto contra ella recurso de reposición fue desatado desfavorablemente según resolución 1974 de 3 de junio de 1986, la que apelada, fue confirmada por la Resolución No. SH 1.782 de julio 18 de 1986, que agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 1986 (fls. 176 a 188) la actor solicitó la nulidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto de Industria y Comercio a su cargo por la vigencia fiscal de 1985, en razón de su establecimiento de comercio ubicado en la carrera 50 No. 32-134 de Medellín. Pidió igualmente que se le restablezca en su derecho. En la demanda argumenta que le gravaron actividades no realizadas en Medellín, pues allí no efectúa ventas de sus productos, sino que ello ocurre en Bogotá y Barranquilla, donde la actora tiene las fábricas de los artículos que vende. Así mismo que se fijó la base gravable de forma irreal, no atendiéndose a que en Medellín solo tiene un taller de reparaciones. Sostiene que de la visita practicada no se levantó acta y se variaron los datos contenidos en la liquidación privada sin haberse desvirtuado la presunción de veracidad que la ampara, no dandosele valor probatorio asignado por la ley a las certificaciones expedidas en debida forma por el revisor fiscal de la demandante. Acusó como violadas y explicó el concepto de violación de las siguientes normas: Leyes 9a./83; artículo 98 145/60 artículos 1o. y 9o.; Acuerdo 47/83 artículos 1o., 15o., 20, y 52 numeral 4 y Acuerdo 22/80 artículos 1o. y 22.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal analizó el hecho generador del impuesto tal como lo señala el artículo 1o. del acuerdo No. 47/83, que se configura con base en el desarrollo de la actividad industrial, comercial o de servicios, (fls. 256 a 266) ejercida en forma permanente o esporádica, realizada en un establecimiento de comercio, conforme lo ordena el artículo 515 del Código de comercio o en local que no reúna tales características. Esboza las actividades que no pueden considerarse como mercantiles, tales como la entrega y el pago y que son consecuencias de la obligación contraída, ni las realizadas fuera del territorio municipal. Hace el estudio de las certificaciones firmadas por contador público aportadas como pruebas y destaca la visible a folio 230 en la cual aparece la compra realizada por la Cooperativa Cafetera Central de la cual concluye que los pedidos se realizaron en Medellín, de donde resulta que el hecho o actividad gravable se efectuó en dicho Municipio. Observa que las demás certificaciones no se puede concluír si

la venta se hizo en Medellín, Bogotá o Barranquilla. Consideró, con el Consejo de Estado, que el valor probatorio de las certificaciones expedidas por contador, depende en gran parte del mayor o menor grado de convicción que pueda deducirse del acervo probatorio que obra en el expediente, y como las pruebas aportadas demuestran que las actividades mercantiles se realizaron en Medellín, es allí doride deben declarase y gravarse, para concluir denegando las súplicas de la demanda.

LA APELACION

A folios 268 a 274 la apelante anota los siguientes errores a la sentencia: 1) No puede afirmarse, luego de analizar la factura visible a folio 230, que la venta se realizó en Medellín porque la factura fue elaborada en Bogotá y en Medellín se realizan los pedidos y los pagos; 2) No considera que una certificación emanada de contador público desvirtúe otra también de profesional de la misma categoría, sin que exista contradicción entre ellas. 3) No admite haber omitido en la declaración ventas realizadas en Medellín, porque allí solo se tiene taller para reparar productos vendidos; 4) No dar crédito a la declaración por haberse presentado extemporáneamente, cuando en ella se incluye el producto de venta de respuestos y aparatos electrodomésticos; 5) No haber practicado liquidación oficial ni de aforo y atenerse solo a informes que no cumplen requisitos legales para proferir la resolución No. 021 de noviembre 25 de 1985; 6) La sentencia desconoce el acuerdo No. 47/83 en su artículo 20 que dispone pagar el gravamen sobre la actividad industrial en el municipio donde se tiene la fábrica o planta industrial.

EL MINISTERIO PUBLICO

Considera el Fiscal Sexto que la materia imponible (hecho generador) es el ejercicio en una jurisdicción municipal de la actividad industrial, comercial o de servicios y la base gravable es el promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior, obtenidos por el contribuyente. Expresa con fundamento en el decreto 3070/83 que quienes desarrollan actividades industriales, comerciales o de servicios en varios municipios, deberán registrar su actividad en cada uno de ellos y llevar registros contables para determinar el volumen de las ventas en dichos municipios, la que constituye la base gravable. Transcribe parte de la sentencia que anuló el inciso 2o. del artículo 1o. del decreto 3070/83 para concluír que la actora no tiene en Medellín un taller de reparación y servicios y que no existiendo datos contables, el municipio tuvo razón al determinar el impuesto de industria y comercio en la resolución impugnada, pues se efectuaron operaciones facturadas en otros municipios, pero que se realizaron en Medellín (fl. 230). Concluye solicitando se confirme la sentencia apelada porque efectivamente se realizaron operaciones no declaradas por 1984.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala en la determinación del impuesto de industria y

comercio a partir de la vigencia de la ley 14/83, se clasificaron los elementos de este impuesto y se determinó, unificando la base gravable conforme con la actividad desarrollada, que deben tener en cuenta los municipios para la determinación de dicho impuesto. Por ello el hecho generador del gravamen es el de desarrollar en la jurisdicción municipal una actividad industrial, comercial o de servicios y a la base gravable constituida por los ingresos se aplica la tarifa correspondiente.

Como la ley 14/83 no contempló el caso de contribuyentes que realicen actividades sometidas al impuesto de industria y comercio en varios municipios, es procedente dar aplicación al artículo 1o. del Decreto 3070/83 en cuyo inciso 1o. se dispone: "los contribuyentes que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios en más de un municipio, a través de sucursales o agencias constituídas de acuerdo con lo definido en los artículos 263 y 264 del Código de Comercio o de establecimientos de comercio debidamente inscritos, **deberán registrar su actividad en cada municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios. Tales ingresos constituirán la base gravable"** (Subraya la Sala).

Conforme a lo anterior, quien ejerce actividad comercial en municipio distinto a donde ejerce la industrial, debe tributar allí sobre tal actividad y ese municipio tiene derecho a cobrar el impuesto en relación con las ventas realizadas en su jurisdicción como comerciante. Además, dichos establecimientos deben inscribirse en el registro mercantil de dicho municipio y en el registro de contribuyentes del impuesto de industria y comercio, que debe llevarse y al hacerlo se define la actividad que se va a desarrollar en esa área y su contabilidad debe permitir determinar el volumen de los ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en cada uno de los municipios. Para el caso cuestionado la demandante tiene un establecimiento en Medellín, donde realiza operaciones mercantiles, porque presta servicios y vende accesorios. Pero según se observa, las ventas se realizan desde las fábricas de Bogotá y Barranquilla (fls. 26, 27 y 28) sin llevar registros contables que permitan determinar con certeza el volumen de ingresos por operaciones efectuadas en Medellín. De lo anterior se concluye que en dicha ciudad la actividad de la actora va más allá de un simple taller de reparaciones y servicios, sin datos contables ciertos por medio de los cuales se logre establecer la verdadera base imponible, lo que lleva a la Corporación a considerar que al departamento de Impuestos Municipales de Medellín le asiste la razón al practicar la liquidación demandada, desconociendo las informaciones y datos de la actora e incluir en tal acto administrativo las ventas realizadas en Medellín, aunque se hallan facturado en otro lugares del país, como se deduce de la certificación invocada como prueba por la parte demandante.

Obró acertadamente el Municipio al pedir las pruebas visibles a folios 202 y en la cual consta la suscripción de un contrato escrito con las Empresas Públicas de Medellín por $11.304.000 y otro verbal por $573.540, a más del

visible a folio 230 por $7.343.759, en el que se lee que "El lugar donde se realizaron los pedidos y los pagos fue la ciudad de Medellín; las facturas figuran elaboradas en Bogotá.

Las anteriores consideraciones conducen a no aceptar las pretensiones de la demanda, y confirmar en todas sus partes la sentencia apelada.

En tal virtud el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahin Lizcano, -Ausente-, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS/BASE GRAVABLE-Determinación/**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL/FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL**

Cuando el Alcalde municipal de Cúcuta fijó por medio del decreto 441 de 1988 un impuesto mensual a los juegos permitidos -bingos y esferódromos-, ejerció una atribución que no le era propia dentro de las específicas asignadas al Jefe de la Administración Municipal en el artículo 132 del Decreto 1333 de 1986 y que por el contrario, corresponde a las Asambleas Departamentales. El decreto demandado establece un impuesto diferente al regulado por la ley para los llamados juegos permitidos, pues establece un cobro fijo mensual, con incremento anual y no sobre el valor de los tiquetes o boletas como lo establece la ley. O sea, además de carecer de competencia, creó un impuesto no contemplado en la ley.

DECRETA LA NULIDAD del Decreto 441 de 1998 (noviembre 30), expedido por el Alcalde Municipal de Cúcuta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, Abril doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3037. Apelación sentencia de 6 de Abril de 1990 del Tribunal Administrativo del Norte de Santander en juicio de nulidad del Decreto 441 de 30 de noviembre de 1988, expedido por el Alcalde Municipal de Cúcuta. Actor: Justo Pastor Torres Velandia. FALLO.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor JUSTO

PASTOR TORRES VELANDIA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio de la cual se declaró inhibido para fallar sobre la nulidad del Decreto 441 de 30 de Noviembre de 1988, expedido por la Alcaldía Municipal de Cúcuta.

ANTECEDENTES

Mediante el Decreto 441 de 30 de noviembre de 1988, el Alcalde Municipal de Cúcuta, "en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas en el acuerdo 043 de septiembre 19/88." fijó el impuesto mensual a los llamados juegos permitidos, bingos y esferódromos, en la suma de $ 300.000, con un incremento del 20% anual, el cual se haría efectivo a partir del 1o. de enero de 1989.

Reguló igualmente, los impuestos que por concepto de Avisos y Tableros debían pagar los establecimientos dedicados a esta clase de juegos permitidos.

LA DEMANDA

El Decreto 441 de 1988, fué objeto de demanda, a través de la acción de nulidad, con los siguientes argumentos:

De acuerdo con el artículo 197 de la Constitución Nacional, las atribuciones de los Concejos Municipales deben ejercerse conforme a la ley y no existe disposición alguna que los faculte para regular o reglamentar "impuestos a los juegos permitidos".

En consecuencia, cuando el Consejo Municipal de Cúcuta invistió al Alcalde Municipal de la misma ciudad, de unas facultades que carece y éste ejerció así una competencia que no le era propia, el acto proferido en ejercicio de esas atribuciones, debe ser declarado nulo.

Son las Asambleas Departamentales las que tienen la competencia sobre la reglamentación y gravamen de los llamados "juegos permitidos" y por tanto, el Alcalde Municipal de Cúcuta, al reglamentar su gravamen, invadió la órbita de competencia de la Asamblea, en actuación abiertamente ilegal.

EL FALLO APELADO

Para el Tribunal Administrativo de Norte de Santander la proposición jurídica de la demanda fué incompleta.

En efecto, como en el Decreto 441 de 1988 expedido por la Alcaldía Municipal de Cúcuta y objeto de la demanda, es un acto dispositivo, proferido en desarrollo de un mandato superior del Concejo Municipal, al sustentarse así en

otro jerárquico de rango superior, su legalidad se subordina a la del que lo autoriza y por lo tanto, mientras no se cuestione la legalidad de éste, no puede cuestionarse tampoco la de aquél.

En consecuencia, como la demanda no se refirió al asunto principal, la Sala se abstuvo de pronunciarse sobre el accesorio, inhibiéndose para fallar de fondo.

EL RECURSO DE APELACION

El demandante disiente de la decisión tomada por el Tribunal, afirmando, que no se puede sentar la premisa de que un acto administrativo es legal o lícito, cuando ha sido dictado como fundamento en otro, **en el cual** es evidente el quebrantamiento del orden jurídico. No obstante la presunción de legalidad, el acto reglamentario puede cuestionarse independientemente del acto primigenio, ya que no existe precepto que ordene encausar la acción contra el primer acto generador ilegal.

Afirma que si bien la que se cuestionó fué la legalidad del acto que desarrolló otro ilegal, no se dejó de hacer alusión a aquél, que era en esencia ilícito. La teoría de la proposición jurídica incompleta, está revaluada jurisprudencialmente y no es de recibo ni apreciable en el presente caso.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Para el Fiscal Tercero de la Corporación, la demanda peca por deficiente. A previa vista parece que el acto censurado fuera el Acuerdo del Concejo Municipal de Cúcuta, pero realmente el argumento central es sobre el proceder de la Alcaldía Municipal de la misma localidad. Con base en la presunción de legalidad del Decreto, que solo desarrolló una autorización; la jurisdicción debe mantener su vigencia.

No esta de acuerdo, por el contrario, con la decisión inhibitoria del Tribunal, pues no se dan los elementos necesarios para un fallo de esa naturaleza. Debe éste en consecuencia revocarse y en su lugar proveer de fondo, negando las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Persigue el actor que ésta Corporación declara la nulidad del Decreto 441 de 30 de noviembre de 1.988, por medio del cual el Alcalde municipal de Cúcuta, en cumplimiento de un acuerdo local, fijó el impuesto mensual de los llamados juegos permitidos -bingos y esferódromos- así como lo relacionado con el impuesto de Avisos y Tableros a cargo de los establecimientos dedicados a ésta actividad.

Aunque en la demanda es evidente la ausencia de técnica jurídica, se

puede interpretar sin mayor dificultad que dos son los aspectos fundamentales sobre los cuales recae la acción de nulidad aquí intentada:

1. Que el Alcalde Municipal de Cúcuta, ya por iniciativa propia o por delegación, no tenía competencia para regular lo relacionado con los impuestos a los llamados juegos permitidos, pues ésta atribución impositiva recae exclusivamente en las Asambleas Departamentales.

2. Que la base impositiva fijada en el decreto demandado es nueva y al no existir una ley que faculte su creación, carece de piso legal.

La precisión anterior lleva a la Sala a no compartir la decisión inhibitoria del Tribunal, la cual se basó en el carácter de "dispositivo y no decisorio" que dió al decreto demandado. Cuando en su actuación el Alcalde fija un impuesto a los juegos permitidos, cuantificándolo y estableciendo los procedimientos para su aplicación, incluído el incremento anual, está creando una situación concreta con respecto a las personas que en el Municipio ejercen ésta actividad. Nos encontramos entonces frente a una conducta inequívoca de la administración, con efectos jurídicos frente a terceros y como resultado de la manifestación de la voluntad e inteligencia de una autoridad, en este caso la máxima administrativa del Municipio.

No puede así afirmarse de plano, como se hace en la sentencia apelada , que por cuanto en el acuerdo 043 de 19 de septiembre de 1.988, el Consejo Municipal de Cúcuta "autorizó" al Alcalde para fijar el impuesto, sea indispensable analizar la legalidad de éste para que proceda del estudio de la del acto demandado, pues aclarado que al contener este último una decisión de la administración, como acto administrativo, capaz de producir efectos por sí, compete a la jurisdicción analizar la legalidad del mismo frente al ordenamiento jurídico, de manera independiente a aquel que le dió la autorización.

En consecuencia, la formulación de la demanda es suficiente para un pronunciamiento de fondo, pues ella se dirige a obtener la nulidad del decreto proferido por el Alcalde Municipal en el cual se tomó la decisión de fijar un impuesto, sin que pueda afirmarse que con dicha actuación está simplemente disponiendo al desarrollo de una decisión tomada en el acuerdo, hecho que sí subordinaría su legalidad a la de aquel que está desarrollando. Estando la jurisdicción contenciosa instituída para juzgar la legalidad de los actos administrativos, ésta debe analizarse sin exigir que la acción se encamine inicialmente contra los actos que la antecedieron.

El origen de los impuestos a los llamados juegos permitidos, ya ha sido objeto de análisis por ésta Sala en oportunidades anteriores. Fueron creados por la ley 12 de 1.932 como uno de los mecanismo para obtener recursos para el servicio de los bonos del empréstito patriótico. La ley 69 de 1.946 restableció

dicho impuesto en su artículo 12 y muy posteriormente el decreto 1333 de 1.986 en su artículo 227 lo declaró vigente y en su artículo 228 estableció que sería de propiedad de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá. Por su parte, el Decreto 1222 de 1.986 al establecer en su artículo 62 las funciones de las Asambleas Departamentales, fijó en su numeral 18 la de "reglamentar y gravar los juegos permitidos".

Los impuestos a toda clase de juegos permitidos está vigente, pertenece a los municipios; su regulación está en cabeza de las Asambleas Departamentales y **se cobra sobre el valor de cada boleta o tiquete de apuesta en estos juegos.**

De los anteriores presupuestos surgen, de manera por demás ostensible, dos causales de ilegalidad del acto demandado.

Por una parte, cuando el Alcalde Municipal de Cúcuta **fijó** por medio del Decreto 441 de 1.988 un **impuesto mensual** a los juegos permitidos -bingos y esferódromos-, ejerció una atribución que no le era propia dentro de las específicas asignadas al Jefe de la Administración Municipal en el artículo 132 del Decreto 1333 de 1.986 y que por el contrario, corresponde a las Asambleas Departamentales. Carecía entonces el funcionario de competencia para proferir el acto, causal suficiente para su anulación.

Además de lo anterior, el decreto demandado establece un impuesto diferente al regulado por la ley para los llamados juegos permitidos, pues establece un cobro fijo mensual, con incremento anual y no sobre el valor de los tiquetes o boletas como lo establece la ley. En consecuencia, además de carecer de competencia, creó un impuesto no contemplado en la ley.

De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que el decreto demandado violó de una manera manifiesta normas superiores, motivo suficiente para acceder a su anulación.

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 en todas sus partes, la sentencia de 6 de abril de 1.990, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, en juicio de nulidad del Decreto 441 de 30 de noviembre de 1.988, expedido por el Alcalde Municipal de Cúcuta.

Anúlase el Decreto 441 de 30 de noviembre de 1.988, expedido por el

Alcalde Municipal de Cúcuta, por medio del cual fijó un impuesto mensual a los llamados juegos permitidos, bingos y esferódromos.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente, *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE CONSTRUCCION / SANCION - Determinación

Al iniciar la construcción sin la licencia respectiva, de por sí es un hecho sancionable, pero la gravedad de la misma se mide con respecto al hecho de si tal construcción se ajusta o no a las normas vigentes sobre construcción y urbanismo. El incumplimiento de estas últimas normas da lugar a una sanción del 500% cobrada como recargo adicional del impuesto de construcción. En cuanto a la graduación de la sanción, no debe existir duda de que si el hecho sancionable se presenta como consecuencia de una construcción adicional en una obra debidamente autorizada, la sanción debe aplicarse tomando como base el costo imputable al valor del área adicionada y al impuesto atribuible a la misma y no sobre el área de construcción.

DERECHO DE DEFENSA/VIA GUBERNATIVA- Agotamiento

De la liquidación adicional, en la cual la administración tomó una decisión escrita con respecto a un particular, el contribuyente tenía derecho a conocer sus posibilidades de defensa, si llegare a sentirse afectado por él. Y la omisión de ésta información, indispensable para preservar el derecho de defensa, fue omitido en el recibo discutido, lo cual hace que su expedición deba ser considerada inconveniente y antitécnica frente al particular afectado. La anterior irregularidad del acto administrativo, impide que pueda exigírsele al particular un agotamiento previo de la vía gubernativa de acuerdo con los términos y trámite estricto previstos en la ley, pues no estaba a su alcance saber que recursos y bajo que circunstancias, podía interponerlos ante la administración.

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

Bogotá, D.E., abril doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2968. Apelación sentencia de 11 de diciembre de 1.989 del Tribunal Administrativo de Antioquia en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que adicionaron un impuesto de construcción. Actor: Jaime Gómez A. & Cía. Ltda. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Municipio de Medellín, contra la sentencia del 11 de diciembre de 1.989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Por medio del recibo No. 295123 de 12 de febrero de 1.985, el Departamento de Planeación Metropolitana del Municipio de Medellín liquidó un recargo adicional sobre el impuesto de construcción establecido inicialmente en la licencia de construcción No. 09813-83, a cargo de la sociedad actora, por la edificación ubicada en la circular 73B No. 39-54.

En memorial radicado el 11 de abril de 1.985 y referenciado como: "Solicitud de devolución de lo indebidamente pagado" el representante legal de la sociedad "JAIME GOMEZ A. Y CIA. LTDA" solicitó al Alcalde de Medellín , previo un pormenorizado recuento de los hechos que dieron lugar a la adición y los fundamentos de derecho en que basaba su petición, declarar la nulidad del recibo de pago No. 295123; establecer como único monto a pagar por la sociedad el inicialmente liquidado al expedir la licencia provisional y ordenar la devolución del mayor valor pagado por su representada.

El Jefe del Departamento de Control Urbanístico de Planeación Metropolitana, al conocer de "la solicitud de devolución de lo que se supone indebidamente pagado" no accedió a las solicitudes presentadas, en Resolución No. 42 de 3 de junio de 1.985. Contra dicho pronunciamiento la sociedad interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, petición resuelta por medio de la Resolución 50 de 15 de julio de 1.985 del mismo despacho municipal, en la cual se negó la procedencia de tales recursos al considerar que en la Resolución 42 de 1.985, se estaba dando respuesta a una solicitud de revocatoria directa, contra la cual no procedían los recursos interpuestos por la sociedad.

LA DEMANDA

La sociedad actora enfoca su demanda a la declaración de nulidad del recibo o comprobante de pago No. 295123 de 12 de febrero de 1.985 al igual que de las Resoluciones 42 y 50 del mismo año, actos todos expedidos por el

departamento de Planeación Metropolitana de Medellín. De manera subsidiaria plantea la devolución de las sumas de dinero indebidamente pagadas que resulten probadas en el proceso.

Afirma que la actuación administrativa violó la ley cuando al establecer la sanción del 500% consagrada en el art. 168 del Acuerdo 22 de 1.980, tomó como base para su liquidación el total del área construída y no la diferencia entre los metros cuadrados aprobados en la licencia provisional de construcción y los realmente construídos, es decir, aplicarla únicamente sobre la mayor área construída.

Que se incurrió también en violación de preceptos constitucionales, por cuanto ni en la actuación administrativa demandada ni en las decisiones tomadas por Planeación Metropolitana se indicaron los recursos que procedían sobre dichas decisiones, ante que autoridades y dentro de que plazos, desconociendo así la garantía del debido proceso. Se incumplieron también normas de procedimiento sobre la debida notificación de las actuaciones administrativas, su debida motivación y la indicación de los recursos. Todo lo anterior conlleva a que el acto de liquidación demandado fué expedido en forma irregular.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Antioquia limitó las consideraciones que respaldaron su decisión a esclarecer si la actuación por medio de la cual se aplicó una multa a la sociedad actora, liquidándola sobre el total de la construcción realizada y no sobre la adición que la originó, se ajustó a derecho.

Previo el análisis de las correspondientes normas locales, concluyó que le asistía la razón a la demandante en sus pretensiones y procedió a anular la liquidación del recargo adicional, así como las dos Resoluciones expedidas por el Jefe del departamento de Control Urbanístico de Planeación Metropolitana, en las cuales se negó una solicitud de devolución y la concesión de los recursos de reposición y apelación.

Una de las integrantes de la Sala, salva voto, pronunciándose en forma adversa sobre el mismo aspecto de fondo.

EL RECURSO DE APELACION

En el recurso instaurado por el apoderado judicial del ente demandado, se identifica plenamente con los argumentos del salvamento de voto de la sentencia de primera instancia, insistiendo en que si bien es cierto que la construcción se inició con la correspondiente licencia provisional, si al efectuar la revisión para la licencia definitiva se encontró que esta no cumplía con las normas sobre área total construída, pues la había excedido, el recargo adicional se debió liquidar sobre el total de impuesto a pagar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Tercero de esta Corporación, Jaime Ossa Arbeláez, observa que el Tribunal avocó el estudio de fondo, dando por sentado el procedimiento y agotadas debidamente las impugnaciones y recursos.

Afirma que: "Es regla procedimental invariable , que para recurrir previamente ante la jurisdicción Contencioso Administrativa se requiere el agotamiento de la vía gubernativa "mediante acto expreso o presunto por silencio negativo" tal como se pregona en el artículo 135 del C.C.A. , modificado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1.989".

Por cuanto el recibo o comprobante de pago No. 295123 elaborado el 12 de febrero de 1.985 es el acto de la Administración sobre el cual el particular centró su solicitud, debió ser objeto de agotamiento de la vía gubernativa dentro de los términos legales, y no las resoluciones que simplemente estaban dando respuesta a una solicitud de devolución de dineros. Pero como el correspondiente recurso no fué interpuesto dentro de la oportunidad legal -los cinco días siguientes a su notificación- es de entenderse que hubo una manifestación de aceptación y conformidad con la conducta de la Administración.

Sin haberse efectuado el debido agotamiento de la vía gubernativa, la revisión jurisdiccional del acto no es procedente, imponiéndose por el contrario un fallo inhibitorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Inicialmente la Sala precisa que al plantearse en una demanda cargos que hagan relación a vicios cometidos en el procedimiento seguido por la Administración para expedir sus actos, estos deben ser analizados primordialmente por el fallador, pues de ser procedentes darían lugar a declarar la nulidad de la actuación, sin necesidad de pronunciamiento sobre los aspectos de fondo debatidos.

Y precisamente el aspecto relacionado con la formulación que hace la demanda sobre la expedición irregular del acto de liquidación , en el cual se omitió la indicación de los recursos procedentes y de los plazos para interponerlos, deberá ser analizado primeramente por su incidencia en el debido agotamiento de la vía gubernativa, como requisito previo indispensable para acudir a la jurisdicción.

La decisión administrativa que según la sociedad demandante le ocasionó una lesión, se plasmó en el recibo o comprobante de pago No. 295123, elaborado el 12 de febrero de 1.989 y pagado en el Banco Ganadero el 15 del mismo mes y año. En dicho documento el Departamento de Planeación Metro-

politana de Medellín, liquidó un recargo adicional al ya establecido en la licencia provisional, con respecto a la obra que en esa misma localidad adelantó la actora.

La anterior liquidación adicional es un acto documento en el cual la administración tomó una decisión escrita con respecto a un particular, el cual tenía derecho a conocer sus posibilidades de defensa, si llegara a sentirse afectado por él. Y la omisión de ésta información, indispensable para preservar el derecho de defensa, fué omitido en el recibo discutido, lo cual hace que su expedición debe ser considerada inconveniente y antitécnica frente al particular afectado.

La anterior irregularidad del acto administrativo, impide que pueda exigírsele al particular un agotamiento previo de la vía gubernativa de acuerdo con los términos y trámite estricto previstos en la ley, pues no estaba a su alcance saber que recursos y bajo que circunstancias, podía interponerlos ante la administración. Si la administración no los precisó como lo exige la ley, el contribuyente bien podía, como lo hizo, discutir la decisión y manifestar su inconformidad en la solicitud de devolución de lo indebidamente pagado. Por ello no puede hablarse de que no hubo agotamiento de la vía gubernativa y la Sala procede al estudio de fondo de los planteamientos de la demanda instaurada ante la jurisdicción.

Estos hacen referencia al procedimiento que empleó el Departamento de Control Urbanístico e Interventor de Diseño de Planeación Metropolitana del municipio de Medellín, cuando al cobrar a la sociedad el recargo adicional por la mayor área de construcción en relación con la inicialmente aprobada en la licencia provisional, liquidó una multa de 500% sobre la totalidad del área construída y no simplemente sobre el avalúo del área adicionada.

Ya en otras oportunidades ha manifestado la Sección que los artículos 166 y 168 del Acuerdo 22 de 1.980 del municipio de Medellín, que regulan los aspectos relativos a la obligación de los constructores de proveerse de la respectiva licencia y las sanciones que surgen de dicha obligación, deben interpretarse de una manera armónica. El iniciar la construcción sin la licencia respectiva, de por sí es un hecho sancionable, pero la gravedad de la misma se mide con respecto al hecho de si tal construcción se ajusta o no a las normas vigentes sobre construcción y urbanismo. El incumplimiento de estas últimas normas, da lugar a una sanción del 500% cobrada como recargo adicional del impuesto de construcción. Pero si se ajusta a dichas normas, el recargo es solo del 100% del valor del impuesto.

En cuanto a la graduación de la sanción, no debe existir duda de que si el hecho sancionable se presenta como consecuencia de una construcción adicional en una obra debidamente autorizada, adición que no infrinja las normas sobre construcción y urbanismo, cuya única objeción es carecer de licencia, la sanción

debe aplicarse tomando como base el costo imputable al valor del área adicionada y al impuesto atribuible a la misma y no sobre el total del área de construcción, como en esta oportunidad lo hizo la administración, pues se estaría cobrando sanción sobre la parte que desde el inicio se ajustó a los requisitos legales y obtuvo una licencia previa.

Por lo anterior comparte la Sala la interpretación que del Acuerdo hizo el Tribunal Administrativo de Antioquia, que lo llevó a anular la actuación administrativa demandada y a ordenar la devolución del exceso del recargo en ella determinado.

No ocurre lo mismo con la decisión de aplicar reajuste de acuerdo con el índice de precios al consumidor a la suma que se ordena devolver, basado en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Sabido es que dicha norma se refiere exclusivamente a la liquidación de condenas a cargo de la Nación, que han surgido como consecuencia de su obligación de indemnizar por perjuicios o reparar daños morales o materiales, implicando siempre una disminución de sus bienes o rentas.

Pero si se trata de devolver una suma de dinero que fué depositada por un particular por concepto de impuestos, tasas, contribuciones o **multas** discutidos, como consecuencia de la decisión judicial definitiva éste dinero debe ser reintegrado a quien lo depositó, con el reconocimiento de intereses corrientes, de conformidad con el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo.

Es por lo anterior que la sentencia apelada deberá ser modificada en el sentido de suprimir la actualización monetaria.

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

FALLA

1. Revócase el numeral 3o. de la sentencia del 11 de diciembre de 1.989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la parte que dice : "Valor que será actualizado según lo dispuestò en el art. 178 del C.C.A.". En su lugar se dispone que la devolución allí ordenada se deberá hacer con intereses comerciales corrientes sobre el saldo, desde cuando se hizo la consignación, 15 de febrero de 1.985. (Art. 140 del C.C.A.)

2. En lo demás, 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.

Jaime Abella Zárate, Presiente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DERECHOS DE IMPORTACION / TARIFA - Requisitos

El artículo 7o. del Decreto 2666 de 1.984 plantea dos alternativas diferentes, independientes la una de la otra, para hacerse acreedor al beneficio. En efecto, si la intención del legislador hubiese sido que la exigencia de los requisitos fuere acumulativa, habría consignado en la norma la partícula "y" para dejar sentado sin lugar a dudas, que debía tratarse de mercancías importadas directamente para consumo y a través de un depósito temporal. Como no fue así, la inclusión de la partícula "o" de la posibilidad de aplicar el beneficio en uno u otro caso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. abril doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Consulta de la sentencia de 12 de septiembre de 1.990 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: I.B.M. de Colombia S.A. Radicación 3324. FALLO

En grado de consulta ha llegado a conocimiento de ésta Sala, la sentencia del 12 de septiembre de 1.990, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló la operación administrativa de liquidación de los gravámenes arancelarios practicados por la Aduana Interior de Bogotá, sobre las importaciones amparadas por los manifiestos Nos. 11625 y 11626 de 4 de abril de 1.986, efectuada por la sociedad I.B.M. DE COLOMBIA S.A. Las anteriores liquidaciones fueron confirmadas por las Resoluciones Nos. 2417 de 3 de septiembre de 1.986 y 001332 de junio de 1.987, del Administrador de la Aduana Interior de Bogotá y el Director General de Aduanas, respectivamente.

ANTECEDENTES

La sociedad demandante, al efectuar la liquidación de los gravámenes arancelarios correspondientes a la importación de máquinas para el tratamiento de información, con sus cables y accesorios, ('clasificados en la posición arancelaria 84.53, aplicó al valor CIF de la mercancía declarada en los manifiestos de importación Nos. 11625 y 11626 de 4 de abril de 1.986, una tarifa del 10%.

El 18 de marzo de 1.986, entró en vigencia el Decreto 0896, por medio del cual el Gobierno Nacional elevó del 10% al 20% la tarifa de los gravámenes arancelarios aplicables a las mercancías importadas bajo clasificación 84.53.

Apoyándose en lo dispuesto en el artículo 307 del Decreto 2666 de 1.984, la Aduana Interior de Bogotá, efectuó el 16 de abril de 1.986, una nueva liquidación de los gravámenes arancelarios, reajustando al 20% los inicialmente consignados en la declaración del importador y aplicando además sanciones.

Inconforme con la anterior actuación, la sociedad I.B.M. de Colombia S. A. interpuso los recursos correspondientes en la vía gubernativa, los cuales le fueron resueltos en forma desfavorable a sus pretensiones.

LA DEMANDA

En la demanda se afirma que la operación administrativa acusada y las Resoluciones que la confirmaron, incurrieron en violación del artículo 2o. de la Constitución Nacional, pues los funcionarios rebasaron las facultades que les otorga la ley, cuando transformaron lo que inicialmente se le había asignado a la sociedad como una "Zona Aduanera" en un "Depósito Aduanero", con el único propósito de negarle el derecho a aplicar la favorabilidad prevista en el artículo 7o. del Decreto 2666 de 1.984.

Que violó igualmente el artículo 30 de la Carta, que consagra el respeto a los derechos adquiridos con justo título, pues si la ley previó, que en caso de variación de tarifas arancelarias y cumplidos determinados presupuestos, se aplicaría al importador la tarifa más favorable; demostrado y aún aceptado por la Aduana Interior de Bogotá, que la actora se ajustaba a esos requisitos, no podía desconocerle su derecho a la menor tarifa.

Y en cuanto al artículo 7o. del Decreto 2666 de 1.984, sostiene la demanda que fué erróneamente interpretado por los funcionarios de aduana, cuando le dió a la Zona Aduanera habilitada para la sociedad importadora, el carácter de depósito de aduana y le negó así la posibilidad de aplicar el principio de la favorabilidad que se consagra en dicha norma.

LA SENTENCIA CONSULTADA

Para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las condiciones exigidas en el artículo 7o. del Decreto 2666 de 1.984, para gozar del principio de la favorabilidad en cuanto a la aplicación de los derechos de importación, fueron satisfechos plenamente por la sociedad. El presupuesto básico de la variación de las tarifas, fue demostrado y aceptado por la Aduana Interior de Bogotá. En cuanto al requisito de que las mercancías importadas lo fueran directamente para el consumo o a través de un depósito provisional, por tratarse de dos requisitos alternativos a cumplir, como la mercancía importada por la sociedad lo fué para el consumo directo, tenía derecho al beneficio consagrado en la norma.

Sin pronunciarse sobre el punto que sirvió de base a la Aduana Interior de Bogotá para negar la favorabilidad d a la demandante, procedió a efectuar nuevas liquidaciones sobre los dos manifiestos de importación, aplicando una tarifa arancelaria del 10% , igual a la solicitada por la actora en las correspondientes declaraciones de mercancías.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que la interpretación que efectuó la Aduana Interior de Bogotá, en la actuación administrativa demandada, sobre el alcance del artículo 7o. del Decreto 2666 de 1.984, fue restrictiva.

La norma en comento, que determina que los derechos de importación aplicables a una mercancía serán los vigentes en la fecha de presentación de la declaración o cuando se realice el hecho generador, plantea la posibilidad de aplicar la tarifa más favorable, cuando durante la realización de una importación, se den las siguientes circunstancias:

1. Variación de la tarifa de los derechos de importación, desde la fecha de embarque de la mercancía a Colombia y la presentación de la declaración;

2. Que se trate de mercancías importadas directamente para consumo.

3. O a través de un depósito temporal de aduana (Subraya la Sala).

Parece ser que la diferencia interpretativa de la Aduana, se circunscribe al hecho de considerar la partícula O de la norma, como acumulativa y no disyuntiva, lo cual la llevó a exigir al importador no dos, sino tres requisitos, para gozar del beneficio consagrado en la ley.

Por ésta razón, aunque aceptó que en el presente caso se cumplían dos condiciones legales, centró el motivo de la actuación que originó el reajuste de la tarifa declarada en un 10% a un 20%, en que la mercancía importada no fué

manejada a través de "un depósito temporal de aduana" como en su opinión lo exige la norma, sino por medio del depósito aduanero autorizado a la firma I.B.M. de Colombia S.A., que no puede considerarse como "temporal".

Al respecto la Sala comparte las consideraciones que consignó el Tribunal sobre la forma como debe entenderse la redacción del citado artículo 7o., con la conclusión de que ésta plantea dos alternativas diferentes, independientes la una de la otra, para hacerse acreedor al beneficio. En efecto, si la intención del legislador hubiese sido la exigencia de los requisitos fuere acumulativa, habría consignado en la norma la partícula Y para dejar sentado, sin lugar a dudas, que debía tratarse de mercancías importadas directamente para consumo y a través de un depósito temporal. Como no fué así, la inclusión de la partícula O da la posibilidad de aplicar el beneficio en uno u otro caso.

Es así como, presentada la variación tarifaria entre la fecha de despacho de la mercancía -14 de marzo de 1.986- y la de presentación de las declaraciones respectivas -4 de abril de 1.986- y tratándose de mercancías importadas para entregar directamente al usuario, sin proceso de elaboración o transformación en el país, es decir, bajo el régimen considerado como de "consumo directo" independientemente de que su almacenamiento se hubiese efectuado en un depósito temporal, o sea aquellos lugares habilitados por la Aduana para el almacenamiento temporal de bienes bajo su control, o en depósito de aduana, que son aquellos lugares públicos o privados, en que se permite el almacenamiento de mercancías importadas, sin lugar a dudas la importadora tenía derecho a aplicar en su declaración de mercancías, la tarifa más favorable, por darse las condiciones legales para la procedencia del principio de la favorabilidad.

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

FALLA

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente, *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA / DERECHO DE DEFENSA / DEBIDO PROCESO/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA -Facultades

En los casos de sanciones impuestas por el Superintendente Bancario a entidades de crédito, con base en sus propios informes (dados por el Gerente con respaldo del Revisor Fiscal y del Contador) y por ello sin pedir "previas explicaciones", no incurrió ni en transgresión del "debido proceso", ni en violación del "derecho de defensa".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. doce (12) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2875. Actor: BANCO GANADERO C/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Autoridades Nacionales -FALLO-

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del BANCO GANADERO, contra la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de noviembre de 1.989 en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto en razón de la Resolución sancionatoria dictada por la Superintendencia Bancaria.

El Banco Ganadero fué sancionado por la Superintendencia mediante la Resolución #5723 de noviembre 14 de 1.984 en razón de la situación de desencaje establecido durante el mes de julio de 1.984. La resolución no fué recurrida, sino que directamente acudió ante la jurisdicción en la mencionada demanda de nulidad que fundamentó únicamente en la siguiente argumentación resumida:

Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional porque no tuvo en cuenta las reglas del debido proceso y porque la resolución no contiene prueba de la cual pueda concluírse que el Banco actuó con culpa , ni hay prueba de la "responsabilidad" que pudiera corresponderle por falta de excusa.

Violación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la prueba de la infracción de la responsabilidad del agente, en disposición que ha debido aplicarse por parte de la Superintendencia.

Y, violación del artículo 5o. del Código Penal según el cual está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

La SENTENCIA negó las pretensiones de la demanda, en síntesis por los siguientes argumentos: no se da la violación del artículo 26 de la Constitución tenida en cuenta la función de policía que ejerce la Superintendencia en desarrollo de la cual debe prevenir y conjurar en forma inmediata las situaciones que acusen irregularidad. Las explicaciones previas no se compadecen, en casos como el que se resuelve, con las características de la inspección permanente, ni con la situación de anormalidad que se pretende corregir.

No se acepta el enfoque del artículo 26 que le dió el demandante desde el punto de vista de la legislación penal, pues afirma que la ley regula en forma diferente los procedimientos administrativos y al efecto hizo un análisis de algunos de los artículos de la primera parte del Decreto 01 de 1.984.

Sobre las alegadas violaciones de la ley penal y del procedimiento penal acogiendo la tesis de la diferencia entre la naturaleza de las sanciones administrativas de las propiamente penales, se remitió a la jurisprudencia del Consejo de Estado (Mayo 30 de 1988 expediente No. 1041) reiterada y ampliada en otras cuya referencia citó.

La APELACION sustentada por un nuevo apoderado del Banco presentó un extenso estudio para sostener la tesis de la violación del derecho de defensa por la falta de solicitud de previas explicaciones, así como el debido proceso. Amplía la cita de las disposiciones que considera violadas y a la del art. 26 de la C. N., alegada por el demandante, agrega al 25 de la misma, el "art. 47 de la Ley 45 de 1925" (sic), el literal b) del art. 3o. del Decreto 1939 de 1986 y la Circular interna 013 de 1987 del Superintendente Bancario Primer Delegado (posteriores a los actos acusados) y el art. 375 del Código Penal y concreta la controversia en resolver si los principios rectores de la ley Penal colombiana, tales como el de la tipicidad, el derecho de defensa y la culpabilidad, son aplicables a las sanciones administrativas".

Con este enfoque insiste en que hubo violación del derecho de defensa, con la premisa de que no se le pidieron "explicaciones previas" y que se violó

igualmente el "debido proceso" y culmina con el replanteamiento de la explicación de los artículos 5, 8, 35 y 375 del Código Penal y 215 del C. de P. P. (de los cuales la demanda solamente se refirió al 5o. del C. P. y 215 del C. de P. P.).

El doctor Jaime Ossa Arbeláez en su concepto como Fiscal Tercero, con la misma tesis, reiterada en otros conceptos y con apoyo en cita de más de nueve tratadistas extranjeros de manera vehemente considera igualmente violados los derechos de defensa y del debido proceso, en un extenso estudio de índole general sobre estos temas.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Se observa que los defensores de la tesis del Banco sancionado han ampliado en forma considerable y elevado a un plano académico y doctrinario el tema que fue circunscrito por la demanda a la consideración de que la sanción impuesta por el Superintendente en la Resolución acusada , violó el artículo 26 de la Constitución "porque no tuvo en cuenta las reglas del debido proceso", ni contiene prueba de la culpa y de la consecuente responsabilidad (penal) del banco y violación de los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal y el 5o. del Código Penal.

El acatamiento del principio de congruencia entre la sentencia y la demanda en una jurisdicción eminentemente rogada, como ésta, no permite rebasar los límites trazados por el actor. En consideración a esta observación de índole procesal basada en lo dispuesto por los artículos 137 y 170 del C.C.A., la Sala considera que el análisis que hizo la sentencia objeto de apelación estuvo estricta y formalmente ceñida a estos parámetros y su análisis fué proporcionado y adecuado a los planteamientos de la demanda, sin que le fuera dable estudiar legislación no solamente no invocada por el actor, sino expedida con posterioridad a los hechos que dieron lugar a la actuación administrativa juzgada.

En cuanto a los temas centrales de fondo la Sala reitera su criterio expresado por mayoría en fallos reiterados en el sentido de que en los casos de sanciones impuestas por el Superintendente Bancario a entidades de crédito, con base en sus propios informes (dados por el Gerente con respaldo del Revisor Fiscal y del Contador) y por ello sin pedir "previas explicaciones", no incurrió ni en transgresión del "debido proceso", ni en violación del "derecho de defensa".

Estos dos principios que forman parte de las garantías constitucionales (art. 26) y que también abarcan a la actividad administrativa, no pueden analizarse en los casos particulares sometidos a juzgamiento de esta jurisdicción por las vías del Código de Procedimiento Penal y del código Penal, sino a la luz de las normas especiales que regulan la actividad y la responsabilidad de los funcionarios públicos y que se sustentan principalmente en los artículos 20 y 63 de la Constitución Nacional.

La función de vigilancia, con carácter de policía administrativa permanente, que tiene el Superintendente Bancario (guardián de la "confianza pública" en el sistema bancario), la ejerce dentro de los trámites y procedimientos establecidos en las leyes y normas que regulan la actividad.

Dentro de este esquema, basado en la legislación positiva colombiana que es a la que el juez debe atender en primer lugar, se observa que principios rectores de la ley penal como el de la TIPICIDAD tiene su propia versión en el Derecho Administrativo que no es otro que el principio de "la legalidad" en el sentido de que la actividad de los funcionarios públicos está ceñida a la ley (competencia, procedimientos, forma , etc.) y que implícitamente abarca otro como el de la irretroactividad de la ley; el DERECHO DE DEFENSA está consagrado en los principios de "publicidad" y de "contradicción" a que se refiere, entre otros, el artículo 3o. del Decreto 01 de 1.984 y según este último, los particulares tienen oportunidad de conocer y controvertir las decisiones "por los medios legales" esto es, por los procedimientos establecidos en la ley y el principio de la CULPABILIDAD que el Código Penal establece con relación a las personas **naturales,** hasta ahora no ha dicho la ley cómo puede aplicarse directamente a las personas **jurídicas,** en sus tres modalidades del dolo, la culpa o la preterintención que consagra el art. 35 del C.P..

Estos aspectos fueron ya analizados y expuestos por la Sala en casos similares entre otros en el fallo de 23 de marzo de 1.990 (Rad. #1952 C. Ponente Dra. Consuelo Sarria) y en los del 7 de diciembre de 1.990 (Radicación 1951 - Banco Ganadero y el #2463 Banco de Crédito), a los cuales se remite en esta ocasión, con fundamento en todo lo cual procede confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA

Confírmase la sentencia apelada, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de noviembre de 1.989 en el expediente No. 85-D-2376.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,* ausente, *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JUNTA MONETARIA -Facultades / **SUPERINTENDENCIA BANCARIA** - Facultades /**ENCAJE LEGAL / SANCION POR DESENCAJE**

Para la Sala es de meridiana claridad la constitucionalidad del artículo 23 literal a) de la Ley 7a. de 1.973 y la legalidad de la Resolución 75 de 1.984 que dictó la Junta Monetaria con apoyo en aquella norma. La vigencia de tales normas implicaba la obligación para la Superintendencia Bancaria de imponer la sanción indicada en la ley en razón del desencaje establecido, en cumplimiento de sus objetivos y funciones según lo preceptuado por el literal n) del artículo 3o. del Decreto 1939 de 1.986 orgánico de la Superintendencia Bancaria. Además, la Resolución 75 de 1.984 expedida por la Junta Monetaria goza como todos los actos administrativos de presunción de legalidad y su cumplimientos es obligatorio, mientras no haya sido anulada o suspendida.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. abril doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2879. Actor: BANCO CENTRAL HIPOTECARIO C/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA. AUTORIDADES NACIONALES -FALLO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO contra la sentencia del 2 de noviembre de 1.989 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio promovido por el Banco, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento

del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra los actos sancionatorios expedidos por el Superintendente Bancario.

En razón del desencaje registrado en el mes de febrero de 1.985 por la Sección de Ahorro del Banco, previa solicitud de explicaciones, la Superintendencia mediante la Resolución 6444 de diciembre 15 de 1.986, confirmada por la Resolución 997 de marzo 16 de 1.987 y con fundamento en el artículo 5o. de la Resolución 75 de 1.984 de la Junta Monetaria, le impuso una sanción de $1.750.685. La DEMANDA estuvo encaminada a obtener además la declaratoria de nulidad de las mencionadas resoluciones, a título de restablecimiento del derecho la inaplicabilidad del artículo 5o. de la Resolución 75 de 1.984 de la Junta Monetaria y en consecuencia a declarar que el Banco no está obligado a pagar la multa impuesta, debiendo cancelarse todos los registros de ella.

En resumen, impugnó las resoluciones sancionatorias de haber sido expedidas en forma irregular, por funcionario incompetente y por contener falsa motivación. Consideró el actor que los "desencajes" no están erigidos en hechos sancionables por ninguna ley, sino por un acto administrativo, como es la Resolución 75 de 1.984 de la Junta Monetaria. Invocando el principio de legalidad de la actuación administrativa, consideró incompetente al Superintendente Bancario por cuanto el artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982 solamente lo faculta para aplicar sanciones por violación del "estatuto o reglamento o cualquiera otra norma legal a la que debe estar sometido" y la invocada Resolución 75 de 1.984 es un simple acto administrativo, dictada además sin facultades por haber sido tácitamente derogada la parte del Artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973 que le otorgaba facultades a la Junta Monetaria. Invocó los principios universales del derecho penal que consideró violados por la Superintendencia al actuar sin facultades, mediante procedimientos irregulares y no haber atendido las explicaciones dadas por el Banco como justificación del desencaje (defectos de invèrsión en Nuevos Bonos de Vivienda del Instituto de Crédito Territorial por el incumplimiento del mismo I.C.T.) y para sustentar la acusación citó y analizó parcialmente las siguientes disposiciones legales: de la Constitución Nacional los Artículos 2. 16, 20,23, 26, 28, 55, 76 numerales 2 y 15 y el Artículo 215; de la Ley 58 de 1.982 los Artículos 3 y 5; del Código Penal los artículos 1 y 375; del Código de Régimen Político y Municipal el Artículo 240, inciso 1o.; del Decreto 2920 de 1.982 el Artículo 22; de la Ley 153 de 1.987 los Artículo 3 y 8 ; del Código Civil el Artículo 71 y del Código Contencioso Administrativo los Artículos 28,35,59 y 84.

La SENTENCIA asumió como tema principal de la controversia el de la competencia de la Superintendencia; refutó la argumentación del actor con base en la vigencia y además, constitucionalidad declarada por la Corte Suprema de Justicia del Artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973 y la competencia de la Junta Monetaria para regular lo relativo al encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y analizó uno por uno los cargos formulados por el actor con amplia sustentación en cada uno de ellos. Reiteró la jurisprudencia del Consejo de

Estado sobre naturaleza administrativa y no penal de este tipo de sanciones y estimó no comprobados ni refutados a tiempo los motivos expuestos por la Superintendencia para no haber aceptado las explicaciones presentadas como justificativas del desencaje.

En el recurso de APELACION el actor se queja de no habérsele estudiado y refutado sus argumentos sobre la ilegalidad e inaplicabilidad del Artículo 7o. (sic) De la Ley 7a. de 1.973 y la incompetencia de la Junta Monetaria y del Superintendente y reitera prácticamente todos los argumentos expuestos en la demanda, con otra presentación.

El señor apoderado sustituto de la Superintendencia Bancaria al igual que su antecesora en la primera instancia, presentó un estudio en el que analiza y refuta los planteamientos del demandante.

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas como FISCAL Sexta de la Corporación sustenta la solicitud de confirmación de la sentencia apelada en estudio en el que resume la controversia en los siguientes términos:

1o. Incompetencia del organismo sancionador llegando a la conclusión de no haber sido violados los artículos 22 del Decreto 2920 de 1.982 y 239 de la Ley 4a. de 1.913.

2o. Inexistencia de la infracción y de la sanción, con la conclusión de no presentarse violación de las normas citadas al efecto por el actor como la Ley 7a. de 1.973, Artículo 23 literal a), Artículo 5o. Resolución 75 de 1.984 Junta Monetaria, Artículos 20, 23, 26, 28 y 215 de la Constitución Nacional y los Artículos 22 del Decreto 2920/82 , 3 de la Ley 153 de 1.887 y 240 de la Ley 4a. de 1.913.

3o. Vicios de forma que no los encuentra configurados y

4o. Regulación de la sanción, sobre los cuales comparte y amplía el análisis del Tribunal para concluir que no hubo irregularidad en la expedición, ni violación del derecho de defensa del Banco.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a. La disconformidad del apelante con la sentencia del a-quo se centra en primer lugar en lo que considera una falta de estudio a su argumento de incompetencia de la Junta Monetaria y por ende de la Superintendencia Bancaria para aplicar sanciones por desencaje en virtud de:

a) Manifiesta inconstitucionalidad del Artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973 por cuanto el Artículo 76-12 de la Carta asigna al Congreso la facultad de

revestir pro tempore al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias y el Artículo 23 resulta inaplicable (Artículo 215 C.N.) " no solo por tener un destinatario distinto del único que permite la Constitución, como por no indicar el límite temporal para su ejercicio".

b) El Decreto 2920 de 1.982 reglamentó en su integridad toda la estructura de los establecimientos bancarios y financieros "dotándolos de medidas de protección penal para el cumplimiento de sus funciones y en forma que absorvió las disposiciones de la Ley 7a. de 1.973 dando lugar al fenómeno de la derogación tácita".

La inaplicabiliad de normas distintas a las del Decreto 2920 de 1.982 como la Ley 7a. de 1.973 y la resolución 75 de la Junta Monetaria surge de los dispuesto por los Artículos 239 y 240 del C.R.P.M.

En cuanto al primer aspecto se recuerda que la Ley 7a. de 1.973 adicionó las facultades encomendadas a la Junta Monetaria, en el momento de su creación por la Ley 21 de 1.963 y el Decreto 2206 de 1.963, con los de fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos y en general entidades financieras, así como la de "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 la infracción sobre las disposiciones de encaje deberán aplicarse por la Superintendencia Bancaria".

En contra de lo afirmado por el apelante , para sostener la constitucionalidad de estas normas, basta a la Sala remitirse a solo dos de los pronunciamientos que ha realizado la Corte Suprema de Justicia sobre el particular: la sentencia del 12 de junio de 1.969 en la cual se reafirmó la existencia de la soberanía monetaria en el Congreso Nacional, con todo lo que aquella significa, y la posibilidad de éste de delegarla, como efectivamente lo hizo en un organismo administrativo especial, como la Junta Monetaria. Y el fallo del 14 de diciembre de 1.973 en el cual, precisamente y mediante estudio especial, se declaró exequible entre otros, el Artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973 que se reseñó anteriormente, en la cual se reiteró que el control y la ejecución de la política monetaria se cumplen a través de los organismos administrativos, cuyos orígenes y funciones entró allí a estudiar: la Junta Monetaria y el Banco de la República, concluído lo cual, expresó: "De acuerdo con este régimen legal, es forzoso concluir que la adopción y dirección de la política monetaria del Estado, sin reserva, 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 de la misma Ley impugnada , 7a. de 1.973 , hacen parte de los Artículos 23 y 24 que amplían tal competencia". (Gaceta Judicial 2390 y 2391).

Decidida pues, por la Corte con autoridad de cosa juzgada la validez de

la delegación en la Junta Monetaria de las funciones que competen al Congreso Nacional, no resulta aceptable el planteamiento de inconstitucionalidad de las normas que sobre esta materia sancionatoria por desencajes, han invocado la Junta Monetaria como reguladora y la Superintendencia Bancaria como ejecutora. Por ende no tenía cabida la aplicación del Artículo 215 de la Constitución Nacional.

Tampoco resulta aceptable el argumento de la derogatoria tácita del Artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973 por "regulación íntegra de la materia" por parte del Decreto 2920 de 1.982, pues las multas autorizadas por este estatuto a cualquier institución sometida a vigilancia del Superintendente Bancario (Artículo 22) o a cualesquiera de los directores o funcionarios de las mismas (Artículo 23), por violar una norma de su estatuto, ley o reglamento, a las cuales estén sujetos, son disposiciones de carácter general sin perjuicio de las especiales.

Estas dos nuevas normas de 1.982, los Artículos 22 y 23 del Decreto 2920, deben considerarse como derogatorias del Artículo 5o. del Decreto 3233 de 1.965 que se refería a la misma facultad sancionatoria de carácter general por violación de los estatutos, ley o reglamento con un margen para graduarlas de $2.000 a $50.000; el Decreto 2920 utilizó la misma terminología de este artículo, separó en el Artículo 22 el régimen para las entidades, del Artículo 23 para los directores y empleados y elevó la cuantía de las multas $500.000 a $2.000.000 para graduarlas según la gravedad de la falta o el provecho económico y, además consagró el reajuste anual de tales cifras; por todo ello claramente estas disposiciones sustituyeron al Artículo 5o. del Decreto 3233 de 1.965, pero en forma alguna modificaron al Artículo 23 literal a) de la Ley 7a. de 1.973, que continua siendo la norma especial para las situaciones de desencaje y por consiguiente de aplicación preferente sobre aquellas normas generales.

La derogatoria tácita se configura, conforme lo enseña el Artículo 71 del C.C. "cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior" y dentro de este criterio imperativo no se observa ninguna incompatibilidad entre la facultad sancionatoria general regulada por el Artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982 y las facultades especiales para situaciones concretas como las derivadas del desencaje descritas y sancionadas por el Artículo 23 a) de la Ley 7a. de 1973 y otras, lo que se refuerza con la observación de que el Decreto 2920 por ser de emergencia económica, ni siquiera utilizó la consabida fórmula de "derogar las normas que sean contrarias" pues en sus artículos finales, nada dispuso sobre el particular y la única norma que derogó expresamente fue el Decreto 1839 de 1.982 (sobre "Compañías de Autofinanciamiento Industrial o de Servicios", Artículo 25).

2a. Sostiene el apelante que ni la sanción aplicada, ni las razones que invocó el Superintendente están consagradas en disposición legal alguna (sino

en acto administrativo) y por ende se violaron los principios de "nulla poena sine lege, nullo crimen sine lege" y además el Artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982, porque no se graduaron las multas en los términos de éste.

De lo anteriormente expuesto, para la Sala es de meridiana claridad **la constitucionalidad** del Artículo 23 literal a) de la Ley 7a. de 1.973 y **la legalidad** de la Resolución 75 de 1.984 que dictó la Junta Monetaria con apoyo en aquella norma. Igualmente, **la vigencia** de tales normas implicaba la obligación para la Superintendencia Bancaria, de imponer la sanción indicada en la Ley en razón del desencaje establecido, en cumplimiento de sus objetivos y funciones según lo preceptuado por el literal n) del Artículo 3o. del Decreto 1939 de 1.986 orgánico de la Superintendencia Bancaria, que le impone tal deber.

Además, la Resolución 75 de 1.984 expedida por la Junta Monetaria, goza como todos los actos administrativos de presunción de legalidad y su cumplimiento es **obligatorio** (tanto para la Superintendencia, como para los particulares) mientras no haya sido anulada o suspendida por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, según la regla consagrada en el Artículo 66 del Decreto 01 de 1.984, que no solo impide al funcionario público su desobedecimiento, sino que le impone la obligación de cumplirla, bajo la responsabilidad por incumplimiento de sus deberes que le asigna el Artículo 20 de la C.N.

En cuanto al cargo de falta de regulación de la multa según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, como lo estatuye el Artículo 22 del Decreto 2920 de 1.982, procede repetir la observación de la señora Fiscal Sexta en el sentido de que existiendo la cuantificación del 2.5% sobre el total de los días hábiles en la disposición reguladora de la sanción, es aplicable ésta especial y no la general (de $500.000 a $2.000.000).

3a. Según la apelación, las explicaciones suministradas por el Banco no fueron atendidas y la falta de comunicación al Banco o la de no motivar las resoluciones y otras similares configuran irregularidades que bordean la arbitrariedad administrativa.

El señor apoderado del Banco reitera en este punto la misma argumentación expuesta en la demanda , respecto al cual, el análisis consignado en la página 29 de la sentencia de primera instancia es para la Sala plenamente satisfactorio por estar fundado en razones de derecho y en el análisis de los antecedentes administrativos, que permiten repetir, como allí se expresó en resumen, que " las resoluciones fueron expedidas siguiendo al procedimiento que garantizó la audiencia del interesado, la práctica de prueba y resolviendo el recurso procedente en la vía gubernativa", en apreciación que comparte y complementa la señora Fiscal en su vista en el sentido de que no puede aceptarse la afirmación del actor de que se aplicó una sanción "in continenti" puesto que hubo un procedimiento previo en el que el Banco no demostró la circunstancia

alegada como exonerativa de sus obligaciones sobre el encaje, no obstante que la Superintendencia no sólo analizó las explicaciones del Banco sino que adelantó diligencias para verificar el hecho alegado, sin que éste lograra ser comprobado.

Finalmente, basta la lectura de las Resoluciones 6444 y 0990 para demostrar que la Superintendencia sí analizó las explicaciones, los motivos del recurso, etc., sin que sea posible aceptar el cargo de falta o indebida motivación.

En conclusión y en un todo de acuerdo con la Fiscalía (cuyo juicioso concepto no se transcribe en aras de la brevedad), la sentencia apelada merece ser confirmada.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de primera instancia dictada el 2 de noviembre de 1.989 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el expediente #87-D-3736.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA / PRETENSIONES / FALLO INHIBITORIO / PAGO INDEBIDO / DEVOLUCION

Por cuanto la causa del pago de lo no debido radica en un acto que se considera viciado de legalidad , es necesario procesalmente atacar simultáneamente dicho acto para que la devolución sea procedente, pues sin la demostración de aquélla, tampoco resulta posible el reintegro. Así que el soporte de la devolución solicitada que era la liquidación de los derechos por el otorgamiento de una licencia de construcción, era indispensable haber atacado de ilegalidad el acto liquidatorio, no las providencias que negaron la devolución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. abril doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3004. Actor: BORINQUEN LTDA C/MUNICIPIO DE MEDELLIN. Asuntos Departamentales -FALLO-

Se decide el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la sociedad BORINQUEN LTDA de Medellín, contra la sentencia dictada el 9 de marzo de 1.990 por el Tribunal Administrativo de Antioquia y mediante la cual negó las súplicas de la demanda.

Señaló como pretensiones la demanda instaurada en ejercicio de la acción del artículo 85 del C.C.A. que se decretara la nulidad de la Resolución No. 07 de enero 27 de 1.987 dictada por el Jefe de Control Urbanístico del Departamento Administrativo de Planeación que dispuso en su parte resolutiva.

"Negar la devolución del recargo del ciento por ciento (100%) liquidado y pagado por haberse iniciado sin licencia la construcción de los bloques 1 y 2 de la Urbanización Borinquen".

Se solicitó así mismo la nulidad de la Resolución 02 de 19 de mayo de 1.987 del Director de la División de Aplicación del Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana que confirmó la anterior al atender el recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho pidió el actor la devolución de $2.293.471 "indebidamente pagada como multa o sanción impuesta ..... dizque por haber comenzado la construcción de los bloques 1 y 2 de la Urbanización Borinquen sin la licencia respectiva", devolución que pidió con los intereses comerciales corrientes.

Citó como disposiciones violadas los artículos 16 y 26 de la Constitución Nacional y 3, 5 y 35 del C.C.A., pero como observa el Fiscal Sexto, los cargos basados en las normas citadas, "se dirigen a demostrar la ilegalidad del acto por el cual se impuso la sanción, no la de los actos cuya nulidad se demanda. En efecto, al desarrollar el concepto de la violación la actora se refiere a que no se siguió procedimiento alguno para imponer sanción, que no se le oyó previamente y que no se le notificó en forma debida la sanción".

La sentencia analizó en forma prolija las extensas exposiciones de la actora en dos partes: primera, en cuanto al excesivo monto de la sanción, sobre lo cual el Tribunal no encontró los fundamentos de derecho con los cuales se debía analizar el cargo, por falta de la correspondiente cita por parte del demandante de las normas legales violadas y aunque el Municipio dijo estar liquidada conforme al Acuerdo 22 de 1.980, éste no fue acompañado con la demanda. Segunda, en cuanto al desconocimiento del derecho de defensa el a-quo partió de la base de que los procedimientos especiales priman sobre los generales según el artículo 1o. del Decreto 01 de 1.984 y según el artículo 81 del mismo, los Municipios en este caso Medellín, con relación a la expedición de licencias tiene facultad de dictar los procedimientos correspondientes.

Sobre este tema, aunque en las resoluciones acusadas se hace referencia al Decreto Municipal 037 de 1.984 como regulador de los trámites para urbanizar y para construír, el demandante ni los analizó y menos aún, los aportó al proceso; y del análisis de las pruebas que logró producir no fue desvirtuada la base sancionatoria alegada por el Municipio que consistió, en resumen, en haber iniciado la construcción de los bloques 1 y 2 sin licencia de construcción.

En la APELACION la actora reitera como parte de los hechos que sustentan su demanda, el del permiso verbal que le dieron algunos funcionarios para utilizar el pago de los impuestos correspondientes a los bloques 3 y 4, en

la construcción de los 1 y 2 que se acometieron primero, y que fué sorprendida con al sanción sin darle oportunidad de defenderse, describiendo algunas de las prácticas que se observan en las oficinas municipales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de "nulidad y restablecimiento del derecho" como la llama hoy el Código Contencioso Administrativo, como es bien sabido, tiene por fundamento la anulación del acto de la administración por haber incurrido el funcionario público que lo expidió en infracción de las normas a las cuales está sometido en cualesquiera de las modalidades que consagra el artículo 84 del C.C.A. como causales de anulación de los actos administrativos, a saber: incompetencia, expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder y hoy, adicionado por el art. 14 del Decreto 2503 de 1.989, el "desconocimiento del derecho de audiencias (sic) y defensa".

Pero estando los procedimientos y las sanciones establecidas en reglamentaciones del orden municipal a las cuales se hizo referencia en este proceso (Acuerdo 22 de 1.980 y Decreto 037 de 1.984) sin que se llegaran a conocer porque no se adujeron al expediente, por una parte, y por la otra, que el actor ni los mencionó ni examinó, sino que se limitó a exponer y criticar sin prueba alguna las prácticas cotidianas de los funcionarios en los despachos públicos, resulta imposible confrontar el acto que se impugna con una normatividad desconocida en el proceso.

De ahí que el a-quo consideró que este vacío no se podía llenar mediante la práctica de alguna prueba de oficio como lo permite el artículo 169 del C.C.A. sino que se trataba "de una omisión de la actora, que no le es dado llenar a la Sala" y que la señora Fiscal Sexta ante esta Corporación, inclusive la lleva a proponer fallo inhibitorio con base en este razonamiento:

> "Puede evidenciarse entonces que aun cuando se alegan vicios de nulidad contra el acto administrativo que además de determinar el impuesto liquidó la sancionó, no se pidió la nulidad de éste, sino la de los actos posteriores que negaron la DEVOLUCION de lo pagado. Y no puede entenderse que mediante estos últimos actos se haya confirmado la sanción, porque no fueron resoluciones que se hubieran proferido para resolver recurso alguno propuesto por la accionante contra la liquidación contenida según se afirma en la Resolución 02 de 1.987, en el recibo No. 394077 de octubre 25 de 1.986.
>
> "La demanda resulta entonces inepta en sentir de la Fiscalía por dos razones:
>
> a) Porque el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo exige que

en la sentencia se resuelvan todas las peticiones y en la demanda no se pidió la declaratoria de nulidad del acto que impuso la sanción, de manera que aún cuando la jurisdicción llegara a la conclusión de que los cargos de violación formulados si tuvieron ocurrencia, no podría anular el acto no demandado, y

b) Porque carecería de fundamento el pronunciamiento judicial si con la anulación de los actos acusados queda vigente el acto principal de liquidación del impuesto y determinación de la sanción."

"....."

Para la Sala son ciertas las críticas que se le han formulado tanto al planteamiento de la acción como el manejo que le dio la actora la cual, en definitiva, no ha demostrado la ilegalidad de la sanción, ni la irregularidad en su imposición y la consecuente violación del derecho de defensa, sin que se hubiera citado y, menos aún, examinado, la normatividad legal a la cual están o deben estar sujetos los funcionarios del Municipio de Medellín en la expedición de licencias de construcción, cobro de los derechos que estas casan y la imposición de las respectivas sanciones.

En efecto, una de las pretensiones posibles de la acción de "nulidad y restablecimiento del derecho" consagrada en el artículo 85 del C.C.A. a favor de los particulares consiste en ...."la devolución de lo que pagó indebidamente".

Por cuanto la causa del pago de lo no debido radica en un acto que se considera viciado de legalidad, es necesario procesalmente atacar simultáneamente dicho acto para que la devolución sea procedente, pues sin la demostración de aquella, tampoco resulta posible el reintegro.

Así que, como en el caso que se estudia, el soporte de la devolución solicitada a las autoridades municipales era la liquidación de los derechos por el otorgamiento de una licencia para construir un inmueble, era indispensable haber atacado de ilegalidad el acto liquidatorio, no las providencias que negaron la devolución.

En estos términos, la demanda que se limitó a atacar las últimas, sin impugnar el acto básico de determinación del gravámen, resulta incongruente en sus pretensiones y por ende no podía ser atendida por la jurisdicción, imponiéndose la inhibición de ésta.

En mérito a lo expresado anteriormente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

FALLA

REVOCASE la sentencia dictada el 9 de marzo de 1.990 en el proceso No. 22.935 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En su lugar DECLARASE INHIBIDO para resolver en el fondo.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano*, ausente, *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PODER ESPECIAL - Presentación / **NULIDAD PROCESAL**

La presentación del poder irregular, se podía alegar como causal de nulidad por indebida representación de la parte demandante (art. 152-7 C. de P. C.) o como causal de excepción previa (art. 163 C.C.A., pero dado que no se trataba de una "carencia total de poder para el respectivo proceso" sino de una gran irregularidad en cuanto al sitio de presentación y no a su autenticidad, a lo sumo podía producir una nulidad saneable.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO / PAGO INDEBIDO / DEVOLUCION

La acción de restablecimiento del derecho no es para prevenir hipotéticas o muy seguras situaciones , sino para restablecer las que ya ha producido la Administración con su actuación. Si el pago de la obligación ya se produjo, el contribuyente podrá aspirar al reintegro de lo pagado, no a título de "indemnización", sino como devolución de lo indebidamente pagado en razón de una obligación fiscal, que tiene derecho a intereses comerciales corrientes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. abril doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3168. Actor: SIDERURGICA DEL MUÑA S.A. AUTORIDADES NACIONALES - FALLO-

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de SIDERURGICA DEL MUÑA S.A. contra la sentencia del Tribunal Administrativo

de Cundinamarca del 23 de febrero de 1.990 en la cual se declaró inhibido para pronunciamiento del recurso interpuesto contra actos del Consejo Nacional de Política Aduanera, mediante los cuales se negó aplicación de la tarifa aduanera preferencial del 2% a la importación de un horno eléctrico (Decreto 3127 de 1.984).

La sentencia fue inhibitoria acogiendo un concepto de la Fiscal Sexta ante el Tribunal, en consideración a que el poder otorgado por el Gerente de la Compañía no fue presentado ante la Secretaría del Tribunal sino ante un Notario de la ciudad de Bogotá apoyándose en el Artículo 65 del Código de Procedimiento Civil (aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A.) y el 142 del C.C.A. y alguna jurisprudencia del mismo Tribunal en el sentido de que si el actor reside en la sede del Tribunal tanto el poder como la demanda deben presentarse ante el Secretario de tal Corporación.

Salvaron voto los Magistrados Julio Correa y Nelson Zuluaga, considerando la anterior interpretación exegética, puesto que la presentación ante Notario le garantiza autenticidad al poder.

En el recurso de apelación el actor se apoya y amplía el sentido de los salvamentos de voto en cuanto a la función de los Notarios Públicos y por último invoca el Decreto 2282 de octubre 7 de 1.989 que reformó el Código de Procedimiento Civil permitiendo hacer la presentación de la demanda y necesariamente del poder "ante el secretario de cualquier despacho judicial o ante notario de cualquier círculo", con lo cual quedaron zanjadas las discusiones bizantinas que conducían a negar la prestación del servicio de la justicia, como se presentó en este caso.

El Fiscal Tercero concuerda con el apelante en el sentido de que la circunstancia que inhibió al Tribunal perdió importancia frente al Artículo 84 del Decreto 2282 de 1.989, luego por ese aspecto discrepa del fallo.

Pero en cambio observa que existe otra causal que también hubiera generado inhibición y es la relativa a que la copia de la Resolución 140 del 6 de agosto de 1.982 que supuestamente es la que puso término a la vía gubernativa, carece de constancia de notificación lo que la invalida no solo por ese motivo sino porque impide conocer si la demanda fue o no presentada en tiempo, ya que el término de caducidad se cuenta a partir de la notificación.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

A los dos aspectos de procedimiento anotados comienza por pronunciarse la Sala, a saber: el defecto en la presentación del poder y a la falta de acreditar el cierre de la vía gubernativa.

LA PRESENTACION DEL PODER

Ciertamente, como lo anotó el Tribunal, para la época en que se presentó el poder para estas diligencias, o sea, antes de la reforma de 1.989 al Código de Procedimiento Civil, aplicable en el Contencioso Administrativo a falta de norma especial (Artículo 267 del C.C.A.), el poder debía presentarse personalmente por quien lo suscribía ante el Secretario del Tribunal Contencioso Administrativo, salvo que se hallare en lugar distinto, caso en el cual era válida la autenticación ante juez o notario de su residencia (Artículos 65 y 84 C.P.C.).

La Sala no está de acuerdo con el enfoque que dió el Tribunal por las razones que se exponen en seguida:

De acuerdo con la normatividad mencionada es claro que existió irregularidad en la presentación personal del poder ante un Notario de Bogotá. Siendo el domicilio social el municipio de Sibaté-Cundinamarca (según el certificado de la Cámara de Comercio) era aceptable la autenticación ante juez o notario (si lo hay) de dicha localidad; pero encontrándose en Bogotá, sede del Tribunal, era preciso hacer la presentación ante el Secretario del mismo y no ante un Notario. Por ese aspecto, la objeción es válida.

Pero no está de acuerdo con el tratamiento procesal de plantear esa irregularidad como causal de inhibición para fallar, por lo siguiente: la Fiscal Segunda pidió fallo inhibitorio, pero sin aclarar el sentido de su petición si como excepción o como nulidad el a-quo tampoco lo hizo sino que simplemente acogió el concepto de su Fiscal y se declaró inhibido.

La equivocación de ese proceder radica en que la irregularidad anotada en el poder, que en esa época se podía alegar como causal de excepción previa según el Artículo 163 del Código Contencioso Administrativo entonces vigente, también podía tomarse como una causal de nulidad por indebida representación de la parte demandante según el numeral 7o. del Artículo 152 del Código de Procedimiento Civil pero, dado que no se trataba de "una carencia total de poder para el respectivo proceso", sino de una irregularidad en cuanto al sitio de presentación y no a su autenticidad, a lo sumo podía producir una nulidad saneable caso en cual ha debido, antes de dictar sentencia, darle el trámite previsto en el Artículo 157 del mismo C.P.C., consistente en ponerla en conocimiento de la parte interesada para que la saneara en tres días.

Por este aspecto, la Sala critica y está en desacuerdo con el fallo inhibitorio producido por el Tribunal.

EL CIERRE DE LA VIA GUBERNATIVA

La Sala está de acuerdo con su colaborador Fiscal Tercero en el planteamiento teórico de la necesidad de acreditar en la demanda, con copia auténtica,

la actuación que pone fin a la vía gubernativa, no sólo porque constituye parte del acto acusado sino porque ésta acredita la fecha para el cómputo del término de caducidad, ambas indispensables para estudiar la aceptación de la demanda.

Pero no es por este aspecto teórico, sino por el práctico o de la realidad procesal que discrepa de la solución propuesta porque, sucede que a petición de la Magistrada Sustanciadora en el Tribunal (Auto de marzo 23 de 1.988), el apoderado presentó nueva copia de la Resolución 140 de agosto 6 de 1.987 en cuyo reverso el Secretario del Consejo Nacional de Política Aduanera certifica que dicha resolución se notificó por edicto que fue desfijado el 1o. de septiembre de 1.987, fecha en la cual se agotó la vía gubernativa (fl. 80 vuelto). En consecuencia, el término de caducidad vencía el 1o. de enero de 1.988, siendo válida la demanda presentada el 12 de enero primer día hábil de dicho año.

En consecuencia, no cabe la inhibición propuesta con base en tal motivo.

NATURALEZA DEL ACTO IMPUGNADO

Como queda dicho, los actos acusados son las Resoluciones 092 y 014 de 1.987 del Consejo Nacional de Política Aduanera que negaron a la sociedad actora la autorización para la aplicación del gravámen arancelario preferencial del 2%, al registro de importación 59890 de 1.986 de un horno eléctrico. Como consecuencia de la nulidad solicitada el demandante pidió que "deberá modificarse la Obligación Fiscal y devolverse lo que pague indebidamente SIDERURGICA DEL MUÑA, según la Declaración de Despacho para consumo que se presente y la liquidación de los Derechos de Importación que se practiquen". Además pidió la indemnización de los perjuicios , actualizada en su valor monetario.

Las pretensiones planteadas claramente corresponden al ejercicio de la acción del Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, consagrada especialmente para dirimir las controversias en materia de obligaciones fiscales y similares y que textualmente dispone:

> "La misma acción tendrá quien además pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

La forma como está planteada en este caso la pretensión, en cuanto a que se modifique la obligación fiscal y se devuelva lo que se pague cuando llegue el momento de presentar la Declaración de Despacho para consumo y se practique la respectiva liquidación, es inadmisible porque se refiere a una situación futura, o sea, que no existe al momento de demandar ni la obligación fiscal, ni el derecho patrimonial conculcado con un pago indebido. Para lograr la "modificación de la obligación fiscal", que es el objeto de la acción, no puede ejercerse antes de que ésta se produzca.

El derecho patrimonial individual a cuya protección está dirigida la

acción del Artículo 85 del C.C.A. es el que ha sido ya conculcado por el acto ilegal y por ello se llama de "restablecimiento del derecho"; no es para prevenir hipotéticas y muy seguras situaciones, sino para restablecer las que ya ha producido la Administración con su actuación. Las resoluciones que negaron el régimen especial o favorable aduanero pueden considerarse como actos administrativos completos pero únicamente con relación a su propio contenido pero no del contenido de otros actos futuros así se apoyen en aquellas. Y es porque la nulidad eventual de éstos, no puede automáticamente generar la nulidad de otros aún no producidos.

Y por otra parte, si el pago de la obligación ya se produjo, el contribuyente podrá aspirar al reintegro de lo pagado, no a título de "indemnización" por la vía del Artículo 178 del C.C.A. como se pierde en la demanda, sino, como devolución de lo indebidamente pagado en razón de una obligación fiscal, que tiene derecho a intereses comerciales corrientes, por la vía especial prevista en el Artículo 140 del C.C.A.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, surge la necesidad de la inhibición para conocer del fondo, pero no por las razones aducidas por el Tribunal o por el colaborador Fiscal en esta instancia, sino por la indebida formulación de las pretensiones en discordancia con la acción ejercida.

En consecuencia, habrá de confirmarse la inhibición declarada por el Tribunal, pero por las razones anteriormente expuestas.

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

FALLA

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RENTA EXENTA / EMPRESA NUEVA / ZONA AFECTADA

La Ley 44 de 1.987 en su artículo 3o., actual artículo 225 del Estatuto Tributario, es una norma de carácter eminentemente sustancial, que definió lo que debe entenderse por nuevas empresas establecidas en la zona del Nevado del Ruiz, como posibles sujetos acreedores a la exención. Por su parte el artículo 4o. del Decreto 1889 de 1.988, sin modificar ni adicionar la anterior definición, pues ninguna relación hace a ella, indicó la información que las sociedades deben suministrar a la Administración respaldada con el documento que acredita no sólo su existencia sino, y de manera principal en este caso, la fecha de su constitución o iniciación de actividades.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 2882. Acción de Nulidad contra el Artículo 4o. del Decreto Reglamentario No. 1889 de 1.988, proferido por el Gobierno Nacional. Actor: Carlos Alfredo Ramírez G. - FALLO-

Carlos Alfredo Ramírez G. en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1.984, solicita se declare la nulidad del artículo 4o. del Decreto 1889 de 1.988.

El texto de la norma demandada es el siguiente:

"Artículo 4o. Requisitos previos a la exención. Para los efectos de la exención del impuesto de renta y complementarios a que se refiere el

artículo anterior, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

1. Enviar antes del 31 de diciembre de 1.988 un memorial a la Administración de Impuestos Nacionales que corresponda al municipio donde se vaya a ubicar el establecimiento o empresa, en el cual se manifieste que se estableció o tiene la intención de establecerse, antes del 21 de diciembre de 1.988, señalando detalladamente la actividad económica a que se dedicará, el capital invertido, el lugar de ubicación de las instalaciones y la sede principal de sus negocios.

2. Cuando se trate de sociedades o entidades asimiladas a éstas, deberán remitir además, dentro del mismo término previsto en el numeral anterior una copia de la escritura o documentos de constitución.

Parágrafo. ....."

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Considera el accionante que la exención tributaria sobre la renta proveniente de "nuevas empresas en la zona del Nevado del Ruiz" establecida inicialmente en la Ley 44 de 1.987 y actualmente en los artículos 224 y 225 del Estatuto Tributario, fué objeto de adición en el reglamento materia de demanda, en la parte relacionada con los requisitos exigidos a las sociedades comerciales interesadas en la exención, por cuanto en la norma superior solo se exigió como único requisito la inscripción en el registro público de comercio durante 1.988, en tanto que en el reglamento se exige:

a) La manifestación o memorial que la ley requiere de quien no es persona jurídica, y

b) Prueba documental no exigida en la norma superior.

Afirma que cuando el reglamento modificó el supuesto de hecho previo a la exención descrito por el legislador, incurrió en exceso de la función atribuída por el artículo 120 , regla 3 de la Constitución Nacional.

Anota que la conducta o comportamiento económico por ejecutar para adquirir el derecho a la exención en el caso de las sociedades comerciales, eran según la ley, la inscripción en el registro público de comercio del documento societario sobre vinculación al territorio para cuya rehabilitación se dispuso la exención. El reglamento por el contrario, modifica y adiciona la ley, no sólo estableciendo disposiciones de carácter general, sino al describir supuestos diferentes para adquirir el derecho a la exención.

El ampliar la exigencia de la "manifestación" que la norma superior

consagró exclusivamente para los contribuyentes que no fueran personas jurídicas, a las sociedades comerciales, adicionado con la obligación de remitir el documento de constitución de la sociedad, son exigencias adicionales no consagradas en la ley reglamentada y ello es suficiente para solicitar la nulidad del artículo 4o. del decreto 1889 de 1.988.

ARGUMENTOS DE LA PARTE IMPUGNADORA

El señor Delegado de la Dirección Nacional de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:

1) De la comparación de la norma reglamentaria y la legal que se presume transgredida , se concluye que se refieren a materias diferentes y por tanto aquella no puede infringir o desbordar la norma superior.

Por una parte la Ley 44 de 1.987 definió cuando debe considerarse establecida una nueva empresa o establecimiento de comercio -circunstancia de tiempo- en tanto que la norma reglamentaria acusada señaló los requisitos formales previos para gozar de la exención. El aspecto relacionado con lo que debe entenderse por establecimiento de nuevas empresas fue desarrollado por el legislador ordinario. Los requisitos de forma a cumplir, tanto por las personas naturales como por las jurídicas fueron consagrados en uso de la facultad reglamentaria.

2. El artículo acusado es el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria de que goza el Presidente de la República por disposición constitucional, limitándose a fijar los requisitos que deben cumplir los contribuyentes para hacersen acreedores a la exención y dar así, cumplimiento a los objetivos del legislador ordinario.

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que el artículo demandado debe ser anulado.

Considera que el artículo 3o. de la Ley 44 de 1.987 dió la noción de cuando debe "entenderse establecida una empresa" para efectos de la exención y que por su parte el artículo 4o. del Decreto 1889 de 1.988, cuando definió los requisitos previos para la exención, fijó aspectos diferentes a los de la ley, pues no sólo recortó el término en ella previsto para poner en conocimiento de la administración la intención de establecerse, sino que condicionó su procedencia a unas informaciones adicionales a las allí previstas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Entendida la potestad reglamentaria como la facultad que tiene el ejecutivo para establecer las precisiones indispensables para hacer posible la ejecución de las leyes, a fin de que estas tengan cumplido efecto y puedan ser efectivos los derechos y obligaciones materiales consagrados en las mismas, con base en el argumento central de objeción planteado en la demanda y tal como se precisó al resolver sobre la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, la controversia en el presente caso hace relación a determinar si "los requisitos previos a la exención" exigidos en el artículo 4o. del Decreto 1889 de 1.988, configuraron exigencias adicionales o condiciones no previstas a las que contempló la ley para que la sociedades comerciales tuvieran derecho al beneficio tributario o si simplemente se refirió a la obligación de suministrar una determinada información, para que la administración pudiera determinar la procedencia de la exención.

La norma que se considera excedida por el reglamento, es el artículo 3o. de la Ley 44 de 1.987, hoy artículo 225 del Estatuto Tributario, el cual dice textualmente:

"Artículo 225.- Concepto de nueva empresa en la zona del Nevado del Ruiz.

Para los efectos del artículo anterior, entendiéndose establecida una empresa cuando el empresario, si aquélla no es persona jurídica, manifiesta su intención de establecerla antes del 31 de diciembre de 1.988, en memorial dirigido a la Administración de Impuestos respectiva en el cual se señale detalladamente la actividad económica a que se dedicará, el capital de la empresa, el lugar de ubicación de las instalaciones, la sede principal de sus negocios y las demás informaciones que exija el reglamento, el cual determinará así mismo los mecanismos de control que el gobierno debe poner en práctica. Las sociedades comerciales se tendrán como establecidas, para los mismos efectos, desde la fecha de su inscripción de un acto constitutivo en el registro público de comercio. Las demás personas jurídicas desde la fecha de su constitución.

PARAGRAFO. Para gozar la exención no podrá transcurrir un plazo mayor de cuatro (4) años entre la fecha del establecimiento de la empresa y el momento en que empieza la fase productiva".

La norma transcrita define cuando debe entenderse como **establecida** una nueva empresa en alguno de los sitios señalados como zona afectada por la actividad del Nevado del Ruiz y según ella, para aquellas empresas que figuran en cabeza de una persona natural, el **momento** para configurar su establecimiento de dicha zona, fue el de la manifestación de la intención de establecerse, hecha a través de un memorial dirigido a la Administración de Impuestos

Nacionales de la localidad respectiva, en el cual se suministre la información tendiente a determinar la actividad económica a desarrollar, el capital invertido, el lugar de ubicación de la empresa, el asiento principal de los negocios, pero se dejó en la Ley, posibilidad de que a través del reglamento pudieran exigirse **otras informaciones**, relativas a lo que pudiera entenderse como **establecimiento** de una persona natural en la mencionada zona.

Finalmente, para las sociedades comerciales se fijó como fecha de su establecimiento, la inscripción de su acto constitutivo en el registro público de comercio y para las demás personas jurídicas, la fecha de su constitución.

Para la Sala es claro el espíritu que llevó al legislador a establecer las anteriores diferencias. Por la naturaleza de las personas físicas, la única forma como podrían plasmar su **intención** de establecerse en la zona para realizar una determinada actividad, necesariamente era la manifestación a través de un memorial dirigido a la Administración de Impuestos respectiva. En caso de las sociedades comerciales, cuya existencia y actividades a las cuales se dedica, debe constar en documento escrito , la administración las considerará **establecidas** en la zona, desde la fecha de su inscripción en el registro de comercio y a las demás personas jurídicas, con actividades diferentes a las comerciales y también de acuerdo a las normas generales sobre su existencia, desde la fecha de su constitución.

Hasta aquí los presupuestos o requisitos que consagró la Ley 44 de 1.987 como previos e indispensable para que cualquiera de los anteriores grupos de personas, naturales o jurídicas, pudieran considerarse como establecidas en la zona objeto de la exención tributaria. Aspecto por lo demás fundamental en el presente caso, ya que para gozar del beneficio se fijó una condición temporal, al determinarse que las nuevas empresas debían **establecerse** antes del 31 de diciembre de 1.988.

Pero tema diferente es el relativo a la definición que hace la ley sobre el **momento**, condición temporal, en que debe entenderse como establecido el contribuyente en la zona y del relacionado con los procedimientos que deben seguir quienes se crean con derecho a gozar del beneficio fiscal. No bastaría colocarse dentro de los presupuestos de hecho -establecerse en la zona, dentro de la fecha límite y desarrollar unas actividades específicas- sino que adicionalmente y para los efectos prácticos de la obtención del beneficio, deben aquellas personas que se consideren con derecho a la exención, suministrar otras informaciones.

Y si como reiteradamente se ha sostenido, es a través de la facultad reglamentaria que se deben fijar los aspectos o detalles operativos que lleven a la aplicación práctica de la ley, observa la Sala que por medio del artículo demandado, el ejecutivo se limitó a fijar los procedimientos que debían cumplir quienes ya se habían establecido o se fueran a establecer "Para los efectos de la

exención de los impuestos de renta y complementarios", situación diferente y posterior al supuesto de hecho que para tener derecho a la exención, exigió la ley a las sociedades o entidades asimiladas a éstas, para considerarlas establecidas en la zona del Nevado del Ruiz.

Podemos concluír así finalmente, que por una parte la Ley 44 de 1.987, en su artículo 3o., actual artículo 225 del Estatuto Tributario, en una norma de carácter eminentemente sustancial, definió lo que debe entenderse por nuevas empresas establecidas en la zona del Nevado del Ruiz, como posibles sujetos acreedores a la exención. Por su parte el artículo 4o. del Decreto 1889 de 1.988, sin modificar ni adicionar la anterior definición, pues ninguna relación hace a ella, indicó la **información** que las sociedades deben suministrar a la Administración, respaldada con el documento que acredita no solo su existencia sino, y de manera principal en este caso, la fecha de su constitución o iniciación de actividades, a fin de proporcionar a esta los medios adecuados para la determinación, en cada caso particular, del derecho al beneficio.

Diferente es adecuarse a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que exige la ley para tener derecho a la exención, de cumplir con los mecanismos requeridos para hacer operante la misma.

De conformidad con lo expuesto, no se configura la violación de la norma superior por la causal expuesta en la demanda y por tanto la pretensión de ésta no debe 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

No prosperan 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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACTO COMPLEJO -Inexistencia

En el presente caso no se da la figura del acto administrativo complejo, ya que cada una de las resoluciones que impusieron sanciones y las que las adicionaron constituyen actos administrativos independientes, cada uno con sus propios efectos jurídicos, los cuales se produjeron sin que fuera necesaria la manifestación de diferentes autoridades administrativas para que se conformara la voluntad de la administración respecto de dichos efectos jurídicos. De la resolución que adicionó las sanciones inicialmente decretadas no puede predicarse que integra con aquéllas un acto administrativo complejo ya que su objeto y su causa son diferentes.

REVOCACION DEL ACTO -Improcedencia /**SUPERINTENDENCIA BANCARIA** -Facultades

Es cierto que el artículo 73 del C.C.A., prevé la posibilidad de revocar los actos administrativos de carácter particular sin el consentimiento previo y escrito del titular cuando fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales pero no es del caso dar aplicación aquí a tal excepción no sólo porque no fueron éstos los supuestos de hecho aducidos por la Superbancaria para reabrir la investigación e imponer las sanciones adicionales, sino porque además, siendo la sanción el resultado de una investigación realizada por la misma Superintendencia, resulta paradójico afirmar que el acto administrativo que la impuso fue obtenido por el sancionado con evidente utilización de medios legales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2531. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas. Apelación sentencia de enero 26 de 1.989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado por la Superintendencia Bancaria, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual declaró la nulidad de las resoluciones Nos. 3124 del 24 de julio de 1.984 proferida por la Superintendencia Bancaria mediante la cual adicionó unas resoluciones sancionatorias por desencaje y 6182 del 29 de noviembre de 1.984 mediante la cual se confirmó la anterior.

ANTECEDENTES

La Superintendencia Bancaria impuso sanciones por desencaje a la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS así:

1. Desencaje de enero de 1.983 sancionado mediante la Resolución No. 1163 del 23 de marzo de 1.984, la cual fué notificada personalmente el 4 de abril de 1.984. No interpuso recurso. La multa fué de $202.608.75, pago que acredita con el recibo que obra al folio 91.

2. Desencaje de febrero de 1.983; sancionado con la Resolución No. 5388 del 5 de diciembre de 1.983, la cual se notificó personalmente el 27 de diciembre de 1.983. Contra esta resolución interpuso recurso de reposición el cual fué resuelto por Resolución No. 1498 de 16 de abril de 1.984 que confirmó la anterior en todas sus partes. La multa fue de $604.263.75, cuyo pago acreditó con recibo que aparece en el folio 93.

3. Desencaje de marzo de 1.983; sancionado con Resolución No. 5516 del 13 de diciembre de 1.983 notificada personalmente el 27 de diciembre de 1.983, no interpuso recurso. La multa fué de $1.127.371.95 pago que se acreditó con recibo que obra al folio 95.

4. Desencaje de mayo de 1.983; sancionado mediante Resolución No. 5326 del 30 de noviembre de 1.983, notificado personalmente el 27 de diciembre de 1.983. Contra ésta se presentó recursos de reposición el 3 de enero de 1.984, el cual se hallaba en trámite en el momento de presentar la demanda respecto del cual obró el silencio administrativo negativo ya que a 27 de mayo de 1.985 aún no había sido resuelto. La multa impuesta fue de $3.169.09 y su pago no se acreditó mediante recibo alguno.

5. Desencaje de junio de 1.983; sancionado con la Resolución No. 0078 del 7 de marzo de 1.984, la cual se notificó personalmente el 4 de abril de 1.984 y

contra ella no interpuso recurso . La multa impuesta fué de $332.688.36 cuyo pago se acredita con el recibo que obra a folio 89.

6. Desencaje de julio de 1.983; sancionado con Resolución No. 5327 del 30 de noviembre de 1.983, notificada personalmente el 27 de diciembre de 1.983 y contra la cual no interpuso recurso. La multa impuesta fué de $335.317.50 cuyo pago se acredita con recibo que obra a folio 94.

7. Desencaje de septiembre de 1.983; sancionado con Resolución No. 1062 del 14 de marzo de 1.984, notificada personalmente el 4 de abril de 1.984 y contra la cual no interpuso recurso. El valor de la multa impuesta fué de $76.735.25, pago acreditado con recibo que aparece en el folio 90.

8. Desencaje de octubre de 1.983; sancionado mediante Resolución No. 1162 del 23 de marzo de 1.984, la cual se notificó personalmente el 4 de abril de 1.984 y contra la cual no se interpuso recurso alguno. La multa fué de $295.552.50 cuyo pago se acredita con recibo que obra al folio 92.

Posteriormente la Superintendencia Bancaria encontró que los factores por los cuales había impuesto las multas anteriores debidos a desencajes eran diferentes, pues a ellos deberían agregarse otras sumas que la misma Corporación tenía como depósitos en cuenta de ahorro en bancos, lo cual estaba prohibido. Así que el desencaje en los meses citados era mayor y por ello adicionó las sanciones con una multa de $5.593.993.11. Esta multa adicional fue impuesta por la Resolución No. 3134 del 24 de julio de 1.984, contra la cual se interpuso recurso de reposición que fué resuelto en la Resolución No. 6182 del 29 de noviembre de 1.984, confirmando en todas sus partes la anterior.

LA CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS, mediante apoderado demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como acto administrativo complejo todas las citadas resoluciones y subsidiariamente solicitó la nulidad sólo de las dos últimas: de la Resolución 3134 del 24 de julio de 1.989 y de la 6182 del 29 de noviembre de 1.984.

La demanda cita como disposiciones violadas las siguientes:

- Artículo 26 de la Constitución Nacional

- Artículo 4o. del Decreto 3728 de 1.982

- Artículo 24 del Decreto 2733 de 1.959

- Artículo 73 del Decreto-Ley 01 de 1.984

- Artículo 1o., 3o. 6o., 9o., 61, 67 y 375 del Código Penal

- Artículo 332 del Código de Procedimiento Civil

- Artículo 14 del Código Civil

- Artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal

- Circular 18 de 1.983 .

Y al precisar el concepto de la violación afirma que se desconoció el debido proceso para la imposición de sanciones por cuanto mediante la Resolución No. 3134 del 24 de julio de 1.984, se impone una **nueva** multa sobre hechos ya sancionados con lo cual se impuso doble pena por una misma conducta, actuación contraria a las normas que rigen el procedimiento y que implica además la violación de los artículos 1o., 6o., y 9o. del Código Penal, 1o. y 6o. del Código de Procedimiento Penal y "otras normas complementarias que son de aplicación al presente caso por mandato (sic) del artículo 375 del Código Penal".

Precisa que dichas resoluciones fueron expedidas invocando el artículo 3o. del Decreto 252 de 1.980 el cual había sido anulado por el Consejo de Estado y con ellas se desconocieron las normas contenidas en los artículos 61 y 67 del Código Penal sobre dosimetría penal y el artículo 26 de la Constitución Nacional sobre favorabilidad de la ley posterior en materia penal.

También afirma la actora, la violación del Decreto 3728 de 1.982 en cuanto se desconoce el carácter de EFECTIVO de los depósitos en cuentas de ahorro de los bancos, los cuales tienen disponibilidad inmediata y según dicha norma puede mantenerse "en bancos".

Alega también la violación del artículo 73 del Decreto 01 de 1.984 y del 24 del Decreto 2733 de 1.959, por cuanto las dos últimas resoluciones revocaron actos administrativos que habían creado situaciones jurídicas particulares, sin el consentimiento de los afectados.

Invoca el principio de la cosa juzgada, alega su desconocimiento y la violación de los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil, 26 de la Constitución Nacional, 14 del Código Civil, 58 del Código de Régimen Político y Municipal y 9 del Código Penal; y en cuanto se impone doble sanción por un mismo hecho afirma la violación de los artículos 9o. del Código Penal , 1o., y 6o. del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución Nacional.

Igualmente invoca el artículo 5o. del Código Penal para afirmar que se desconoció en cuanto en el "acto acusado" no se tiene en cuenta "el elemento de culpabilidad".

Finalmente alega la prescripción de las contravenciones, con base al

artículo 9o. de la Ley 2 de 1.984.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la providencia recurrida no acepta el que se trate de un "acto administrativo complejo", precisa con relación a las primeras resoluciones demandadas se operó el fenómeno de caducidad ya que la demanda fué presentada el 20 de mayo de 1.985, y en cuanto las resoluciones objeto de la petición subsidiaria, considera que su expedición implicó el desconocimiento del artículo 73 del Decreto 01 de 1.984 y por esa razón declara su nulidad y que la Corporación sancionada no está obligada a pagar la suma de $5.593.993.11 y niega las demás peticiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

La SUPERINTENDENCIA BANCARIA, mediante apoderado interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelva y el cual se fundamenta principalmente en los actos demandados no sólo se violaron el artículo 73 del Decreto 01 de 1.984 sino que por el contrario, le dieron cabal aplicación en su inciso 2o. cuando contempla la revocación de actos administrativos de carácter particular y concreto sin consentimiento previo del interesado cuando **"fuera evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".**

Porque: "Para el presente caso se advierte que la administración estableció los defectos de encaje en que incurrió la parte actora teniendo en cuenta los datos contenidos en unos informes que se supone reflejan de manera fiel y fidedigna la situación financiera de la entidad, con base en los mismos la Superintendencia fijó la respectiva sanción. Pero como antes lo anotábamos, con posterioridad a las fechas de liquidación del encaje e imposición de las sanciones respectivas, esta entidad, con ocasión de una solicitud de explicaciones referida a ingresos recibidos de los Bancos Santander y Occidente, tuvo conocimiento del hecho según el cual la Corporación había efectuado depósitos de ahorros por el monto correspondiente al 2% del encaje sobre las cuentas de ahorros de valor constante, de que trata el Decreto 3728 de 1.982, por la cual le reiteró la prohibición contenida en circular 101 de 1.974 y le solicitó el envío de nuevas relaciones del efectivo disponible a partir del mes de enero de 1.983, para efectos del encaje del 2% de que trata el artículo 4o. del mencionado decreto, excluyendo esta vez los depósitos, en cuentas de ahorro en bancos, tenidos en cuenta en la liquidación que dio lugar a imposición de sanciones en cuantía menor a la que efectivamente arrojaba la infracción (desencaje)".

"Obviamente, como se advierte, la nueva liquidación del encaje de la Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas" por los meses referidos, correspondientes al año 83 , arrojó un defecto de encaje muy superior al de

la liquidación inicial efectuada con abierta violación de las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria en la circular 101 de 1.974, razón por la cual las sanciones pecuniarias iniciales resultaron inferiores a las que en realidad se hacía merecedora la Corporación, teniendo en cuenta los defectos de encaje en que realmente incurrió.

"Siendo evidente para la Superintendencia Bancaria que la parte actora la indujo en error al suministrar informes que no daban cuenta exacta de su situación, lo que la llevó a imponer unas sanciones que no correspondían a la infracción realmente presentada, no podía menos que entrar a variar esa decisión producida por medios ilegales, ello en estricta aplicación de la facultad contemplada en el inciso 2o. del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

ALEGATOS FINALES

El señor apoderado de la actora insiste en la violación del artículo 73 del Decreto 01 de 1.984 ya que la administración no desmintió lo afirmado en la demanda al respecto.

Precisa que las multas iniciales fueron pagadas oportunamente, lo que causó su "certeza a inmobilidad" creando una situación particular y concreta que no podía ser modificada sin el consentimiento de la sancionada, so pena de la violación del artículo 73 del Decreto 01 de 1.984, del principio de la cosa juzgada y del de "la nulidad de pena".

Anota que el argumento de la apelante en el sentido de que la revocatoria era procedente con posterioridad a la firmeza de las actos sancionatorios iniciales, porque la actuación de la Corporación de mantener dos puntos de encaje en cuentas de ahorro en valores consistentes era ilegal, es una afirmación tardía" porque no fué formulada en la contestación de la demanda, ni en los alegatos finales y que además, no es cierto , ya que "...dicha violación no está enfocada al caso en estudio, pues este se refiere específicamente a los "Depósitos de Ahorro" y "recursos" que están destinados al financiamiento de construcción urbana, los que de acuerdo con la Circular 18 de 1.983 expedida por la propia Superintendencia Bancaria, dicen estar invertidos en bonos emitidos por el FAVI y otros autorizados, más no en cuentas de ahorros en Bancos."

Precisa que el anterior argumento no es aplicable, porque los recursos que la actora mantenía en cuentas de ahorro, no correspondían a los destinados al financiamiento de construcción sino que correspondían a los recursos que debía mantener la Corporación en efectivo como parte del encaje; entendiéndose como efectivo para tal efecto el disponible en Caja y Bancos a que alude la Circular 18 de 1.983 de la Superintendencia Bancaria.

Y llama la atención en cuanto la Superintendencia Bancaria no ha

probado lo contrario, lo cual lo ha debido hacer durante el proceso.

Insiste en que son distintos los recursos a que se refiere la Circular 101 de 1.974, pues estos son los destinados a la financiación de construcción de vivienda, mientras que los regulados por la Circular 18 de 1.983, corresponden al encaje que debe permanecer en efectivo, entendiéndose por tal los depósitos en los bancos.

Por lo tanto la conducta de la Corporación estaba autorizada pues los depósitos en cuenta de ahorros bancaria tiene máximo grado de disponibilidad y efectividad y son depósitos bancarios de los que autoriza la citada Resolución 18 de la Superintendencia Bancaria.

También dice que aún en el caso de que la Corporación fuera irregular por desconocer una circular, la Superintendencia Bancaria no podía revocar los actos sancionatorios sin su consentimiento, porque estas habían definido una situación jurídica particular.

Finalmente anota que la Superintendencia tenía en su poder todos los elementos de juicio al momento de imponer las primeras sanciones, y afirma que "la sanción impuesta carece de legalidad, al quedar sin efecto la norma en que se apoyaba (art. 3o. Decreto 3728 de 1.982), y que en la actualidad pretende hacer valer la Superintendencia Bancaria".

Por su parte, el señor apoderado de la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, en su alegato final reitera la solicitud de que se revoque la sentencia del a-quo y su argumento fundamental se refiere a que la figura de la revocación de los actos sancionatorios iniciales, no se dió y por lo tanto el argumento central de la sentencia del a-quo, que se refiere a l violación del artículo 73 del Decreto 01 de 1.984 porque no se solicitó el consentimiento de la afectada, no es válido.

Desarrolla lo anterior y afirma que los actos sancionatorios iniciales produjeron sus efectos **sin que hubieran sido revocados** por la autoridad que los expidió y los nuevos actos lo que hicieron fué adicionarlos.

Por otra parte descarta la alegada cosa juzgada o cosa decidida, fenómeno que a su juicio no se dió en el caso de autos, porque las últimas resoluciones las números 3134 y 6182 de 1.984, señalaron sanción por el desencaje como resultado de depósitos prohibidos en cuantas de ahorros, hecho nuevo, que no se "decidió" al expedir los primeros actos, razón por la cual no puede hablarse ni de revocatoria, ni de cosa juzgada.

Si no hubo revocatoria porque los actos iniciales produjeron sus efectos y los actos posteriores los adicionaron, el resolver sobre hechos no considerados en la actuación inicial, no puede darse la violación del artículo 73 de Decreto 01

de 1.984.

Finalmente dice: "De igual manera, si bien es cierto que la facultad punitiva de la Superintendencia Bancaria se había ejercido frente a los hechos y circunstancias que llevaron a sancionar inicialmente el desencaje, no se podía predicar lo mismo respecto de las nuevas irregularidades advertidas.

"Claras razones de interés general condujeron a esta entidad a expedir la resolución adicional que sancionaba los nuevos hechos que así lo ameritaban.

"No debe olvidarse que la función de la Superintendencia Bancaria es pública y como tal se orienta al logro de los intereses generales, una de cuyas vías es la sanción de aquellas contrarias al ordenamiento jurídico.

"En consecuencia, no se puede prescribir la intangibilidad de ciertas situaciones particulares cuando por encima de ellas está la ley, el interés general y el mantenimiento del orden público económico a cuya conservación contribuye la Superintendencia Bancaria al ejercer su función punitiva."

Y solicita se revoque la sentencia del a-quo y en su lugar se haga un pronunciamiento sobre la legalidad de las Resoluciones 3134 del 24 de julio y 6182 del 29 de noviembre de 1.984 de la Superintendencia Bancaria.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa que:

- Con relación a la Resolución No. 5326 del 30 de septiembre de 1.983, no es posible un pronunciamiento de fondo, porque el recurso de reposición interpuesto contra ella, no había sido resuelto a la fecha de presentación de la demanda.

- En cuanto a la pretensión principal de anulación de las resoluciones sancionatorias iniciales afirma que operó la caducidad de la acción.

- Y en cuanto a la petición subsidiaria de anulación de las resoluciones números 3134 y 6182 de 1.984 comparte la tesis del a-quo de que deben anularse por ser violatorias del artículo 73 del Decreto -01 de 1.984.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A juicio de la Sala es válido el planteamiento del Tribunal cuando afirma que no se da en el presente caso la figura de acto administrativo complejo, que se invoca en la demanda como argumento para obtener la anulación de actos sobre los cuales había operado la caducidad de la acción.

A este respecto se observa que cada una de las ocho resoluciones por las cuales se impusieron sanciones por desencaje durante el año de 1.983 y aquella por la cual se adicionaron las citadas sanciones constituyen actos administrativos independientes, cada uno con sus propios efectos jurídicos, los cuales se produjeron sin que fuera necesario la manifestación de diferentes autoridades administrativas para que se conformara la voluntad de la administración respecto de dichos efectos jurídicos. Cada una de las resoluciones acusadas se ejecutó una vez en firma, luego de haberse resuelto los recursos interpuestos o porque ellos no se interpusieron por el interesado.

De la resolución que adicionó las sanciones inicialmente decretadas tampoco puede predicarse que integre con aquellas un acto administrativo complejo ya que su objeto y su causa son diferentes y ella no es el resultado de la interposición de un recurso. Su causa hay que encontrarla en el hecho nuevo o adicional, de que la entidad sancionada apareció, luego de nueva investigación realizada por la Superintendencia Bancaria, con un desencaje mayor al que había sido objeto de sanción primeramente.

Tan cierto es lo atrás dicho que bien habría podido el demandante demandar cada una de las resoluciones en forma independiente, lo que incluso hubiera generado procesos de dos y única instancia por razón de las cuantías de cada uno de los actos antes referidos.

De conformidad con lo hasta aquí analizado no es posible considerar que toda actuación demandada constituye un acto administrativo complejo y de acuerdo con ello es procedente analizar respecto de cada uno de los actos administrativos cuestionados si padecen o nó del fenómeno de la caducidad.

La Sala comparte la conclusión a que llegó el Tribunal, que también se respalda por el señor Fiscal Tercero de esta Corporación, en el sentido de que sobre las ocho primeras resoluciones operó el fenómeno de la caducidad puesto que la demanda, que fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de mayo de 1.985, se presentó más de un año después de que quedó en firme la última de las resoluciones en cuestión. Por lo tanto, hizo bien el a-quo en darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

En cuanto a la resolución que adicionó las sanciones impuestas por los actos administrativos anteriormente referidos, así como la confirmatoria de aquella, ambas igualmente objeto de la presente demanda, fueron demandadas dentro del término de caducidad toda vez que la última de ellas, es decir la que resolvió el recurso de reposición , que era el único procedente, fue notificada el día 29 de enero de 1.985 (folio 46 vuelto) y como la demanda se instauró el 28 de mayo de 1.985 tal situación quedó comprendida dentro del citado término de caducidad de la acción por lo que resulta acertada la posición del Tribunal a-quo en el sentido de resolver de fondo la cuestión planteada en relación con las dos resoluciones finales.

En este orden de ideas, procede la Sala a revisar, a la luz de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, la sentencia emitida por el Tribunal con el fin de decidir si ella merece ser confirmada o revocada.

Se recuerda que la apelación está circunscrita a discutir la razón aducida por el Tribunal en el sentido de que las resoluciones cuya anulación se decreta, al revocar sin el consentimiento previo y expresado de su titular una situación consolidada jurídicamente, incurrieron en violación del artículo 73 del C.C.A. Así que este es el punto central de la cuestión litigosa sobre el cual deberá pronunciarse la Sala.

Se dice en el fallo apelado que las resoluciones primitivas crearon una situación jurídica de carácter particular y concreto, puesto que por medio de ellos se probó, se declaró y sancionó una falta. Tal hecho, adicionado con el pago efectivamente realizado de las sanciones impuestas por parte del afectado, lleva a la conclusión inequívoca de que quedaba cerrado un ciclo gubernativo, cuya apertura para su revocación o modificación o no estaba ya más en las manos del ente administrativo sino eventualmente, en poder de los jueces. Este criterio es compartido por la Sala en cuanto advierte que no le era dable a la Superintendencia Bancaria revivir la investigación ya finiquitada para deducir una falta más grave de la que inicialmente calificó y sancionó, mucho menos apelando al dudoso concepto de la adición de la sanción, que a la postre no resulta en cosa diferente que a la de modificar una situación consolidada en cabeza del administrado para hacersela mas gravosa.

Es cierto que el artículo 73 del C.C.A., prevé la posibilidad de revocar los actos administrativos de carácter particular sin el consentimiento previo y escrito del titular cuando fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales, pero no es del caso dar aplicación aquí a tal excepción no sólo porque no fueron estos los supuestos de hecho aducidos por la Superintendencia Bancaria para reabrir la investigación e imponer las sanciones adicionales, sino porque además, siendo la sanción el resultado de una investigación realizada por la misma Superintendencia, resulta paradójico afirmar que el acto administrativo que le impuso fué obtenido por el sancionado con evidente utilización de medios legales.

Debe destacar la Sala que a su juicio, la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria quedó agotada, en relación con los hechos materia de discusión, cuando como consecuencia de la investigación que debió realizar, determinó que la entidad vigilada había ocurrido en la falta de defectos de encaje durante algunos meses de 1.983, e impuso mediante varias resoluciones las sanciones que de acuerdo con sus funciones a este respecto consideró adecuadas a la falta cometida. No es admisible por tanto, y resulta contraria a los principios generales del derecho y a las propias normas legales que regulan de una parte la facultad sancionatoria y de otra intangibilidad de los actos administrativos que crean situaciones particulares y concretas, la actitud asumida por el ente administrativo al disponer que mediante nueva resolución, y asumiendo que la

gravedad de la falta era de una magnitud mayor que la originalmente investigada, por si y ante si y sin tener en cuanta el principio "non bis in idem" impone por los mismos hechos nuevas sanciones, o sanciones adicionales (que para el efecto tiene idéntico significado).

De conformidad con lo anterior concluye la Sala que no le asiste la razón a la apelante y en cambio si está en las razones y fundamentos de la sentencia apelada, la cual, en acuerdo con el concepto fiscal, será objeto de decisión confirmatorio en esta instancia.

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

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, salva voto; *Consuelo Sarria Olcos, salva* voto, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Héctor Julio Becerra,* Conjuez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SANCION POR DESENCAJE / CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA /REVOCACION DEL ACTO (Salvamento de Voto).

Adicionar un acto no implica revocarlo, por el contrario, indica que a lo ya decidido por el acto, se suma o agrega algo, pero partiendo de su existencia y de sus efectos. Las Corporaciones de Ahorro y Vivienda no podían tener fondos en cuentas de ahorro, y a partir de enero 1/83 dos de los puntos del encaje a que estaban obligadas, debían estar en efectivo y estas dos prescripciones fueron desconocidas por la actora, al tener cuentas de ahorros en bancos con fondos del 2% del encaje que debía tener efectivo. Y no es válido el argumento de la "disponibilidad" que caracteriza las cuentas de ahorro, para tratar de afirmar que se cumplió con la proporción de "efectivo" del encaje, ya que existe prohibición expresa de tener fondos en cuentas de ahorro.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Salvamento de Voto de la *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente 2531. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas.

Por haber elaborado el proyecto de fallo que fue negado en la Sala, como salvamento de voto incluyo la parte considerativa de la ponencia rechazada, la cual decía:

Es válido el planteamiento hecho por el a-quo cuando afirma que no se da en el presente caso la figura del acto administrativo complejo, que se invoca en el libelo demandatorio.

En efecto cada una de las resoluciones por las cuales se impusieron sanciones por desencaje en que la actora incurrió en diferentes meses, durante el año de 1.983 y aquella por la cual se adicionaron las citadas sanciones, constituye cada una de ellas un acto administrativo independiente de los demás, con sus propios efectos jurídicos, los cuales se produjeron sin que fuera necesaria la manifestación de diferentes autoridades administrativas para que se conformara la voluntad de la administración respecto de dichos efectos jurídicos.

Y por lo mismo cada una de las resoluciones sancionatorias se ejecutó, una vez en firme, luego de haberse resuelto los recursos interpuestos a porque éstos no se interpusieron por el interesado.

En relación con la resolución que adicionó las sanciones iniciales, tampoco puede afirmarse que conforme con éstas es un acto administrativo complejo, ya que su causa y su objeto son diferentes y no es el resultado de la interposición de un recurso: su causa se encuentra en el hecho de que la entidad sancionada tenía un desencaje mayor que el informado, por cuanto tenía algunos fondos en una cuenta de ahorros en bancos, conducta prohibida por la SUPERINTENDENCIA BANCARIA y el contenido de dicho acto administrativo fue justamente **adicionar** la sanción ya impuesta en la proporción que le correspondía al mayor valor del desencaje, pero ello no afecta para nada la firmeza de las sanciones impuestas inicialmente.

Tan cierta es esta afirmación que bien hubiera podido demandarse cada una de las resoluciones independientemente, ya que cada una de ellas se refiere a situaciones jurídicas también independientes y que es posible demandar la resolución que adiciona la sanción y su confirmatoria por aparte, tal como lo plantea , la demanda en su petición subsidiaria.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, no es posible entonces considerar que se trata de un acto administrativo complejo y de acuerdo con ello, se observa que evidentemente como lo dijo el a-quo, con relación a las resoluciones sancionatorias iniciales se dió el fenómeno de caducidad de acuerdo con lo probado en la instancia ya que quedaron ejecutoriadas así:

"La No. 1163 de marzo 23/84, cinco días hábiles después de abril 4/84.

La No. 5388 de diciembre 5/83 el 7 de mayo de 1.984.

La No. 5516 de diciembre 13/83 cinco días hábiles después de diciembre 27/83.

La No. 5326 de noviembre 30/83 en febrero 3/84.

La No. 0878 de marzo 7/84 cinco días hábiles después de abril 4/84.

La No. 5327 de noviembre 30/83 cinco días hábiles después de diciembre 27/83.

La No. 1062 de marzo 14/84 cinco días hábiles después de abril 4/84.

La No. 1162 de marzo 23/84 cinco días hábiles después de abril 4/84."

Y como la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de mayo de 1.985, según consta a folio 24 del expediente, se operó la caducidad de la acción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 136 del Decreto 01 de 1.984.

En cuanto a la resolución que adicionó las sanciones y su confirmatoria, con base en lo ya afirmado de que no conforman con las anteriores un acto complejo, se observa que la ultima de ellas, la número 6182 del 29 de noviembre de 1.984, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, quedando así agotada la vía gubernativa, fue notificada el día 29 de enero de 1.985, (fl. 46, v.) y como la demanda se presentó el 28 de mayo de 1985, sí procedía como lo hizo el a-quo un pronunciamiento de fondo, teniendo en cuenta la petición subsidiaria hecha en la demanda.

Teniendo en cuenta el fundamento del fallo recurrido y los términos de sustentación del recurso de apelación que ahora se resuelve. El primer aspecto que se debe analizar es si evidentemente, con los aspectos demandados que pueden ser objeto de decisión, se violó el artículo 73 del Decreto 01 de 1.984, en cuanto no se solicitó el previo consentimiento del afectado a quien se le había creado una situación jurídica particular.

Pero para poder llegar a establecer dicha violación, es necesario esclarecer previamente si se dió la figura jurídica regulada por dicha norma, cual es la de la revocación de los actos administrativos.

Y a éste respecto, tiene razón el Señor Apoderado de la SUPERINTENDENCIA BANCARIA que presentó el último memorial en el trámite del recurso de apelación, cuando afirma que con los actos demandados **no se revocaron** las sanciones iniciales.

En efecto, como en el texto mismo de dichos actos se afirma, se trata de **una adición** a las sanciones iniciales, enfrente a un mayor desencaje, razón por la cual tampoco puede alegarse la "cosa decidida", ya que se trata de un hecho nuevo, respecto del cual no se había decidido.

Adicionar un acto, no implica revocarlo, por el contrario, indica que a lo ya decidido por el acto, se suma o agrega algo, pero partiendo de su existencia y de sus efectos.

Si de acuerdo con lo anterior y en perfecta concordancia con lo expuesto al analizar si había o no un acto administrativo complejo, no se dió la revocatoria de un acto administrativo ya que solo se adicionaron los actos iniciales, pero no se puso fin a sus efectos, no es posible afirmar como lo hizo el a-quo que se violó el artículo 73 del Decreto 01 de 1.984.

Y es entonces necesario analizar la legalidad de los actos cuestionados, según los otros argumentos de la parte actora; para establecer entonces, si evidentemente la entidad sancionada incurrió en un desencaje superior, por cuanto ciertas sumas que tenía en cuenta de ahorro en bancos no podían considerarse como efectivo.

Al respecto, la entidad sancionada no cuestiona el hecho, el cual por lo demás está debidamente comprobado a través de las inspecciones judiciales realizadas al Banco de Occidente y en el Banco Santander, cuyas actas obran a folios 193 y 194, 202 y 203 del expediente.

Precisado lo anterior es del caso establecer si dicha conducta, era sancionable o no, para establecer si evidentemente se dió violación alegada por la actora.

En la Circular 101 de 1.974 de la SUPERINTENDENCIA BANCARIA que obra a folio 174 del expediente se lee:

"Ante el conocimiento que tiene este Despacho de que algunas Corporaciones de Ahorro y Vivienda mantienen **cuentas de ahorro en bancos,** la Oficina Jurídica de esta Superintendencia procedió a estudiar el punto, de cuya conclusión me permito transcribir los apartes pertinentes:

'De donde tenemos , que si las Corporaciones de Ahorro y Vivienda tienen por objeto recibir depósitos de ahorro y obtener recursos para destinarlos al financiamiento de la construcción urbana, y a su vez tienen que cumplir con un requisito de liquidez para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, como también cuando presente exceso de liquidez invertir en bonos emitidos por el FAVI, iría contra el sistema mismo si se les permitiera a esta instituciones el abrir cuantas de ahorro puesto que el objeto de las Corporaciones está claramente definido por la ley.

'Además, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda son entidades encaminadas a prestar un servicio público para el beneficio de la comunidad, ellas se rigen por las normas del Derecho Público en el que impera el principio de que **sólo pueden realizar aquellas operaciones expresamente previstas por la ley, a contrario del principio que regula el Derecho Privado en que les está permitido lo no prohibido.**

'En consecuencia esta Oficina considera que debe procederse a la cancela-

ción de estas cuentas'.

"De otra parte, sabido es que de conformidad con el Artículo 13 del Decreto 1269 de 1.972, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, en la materia, sólo pueden mantener depósitos en cuanta corriente en bancos en la cuantía necesaria para los requerimientos normales de liquidez.

"Por tanto, encarezco a ustedes proceder de conformidad".

Posteriormente, en la Circular 018 de 1.983 la SUPERINTENDENCIA BANCARIA transcribe el Decreto 3728 de 1.982, el cual en su artículo 4o. dispone:

"A partir del 1o. de enero de 1.983, el encaje del 8% que sobre los depósitos en cuentas de ahorro de valor constante deben mantener las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, estará representado de la siguiente manera: seis (6) puntos en obligaciones de valor constante, sin interés emitidas por el FAVI; los dos (2) puntos restantes en efectivo".

Y al precisar las instrucciones para la elaboración y liquidación del encaje local de acuerdo entre otros, con el citado decreto 3728 de 1.982 dice:

".....Para el registro de los saldos diarios computables como efectivo, según lo establecido en el Artículo 4o. del Decreto 3728 de 1.982. Para tal efecto se entiende como efectivo computable, los saldos diarios en Caja, Bancos y el exceso de 40% en el encaje del 15% de que trata el Decreto 1414 de 1.976."

Del análisis de todo lo anterior, es claro que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda no podían tener fondos en cuantas de ahorro, y que a partir del 1o. de enero de 1.983, dos de los puntos del encaje a que estaban obligadas debía estar en **efectivo** y éstas dos prescripciones fueron desconocidas por la actora, al tener cuentas de ahorros en bancos con fondos del 2% del encaje que debía tener en efectivo.

Y no es válido el argumento de la "disponibilidad" que caracteriza las cuentas de ahorro, para tratar de afirmar, que se cumplió con la proporción de "efectivo" del encaje, ya que existe prohibición expresa de tener fondos en cuentas de ahorros.

Como tampoco resulta válido el argumento de que la norma autoriza tener saldos en "Bancos", ante la citada expresa prohibición.

También alega la parte actora que todo lo anterior se refiere a fondos destinados a la financiación de vivienda y que con relación a ellos es que operan las prohibiciones, pero no para los fondos que conforman el 2% del encaje a que están obligadas las Corporaciones, pero éste argumento tampoco puede prospe-

rar, ya que la prohibición para tener cuentas de ahorro se estableció en general para las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y no con relación a una parte de sus recursos.

Por todo lo anterior y de conformidad con las prescripciones vigentes para las fechas en que la actora incurrió en desencaje, las sanciones impuestas se ajustaron a la legalidad.

En cuanto al argumento de que como los actos demandados se expidieron con fundamento en el artículo 3o. del Decreto 252 de 1.980 y éste fue anulado por el Consejo de Estado, se observa que las conductas sancionadas tuvieron lugar durante los meses de Enero, Febrero, Marzo, Junio, Julio, Septiembre y Octubre de 1.983, fecha para la cual se encontraba vigente el citado decreto 252 de 1.980, razón para la cual esa era la norma a la que debía referirse la SUPERINTENDENCIA BANCARIA como fundamento de sus decisiones sancionatorias, y en cuanto a los efectos de fallo de nulidad del citado decreto, la Sala ha dicho en reiteradas oportunidades que con relación a las situaciones sub judice, como en éste caso, ya no puede tenerse como el fundamento legal del acto impugnado, pero también se ha pronunciado en el sentido de aplicar la sustitución de la base legal del acto demandado, en cuanto con anterioridad a la vigencia del citado decreto 252 de 1.980, existía norma expresa que consagraba las sanciones para las mismas infracciones administrativas, norma que sólo fue derogada a partir del 16 de noviembre de 1.984, dicha norma era la Resolución 65 de 1.974 proferida por la Junta Monetaria, y la cual bien puede considerarse como el fundamento de los actos demandados.

Por último, en relación con la alegada violación de normas de carácter penal, también ya se ha pronunciado la Sala en casos semejantes al que ahora se resuelve, en el sentido de precisar que dichas normas no son aplicables en materia de infracciones administrativas por desencaje.

De conformidad con todo lo anterior, se concluye que los actos administrativos contenidos en las resoluciones 3134 de 1.984 y 6182 del mismo año, se ajustaron a la legalidad en cuanto impusieron una sanción previamente establecida por la normatividad, por haber incurrido la actora en una conducta tipificada también previamente como sancionable, y fueron proferidas por la autoridad competente.

Por lo tanto, ha debido revocarse la sentencia apelada y en su lugar negarse las pretensiones de la demanda.

Consuelo Sarria Olcos

Fecha ut supra

RENTA EXENTA / BIEN EXENTO / ZONA AFECTADA

Fue intención del legislador establecer beneficios fiscales para la reactivación económica de las zonas afectadas por la actividad del volcán Arenas del Nevado del Ruiz a favor de las empresas o sociedades y de las personas que quieran establecer o restablecer su actividad económica en el área afectada por el volcán. El artículo 6o. del Decreto 1889/88 se está refiriendo a los productos del sector primario de la economía, ya que cuando se trata de bienes manufacturados o transformados, se produce igualmente la exención tributaria sin consideración al lugar de entrega de la mercancía , exigencia que se considera comprendida entre "los mecanismos de control que el gobierno debe poner en práctica".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente No. 2367. Actor: FRANCISCO ELADIO GOMEZ. ACCION PUBLICA DE NULIDAD PARCIAL DEL ARTICULO 6o. DEL DECRETO REGLAMENTARIO No. 1.889 DE 1.988. AUTORIDADES NACIONALES - FALLO-

En razón de que el proyecto de sentencia presentado por el Consejero Sustanciador del proceso no obtuvo los votos suficientes para convertirse en sentencia, corresponde al suscrito consejero redactar el proyecto de sentencia que refleje el criterio mayoritario.

1. El señor doctor FRANCISCO ELADIO GOMEZ, abogado con título de profesional en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del

Código Contencioso Administrativo : (Decreto Extraordinario 01 de enero 2 de 1.984), demanda de esta Corporación que declare la nulidad de la frase **"y entrega material de bienes dentro de dichas zonas"**, contenida en el artículo 6o. del Decreto 1889 de septiembre 13 de 1.988, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 44 de 1.987 y el decreto extraordinario 3839 de 1.985, dictado en uso de facultades del Estado de Emergencia originado por la avalancha del Volcán Arenas del Nevado del Ruiz que sepultó a la población de Armero en el Departamento del Tolima y por los hechos de toma, incendio y destrucción del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1.985.

2. El actor sustenta su solicitud de nulidad en la contradicción que alega entre el concepto o frase cuya nulidad solicita, que hace parte del artículo 6o. del decreto reglamentario, y los artículos 1857 del Código Civil, conforme cual, la venta reputa perfecta desde que las partes han **convenido** en la cosa y el precio" de lo cual aparece que el contrato de compraventa "es, en principio, un contrato consensual", y no real; similar conclusión infiere de la definiciones contenidas en los artículos 1849 de C.C. y 905 del Código de Comercio. El contrato por ser consensual no requiere para su perfeccionamiento la entrega de la cosa, que es una obligación del vendedor. Agrega que como el Código de Comercio no contiene estipulación alguna específica al respecto de la entrega de la cosa venida, las partes pueden estipular libremente todo lo referente a la entrega de la cosa. El Código Civil en los artículos 1645 prescribe que el pago debe efectuarse en el lugar designado por la convención, pues son las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad las que pueden determinar el lugar donde deben cumplirse las obligaciones recíprocas de las partes, pero en el caso de que las partes no hayan estipulado un lugar para el pago, y se deba entregar un cuerpo cierto, e pago se hará en el lugar en que dicho cuerpo existía el momento de constituírse la obligación, y si la cosa es otra se hará el pago en el domicilio del deudor.

3. **LA SALA CONSIDERA**

Sea lo primero poner de presente que la frase cuya anulación se pide en la demanda, no coincide exactamente con la del texto del artículo 6o. del decreto reglamentario 1889, del 13 de septiembre /88. En efecto, de la demanda se pide: Primero: Declarar la nulidad del artículo 6o. del decreto reglamentario 1889 expedido por el Señor Presidente de la República el 13 de septiembre de 1.988 en la parte que dice "...y entrega material de bienes dentro de dichas zonas" al paso que la misma frase final del mencionado artículo 6o., dice: **y entrega de material de bienes dentro de dichas zonas,** así como los provenientes de la venta de bienes manufacturados o transformados en dichas zonas afectadas, sin consideración a su lugar de entrega". La frase subrayada es la parte que se pide anular.

La norma, artículo 6o. del decreto 1889 de septiembre de 1.988 dice textualmente:

"Para efectos de determinar la renta exenta a que se refiere este Decreto , se entienden como ingresos provenientes de una Empresa o establecimiento de los sectores industrial, comercial , agrícola , ganadero o minero, ubicados en la zonas afectadas , aquellos originados en la venta y entrega de material de bienes dentro de dichas zonas afectadas, sin consideración a su lugar de entrega".

Por su parte el artículo 2o. de la Ley 44 de 1.977, diciembre primero, dice textualmente:

"Estarán exentas del Impuesto de Renta y Complementarios las nuevas Empresas Agrícolas o ganaderas o lo nuevos establecimientos industriales comerciales o mineros **que se establezcan en los municipios indicados en el artículo primero de esta Ley antes del 31 de diciembre de** 1.988 en las siguientes proporciones:

"Para los dos primeros años de su período productivos el 100%;
"Para el tercero y cuarto año, el 50%; y
"Para el quinto y sexto año, el 20%

"Gozarán del mismo beneficio aquellas empresas o establecimientos de la naturaleza y **ubicación** mencionadas en este artículo que, habiendo sido puestos en imposibilidad de adelantar normalmente sus actividades por obra del fenómeno volcánico, según certificación del Ministerio de Desarrollo Económico si se tratare de Empresas industriales o comerciales o del Ministerio de Agricultura si se tratare de empresas agrícolas o ganaderas, reanuden aquellas".

"Estas exenciones también regirán para las empresas de tardío rendimiento caso en el cual para la determinación del momento en el cuál debe empezar a aplicarse la exención, el contribuyente deberá acompañar Certificación del Ministerio de Agricultura si se trata de empresas agrícolas o ganaderas; del Ministerio de Minas y Energía, si se trata de empresas mineras; y del Ministerio de Desarrollo Económico si se trata de empresas industriales o comerciales".

El artículo 3o. de la citada Ley 44 de diciembre 1 de 1.987 expresa:

"Para los efectos del inciso primero del artículo segundo de la presente ley, entendiéndose establecida una empresa cuando el empresario, si aquella no es persona jurídica , manifiesta su intención de establecerla antes del 31 de diciembre de 1.988, en memorial dirigido a la Administración de Impuestos respectiva en el cual señale detalladamente la actividad económica a que se dedicará, el capital de la empresa, el lugar de ubicación de las instalaciones, la sede principal de sus negocios y **demás informaciones**

que exija el reglamento el cuál determinará así mismo los mecanismos de control que el gobierno debe poner en práctica. Las sociedades comerciales se tendrán como establecidas para los efectos de esta Ley, desde la fecha de su inscripción de su acta en el registro público de comercio. Las demás personas jurídicas desde la fecha de su inscripción (lo subrayado es de la Acta).

Para la Sala es evidente la intención del legislador de establecer beneficios fiscales de gran importancia para la reactivación económica de las zonas afectadas por la actividad del volcán Arenas del Nevado del Ruiz a favor de las empresas o sociedades y de las personas que quieran establecer o restablecer su actividad económica en el área afectada por el Volcán, ya sean antiguos empresarios o sociedades y personas nuevas que deseen establecerse en el sector como se evidencia, por ejemplo, por la redacción del artículo segundo es decir,

"Estarán exentas del impuesto de renta y complementarios las **nuevas empresas agrícolas** o ganaderas **o los nuevos establecimientos industriales, comerciales o mineros que se establezcan en los municipios indicados** en el artículo primero de esta Ley antes del 31 de diciembre de 1.988, etc." (lo subrayado es de la Sala).

Por tal consideración es lógico concluir que cuando en el artículo 6o. del decreto reglamentario, se dice que **"Para efectos de determinar la renta exenta** a que se refiere este decreto entienden como **ingresos provenientes de una empresa o establecimiento de los sectores industrial, comercial, agrícolas ganadero o minero, ubicados en las zonas afectadas , aquellos originados en la venta y entrega de (sic) material de bienes dentro de dichas zonas, así como los provenientes de la venta de bienes manufacturados o transformados** en dichas zonas afectadas, **sin consideración a su lugar de entrega"**, se está refiriendo a los productos del sector primario de la economía, ya que cuando se trata de bienes manufacturados o transformados, se produce igualmente la exención tributaria sin consideración al lugar de entrega de la mercancía, exigencia que se considera comprendida entre **"los mecanismos de control que el gobierno debe poner en práctica"**, puesto que tratándose de empresa, cuando ésta no es persona jurídica, se entiende establecida para los efectos de exoneración del impuesto de renta y complementarios, cuando manifiesta su intención de establecerse antes del 31 de diciembre de 1.988, en memorial dirigido a la Administración de Impuestos respectiva, en el cual, señale la actividad económica a la cual se dedicará la empresa, el lugar de ubicación de las instalaciones , la sede principal de sus negocios y las demás informaciones que exija el reglamento; pero si se trata de sociedades o entidades asimiladas a estas, deberán remitir además, dentro del término previsto en el numeral 4o. una copia de la escritura pública de constitución. Los requisitos previos a la exención los señala el artículo 4o. del decreto reglamentario y los que debe acreditar cada año en que solicite la

exención están indicados en el artículo 5o.

La lectura del artículo 5o. de la Ley 44 de diciembre de 1.987 permite concluír de los términos en que fué redactada , que ésta defirió al reglamento, prescribir "las demás informaciones" y "los mecanismos de control" , que el gobierno deba poner en práctica, y que uno de los tales mecanismos además de otros que establecen en el decreto reglamentario, es que "la venta y entrega de (sic) material de bienes se haga dentro de las zonas", excepto cuando se trata de productos elaborados o manufacturados o transformados en las zonas afectàdas, caso en cual la entrega no es necesaria efectuarla en la zona afectada.

Se trata de precauciones o barreras que el gobierno está en la obligación de establecer para evitar el fraude fiscal. Así las cosas, la Sala decide que no se ha dado la pretendida violación de normas de la Constitución y de la Ley señaladas como infringidas.

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

FALLA

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, Notifíquese y Archívese.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano,* salvó voto.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites /**RENTA EXENTA** (Salvamento de Voto).

La norma demandada introduce en el ámbito legislativo una disposición, que por ser nueva y por no tener respaldo en la normatividad de carácter legal se agrega a ella y la modifica o simplemente la contradice. La norma reglamentaria es contraria al orden jurídico por contravenir las disposiciones de orden superior que por él se invocan como violadas. El acto demandado contradice abiertamente las disposiciones legales que regulan tanto el contrato de compraventa como el régimen del impuesto a la renta.

Salvamento de Voto del *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2367. Actor: Francisco Eladio Gómez G.

Como el proyecto que presenté en mi calidad de ponente no fué acogido por la Sala y en cambio se adoptó por mayoría solución contraria a la entonces planteada por mí, estimo pertinente transcribir a continuación las consideraciones propuestas como razón de mi salvedad de voto, las cuales tendían a la declaratoria de nulidad de la norma acusada:

> "Conviene señalar inicialmente que la Sala Unitaria la resolver sobre la petición de suspensión provisional la aceptó con el argumento de que "la frase subrayada y entre comillas (aparte del artículo 6o, objeto de la demanda) establece un elemento nuevo para perfeccionar el contrato de compraventa, no previsto en los códigos civil y de comercio, ni en las disposiciones que se pretende reglamentar, ni en las normas tributarias que regulan los ingresos de los contribuyentes originados en ventas de bienes de cualquier naturaleza, así como en otras normas puntualizadas por el actor en los escritos de sustentación". (folio 35). Igualmente, que la

Sala de Decisión, al resolver la súplica intentada contra el auto de suspensión provisional, si bien dispuso revocarlo, levantando aquélla, por estimar que la norma pudiera tener sustento legal en las disposiciones de la Ley 44 de 1.987 que autorizaban al Gobierno para establecer sistemas de control respecto de tales exenciones, estuvo de acuerdo con el Ponente en "que la exigencia del artículo 6o. del decreto reglamentario 1989 (sic) de 13 de septiembre de 1.988 en el sentido de que para hacerse acreedor a beneficios tributarios por parte de empresas industriales, comerciales o agrícolas, ganaderas o mineras, uicados (sic) en la zona afectada por la avalancha del Volcán del Ruiz, los ingresos deben originarse en la venta y **entrega material de bienes dentro de dichas zonas,** agrega un elemento nuevo que no consagra ninguna norma superior" (folio 68).

"De esta manera, en el presente juicio ha quedado prácticamente definido en su tramitación, primero por los razonamientos del Ponente que sirvieron de base al auto de suspensión provisional y luego por la reafirmación que de tales argumentos hace la Sala de Decisión, en la forma que se transcribió, que el artículo demandado, agrega, en cuanto al aparte acusado se refiere, "un elemento nuevo que no consagra ninguna norma superior". Es decir, que introduce en el ámbito legislativo una disposición, que por ser nueva y por no tener respaldo en la normatividad de carácter legal se agrega a ella y la modifica o simplemente la contradice. Esto último no tendría nada de reprochable si el ámbito de validez de la norma acusada fuera el mismo que el de la ley; pero precisamente por no serlo ya que se trata de una norma de carácter administrativo, jerárquicamente subordinada, es imperioso concluir que la razón está de parte del demandante y que la norma reglamentaria es contraria al orden jurídico por contravenir las disposiciones de orden superior que por él se invocan como violadas.

"Son verdaderamente abundantes las providencias en las que el Consejo de Estado ha definido las características y el contenido de la potestad reglamentaria y en las que ha determinado las condiciones para su ejercicio y por ello basta ahora, sin necesidad de hacer un nuevo estudio considerar que como está demostrado que la norma acusada, de una parte, no tiene respaldo en las normas que dice reglamentar (por lo que las excede, las desborda, las modifica) y de otra, contradice abiertamente las disposiciones legales que regulan tanto el contrato de compraventa como el régimen del impuesto a la renta, resulta incompatible con el orden jurídico vigente y debe ser declarada nula.

"Y no se diga que como el Gobierno tenía, por virtud del artículo 3o. de la Ley 44 de 1.988, autorización para determinar los mecanismos de control al respecto debían ponerse en práctica, ello pudiera servir de fundamento jurídico para hacer que el reglamento tuviera la virtualidad de la ley y pudiera, no solo, establecer disposiciones no contempladas en la ley que reguló la materia, sino además, modificar otras, como las que invoca el

actor pertenecientes a los regímenes tributarios, comerciales y civiles, Tal cosa no es admisible, pues hacerlo traería como consecuencia el desconocimiento de nuestro estado de derecho, fundado sobre dos pilares: la jerarquía normativa y el régimen de separación de poderes.

"Tampoco es de recibo el argumento de conveniencia que se esgrime en defensa de la norma acusada en el sentido de que trata de evitar abusos y tropelías que pudieran cometer algunas empresas o personas para aprovecharse indebidamente de la exención creada por la ley. Y no es de recibo, primero, porque el juicio de nulidad es como se sabe, un juicio de legalidad, en donde el juez solo está facultado para ver si la norma acusa se aviene al ordenamiento constitucional y legal, sin que al efecto importe el análisis de su conveniencia, y segundo, porque so pretexto de controlar unos posibles abusos no puede el gobierno, por medio de normas administrativas, sin que ello redunde en quebrantamiento el orden jurídico, limitar, restringir o anular los derechos sustanciales establecidos por el legislador en favor de los particulares."

Guillermo Chahín Lizcano

Fecha: Ut-Supra.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / SANCION POR INEXACTITUD - Procedencia

Es claro que la Compañía trató de utilizar una posición ambigua con la que pretendió obtener un doble beneficio fiscal con los impuestos descontables: tratándolos como costo diciéndose "no causante" del impuesto a las ventas y luego pidiendo su devolución, diciéndose "exenta". Ningún derecho a este doble tratamiento le daba la circunstancia de haber sido demandada la nulidad de la posición 09.01 (café) por considerarse ilegal (como evidentemente la decretó posteriormente esta Corporación). La situación legal era clara y la solicitud de descuentos improcedentes, no sólo sin cumplir los respectivos requisitos sino confesando paladinamente su ambigua posición, justificaba la sanción por inexactitud plenamente (Primer bimestre de 1.978).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. abril diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2981. Actor: INDUSTRIA COLOMBIANA DE CAFE "COLCAFE". Impuesto (Ventas) -FALLO-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín Dependencia de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, de fecha 9 de febrero de 1.990, el cual resolvió en forma parcialmente favorable las pretensiones de la demanda formuladas por la sociedad "INDUSTRIA COLOMBIANA DE CAFE S.A. "COLCAFE", dirigida contra los actos administrativos que fijaron el impuesto sobre las ventas, por el

I bimestre de 1.978.

Solicita el apelante se revoque la sentencia y en su lugar se confirme la decisión gubernamental.

Califica de contradictorios los considerandos y la parte resolutiva de la providencia. Mientras que en la parte motiva dice, el a-quo se muestra acorde con los rechazos que de los descuentos solicitados en la declaración de ventas efectuó la Administración, al resolver estima que la sanción que se derivó de tal petición no es procedente.

ANTECEDENTES

Con fundamento en el acta de visita adelantada por los funcionarios de la Auditoría, la Administración de Impuestos de Medellín practicó la liquidación oficial No. 205 de julio 7 de 1.980. Rechazó los impuestos descontables solicitados en cuantía de $1'809.128 en el bimestre que se cuestiona y aplicó la sanción de inexactitud prevista en los artículos 27 y 28 de la Ley 52 de 1.977.

Interpuso el recurso de reconsideración contra la decisión oficial, ésta se confirmó por Resolución No. 011 de septiembre 16 de 1.988, con argumentos similares a los que sirvieron de sustento a la liquidación.

El Tribunal Administrativo de Antioquia resolvió en forma parcial favorable las peticiones de la demanda. Desestimó los descuentos solicitados en la declaración de ventas presentada por el primer bimestre de 1.978, como quiera que la sociedad responsable no cumplió previamente con los requisitos previstos en los artículos 26 y 27 del Decreto 1988 de 1.974 pues, abrió la cuenta corriente en el mes de junio de 1.978, esto es, con posterioridad al lapso por el cual solicitó el beneficio.

Pero levantó la sanción que por inexactitud la Administración le impuso a la Sociedad, porque según su entender ésta no se configuró en los términos que la concibe el artículo 27 de la Ley 52 de 1.977. Además ordenó devolver la suma de $3'618.256, ajustada según los términos del artículo 178 del C.C.A.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de la Corporación, Dra. Dolly Pedraza de Arenas, solicita se revoque la sentencia apelada en cuanto levantó la sanción por inexactitud.

En síntesis dice, la sociedad cargó los impuestos descontables como un mayor costo de sus productos para efectos de determinar la renta y simultáneamente los solicitó como descontables sobre el impuesto sobre las ventas con el fin

de no perder la posibilidad de obtener la devolución, con el simple ofrecimiento condicionado de declarar una recuperación de un costo, una vez efectuada la devolución por parte de la Administración. De donde concluye que la sociedad al "solicitar como impuestos descontables partidas que ya habían constituído costo fiscal, implica que estos impuestos descontables eran inexistentes como tales en el primer bimestre de 1.978 y pretender su devolución configura sin lugar a dudas uno de los motivos que señaló el artículo 27 de la Ley 52 de 1.977 para la imposición de la sanción por inexactitud".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Desde la promulgación del Decreto 2810 de 1.974, hasta el fallo proferido por esta Corporación el 21 de abril de 1.978, que declaró la nulidad de la posición Arancelaria 09.01 del artículo 2 del citado estatuto, la venta de café y sus derivados no causaba el impuesto sobre las ventas y por ende quienes la efectuaban no eran responsables de este tributo.

No obstante, la empresa reclamante presentó sus declaraciones de ventas porque a su juicio, la enajenación de tales productos podía catalogarse como venta exenta y en estas circunstancias la sociedad asumía el carácter de responsable para tener derecho a la devolución de los saldos créditos resultantes de los impuestos descontables solicitados por tales bimestres.

Esto es, con notoria violación de las disposiciones reguladoras de la materia, la Sociedad no teniendo el carácter de sujeto pasivo del impuesto sobre las ventas, asumió motu proprio la calidad de responsable y cumplió virtualmente las cargas fiscales asignadas a éste.

Durante este lapso contabilizó el impuesto sobre las ventas como un mayor costo fiscal para efectos del impuesto sobre la renta y simultáneamente lo incluyó como impuestos descontables en las declaraciones de ventas, para solicitar la devolución como productor de bienes exentos, procedimiento que bajo ningún punto de vista podía resultar justificado legalmente.

A través de este mecanismo el ente jurídico pudo pues, incrementar el costo para disminuír obviamente la renta y trató de obtener la devolución del mismo concepto.

Declarada la nulidad de la posición arancelaria 09.01 del artículo 2o. del Decreto 2810 que convirtió en exenta la venta del café y sus derivados, la Sociedad abrió la cuenta corriente del impuesto a las ventas, esto es, en el mes de junio de 1.978, con el cual pretendió cumplir los requisitos previstos por los artículos 26 y 27 del Decreto 1988 de 1.974 para la viabilidad de la devolución de la suma de $1'819.128, correspondiente a impuestos solicitados como descontables en el rubro de costos y gastos de producción, administración y venta del primer

bimestre de 1.978, y que ya había hecho figurar como costo en la declaración de renta.

Con la misma partida buscó obtener un doble beneficio fiscal: primero disminuir la utilidad en la venta del producto y por ende reducir el impuesto de renta y, segundo la devolución como saldo a favor del impuesto de ventas.

No resulta clara entonces la afirmación del a-quo, en el sentido de que "en el caso se trata de errores de apreciación y diferencias de criterio relativos a la interpretación del derecho aplicable" que no constituye inexactitud de acuerdo al artículo 27 de la Ley 52 de 1.977.

Esta se tipifica cuando el contribuyente declare datos básicos falsos , incompletos o inexistentes y en el caso materia de controversia, la partida solicitada como descontable en el primer bimestre de 1.978 resulta inexistente, como quiera que ésta ya había jugado como costo en la declaración de renta.

Y por ello, como claramente lo advirtió en su primer alegato la defensora de la Administración, la Compañía no pudo comprobar en ningún momento que hubiera hecho las modificaciones necesarias en sus registros contables para efectuar el ajuste a cero-$ -0- -sencillamente porque los impuestos pagados los había tratado como costo, descontándolos para determinar su utilidad.

Es claro para la Sala que la Compañía trató de utilizar una posición ambigua con la que pretendió obtener un doble beneficio fiscal con los impuestos descontables : tratándolos como costo diciéndose "no causante" del Impuesto a las Ventas y luego pidiendo su devolución, diciéndose "exenta". Ningún derecho a este doble tratamiento le daba la circunstancia de haber sido demandada la nulidad de la posición 09.01 (café) por considerarse ilegal (como evidentemente la decretó posteriormente esta Corporación) pues los reglamentos deben obedecerse mientras no sean derogados por la entidad que los expidió o anulados o suspendidos por esta jurisdicción.

Y, por otra parte, el efecto de los fallos de nulidad a la situaciones no consolidadas se relacionan con las que están sub-judice ante la misma jurisdicción pero, este efecto que ha reconocido la jurisprudencia , no puede ser carta blanca para que los administrados manejen a su acomodo la ley mientras se decide sobre la legalidad de sus reglamentos. Se repite: éstos deben cumplirse y los administrados tienen acciones particulares para reclamar sus derechos.

Al contrario de lo que aceptó el Tribunal, la situación legal era clara y la solicitud de descuentos improcedentes, no sólo sin cumplir los respectivos requisitos sino confesando paladinamente su ambigua posición, justificaba la sanción por inexactitud plenamente.

Adicionalmente para la Sala resulta inexplicable que el Tribunal haya

ordenado "reintegrar" la sanción que levantó y con ajuste de valor según el art. 178 C.C.A. Esta orden (numeral 2o. de la sentencia) es doblemente equivocada porque no hubo "pago" de la sanción sino garantía bancaria (fl. 36) y porque las ordenes de reintegrò de impuestos no se manejan como las condenas a que se refiere el artículo 178 sino por la norma especial de las devoluciones del artículo 140 del C.C.A.

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

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo de Antioquia el 9 de febrero de 1.990 en el juicio No. 25.198.

2o. Confírmase la liquidación oficial No. 0205 de julio 7 de 1.980, por medio de la cual se determinó el Impuesto sobre las Ventas a cargo de la Sociedad "Industria Colombiana de Café S.A. "COLCAFE" NIT. 90.903.532, por el primer bimestre de 1.978.

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

Se deja constancia que la anterior Providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Judith López Díaz. Secretaria (E).

RESTITUCION DE TERMINOS / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Improcedencia

La Ley permite reponer los términos tanto para la Administración como para el contribuyente. La primera puede enmendar válidamente sus equivocaciones respecto a la dirección y el contribuyente interponer los recursos a que haya lugar. Una vez concedida por la Administración la "restitución" por solicitud del contribuyente y notificada de nuevo la providencia, mal puede venir a la jurisdicción a pedir la nulidad de esa notificación así provocada por el mismo y sostener "extemporaneidad" en la misma para efectos de hacerse a los efectos positivos del silencio administrativo (Ejercicio Fiscal 1.982).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta .- Bogotá, D.E., abril diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2978. Actor: FERNANDO GONGORA ARCINIEGAS. IMPUESTO RENTA -FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Apoderado Judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 16 de febrero de 1.990, que resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda presentada por el señor FERNANDO GONGORA ARCINIEGAS, dirigida contra los actos administrativos correspondientes al período gravable de 1.982.

ANTECEDENTES

Previo Requerimiento Ordinario de marzo 5 de 1.985 y Especial 478 de mayo del mismo año, para que explicara y comprobara las glosas que en ellos se formularon, la Administración de Impuestos practicó la Liquidación Oficial 010565 d agosto 20 de 1.985. A los ingresos declarados adicionó la suma de $17'783.177. virtualmente omitida y correspondiente a prestación de servicios a la Caja de Vivienda Popular, Acueducto de Bucaramanga y a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá; y el patrimonio bruto lo incrementó con la suma de $349.743, por créditos a cargo de Concretos Premezclados, Armaduras Heliacero e Hipódromo de los Andes, no declarados.

Rechazó costos y gastos por valor de $48.722.917. y un pasivo por $22.156.784..

Finalmente anunció una eventual determinación de la renta por el sistema especial de comparación patrimonial e impuso sanción por inexactitud.

Interpuso recurso de reconsideración contra la decisión oficial, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 0177 del 24 de marzo de 1.987, confirmada en consulta por la 668 de septiembre 11 del mismo año, negó la nulidad del acto administrativo invocada por el actor.

En su expedición dice el fallador, los funcionarios no incurrieron en causal alguna de las que consagra el Artículo 57 de la Ley 52 de 1.977 y el 152 del Código de Procedimiento Civil, ni se violaron normas de procedimiento como afirma el reclamante.

Disminuyó en $7'204.410. los ingresos oficialmente determinados por que encontró comprobado que dicha partida aparecía incluída dentro del total de $35'425.862. declarada como recibida de la Corporación de la Vivienda Popular, pero mantuvo la adición de los demás rendimientos por deficiencia en las pruebas que aportó para desvirtuarla.

Aceptó por venir certificados, los costos y gastos pagados al Banco de Occidente por $268.144. y, los efectuados con tarjeta de crédito por $ 1'302.199. y pasivos por la suma de $11'428.827

Ante la jurisdicción el demandante solicita la nulidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre la renta y sanciones a su cargo por 1.982. Igualmente que se declare nula la notificación por "Edicto" de la Resolución 0668 de septiembre 11 de 1.987.

Y como restablecimiento del derecho lesionado se practique una liquidación sustitutiva que confirme los factores contenidos en la liquidación privada.

Citó como disposiciones violadas los Artículos 38, 39 y 41 del Decreto 3803 de 1.982; Artículo 9o. Ley 8a. de 1.970 y Artículos 32 y 33 de la Ley 52 de 1.977.

Argumenta el apoderado en síntesis , que como su a representado le fue enviada por correo la citación para notificarse personalmente de la Resolución R-668 de 1.987, a una dirección equivocada, ésto no se cumplió, y por ende el procedimiento supletivo de notificación por edicto resulta afectada de nulidad. En tal circunstancia dice, la notificación legalmente se surtió el 10 de diciembre de 1.987 (cuando le fueron entregadas las copias del proveído) ésto es, por fuera del término de dos años que consagra el Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1.970, hecho que produce el fenómeno del silencio administrativo positivo que significa considerar resueltas en favor del contribuyente las pretensiones que formuló dentro de la vía gubernativa.

En cuanto al fondo de la materia en controversia es decir, "con los rechazos de costo y deducciones ", argumenta a su favor la presunción de veracidad con que la ley ampara los datos contenidos en la declaración de renta. La Administración para desvirtuarla dice, "solo aportó una prueba secreta, un denuncio de persona desconocida y nada más".

Por último solicita se tengan en cuenta los documentos aportados por el tributante, tanto al responder los requerimientos como al interponer la acción gubernativa, "para que en su conjunto se analicen y se decida sobre su procedencia en frente de la presunción de legalidad del denuncio tributario".

El Tribunal en sentencia que es objeto de apelación anuló la operación administrativa y atendió las pretensiones de la demanda.

Admite que habiendo interpuesto el recurso de reconsideración el 21 de octubre de 1.985, la notificación surtida el 7 de octubre de 1.988 de la providencia que lo resolvió resulta que por fuera del término previsto por el Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1.970. En tal virtud reconoce la ocurrencia del silencio administrativo con efectos positivos.

DE LA APELACION

Con fundamento en el Artículo 99 de la Ley 9a. de 1.983, considera el apelante que la notificación por edicto de la Resolución 668 de 1.987 aunque defectuosa es legalmente válida.

Tuvo el efecto de impedir que la reclamación se entendiera resuelta a favor del contribuyente por preclusión del término previsto en el Artículo 9a. de la Ley 8a. de 1.970, como quiera que en virtud de la norma en cita, la Administración podía corregir el error en la dirección en cualquier tiempo. Por

este motivo solicita se revoque la sentencia y se examine el fondo de las pretensiones.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de la Corporación, Doctora Dolly Pedraza de Arenas, está de acuerdo con el apoderado judicial de la Nación. La Agencia Gubernamental dice, podía corregir en cualquier tiempo el error en la dirección, restituyendo los términos tanto para la Administración como para el contribuyente. Lo que significa agrega, "que el error no tuvo incidencia en el término previsto por la ley para que operara la decisión ficta favorable".

En cuanto a las demás peticiones consignadas en la demanda y que hacen relación a la forma como actuó la Administración para modificar la liquidación privada presentada por el declarante, considera el Ministerio Público en síntesis, que si bien es cierto que la declaración de renta se encuentra amparada por la presunción de veracidad, también lo es que ésta puede ser desvirtuada por la Administración cuando como en el caso en el que existe a más de la denuncia de un particular, una serie de inconsistencias e irregularidades detectadas en la investigación que aquella realizó en uso de la facultad de investigación que le confiere el Artículo 30 de la Ley 52 de 1.977.

Por otra parte califica de improcedente el cargo que se formula por falta de valoración de las pruebas, toda vez que dentro de la actuación administrativa se evidencia que los Funcionarios de Impuestos tuvieron en cuenta tanto las explicaciones como las pruebas aportadas en las respuestas a los requerimientos ordinario primero y especial después y en cuanto a la certificación contable presentada por el actor con base en los libros de contabilidad no podía conferirse valor probatorio porque aquellos estaban sin registrar.

Por último estima la señora Fiscal que el demandante no concretó los cargos contra la actuación administrativa, ni estableció "los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción, se limitó a pedir dice, a la jurisdicción se remita a lo argumentado en la respuesta a los requerimientos oficiales y al interponer el recurso gubernativo para que sea objeto de análisis en la sentencia".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Como para el apoderado judicial de la Nación y el Ministerio Público, para la Sala también es claro que la Resolución 668 del 11 de septiembre de 1.987 que agotó la vía gubernativa, se notificó dentro del término de los dos años concedidos a la Administración por el Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1.970, para fallar definitivamente las reclamaciones fiscales, de donde resulta que no operó el silencio administrativo positivo que el a-quo reconoce en la sentencia que es objeto de la apelación.

Es cierto y así lo admite la Administración en la Resolución 001 de septiembre de 1.988, que las Oficinas de Impuestos remitieron a una dirección diferente a la informada por el contribuyente, la citación para que éste compareciera a notificarse personalmente de la providencia en cuestión, pero también lo es que el Artículo 99 de la Ley 9a. de 1.983 vigente para la época en que se resolvió el recurso, permite corregir en cualquier tiempo los errores de dirección cometidos involuntariamente al enviar las liquidaciones de impuestos, "Citaciones", requerimientos y otros comunicados.

Esto es, permite la norma reponer las términos tanto para la Administración como para el contribuyente. La primera puede enmendar válidamente sus equivocaciones respecto a la dirección y el contribuyente interponer los recurso a que haya lugar. Debe resaltarse que la Resolución 01 de septiembre 26 de 1.988 la dictó la Administración a solicitud del propio contribuyente (diciembre 28 de 1.987) en la cual pidió que se le concediera "la restitución de términos) según lo preceptuado por el Artículo 99 de la Ley 9a. de 1.983. De manera que una vez concedida por la Administración la "restitución" y notificada de nuevo la providencia, mal puede venir a la jurisdicción a pedir nulidad de esa notificación así provocada por el mismo y sostener "extemporaneidad" en la misma para efectos de hacerse a los efectos positivos del silencio administrativo.

Además, como afirma la señora Fiscal, " tratándose de la Resolución que agotó la vía gubernativa, la notificación tenía como finalidad permitir al contribuyente ejercitar la acción ante la jurisdicción contenciosa dentro del término legal, de suerte que en consideración a que ésta se interpuso el 29 de enero de 1.988, es evidente que no se vulneró su derecho de defensa, pues el actor tuvo oportunidad de ejercitar su acción oportunamente".

Por lo anteriormente expuesto la Sala debe revocar la aceptación equivocada que hizo el Tribunal en el fallo apelado de la aplicación del silencio administrativo positivo consagrado en el Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1.970, máxime cuando el mismo Tribunal copió parcialmente la Resolución 01 de 1.988 dictada precisamente a solicitud del contribuyente para "restituir términos" dentro de los cuales obviamente está el de la Administración para notificar la resolución que falla el recurso.

En cuanto a los puntos de fondo que el reclamante expone y que fundamenta en los Artículos 32 y 33 de la Ley 52 de 1.977, que hacen relación el primero a la valoración de pruebas y el segundo a la presunción de veracidad de los datos informados en las declaraciones de renta, en sus adiciones y en las respuestas a los requerimientos administrativos, la Sala estima que no fueron violados. La Administración calificó todas las pruebas allegadas al proceso en las respuestas a los requerimientos ordinario primero y especial después y con el recurso de reconsideración; unas fueron procedentes y otras desestimadas por deficientes como se le anotó en cada una de las actuaciones administrativas que

ahora impugna independiente de si fue acertada su valorización o no, pues en relación con ellas el reclamante no formula cargo concreto alguno.

Y en cuanto a la certificación contable expedida por Contado Público y que el actor aportó para respaldar costos y gastos del año, no podían los Funcionarios de Impuestos conferir valor probatorio por cuanto ésta, estaba expedida con base en libros de contabilidad pero sin registrar.

Los libros de contabilidad del contribuyente al tenor del Artículo 15 del Decreto 3803 de 1.982, constituyen prueba a favor siempre que se lleven en debida forma y se encuentren registrados en la Cámara de Comercio. La existencia de la contabilidad se presume en todos los casos en que la ley impone la obligación de llevarlos, (dice el mencionado artículo), como sucede con los "comerciantes". Y según el Código de Comercio, son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles como sucede con "las empresas de obra o construcciones".

Está demostrado en el informativo que el demandante aunque ostenta título de ingeniero civil su actividad y principal fuente de ingresos es la de ser contratista de obras con diversas entidades pues dentro de su ingresos no figura ninguno por "honorarios" o salarios por prestación de servicios exclusivos de la profesión, sino de los contratos de obra. Esta circunstancia indica que estaba obligado por la ley a llevar libros de contabilidad debidamente registrados en la Cámara de Comercio y por ello sin tal registro no puede tener más valor que el que corresponde a los documentos privados en cuanto reunan los requisitos que señalan los Artículos 251 y siguientes del Código de Procedimiento Civil para ser admisible como prueba. Los comprobantes de egresos que conserva el declarante que lleva libros pero sin registrar no constituyen prueba contable amparada con el mérito excepcional que a ésta le asigna la ley.

Y en lo atinente a la presunción de veracidad con que la ley ampara las informaciones presentadas simultáneamente con la declaración de renta o en las repuestas a los requerimientos, no significa que excepcionalmente no pueda ser desvirtuada, por la Administración como cuando en uso de la facultad de investigación y fiscalización encuentre que lo declarado no corresponde a la verdad de los hechos. En el caso que ocupa la atención de la Sala, se establece que el tributante omitió información sobre ingresos, créditos activos e incurrió en otra serie de inconsistencias e irregularidades que nunca fueron aclaradas ni comprobadas en la etapa previa a la liquidación del impuesto y que mal puede considerarse amparadas por la presunción de veracidad que la ley atribuye a la declaración que cumple con todos los requisitos legales.

Por último observa la Sala, como lo hace la señora Fiscal, que la demanda no concreta los cargos contra la actuación administrativa, ni contiene "los hechos u omisiones que sirvan de fundamento a la ACCION" como lo establece el

Artículo 137 del C.C.A. como quiera que pide a la jurisdicción se remita a lo argumentado en la respuesta a los requerimientos oficiales y al interponer el recurso gubernativo para que sea un objeto de análisis en la sentencia.

Así pues en consideración a que en el trámite gubernativo se reconocieron varias partidas y en el libelo no se concretan los casos en que la Administración incurrió en violación a la ley, no puede la jurisdicción entrar a estudiar ninguno de los cargos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su colaboradora Fiscal, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada.

2o. En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Judith López Díaz, Secretaria (E).

SANCION POR LIBROS -Improcedencia / **LIBROS DE CONTABILIDAD**

La interpretación que debe dársele al artículo 56 del Decreto 3803 de 1.982 no puede ser otra que la de considerar atrasados los libros de contabilidad cuando han transcurrido tres meses, desde las fecha de las respectivas operaciones sin que éstas se hayan asentado en los libros de contabilidad, pero en manera alguna puede interpretarse que por el hecho de que en un libro mayor y balance no se haya registrado operación alguna en un período determinado y hayan transcurrido más de tres meses desde la fecha del último asiento, proceda la imposición de la sanción por libros, pues depende no sólo de las normas comerciales, tributarias y prácticas contables sino de la propia actividad del contribuyente determinar la fecha de registro de operaciones de la empresa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E. diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: Dr. *Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3215. Actor: GUADUALITO LTDA. (HOY GUADUALITO S.A.) . Apelación de la sentencia del 17 de julio de 1.990 del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Sanción por libros. - FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la actora contra la sentencia del 17 de julio de 1.990, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, se declaró inhibido para dictar el fallo de fondo, dentro del juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad GUADUALITO LTDA. (HOY GUADUALITO S.A.), contra los actos administrativos que le impusieron sanción por libros de contabilidad.

ANTECEDENTES

Mediante Auto Comisorio #188 sin fecha, la sección de Auditoría Externa de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, ordenó practicar inspección ocular a los libros de contabilidad de la sociedad actora.

Según informe de visita, los auditores comisionados, encontraron irregularidades contables, consistentes en el atraso del libro mayor y de balances, en el cual a la fecha del acta de visita octubre 10 de 1.985, no encontraron ninguna anotación por el año de 1.985, ya que por ser una compañía eminentemente agrícola solo se presentan estados financieros una vez al año cortados a 31 de Diciembre del respectivo ejercicio fiscal.

Con base en dicho informe, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, mediante Resolución 051 de Diciembre 17 de 1.986 impuso sanción por $8.202.957 a la sociedad.

Contra dicha resolución la contribuyente interpuso recurso de reposición, alegando que los artículos: 10, 50, 52 y 53 del Código de Comercio no señalan en forma expresa los libros de contabilidad que debe llevar el comerciante ni la periodicidad de los registros y que dado que la norma obliga a hacer balance por lo menos una vez al año, sólo debe hacer registro en el libro correspondiente al final del ejercicio cuando elabore el balance del período fiscal correspondiente.

La Administración de Impuestos, no atendió la interpretación del recurrente y confirmó mediante Resolución 392 del 12 de septiembre de 1.988, el acto administrativo recurrido, advirtiendo que contra ella no procedía recurso alguno por la vía gubernativa.

Inconforme la sociedad contribuyente acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, alegando violación de los artículos 5o. de la Ley 153 de 1.987, 33 del Decreto 2821 de 1974; 50, 52 y 53 del Código del Comercio; 56 del Decreto 3803 de 1.982; 1o. del Decreto 187 de 1.975 y 31 de la Ley 52 de 1.977.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, al momento de dictar sentencia, estimó aceptando el planteamiento del fiscal, que la demanda incurrió en el efecto de no citar debidamente a la entidad demandada, al encontrar que ésta se dirigió contra la División de Impuestos Nacionales, dependencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad que no es persona jurídica y por lo tanto carente de capacidad para ser demandada. En consecuencia se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo arguyendo falta de capacidad para ser parte de la demanda.

LA APELACION

La apoderada judicial de la actora, apela la sentencia e invoca el principio de eficacia, orientador de las actuaciones administrativas contenido en el artículo 3o. del Código Contencioso Administrativo, ya que considera que con la sentencia se incurre en denegación de justicia por basarse en el riguroso formalismo, pues demandada la Dirección General de Impuestos Nacionales que realiza la función de recaudo, administración y control de los tributos nacionales, no puede entenderse cosa distinta de haberse demandado a la Nación. Cita en su apoyo la obra "Derecho Procesal Administrativo", del doctor Carlos Betancur Jaramillo, segunda edición página 78, la sentencia del Consejo de Estado de 19 de julio 1986, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda, y como criterio orientador cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de marzo de 1.989, Radicación 2712 Magistrado Ponente doctor Manuel Enrique Daza Alvarez.

Concluye que la designación de las partes en la demanda se ajusta a derecho, y solicita de la Corporación se revoque la sentencia apelada y se provea de fondo.

OPOSICION DE LA DEMANDA

La entidad demandada, pese a haberse vinculado al proceso en la primera instancia, en virtud de notificación ordenada por el Tribunal Contencioso Administrativo, y descorrido el traslado, no presentó escrito alguno en la segunda instancia.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Olga Lucía Zuluaga Vásquez, Fiscal Sexta de la Corporación, estima que la sentencia apelada debe confirmarse porque está probada la falta de legitimación en la causa de la parte demandada, pues comparte íntegramente el criterio del Tribunal en cuanto a que, en la demanda se incurrió en el error de citar como demandada a la División de Impuestos Nacionales organismo que como lo anotó el tribunal, carece de personería jurídica y no está legitimada en causa pasiva.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que si bien el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, es claro en la exigencia que prevé en su numeral primero "Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse ante el Tribunal Competente y contendrá la designación de las partes y sus representantes" y que en la demanda efectivamente se incurrió en la falta de no designar como demandada a la Nación, lo cierto es que el Tribunal no advirtió el error en su oportunidad, la admitió y ordenó su modificación mediante auto de abril 4 de 1.989.

Así mismo la Nación a través del organismo competente, se notificó de la demanda y dio contestación a la misma, mediante escrito presentado el 31 de Mayo de 1.989.

En estas condiciones es de entender que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del cauca, ejerciendo la facultad de interpretar la demanda, no tuvo dudas sobre las partes que integraban la litis y notificó al ente que produjo los actos administrativos demandados, como sujeto pasivo de la relación procesal, pues de conformidad con lo preceptuado en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, sobre representación de las personas de derecho público "En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos en lo de su competencia o el funcionario que expidió el acto".

En estas condiciones debe entenderse que la relación jurídico procesal que trabó en debida forma, situación que implica que un fallo inhibitorio, cumplidas las etapas previas del proceso es a todas luces improcedente e implica además una pérdida injustificada de jurisdicción, circunstancia por la cual la sentencia apelada debe revocarse y proceder al estudio de fondo de las pretensiones de la demanda.

El aspecto de fondo de la litis no es otro que el de la imposición de la sanción por libros de contabilidad cuya procedencia se analiza bajo las normas vigentes al momento de imposición.

El artículo 34 del Decreto 2821 de 1.974, estableció los hechos que se consideraban irregulares en lo concerniente al control tributario sobre los libros de contabilidad, hechos que fueron penados pecuniariamente por el artículo 56 del Decreto 3803 de 1.982, que estableció en su inciso tercero.

> "La sanción de que trata este artículo también se aplicará cuando existiere atraso en los libros de contabilidad. Para tales efectos se considera que los libros de contabilidad deben estar al día a más tardar, dentro de los tres (3) meses siguientes **a la fecha de las respectivas operaciones** ". (Subraya la Sala).

Aduce el demandante que en razón de que el Código del Comercio en ninguna de sus disposiciones establece cuales son los libros de contabilidad que deben asentarse, ni cuando , ni en que cantidad deben hacerse los registros contables, la práctica ha suplido dicho vacío e indica como libros a llevar el de Diario, donde se registran cronológicamente las operaciones diarias de manera que pueda suministrar una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante. Un libro mayor en donde se resume el movimiento asentado en el libro diario con el único fin de elaborar el balance general, el cual se asentará cuando por disposición legal o estatutaria deba presentarse balance para conocer

de manera clara y completa la situación de su patrimonio. Que en el caso de la sociedad estatutariamente debe presentarse un balance a 31 de diciembre, obligación que coincide con la legal de presentar balance por lo menos una vez al año.

Que en consecuencia en el libro mayor solo es obligatorio efectuar el registro del movimiento diario una vez al año , en diciembre 31 del respectivo período contable. Libro de inventarios y balances que se usa para discriminar detalladamente el balance resumido que arroja el libro mayor de manera que pueda tenerse un inventario completo de activos y pasivos del comerciante y de la situación de su patrimonio, que el acta de inspección contable da cuenta de que los libros de la sociedad estaban en el siguiente estado:

Libro Diario, al día
Libro Mayor, último registro en Diciembre 31 de 1.984.
Libro de Inventarios y Balance, último registro en Diciembre 31 de 1.984.

Concluye que de conformidad con la legislación comercial y los principios de la sana práctica contable, la contabilidad de la sociedad se encontraba al día y que fue errada la apreciación de la Administración al considerar que el artículo 56 del Decreto 3803 de 1.982 establece la obligación de llevar registros en los libros diario y mayor cada tres meses.

Para la Sala la interpretación que debe dársele al artículo 56 del Decreto 3803 de 1.982, no puede ser otra que la de considerar atrasados los libros de contabilidad cuando han transcurrido tres meses, desde la fecha de las respectivas operaciones sin que estas se hayan asentado en los libros de contabilidad, pero en manera alguna puede interpretarse que por el hecho de que en un libro mayor y balance no se haya registrado operación alguna en el año de 1.985 a octubre 10 y hayan transcurrido más de tres meses desde la fecha del último asiento, diciembre 31 de 1.984, proceda la imposición de la sanción. Pues depende no solo de las normas comerciales, tributarias y prácticas contables sino de la propia actividad del contribuyente determinar la fecha de registro de operaciones de la empresa.

Es así como la ley en el artículo 33 del Decreto 2821 de 1.974, ordena que la contabilidad debe mostrar fielmente el movimiento diario de ventas y compras, son los artículos 52 y 445 del Código de Comercio los que señalan la obligación de, por lo menos una vez al año elaborar un inventario y un balance general; es el mismo código el que exige llevar un libro de registro de acciones, de registro de socios. Es el decreto 3541 de 1983 que ordena llevar una cuenta mayor o de balance llamada impuesto a las ventas por pagar para determinar contribuyentes.

Entonces si es la misma ley la que establece que el contribuyente debe

al final de cada ejercicio elaborar un inventario y un balance general, no puede afirmarse que antes de vencer el periodo fiscal haya incurrido en falla sancionable por el hecho de no tener registradas operaciones en este libro, ni por el hecho de que entre el último asiento y la fecha de la inspección haya transcurrido el término de tres meses.

Por las razones expuestas concluye la Sala que la sanción impuesta con base en el acta de la visita, en la cual se consigna expresamente como observación al libro mayor de balances que :"por ser la compañia una sociedad eminentemente agrícola solo se presentan estados financieros una vez al año contados a 31 de Diciembre", debe ser revocada.

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

REVOCASE la sentencia apelada.

ANULANSE las Resoluciones Nos. 051 de Diciembre 7 de 1986, y 392 del 12 de Septiembre de 1988, proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales.

DECLARASE que la sociedad GUADUALITO LTDA.(HOY GUADUALITO S.A) NIT. 90.302.055 no está obligada al pago de la sanción por libros impuesta por las resoluciones anuladas.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SENTENCIA DE NULIDAD- Efectos

Producen efectos ex tunc, esto es, desde el momento en que se expidió el acto anulado, sin que afecte ese hecho el que dicha declaratoria tenga como fundamento la atribución constitucional de esta jurisdicción de defensa de la Constitución en los términos del artículo 216. Las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión tomada en esta última.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO -Pereira/ **HECHO GENERADOR-Determinación/ FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/ TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO.**

Si el hecho generador lo constituye la actividad (comercial en este caso) desarrollada en una jurisdicción municipal determinada, no pudiendo ser gravada en municipio diferente, corresponde a aquella municipalidad gravar dicha actividad, como quiera que es sujeto activo del impuesto de industria y comercio generado dentro de su jurisdicción territorial. Se deduce que si tiene el municipio de Pereira facultades para gravar con el impuesto de industria y comercio las actividades comerciales, realizadas dentro de su territorio, sin que obste para ello el que sean efectuadas por el productor en un municipio diferente del de la sede fabril (periodo de octubre de 1987 y marzo de 1988).

IMPUESTOS DE AVISOS Y TABLEROS/ HECHO GENERADOR -Determinación

El impuesto de avisos y tableros conserva su autonomía en cuanto al hecho

generador, debiendo presentarse éste para que surja la obligación tributaría a cargo del contribuyente cual es el efectivo uso de lugares públicos, de tal forma que si no se da éste no habrá lugar al cobro del tributo

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3151 . Actor: Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S.A. CICOLAC. C/ Municipio de Pereira. Apelación sentencia de 6 de julio de 1990 del Tribunal Administrativo de Risaralda. Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Impuesto de Industria y Comercio octubre de 1987 a marzo de 1988. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S.A. CICOLAC, Nit. 60.005.215 contra la sentencia de 6 de julio de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda denegó las pretensiones de la demanda en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos por los cuales se pretende cobrar el impuesto de industria y comercio por el período comprendido entre octubre de 1987 y marzo de 1988.

ANTECEDENTES.

1. El municipio de Pereira profirió factura No. 80100685 por la cual se cobra a la sociedad actora la suma de $ 5.241.724,oo por concepto de impuesto de industria y comercio correspondiente al período comprendido entre octubre de 1987 y marzo de 1988. (fl.7).

2. La sociedad interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación (fls, 15 y 19) contra dicha actuación siendo decididos desfavorablemente mediante Resoluciones 077 de 27 de marzo de 1988 de la Secretaría de Hacienda del Municipio (Fl. 8) y 1091 de 27 de julio de 1988 de la Alcaldía Municipal (fl.12). En este último acto se declaró agotada la vía gubernativa.

B- La demanda y su contestación.

1. La Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S.A. 'CICOLAC', demanda la nulidad del acto complejo mencionado y el consiguiente restablecimiento del derecho, aduciendo:

a. Violación del Decreto 205 de 1981 artículo 8 del Alcalde de Pereira, Ley 14 de 1983 artículos 32 y Ss. y Decreto Reglamentario 3070 de 1983 por pretender cobrar el impuesto de industria y comercio por el sólo hecho de haber matriculado

las actividades efectuadas en Pereira.

b. Violación de la Ley 14 de 1983 artículo 35, Decreto 3070 de 1983 artículo 1 inciso 1 y Decreto 205 de 1981 artículos 24 y 25 del Alcalde de Pereira, por cobrar impuesto que sólo se causa sobre ingresos producidos en el sitio de ubicación de las plantas industriales de la sociedad y no en el lugar de la comercialización del producto.

c. Violación del Decreto 205 de 1981 artículo 99 del Alcalde de Pereira, Decreto 1333 de 1986 artículo 200 y Ley 97 de 1913 artículo 1 literal k por pretender "cobrar el impuesto complementario de avisos y tableros sin que se haya realizado el hecho generador del mismo establecido por la ley" (fl.38).

d. Violación de los artículos 26 y 163 de la C.N., Ley 58 de 1982 artículo 5 y artículo 35 C.C.A., por cuanto la factura no fué motivada.

e. Violación de los artículos 23 y 26 de la C.N., Decreto 205 de 1981 artículo 55 del Alcalde de Pereira, por cuanto la mencionada factura no indica la entidad que la expidió, ignorándose por tanto "si tal acto fué expedido por autoridad competente o nó" (fl.42).

2. El Municipio de Pereira, mediante apoderada, se opone a las súplicas de la demanda, argumentando que:

a. Por un lado, el Decreto 205 de 1981 invocado fué derogado por el Decreto 290 de 1986, el cual empezó a regir en la fecha de su publicación febrero de 1987 y por otro lado, el hecho de "matricular el establecimiento en el Departamento de Impuestos, no es sino una consecuencia de el hecho de ejercer una actividad comercial en el Municipio de Pereira, ..."(fl.66) siendo ésta actividad el hecho generador.

b. Lo que se está gravando no es la actividad industrial efectuada fuera de Pereira, sino la actividad comercial realizada en esta ciudad, lo cual es lo que establece tanto el Decreto 3070 de 1983 artículo 1 inciso 1, como el Decreto 290 de 1986 artículo 1 del Alcalde de Pereira.

c. El impuesto de avisos y propaganda se cobra posteriormente como complemento del de industria y comercio y una vez se cause éste, sin que sea necesario el tener efectivamente avisos dentro o fuera del establecimiento.

d. La factura de cobro no fué producida como consecuencia de haberse efectuado una liquidación oficial, sino que se elaboró con base en la liquidación privada presentada por la contribuyente, por lo cual no está sujeta a los requisitos de una liquidación oficial, como lo es el de la motivación del acto. Por la misma razón es innecesario mencionar en dicha factura la autoridad que la expidió.

C La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante providencia de 6 de julio de 1990, denegó las pretensiones de la demanda por considerar que:

1. Efectivamente hubo derogatoria total del Decreto Municipal 205 de 1981 por parte del Decreto 290 de 1986.

2. El Consejo de Estado declaró "Inexequible" el inciso 2, artículo 1 del Decreto 3070 de 1983 invocado por el actor (fl.204)

3. El impuesto de industria y comercio se genera también en los lugares de venta del producto.

4.- La tasación del impuesto de industria y comercio proviene no del hecho del registro de la actividad comercial de la sociedad, sino de la liquidación presentada por ésta.

5. El impuesto de avisos se liquida como complementario del de Industria y comercio, habiendo sido cambiados por el artículo 200 C.R.M. su naturaleza y su hecho generador, constituyéndose por tanto en "una sobretasa" de éste impuesto (fl.208)

6. La factura de cobro no es un acto administrativo de determinación del gravámen de industria y comercio, sino que "se trata de un documento destinado a informar al contribuyente qué obligación adeuda por un período determinado" (fl.210) por lo cual no se le aplican las exigencias propias a aquel tipo de actos, como lo son la motivación y la indicación de la autoridad que lo expidió.

D El recurso de apelación.

La actora interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia indicando que:

1, El hecho de que el inciso 2 artículo 1 Decreto 3070 de 1983 "fué declarado inexequible" por el Consejo de Estado, no incide en los casos ocurridos antes de tal declaración como lo es el que se halla sub-judice (fl.215) .

2. La venta de productos por parte del mismo productor no debe considerarse una actividad comercial sino industrial.

3. En cuanto al impuesto de avisos , el hecho que genera el tributo en cuestión sigue siendo la colocación de avisos y tableros (fl. 230) y CICOLAC no ha colocado avisos y tableros en jurisdicción del municipio de Pereira (fl. 231).

4. La factura de cobro, aún aceptando que no es liquidación oficial del

impuesto, es una conducta capaz de producir efectos jurídicos y por tanto es un acto administrativo, sometido, en consecuencia, a todas las formalidades de ley entre ellas " que sean expedidos por la autoridad que la ley señale como competente para el efecto, y previa una adecuada motivación" (fl.232).

5. Cicolac, a la luz del artículo 83 del Decreto 205 de 1981 según la modificación por el Decreto 138 de 1983, estaba exonerado de pagar el impuesto de industria y comercio desde septiembre de 1986 (fecha de iniciación de actividades en Pereira) hasta septiembre de 1987 (un año después) con lo cual estaría solamente en la obligación de pagar el tributo a partir de octubre de 1988.

E El concepto Fiscal.

La Fiscalía Sexta de la Corporación, representada por la doctora Olga Lucía Zuluaga Vásquez, solicita sea revocada la sentencia impugnada en cuanto a lo decidido respecto del impuesto complementario de avisos, confirmándose en lo demás, en atención a que:

1. "Actúo la administración conforme a la regulación local... cuando gravó la comercialización (Sic) de los productos fabricados en otro municipio pero comercializados en su jurisdicción" (fl.240).

2. El impuesto de avisos y tableros no constituye "una sobretasa que se liquida indiscriminadamente siempre que se configure el impuesto de industria y comercio, sino sólo en aquéllos casos en que se dé la materia imponible y el hecho generador propios, o sea, sólo cuando en beneficio de la actividad industrial, comercial o de servicios se haga uso de lugares públicos municipales, colocando en ellos avisos o tableros" (fl. 241)

F Consideraciones de la Sala.

Varios son los puntos a considerar

1. Los efectos de la declaratoria de nulidad del inciso 2o. artículo 1o. del Decreto Reglamentario 3070 de 1983.

Respecto de los efectos de las sentencias de nulidad proferidas por la Jurisdicción contencioso administrativa ha sido reiterativa esta Corporación en el sentido que ellas producen efectos ex tunc (" desde entonces") esto es, desde el momento en que se expidió el acto anulado, sin que afecte ese hecho el que dicha declaratoria tenga como fundamento la atribución constitucional de esta Jurisdicción de defensa de la Carta Fundamental en los términos del artículo 216 C.N.

Como consecuencia de lo anterior, las cosas se deben retrotraer al estado

en que se encontraban antes de la expedición del Acto, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión tomada en esta última.

Se diferencia así de las sentencias de inexequibilidad pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia, las cuales, como lo ha sostenido la misma Corte, producen efectos hacia el futuro, esto es ex nunc ("desde ahora")' desde el momento de su pronunciamiento asimilándose por tanto a aquellos que produce la derogatoria de una norma.

La providencia pronunciada por el Consejo de Estado en sentencia de 25 de septiembre de 1989, mencionada por el a-quo, no es de inexequibilidad como incorrectamente afirmaron el Tribunal (fl. 204) y la recurrente (fl. 215), toda vez que no hace la Jurisdicción Administrativa ese tipo de declaraciones y si bien le corresponde la guarda de la integridad de la Constitución frente a actos administrativos esa defensa la hace con ocasión de las acciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo, dentro de las cuales no esta una que culmine específicamente con una declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad. Esto compete a la Corte, en los términos y respecto de los actos jurídicos descritos en el artículo 214 C.N.

Por consiguiente, los efectos de la sentencia de 25 de septiembre de 1989 se retrotraen hacia la fecha de expedición del Decreto Reglamentario 3070 de 1983, (el 3 de noviembre de 1983) y afecta por tanto la situación configurada en el momento en que se pretendió cobrar el impuesto a la actora (febrero de 1988), de modo que el juzgador a quien corresponde decidir con posterioridad a dicha declaratoria debe hacer extensivos sus efectos hacia el pasado, considerando inaplicable la disposición anulada, en el caso presente, el inciso 2o. artículo 1o. decreto 3070 de 1983, como efectivamente se hará.

2. El hecho generador en el impuesto de industria y comercio.

El Consejo de Estado ha precisado en diversas providencias las notas características de este impuesto las cuales son objeto de discusión en el asunto sub- exámine:

a. La unidad del impuesto de industria y comercio de modo que no es dable afirmar que para unos municipios sea de industria y para otros de comercio (sentencia de 25 de septiembre de 1989, Consejero Ponente Jaime Abella Zárate, exp. No. 0082).

b. La imposibilidad para los Consejos Municipales de gravar actividades ejercidas en otros municipios (ibídem).

c. El hecho imponible, que se confunde en este caso con el hecho generador, es la actividad industrial, comercial o de servicios independientemente del sujeto

que la realiza, su finalidad y si tiene o nó ánimo de lucro (ibídem; Sentencia de 8 de julio de 1988 Consejero Ponente Consuelo Sarria Olcos, Exp. # 1503 Sentencia de 1 de junio de 1990, Consejero Ponente Guillermo Chahín Lizcano, Exp. No. 2499).

d. Por lo anterior, de la base gravable, un municipio debe excluir los ingresos obtenidos de la comercialización efectuada por el productor en otros municipios (Sentencia de 5 de junio de 1987 Consejero Ponente Hernán Guillermo Aldana D.; Exp. No. 0129; Sentencia de 21 de octubre de 1988, Consejero Ponente Jaime Abella Zárate, exp. No. 0236; Sentencia de 25 de septiembre de 1989 y 1o. de junio de 1990 mencionadas).

e. Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, la Sala complementa el criterio de la Corporación, con otra nota característica que sirve para dilucidar el punto que nos ocupa:

Si el hecho generador lo constituye la actividad (comercial en este caso) desarrollada en una jurisdicción municipal determinada, no pudiendo ser gravada en municipio diferente (como por ejemplo puede ser el de la sede Fabril) corresponde a aquella municipalidad gravar dicha actividad, como quiera que es sujeto activo del impuesto de industria y comercio generado dentro de su jurisdicción territorial.

De lo cual se deduce, que en el caso controvertido, sí tiene el municipio de Pereira facultades para gravar con el impuesto de industria y comercio las actividades comerciales, realizadas dentro de su territorio, sin que obste para ello el que sean efectuadas por el productor en municipio diferente al de la sede Fabril, constituyendo éste hecho más bien la causa de radicar esa facultad impositiva en el municipio de Pereira.

Por último es preciso hacer notar que aún si se dejan de lado los anteriores argumentos y se consideran ciertos los aducidos por la apelante en el sentido que el lugar en que se deben gravar los ingresos obtenidos por la comercialización del producto es el de la ubicación de la fábrica y nó el de la venta, tampoco tiene posibilidad alguna de prosperar, pues la recurrente, al parecer por negligencia al no asistir a la inspección judicial, no probó el hecho que serviría de fundamento a un pronunciamiento favorable por este aspecto: que los ingresos gravados en Pereira fueron obtenidos por comercialización de productos fabricados en municipio diferente, el de la sede Fabril (Valledupar, o Ubaté) y que por tanto éste sería el único lugar en que procedería gravarlos.

3. **El hecho generador del impuesto de avisos y tableros.**

Esta Corporación en fallo de 22 de junio de 1990, con ponencia del Dr. Carmelo Martínez Conn, sostuvo al respecto lo siguiente:

"La ley 14 de 1983 lo racionalizó y modernizó sin derogar las normas

creadoras del mencionado tributo porque hace referencia a las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915. Tampoco se varió en la esencia su estructura por cuanto el hecho económico que genera el impuesto es el mismo, el uso de lugares públicos; la innovación estuvo en precisar la materia imponible, "todas las actividades comerciales, industriales y de servicios" y hacerlo complementario del de industria y comercio que a partir de esta ley, grava las mismas actividades (...) al disponer la Ley 14 de 1983 en su artículo 37 el cobro a los vinculados a actividades industriales, comerciales, y de servicios conservó el elemento consistente en el uso de lugares públicos según la previsión de la Ley 97 de 1913 que creó el tributo". (Exp. 0393, Extractos No. 173, Tomo VIII, pag. 503).

En concordancia con lo anterior la Sala no puede compartir la siguiente afirmación del tribunal, con la cual rechaza el argumento de la demanda:

"El artículo 200 C.R.M. al darle el carácter de impuesto complementario cambió su naturaleza al de avisos, y varió el hecho generador del mismo. Se trata ya de un sólo impuesto que se establece no solo sobre una base única, sino sobre una principal y otra complementaria. No se trata que haya dos tributos, uno de industria y comercio y otro diferente de avisos, sino una sobretasa de aquél" (fl. 208).

De modo que el impuesto de avisos y tableros conserva su autonomía en cuanto al hecho generador, debiendo presentarse éste para que surja la obligación tributaria a cargo del contribuyente, cual es, el efectivo uso de lugares públicos, de tal forma que si no se dá éste, no habrá lugar al cobro del tributo.

De acuerdo con ello, y en la medida en que la administración no demostró la ocurrencia del hecho generador y más bien alegó que era innecesariá para que procediera el cobro del tributo, se deberá excluir del impuesto a cargo que figura en la factura de cobro la suma ($ 176.606.oo) correspondiente al impuesto de avisos y tableros, quedando la liquidación así:

Impuesto de Industria y Comercio	$	1.177.372,oo
Pesas y medidas	$	58.869,oo
Papelería	$	20,oo
Recargos	$	197.801,oo
Otros	$	706.423,oo
Total mes	$	2.140.485,oo
Saldo anterior	$	2.924.633,oo
TOTAL A PAGAR	$	5.065.118,oo

Consecuencialmente, se habrá de revocar en cuanto a este aspecto la sentencia del Tribunal y se modificará en dicho sentido la liquidación del impuesto a cargo.

4. La naturaleza de la factura de cobro.

De lo obrante en el proceso no se presenta con claridad que este documento sea efectivamente la liquidación oficial, como afirma la apelante, sino que más bien, parece ser un documento informativo que refleja una liquidación previa, ya sea la oficial (como afirma Cicolac), o la privada (al decir de la opositora).

Siendo así, por cuanto no aportó la sociedad recurrente suficientes elementos probatorios en apoyo de su tesis que permitan tener la certeza que se trata en realidad de la liquidación oficial y que por tanto debió someterse en su expedición a las exigencias legales propias de aquel tipo de actos, careciendo en consecuencia, las afirmaciones en el recurso, de idoneidad para que se acceda por este aspecto, a la petición de revocatoria.

Conviene aclarar que lo anterior no quiere decir que no se trata, la factura en mención, de un acto cuya impugnación jurisdiccional tenga, como realmente ha tenido, la virtualidad de poner en funcionamiento el control jurisdiccional que opera respecto de todos los actos administrativos.

5. Por último, la recurrente aduce la procedencia de una exención a su favor respecto de las actividades desarrolladas durante el primer año de funcionamiento. Sin embargo, en virtud del principio procesal que limita la apelación a las cuestiones que han sido objeto de litigio en la primera instancia y dado que este punto no se adujo en la demanda y por tanto no pudo ser objeto como no lo fué, de consideración, por parte del a-quo en la sentencia de primera instancia, se abstendrá la Sala de tenerlo en cuenta.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, la Sala, compartiendo en lo esencial el concepto fiscal, no estima de recibo los motivos de impugnación respecto de la liquidación y cobro del impuesto de industria y comercio, estimando procedente lo solicitado en relación con el impuesto de avisos y tableros.

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

FALLA

REVOCASE la sentencia del 6 de julio de 1990 proferida en el proceso No. 999 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda denegó las pretensiones de la demanda.

Como consecuencia de lo anterior :

1o. Accédese a las pretensiones de la demanda referentes al impuesto complementario de avisos y tableros, denegándose las demás.

2o. Anúlase el acto administrativo por el cual el municipio de Pereira fijó y cobró el impuesto de industria y comercio a cargo de la sociedad demandante por el período de octubre de 1987 y marzo de 1988.

3o. Fíjase en la suma de Cinco Millones Sesenta y Cinco Mil Ciento Dieciocho Pesos ($5.065.118.oo) el valor del impuesto de industria y comercio a cargo de la sociedad actora correspondiente al período mencionado, de acuerdo con la liquidación efectuada en la parte motiva de esta providencia, numeral 3o.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado. Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Efectos / **RETENCION EN LA FUENTE**

Suspendida una norma por decisión judicial en lo contencioso administrativo, no puede ser aplicada por la Administración, ni exigir su cumplimento, desde el momento en que quede en firme el auto que la decreta .Sólo a partir de la fecha de la providencia que la levanta la suspensión provisional sobre una norma ésta podrá volver a ser aplicada. Para determinar si la sociedad estaba o no obligada a efectuar la retención en la fuente sobre los contratos a que se refiere el artículo 7 del D.2775/83, era necesario conocer la fecha de celebración de los mismos y la fecha de los pagos con el fin de precisar la exclusión del pago por el sistema de retención de la fuente, pero ello no se probó.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3152. Actor: CONSTRUCTORA OLCASA LTDA. Apelación de la sentencia del 6 de Abril de 1990 del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto de Renta y Complementarios 1984. Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del 6 de Abril de 1990, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, considerando probada le excepción de caducidad de la acción, propuesta por la parte demandada, se inhibió para un pronunciamiento de fondo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad OLCASA LTDA., contra los actos administrativos que le determinaron el Impuesto de Renta y Complementarios para la

vigencia fiscal de 1.984.

ANTECEDENTES

El 29 de abril de 1.985, la sociedad presentó su declaración de renta y complementarios correspondiente al período fiscal de 1.984, en la cual se determinó una renta gravable de $5.721.186 y un impuesto de $ 1.029.239 y denunció un patrimonio liquido de $62.433.482.

Frente a la liquidación privada presentada por la contribuyente , la Administración mediante requerimiento especial #000084 del 17 de julio de 1.986, le propuso la modificación de la renta gravable como consecuencia de rechazo de costos y deducciones, por no haber comprobado la consignación de la retención en la fuente; intereses sobre cartas de crédito, por no haber presentado la certificación respectiva; salarios por falta de certificaciones de paz y salvo sobre aportes parafiscales, cesantías pagadas, interés por mora pagados a la misma Administración por no ser deducibles y el incremento de los ingresos denunciados con el interés presuntivo sobre préstamos a socios.

La sociedad contribuyente dió respuesta al requerimiento el 17 de octubre de 1.987, alegando que la norma que establece la retención en la fuente por contratos de construcción, fue inicialmente suspendida y luego anulada por Consejo de Estado, que los gastos notariales corresponden a impuestos y contribuciones no sujetos a retención en la fuente y que envía para el efecto una relación discriminada; que los gastos por administración no estaban sujetos a retención en la fuente y que el mantenimiento corresponde a compras inferiores de $20.000. Que la cesantía pagada no tenía provisión.

Para acreditar el pago de intereses, envía certificación del Banco de Occidente y allega los certificados de paz y salvo por concepto de contribuciones parafiscales.

Por último dice que el préstamo a socios no existe sino que ello corresponde al pasivo por venta del edificio.

Como la respuesta dada por el contribuyente no fue satisfactoria para la Administración se practicó a la sociedad la liquidación de revisión #200005 de fecha enero 30 de 1.987. Acto Administrativo contra el cual se interpuso recursos de reconsideración, que fue fallado mediante resolución 00235 del 28 de octubre de 1.987, en el cual se reconoció únicamente la suma de $49.489, por concepto de contribuciones parafiscales y $101.048 por los intereses pagados al Banco de Occidente.

Dicha resolución una vez notificada, fue enviada a la Dirección General de Impuestos Nacionales para surtir el grado de consulta ordenado por el

artículo 32 del Decreto 3803 de 1.982. Y quedó en firme por disposición legal contenida en el Decreto extraordinario 2503 de 1.987 artículo 152 literal a).

Inconforme el contribuyente acudió en demanda en restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos 31, 32 y 33 de la Ley 52 de 1.977; 5o. y 7o. del Decreto 2775 de 1.983; 61 del Decreto 187 de 1.975; 20 de la Ley 9a. de 1.983; 16 del Decreto 353 de 1.984 y 2o. del Decreto 634 de 1.985.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, apoyándose en el concepto rendido por el agente del Ministerio Público, declaró probado la excepción de caducidad alegada por la apoderada judicial de la demanda, y se inhibió para proferir sentencia de mérito.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar el fallo dice, que de conformidad con el artículo 77 del Decreto 2503 de 1.987, la Administración estaba obligada a notificarle la decisión por medio de la cual se declaró agotada la vía gubernativa, esto es el Auto 000086 del 5 de julio de 1.988 que decidió la consulta inhibitoria y ordenó archivar el expediente. Que pese a haberse omitido la notificación personal al representante legal de la actora, ésta dándose por notificada interpuso en el término previsto por la ley la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, pues solo se notificó por conducta concluyente, el mismo día en que interpuso la demanda, pide se revoque la sentencia, se declare el silencio positivo y en defecto, se acepten costos y deducciones.

OPOSICION A LA DEMANDA

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones del apelante, arguyendo que el término de caducidad empezó a correr desde el mismo día en que se publicó el Decreto 2503 de 1.987 en el Diario Oficial, esto es el 30 de diciembre de 1.987 (D.O. #38168), de donde se deduce que el término para interponer la demanda precluyó el 30 de abril de 1.988.

Con relación a los aspectos de fondo, reitera para efectos del desconocimiento de la suma de $5.764.262, efectuados a la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, por contratos de construcción, la obligación de haber efectuado la retención en la fuente, porque dicha obligación se la imponía el artículo 7o. del Decreto 2775 de 1.983, norma que estuvo vigente hasta el 2 de junio de 1.984, cuando se suspendió definitivamente y que por lo tanto hasta esa fecha, era de obligatorio cumplimiento, pues la nulidad solo tiene efecto hacia el futuro. Cita en apoyo el Auto de Julio 1o. de 1.988 de esta misma Sala, y concluye que entonces

correspondía a la sociedad demostrar que los contratos de construcción celebrados, lo fueron con posterioridad al 2 de junio de 1.984, cosa que no se hizo. Que tampoco la sociedad demostró que la suma de $283.316 correspondía a impuestos y que pese a haber anunciado su discriminación no la presentó.

El valor de $55.232 por gastos de administración, pagado a Negocios y Bienes S.A., requería de retención en la fuente de acuerdo con el Decreto 2026 de 1.983, porque el pago no se hizo a la junta o comunidad de copropietarios. En los puntos restantes reitera los argumentos expuestos por la Administración en la vía gubernativa.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Olga Lucía Zuluaga Vásquez, Fiscal Sexta de la Corporación, conceptúa que si se compara la fecha de presentación de la demanda: noviembre 8 de 1.988 y la fecha de Auto julio 5 de 1.988 que, resolvió archivar el expediente, se observa que no sobrepasó el término de cuatro meses establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, pues el demandante tenía plazo hasta el 6 de noviembre de 1.988 para entablar su demanda, pero como los días 6 y 7 fueron festivos, el plazo se entendió hasta el siguiente día hábil, o sea hasta el 8 de noviembre de 1.988, fecha en que se interpuso la demanda, razón por la cual no hay lugar al fallo inhibitorio, por lo que la sentencia apelada debe revocarse y proceder al fallo de fondo de las peticiones.

Atendiendo el estudio de éstas precisa:

1) Que la nulidad de la actuación administrativa, alegada no procede porque al analizar el memorando explicativo de la liquidación de revisión y las motivaciones de la Resolución que agotó la vía gubernativa, se evidencia plenamente que si se analizaron, valoraron y estudiaron debidamente las pruebas aportadas por la demandante solo que concluyen que éstas no eran suficientes para desvirtuar lo actuado.

2) Que con relación al rechazo de costos y deducciones por $9.264.076, los referentes al pago de contratos de la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo por $5.764.526, no son procedentes, porque en su entender cuando la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la sentencia de mayo 14 de 1.984, confirmó la suspensión provisional del artículo 7o. del Decreto 2775 de 1.983, claramente se deduce que cuando dicha norma se refirió a los contratos de confección de obra material inmueble excedió lo establecido inicialmente en la ley como pagos sujetos a retención , llegando a la conclusión de que la retención en la fuente no opera en este tipo de contratos.

La anterior decisión impide que la existencia de la obligación se puede suponer con anterioridad a la fecha en que se decide por parte del Honorable

Consejo, pues si la conclusión es que no estaba obligada a retener por estos conceptos, no lo fue en ninguna oportunidad.

Que con relación a los gastos materiales, tampoco procede el rechazo porque la información suministrada por la actora en su declaración de renta no ha sido desvirtuada por la Administración y que los pagos efectuados en las notarías no están sujetos a retención.

3) Que tampoco procede el rechazo de pago de cuotas de administración por cuanto el motivo del rechazo fué la falta de retención, que no es aplicable para este tipo de pagos.

4) Que el rechazo por gastos de mantenimiento en cuantía de $11.880, debe mantenerse porque es un servicio sujeto a retención en la fuente y que además el accionante no demostró que el pago hubiera correspondido a compras.

5) Que el rechazo de salarios por falta de aportes al SENA, debe mantenerse porque la actora no cumplió oportunamente con esta obligación y así mismo propone se mantenga el rechazo por las cesantías pagadas, porque pese a la manifestación hecha de presentar pruebas, éstas no se allegaron al proceso.

6) Con relación a los ingresos presuntos por préstamos a socios, dice que la actora no ha desvirtuado el cargo, por lo que la adición debe mantenerse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

CADUCIDAD

El aspecto relacionado con el cómputo del término de caducidad de que trata el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en aquellos casos en que sometida la decisión que falló el recurso de reconsideración al grado jurisdiccional de consulta, previsto en el Decreto 3803 de 1.982, y que por decisión del artículo 152 del Decreto extraordinario 2503 de 1.987 no se resolverían, entendiéndose confirmado el fallo de primera instancia, dada su cuantía, fue debatido suficientemente en esta Sala especialmente con ocasión del Auto 0490 del 4 de mayo de 1.990, expediente 2286, Tejidos Cabrito y Cía Ltda. en donde se dijo:

> En el caso sub-lite la controversia procesal surgida en torno del auto apelado radica en el hecho de determinar, en primer lugar qué fecha debe tomarse en cuenta para considerar producida la información de la decisión administrativa, si la que asume el tribunal como correcta, que es la misma de entrada en vigencia de la norma legal que resolvió, en favor de los contribuyentes las consultas que se surtían ante la Administración, inferiores a $10.000.000 (30 de diciembre de 1.987), a la que asumió el contribuyente,

esto es, la del 12 de febrero de 1.988, que fue en la que se dictó el auto No. 26 por medio del cual se ordena archivar el expediente contentivo de la consulta resuelta a favor del contribuyente por ministerio de la ley. En segundo lugar, deberá precisarse, según el criterio que se adopte respecto del primer aspecto, si la demanda se presentó efectivamente por fuera del término de la caducidad.

No participa la Sala del criterio del Tribunal que consideró inocuo el auto proferido por la Administración Tributaria para comunicarle al contribuyente la definición que sobre su consulta se había producido en virtud de la expedición del Decreto citado y que ordena entender resueltos en favor de los contribuyentes las consultas que se estuvieran surtiendo cuando se produjera su entrada en vigencia, ni mucho menos el razonamientos que lo llevó a hacer suya, al unísono de las autoridades de impuestos de Bucaramanga, la interpretación de la norma legal en el sentido de que el término de caducidad para las acciones que pudieran derivarse de las disposiciones adoptadas por la misma ley que afectaran intereses particulares comenzaba a correr desde la fecha de entrada en vigencia de la ley y no desde cuando las autoridades administrativas hicieron factible y materializaron respecto de ese contribuyente en particular, mediante el auto No. 026 de febrero 12 de 1.988, la decisión legislativa de contenido general.

Tanto más resulta equivocada esa interpretación, cuanto que la misma administración estimó que era necesario plasmar la decisión legislativa en actos administrativos de carácter particular y así lo hizo en le caso de la consulta de Tejidos Cabrito , profiriendo el auto No. 26 de febrero 12 de 1.988 por medio del cual se determinó el archivo del expediente. Este auto fue comunicado al interesado y para el efecto se le citó al despacho mediante el oficio de febrero 12 visible al folio 40 dl expediente, solo que, indebidamente en sentir de la Sala, el artículo segundo del referido acto administrativo dispuso, haciéndole decir a la norma legal algo que en realidad no dice, "comunicar al contribuyente que según el artículo 152 literal a) del Decreto 2503 de 1.987, la vía gubernativa se halla agotada a partir de la vigencia del mismo". Con esto, el funcionario administrativo estaba sencillamente introduciendo, por vía de la interpretación de la ley, lo que por cierto tampoco le correspondía, un nuevo concepto de agotamiento de la vía gubernativa, no contemplado en el artículo 63 del C.C.A. y señalando un nuevo procedimiento para empezar a contar el término de caducidad diferente al previsto en el artículo 136 ibídem.

De esta manera, la Sala encuentra que asiste razón al apelante cuando asumió que el término de caducidad se debía comenzar a contar desde el día en que se le comunicó el acto administrativo, que debía ser objeto de su demanda y no desde cuando entró en vigencia la ley que autorizó a la

Administración tributaria de manera general, para modificar ciertos derechos de los particulares".

Por esta razón y dado que en el expediente obra constancia de que la demanda se presentó el 8 de noviembre de 1.988, se tiene que fue presentada dentro del término de los cuatro meses señalados por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, pues el término sólo podía empezar a contarse a partir de la fecha de comunicación del Auto 00086, que ordenó archivar el proceso por considerarse en firme el fallo de reconsideración esto es, el 6 de julio de 1.988, habida cuenta de que los días 6 y 7 fueron inhábiles por ser festivos.

Por esta razón la sentencia de primera instancia debe revocarse y avocar el estudio de fondo de las peticiones de la demanda, consignadas bajo el No.4.2.1, 4.2.2 y 2.2.3 (Fls. 8 y 9 cdno. ppal.).

NULIDAD DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA, POR VIOLACION DE NORMAS DE CARACTER LEGAL.

Estima la actora que aportadas las pruebas con ocasión de la respuesta al requerimiento (estado de pérdidas y ganancias, relaciones de intereses pagados certificada por revisor fiscal, documentos en donde constaban los aportes parafiscales, pruebas de provisiones y gastos) no existe razón para su desconocimiento razón por la cual se violó el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

Observa la Sala, que como lo afirma la colaboradora fiscal, la Administración si tuvo en cuenta los puntos presentados por la actora, solo que, en juicio de valor no los estimó como suficiente para probar los hechos alegados y proceder al reconocimiento de costos y deducciones, ante el incumplimiento de requisitos de retención en la fuente y oportunidad de pago de los aportes parafiscales, pues es esencial en materia tributaria que además de que los documentos aportados den certeza de la realidad del hecho económico, que el contribuyente cumpla los demás requisitos de fondo y forma establecidos por la ley para el reconocimiento de costos, deducciones, pasivos y en general de cualquier beneficio tributarios. Entonces si no cumplió estas otras exigencias, no prospera el cargo de nulidad alegado.

ACEPTACION DE LA RENTA INFORMADA POR LA SOCIEDAD

Con relación a este punto en la demanda no concreta su petición, ni en el sentido de la misma, pero, si se refiere a la renta bruta declarada, puede decirse que la Administración no la desconoció, sino que por el contrario, partiendo de la misma, adicionó los ingresos por rendimientos financieros presuntos y desconoció algunos costos y deducciones imputables sobre la misma base.

RECONOCIMIENTO DE LAS DEDUCCIONES Y DESCUENTOS SOLICITADOS POR LA SOCIEDAD.

Esta petición la desarrolla en el numeral 7o. (página 12 de la demanda Fl. 12 Cdno. ppal.) bajo rubro; rechazo de costos y deducciones por valor de $9.264.076, disgregados en: contratos a la organización de Luis Carlos Sarmiento Angulo $5.764.262, suma sobre la cual la administración exigió se comprobara el pago de la retención en la fuente, y que la actora alega no estar obligada a ello en virtud de que la norma que impuso tal retención: artículo 7o. del Decreto 2775 de 1.983, fué suspendida por el Consejo de Estado mediante sentencia de Mayo 14 de 1.984, en la parte que dice:

> "Y contratos de contratos (sic) de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material inmueble."

Que en estas circunstancias estando suspendida la norma, no podía la Administración exigir el pago de la retención en la fuente, porque "la nulidad, máxima sanción que contempla el derecho para las irregularidades de los actos que violan las normas superiores, a las cuales se hallan sometidos, implica el reconocimiento que, desde su expedición estaba el acto viciado de invalidez y consecuencialmente, su declaratoria vuelve las cosas al estado en que se hallaban cuando se profirió el acto invalidado".

Estima la Sala que suspendido el artículo 7o. del Decreto 2775 de 1.983, en la parte que dice: "....y de contratos de prestación de servicios de construcción , urbanización y en general de confección de obra material inmueble", desde el 10 de febrero de 1.984, mediante Auto proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el proceso #10.793, con ponencia del doctor Carmelo Martínez Conn, no podía ser aplicado por la Administración, ni exigir su cumplimiento, desde el momento en que quedara en firme el auto que la decretó. Solo a partir de la fecha de la providencia que levanta la suspensión provisional sobre una norma ésta podrá volver a ser aplicada. En sub-lite, ocurrió que suplicado el Auto por el representante judicial del Ministerio de Hacienda, la suspensión provisional fue reiterada mediante Providencia del 14 de mayo de 1.984 con ponencia del doctor Bernardo Ortiz Amaya que resolvió confirmar el Auto Suplicado. (Anales 1.984, primer semestre página 175).

Posteriormente, debido a los luctuosos hechos del Palació de Justicia, el expediente se incineró y como no fue pedida oportunamente su reconstrucción, a solicitud del representante judicial de la entidad demandada, mediante sentencia de octubre 20 de 1.987, se dió por terminado el proceso y se levantó la suspensión provisional.

Posteriormente la norma volvió a ser demandada (proceso 1625 Actor Carlos Julio Castro Medina) y esta Corporación en sentencia del 12 de octubre de 1.990 negó las súplicas de la demanda al encontrar que la norma demandada

no reñía con los ordenamientos superiores sino que por el contrario se ajustaba a ellos.

Pero tampoco asiste la razón al apoderado judicial de la actora, ni al colaborador fiscal cuando afirman que, dada la suspensión provisional debe entenderse que la norma jamás rigió, pues el efecto EXTUNC (desde entonces), solo puede predicarse cuando se produce fallo de nulidad contra la norma demandada; pero no declarada la nulidad, y antes por el contrario confirmada su legalidad, sólo puede admitirse que la aplicación de la norma queda suspendida a partir del Acto que confirmó la suspensión provisional hasta aquel en que dicha suspensión se levantó.

En consecuencia para determinar si la sociedad estaba o no obligada a efectuar la retención en la fuente sobre los contratos aludidos, era absolutamente necesario conocer la fecha de celebración de los mismos, pero por sobre todo, la fecha de los pagos con el fin de precisar la exclusión del pago del sistema de retención en la fuente. Pero como tal circunstancia no se probó, no puede deducirse violación alguna y por lo tanto no prospera el cargo.

PAGOS DE CUOTAS DE ADMINISTRACION POR $55.232

De acuerdo con lo establecido por el artículo 5o. del Decreto 2775 de 1.983, vigente en el año de 1.984:

> "La retención en la fuente sobre pagos o abonos en cuenta por concepto de servicios de administración de edificios organizados por propiedad horizontal o condominios, no se regirá por lo previsto en el Decreto 2026 de 1.983, cuando **dichos pagos se realicen a la junta o comunidad de propietarios encargada de la administración del edificio".** (Subraya la Sala).

Contrario sensu, cuando los pagos, se hagan a personas o entidades distintas de la junta o comunidad de propietarios, sí está sujeto a la retención prevista en la ley.

Aparece demostrado en el proceso que el pago por administración se efectuó a la sociedad NEGOCIOS Y BIENES S.A. persona distinta de la junta de coopropietarios, razón por la cual fue acertado su desconocimiento por parte de la administración, debido a la falta de requisito de retención en la fuente, que no se acredita dentro del proceso la actora, razón por la cual el cargo no prospera.

Con relación al rechazo de lo gastos notariales por valor de $283.316, sobre los cuales la actora manifiesta que corresponden a impuestos, derechos notariales y pagos de estampillas, se observa que en ningún momento aportó los comprobantes o recibos de pagos expedidos por la notaría respectiva y en consecuencia no es posible su aceptación, pues el cargo de haber efectuado la retención en la fuente, propuesto por la Administración, no fue desvirtuado en

el proceso gubernativo ni contencioso, razón por la cual no procede tampoco en esta oportunidad su reconocimiento.

CUOTAS DE MANTENIMIENTO POR VALOR DE $11.800, PAGADOS A I.B.M.

El motivo del rechazo de esta deducción por servicios, fue así mismo la falta de retención en la fuente. La empresa aduce que corresponde al pago de compras de repuestos, pero no acredita tal hecho en el proceso.

Es de anotar que en manera alguna en los casos anteriores se está desconociendo los datos suministrados en la declaración de renta, sino que se está exigiendo la demostración de la retención en la fuente que la sociedad estaba obligada a efectuar de acuerdo con la ley.

No probado que el pago obedece a compras, no puede aceptarse el gasto sin retención, razón por la cual el rechazo se mantiene.

DESESTIMACION DE SALARIOS POR FALTA DE PAGOS AL SENA

De conformidad con el Decreto 2053 de 1.974, parágrafo:

"Para aceptar la deducción por salarios, los patronos obligados a pagar subsidio familiar y a hacer aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS) deben acreditar que estaban a paz y salvo por tales conceptos el último día del año o período gravable y acompañar a la declaración de renta y patrimonio relación discriminada de los salarios denunciados al hacer los pagos o aportes."

Esta norma fué reglamentada por el artículo 62 del Decreto 187 de 1.975, conforme con el cual, se consideraban válidos los pagos efectuados a las respectivas entidades, dentro del plazo que tuviera el contribuyente para presentar su declaración tributaria. Así mismo los certificados expedidos en cualquier tiempo surtían los efectos legales, siempre y cuando lo pagos hubieran sido hechos dentro del término previsto en la ley.

Si bien la sociedad con la oportunidad de la etapa de discusión en la vía gubernativa, aportó el certificado de paz y salvo con el SENA, ésta mismo documento da cuenta de la extemporaneidad en el pago, (6 de marzo de 1.987), razón por la cual ha de mantenerse el desconocimiento de los salarios, para efectos tributarios, pues el contribuyente no cumplió con las exigencias legales para hacer viable su reconocimiento.

Y así mismo como para la cesantía pagada, no demostró su causación dentro del ejercicio, ni la legada falta de provisión en ejercicios anteriores,

merece mantenerse el rechazo.

ADICION DE INGRESOS

La Administración de Impuestos Nacionales al observar que dentro del patrimonio la actora incluyó como acreedores por valor de $217.105.728 a sus socios, le determinó el rendimiento presunto establecido por el artículo 20 de la Ley 09 de 1.983, norma conforme con la cual

> "Para efectos del impuesto sobre la renta, a partir de 1.983, **se presume de derecho** que todo préstamo en dinero, **cualquiera que sea su naturaleza o denominación,** que otorguen las sociedades a sus socios o accionistas, genera un rendimiento mínimo anual y proporcional al tiempo de posesión equivalente a la tasa de corrección monetaria del sistema de valor constante a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable..." (Subraya la Sala).

Es de anotar que requerida la sociedad para el efecto, no suministró dato ni prueba acerca de la fecha de otorgamiento de los préstamos por lo que, la Administración lo presumió, para todo el ejercicio. Unicamente, se limitó, a manifestar que no son préstamos a socios sino que la suma corresponde a ventas del edificio pero no acompaña los documentos probatorios de fecha cierta que permitan afianzar lo afirmado, además con oportunidad del recurso dice que, se trata de adecuación de oficinas y en la demanda expone que tanto el artículo 20 de la Ley 9a. de 1.983, como el 2o. del Decreto 634 de 1.985, se refieren a préstamos en dinero, pero no anexa original, ni copia de los documentos que dieron origen al crédito socio-sociedad, razón por la cual no demostrado que no se trata de préstamos directa o indirectamente de dinero a los socios. Opera así plenamente la presunción de derecho, pues establecido el supuesto cierto del crédito sociedad-socio, la consecuencia legal presumida de derecho, ésto es que no tiene prueba en contrario, se produce, y opera el rendimiento financiero presunto en cabeza de la sociedad.

No prosperan entonces las peticiones de la demanda.

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

FALLA

1) REVOCASE LA SENTENCIA inhibitoria que con fecha seis (6) de abril de 1.990, profirió el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho intentato por la sociedad OLCASA LTDA. NIT 60038441, contra el acto administrativo que le

determinó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1.984.

2) NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* ausente, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PASIVO-Rechazo/**SOBREGIRO BANCARIO**/Inexistencia/ **COMPARACION DE PATRIMONIOS.**

Si los discutidos "sobregiros" no afectaban la condición de balanza, ni el patrimonio, pues se habían "compensado" con la cuenta activa "otros deudores", evidentemente, no tenían el carácter de pasivos vigentes el último día del año gravable, toda vez que el efecto propio de las deudas reales es, casualmente, el de reducir el patrimonio bruto en cifra equivalente a éstas. Ya que no fueron probados, ni el contrato que hubiera dado origen al giro de los cheques, ni la causa de su posterior anulación, tal cantidad así se diga "representativa", no satisface las exigencias del crédito admisible (Ejercicio fiscal de 1981).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., abril veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación 2822. Apelación sentencia de 3 de octubre de 1989, del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento comercial contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios, por el año fiscal de 1981. Actor: Inversiones Delta Bolívar Compañía de Financiamiento Comercial, S.A. FALLO.

Conoce la sala, en apelación, de las impugnaciones propuestas, de una parte, por la Sociedad INVERSIONES DELTA BOLIVAR COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, S.A.; la actora, de otra, por el delegado del Director General de Impuestos Nacionales, en representación de la demanda, contra la sentencia de primer grado, de 3 de octubre de 1989, parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, dictada 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 1981, a saber, la liquidación de revisión No. 100212 de 18 de julio de 1984 y las resoluciones 245 y 494 de 5 de mayo y 25 de julio de 1985, expedidas, las dos primeras, por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, y la última, en grado de consulta, por la Subdirección Jurídica, División de Recursos Tributarios, de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Sobre los recursos, cumplido el trámite propio de la instancia, se procede a resolver.

ANTECEDENTES:

Con base en acta de inspección contable y requerimiento especial ,la liquidación oficial fijó renta gravable mediante el sistema especial de comparación de patrimonios, por adición, al activo bruto del ejercicio, de una "reserva general de cartera", constituida en cuantía de $10,889.954, originalmente pedida como deducción de la renta bruta, y el rechazo de "sobregiros bancarios" y "acreedores varios", en cifras de $338.172.711 y $9.737.773, respectivamente, fracciones del pasivo solicitado.

Aplicó, además, una sanción por libros de contabilidad y previno sobre una eventual liquidación por métodos comunes, a partir del desconocimiento de "intereses", por $ 103.170.053, y la ya mencionada provisión de cartera.

Aunque la providencia que desató el recurso gubernativo, basada en una nueva inspección decretada de oficio, accedió a la totalidad de las pretensiones de la recurrente, la que dirimió la consulta, improbó aquélla íntegramente, habiendo aceptado sólo una reducción de la multa impuesta.

LA DEMANDA

En cuanto a las variaciones que dieron lugar a la diferencia patrimonial, oficialmente establecida, la actora sostuvo, en lo fundamental:

a.) **Reserva de cartera ($ 10.889.954.** "No se acepto esta deducción debido a la supuesta ausencia de los requisitos contemplados en los artículos 72 a 81 del decreto 187 de 1975, no obstante que tales disposiciones, decían relación con las provisiones individual y general de cartera y las deudas perdidas o sin valor, en tanto que la discutida era solo una **provisión individual** regida por los artículos 72 a 74 ib.

Y, por otra parte, se desconoció el certificado del revisor fiscal de la compañía, anexo al escrito de reconsideración que satisfacía las exigencias del

artículo 73 ib . Y debía apreciarse según la reglas del artículo 65, inciso 2o. del decreto 1651 de 1961

b..) La fracción del pasivo: "Sobregiros bancarios (338.172.711)".

Se rechazó con base en la "prueba selectiva" de una sola conciliación bancaria entre treinta y una reportadas en el requerimiento especial, a saber, la cuenta 003-30487-0 del Banco del Comercio de Bogotá, por valor de $ 2.140.036.57, prueba que carecería de efecto pleno, suficiente para desvirtuar la presunción de veracidad de la declaración de renta.

A más de que lo dicho en el requerimiento, en cuanto a esta prueba, en el sentido de que los cheques girados no eran entregados a los beneficiarios y muchos constituían "autogiros", sería una afirmación temeraria, pues si, posteriormente, aquéllos aparecían anulados en los mismos comprobantes de contabilidad, era porque habían sido devueltos por los beneficiarios, no porque no se hubieran entregado a éstos; y si se "autogiraban", era simplemente transpasar fondos de una cuenta bancaria a otra. En lo de la cuenta específicamente glosada, la 003.30487-0 de Banco del Comercio, se trataba de operaciones reales, posteriormente rescindidas o anuladas, como constaba en la contabilidad.

Se habría desconocido, como en el caso precedente, el certificado del revisor fiscal acompañado de la contestación del requerimiento, plena prueba, conforme a los artículos 9º de la ley 145 de 1960 y 98 de la ley 9a. de 1982, donde figuraban los pasivos debidamente registrados y reportados contablemente, estando acreditadas, igualmente las calidades del certificante.

e) **La fracción del pasivo: "Acreedores Varios ($9.739.773)".** Se desconoció lo probado en el certificado del revisor fiscal mencionado.

De lo expuesto en la providencia que absolvió la consulta , cuyos principales apartes transcribe. La actora alega la violación de los artículos 72 del Código de Comercio, 40 del decreto 2821 de 1974 y del decreto 3803 de 1982, pues, en su entender, a) "la fe debida a los libros es indivisible", por lo que no es posible aceptarlos, en una parte, y rechazarlos en la otra: b) los libros, debidamente llevados, hacen plena prueba, si ellos figuran pasivos existentes, no se puede desconocer éstos ni desestimar su cuantía, "con el argumento de que los visitadores de la Administración de Impuestos se limitaron a copiar las partidas existentes en la contabilidad, pues no otra cosa podían hacer tales funcionarios sino tomar nota de lo que veían en los asientos correspondientes.....".

Debiendo, pues, admitirse las fracciones del pasivo tal como se consignaron en la declaración de renta, por concordar con lo contabilizado, habría quedado explicada la diferencia patrimonial y no sería procedente aplicar del sistema contemplado en el artículo 74 del decreto 2053 de 1974.

Acerca del proyecto de modificaciones de la liquidación privada por el sistema ordinario, afirmó que a la jurisdicción solo incumbía el control de la legalidad de los actos existentes, no de aquellos" (que están) en la mente de los funcionarios administrativos correspondientes, sin haberse concretado en una decisión", además de quea tales funcionarios no les es dado hacer sino lo que expresamente les permite la ley.

Dado que el artículo 49 de la Ley 52 de 1.977, que es muy explícito en cuanto al contenido de las liquidaciones de revisión, en parte alguna autorizaba al funcionario a establecer alternativas con respecto a la base imponible o el impuesto, debía optar aquel por una sola de las posibilidades que le otorga la ley: "depuración normal, comparación de patrimonios, renta presunta. . . . . "

Sobre el particular, citó y transcribió apartes del pronunciamiento de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en caso similar, según el cual, desvirtuada la comparación patrimonial, procede la determinación del tributo por el sistema ordinario, pero sin lugar a ninguno de los ajustes propuestos como alternativa, esto es, dejando a salvo la liquidación privada.

La demandante reprodujo los términos en que había sustentado, en el recurso de reconsideración, su inconformidad por la eventual desestimación de los "intereses" ($103.170.053) y la "provisión de Cartera" ($ 10'889.954), habiendo dicho, de los intereses, cuyo rechazo se fundó en la falta de retención en la fuente, que, por virtud de lo dispuesto en los decretos 1240 de 1979,, 2534 de 1980 y 2655 de 1981, una parte de aquéllos, la suma de $ 62,466,921, no estaba sujeta a retención, por ser su cuantía inferior a $ 62 y $ 80 diarios, según lo probado entonces, y que sobre la restante, de acuerdo con el artículo 14 de la ley 38 de 1969, se acompañaban los recibos oficiales de consignación, que acreditaban retenciones por encima, incluso, de las acusadas.

Y, sobre la "provisión", que se atenía a lo expuesto en la primera parte del memorial de reclamación.

En cuanto a la sanción por libros, negó que la motivación de la misma fuera suficiente, pues las normas invocadas por la Oficina liquidadora decían relación con la determinación de la cuantía de la multa, pero no con la causal que hacía procedente la aplicación de ésta, reafirmándose en que, dadas la corrección y propiedad con que se llevaba la contabilidad, no se había configurado ninguna de las causales del artículo 34 del decreto 2821 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA:

Con base en la prueba documental aportada al proceso y el experticio contable practicado en la instancia, el a quo dirime las cuestiones controvertidas, en resumen, así:

a) **"Sobregiros", $338.172.711:**

Si bien, el anexo 30 del informativo tributario del período, contiene relación por sobregiros en varios bancos del país, ésta fue cuestionada por el requerimiento especial, habiéndose limitado la requerida, en su respuesta y actuaciones posteriores, a demostrar la correcta contabilización de las correspondientes partidas, más no la realidad del pasivo, "mediante una verdadera conciliación bancaria, o certificado de los distintos bancos sobre la existencia real del sobregiro", tomando en consideración que el certificado de contador no era prueba idónea del registro de libros, ni el peritaje contable aclaró "la verdadera situación de los sobregiros bancarios", por lo que, en consecuencia, no se accede a las súplicas de la demanda.

b) **"Acreedores Varios", $ 9.739.773:**

Aunque la prueba contable de que se hizo acopio en la contestación del requerimiento, era insuficiente, el experticio la mejoró, al haber encontrado, tras el examen de los rubros integrantes de la cuenta y su manejo contable, "que los saldos presentados por la sociedad a 31 de diciembre de 1981, era reales" aparte de esto, los peritos anexaron copias de las relaciones de retención en la fuente y soportes contables de las transacciones efectuadas con dos de los acreedores,. Leasing Bolívar, S.A., y Fondo de Seguridad Bolívar (el tercero, era la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá). Prospera el cargo (paréntesis fuera de texto.).

c) **"Reserva de Cartera", $ 10.889.954:**

De acuerdo con lo anotado en el concepto fiscal, cuyos planteamientos se acogen, "los datos hechados (sic) de menos por la Administración, fueron allegados mediante certificaciones del Revisor fiscal de la Compañía....." , como en efecto ocurrió en la etapa del recurso administrativo, por lo cual, "para la Sala, se debe accederse a este cargo. . . . .".

Y como la comparación patrimonial no ha sido desvirtuada (en la parte restante de la diferencia), "no es necesario estudiar los rechazos planteados en la base renta. . . . . ".

El fallo no contiene ningún pronunciamiento en torno de la multa contable, sin embargo de lo cual, se mantiene íntegramente la misma, en cifra de $ 4.660.707, tal como se había fijado en la resolución de la consulta (la originalmente aplicada, era de $ 8.425.019).

RECURSOS DE LAS PARTES :

La impugnación, de la parte demandada se sustenta en el supuesto de la

improcedibilidad de los dos reconocimientos materializados en el fallo:

El de la reserva, porque, dada la doble implicación de la partida, como deducción de la renta y como elemento de "apropiación patrimonial", mediante la circunstancia de haberse abstenido el a quo, "acertadamente", de un pronunciamiento acerca de las deducciones de la "liquidación alternativa", no cabía admitir aquélla con carácter de deducción y, adicionalmente, como factor de ajuste patrimonial, o "como que hubiese sido constitutiva suma de entre el monto de los pasivos" (sic), dándose margen a que, desvirtuada la comparación patrimonial, la partida en cuestión se computara nuevamente como deducción reconocible.

Y el de los créditos varios, porque al haber pedido la demandante, en el curso de la inspección judicial, la "corrección de descubiertos bancarios, por acreedores varios", de hecho , habría pretendido corregir inoportunamente la demanda, en contravía de lo dispuesto por el artículo 208 del decreto 01 de 1984, asunto, éste, propuesto como excepción, pero sobre el cual la sentencia habría rehusado decidir, pese a lo ordenado por el artículo 164 ib., cuyo inciso final resultaría aún aplicable al caso.

En cuanto a la sanción, se dice que a reducción de ésta se produjo sobre "bases rentísticas de la declaración de renta correspondiente al año en que fue impuesta (1983)", debiendo, sin embargo, mantenerse, por no haberse cuestionado tales bases (paréntesis fuera de texto).

En posterior escrito, se pide, con fundamento en el artículo 51, inciso 4o. del decreto 2304 de 1989, "condicionar, supeditar o dejar en suspenso vuestro fallo relacionado con el proceso No. 2822 del año 1981" (el presente), en consideración a que el a quo, actualmente conoce de un proceso de restablecimiento entre las mismas partes, por gravámenes y sanciones de la misma naturaleza, correspondientes al año de 1982, en el cual, sin haberse proferido sentencia, se debaten "aspectos comunes, paralelos y concomitantes", y donde se decretó de oficio una prueba que "incide directamente en el examen de los factores patrimoniales de las dos vigencias, 1981 y 1982.....".

Por su lado, la demandante, resalta, en primer lugar, la circunstancia de que los descuentos tributarios por $ 6.967.687, reconocidos en la liquidación de revisión, no se hubieren tenido en cuenta en la nueva liquidación practicada por el Tribunal, "error aritmético" que solicita enmendar.

Con referencia a los motivos invocados para confirmar el rechazo de los "sobregiros, supone que el a quo, posiblemente, no advirtió que, entre los anexos del dictamen pericial, obraban, "precisamente, las conciliaciones bancarias de las cuentas que a 31 de diciembre de 1981 presentaban sobregiro, análisis de las mismas fotocopias de documentos soportes debidamente autenticados en cuantía

superior a $ 50.000 (folios 001 a 310)"(...). En consecuencia, no se puede decir que no existen conciliaciones Bancarias, pues ello resulta contrario a la evidencia procesal, como respetuosamente solicitó que se verifique....."

Estima que la exigencia de presentar "un certificado de los distintos bancos sobre la existencia real del sobregiro", de que se habla en el fallo atacado, "Resulta fuera de contexto, ya que un banco no puede certificar un sobregiro que se deriva de la existencia de cheques girados contra una determinada cuenta corriente, y que a 31 de diciembre del año gravable se encuentran en menos de los beneficiarios de tales instrumentos. Precisamente por esta razón se hace la conciliación bancaria en la forma como lo hacen los peritos, teniendo en cuenta que los cheques estaban girados y que se encontraban en poder de los beneficiarios el 31 de diciembre del año gravable.....".

No se podría, entonces, desconocer lo dicho por los peritos, en el sentido de que, "la sociedad registraba en sus libros de contabilidad la partida de $338.172.711 como una obligación por sobregiros....."

En cuanto a la multa y al rechazo de deducciones en la "liquidación alternativa" reproduce lo expuesto en la demanda.

ALEGATOS

El apoderado de la entidad demandada insiste en la legitimidad del procedimiento alternativo de liquidación, por estimar que el método excepcional de la comparación patrimonial, no solamente no es excluyente sino que está destinado a precaver las contingencias del acto liquidatorio en el curso de la contienda, mediante el cuestionamiento de todos los factores incidentes, en forma de venir a establecer, finalmente, cuál es el sistema de liquidación que debe primar, con exclusión del otro u otros, no dándose, pues, el fenómeno de la doble liquidación.

Añade que la "desvirtuación total de la comparación (hecho futuro e incierto. Art. 1536 del Código Civil)", es lo que permite retomar el procedimiento ordinario de depuración, por lo cual, de lo que se trata no es de una "liquidación con fuerza de alternatividad", sino de una "condición suspensiva" que, verificada, retrotrae el problema al campo de un procedimiento común.

Solicita confirmar la sanción impuesta, porque "el solo reparo de los pasivos subsistentes en el rechazo está significando que no estuvo bien respaldada la contabilidad examinada (...) y, por consiguiente se pretermitieron los artículos 34, No. 3, y 40 No. 2, del D.L. 2821/74, en armonía con el 1o. del D. 1495/78.....".

La parte actora, en cuanto al "error aritmético" incurrido en el fallo

impugnado, la sanción contable, el rechazo de deducciones en la "liquidación alternativa" y la diferencia patrimonial por sobregiros, insiste en los argumentos de sustentación de apelación.

Y en cuanto a este último punto, transcribe el dictamen de los expertos contables, en el párrafo, según el cual, del estudio de las contabilizaciones de la sociedad, surge que los valores imputados aparecen cuentas del activo y del pasivo, las que, "....en ningún momento están disminuyendo o aumentando el patrimonio de la misma, por cuanto el aumento que se presenta en el pasivo por los "Sobregiros Bancarios", está compensado con una cuenta del activo denominada "Otros Dudores" por el mismo valor .....".

Por ello, en el balance, las cuentas activas estarían equilibradas por las pasivas, en forma que si "se rechazan los $ 338.172.711 como pasivo, automáticamente se produce un desequilibrio en los estados financieros y en la declaración de renta, que constituye la causa de la diferencia patrimonial.....".

De otra parte, anota que, se debería tomar en cuenta que, conforme al artículo 116 del decreto 187 de 1975, aún no reuniendo el pasivo los requisitos para su aceptación como factor de disminución de la base patrimonial, el mismo constituiría explicación de la diferencia patrimonial, "cuando el contribuyente demuestre la realidad" de la deuda, como en este caso, según el informe de los expertos.

Sobre el particular, se habría pronunciado esta Corporación, en el sentido de que "la diferencia patrimonial no se puede establecer sobre bases puramente formales, sino teniendo en cuenta la realidad económica existente, ya que el legislador quiere que no se establezca la base gravable por diferencia patrimonial sino de manera excepcional.....".

Se transcriben, igualmente, párrafos de la sentencia de 29 de septiembre de 1989, dictada por la Sala en el proceso 0694, donde se dijo en lo relativo a la "liquidación alternativa", que concluída la vía gubernativa con la adopción de un acto liquidatorio producido por vía de depuración normal, "no se puede modificar o variar el proceso a seguir, pues habiéndose convertido el acto administrativo en definitivo y siendo objeto de la demanda, no podía el juez administrativo variarlo sustancialmente, como lo hizo, cambiando las bases legales del acto acusado (Boletín # 1017, I.C.D.T. p. 1027 y 1028)". (paréntesis en el texto del alegato).

CONCEPTO FISCAL

Sobre el problema de los sobregiros, la Señora Fiscal Sexta de la Corporación anota que, si bien es costumbre, dentro de los ajustes contables de fin de año, que se hagan conciliaciones bancarias para establecer qué cheques quedaron

pendientes de cobro y se presenten sumas iguales entre los saldos contables y los saldos certificados por las respectivas entidades, "también es cierto que, para obtener el reconocimiento de este ajuste como un pasivo real, que si lo es, debe demostrarse que aquellos cheques pendientes de cobro, fueron cobrados por sus beneficiarios a lo largo del siguiente ejercicio", pues, en su entender, "existe una notoria diferencia entre lo que constituye un pasivo real por sobregiro bancario y el que surge como consecuencia de cheques girados pero no cobrados a 31 de diciembre de un determinado ejercicio.....".

Agrega que, dado que la Administración detectada la inconsistencia en una o dos cuentas bancarias, " podía pedir comprobación de la totalidad del pasivo solicitado por " sobregiros bancarios".....", coincide con el a quo en que la contribuyente no desvirtuó la actuación oficial, pues la certificación contable acompañada de la contestación de requerimiento no hizo ninguna aclaración sobre el origen y realidad de los pasivos, o los cheques girados y no cobrados por cuenta cancelada, ni el dictamen pericial se puede tener como prueba eficaz y conducente de los hechos en cuestión.

Ello, porque el experticio insiste en que se trataba de "sobregiros bancarios", que suponen la existencia de cheques "cobrados en exceso sobre el real saldo bancario y que dá lugar a un pasivo que puede certificar la misma entidad crediticia", en tanto que en la declaración de renta de la contribuyente, como así lo acepta ésta, la cifra discutida corresponde a "conciliaciones Bancarias", en razón de cheques girados y no cobrados antes del 31 de diciembre, fuera de que el dictamen "no discrimina que valores surgieron por errores contables y cuáles eran cheques realmente pendientes de cobro...".

Concluye, que fuera acertada la decisión del Tribunal en mantener el rechazo de los pasivos, por falta de prueba.

En cuanto a la sanción, estima que debe sostenerse, porque la Administración, " se basó en deficiencias en el registro contable de las partidas glosadas.....", así no se hubiera pronunciado el a quo en el punto.

Respecto del proyectado rechazo de deducciones, considera que, debiendo prevalecer el sistema de determinación de la renta por comparación de patrimonios, no cabía pronunciamiento sobre el particular.

Admite, en cambio, que en el fallo apelado se incurrió en el error numérico alegado por el accionante, que debe corregirse.

En lo concerniente a la apelación de la parte contraria, no encuentra claro" cuál es el verdadero motivo de (la) objeción", en relación con los reconocimientos ordenados en el fallo; ni halla procedente en la solicitud de suspensión de la sentencia de segundo grado, " no sólo por el principio de independencia aplicable

a los diferentes ejercicios fiscales, cuyas liquidaciones y decisiones de recursos se realizan de manera separada, sino también porque ninguna de las partidas debatidas tienen relación con el ejercicio siguiente....."

Pide, confirmar la sentencia apelada, excepto por lo que refiere al " error aritmético" aducido por la actora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. **Sobre los argumentos de la parte demandada:**

a) **De la reserva de cartera ($ 10.889.954)**

A través de esta clase de provisiones, formadas con cargo a pérdidas y ganancias, se instituye un beneficio tributario que se traduce, por cada ejercicio, en disminuciones porcentuales del ingreso y el activo brutos, de modo que su aceptación o rechazo se reflejará, invariablemente, entre ambos items, en cifra equivalente del mismo signo.

Esto significa, que si se admiten como deducciones de la renta, en determinada cuantía, debe operar, en cifra idéntica, el mismo reconocimiento, por abono a la respectiva cuenta por cobrar del activo y a cargo a la provisión utilizada; y si se desconocen como tales, no se tiene porqué registrar variación alguna de la cuenta activa o de la provisión.

Consiguientemente, no es exacto que, en la hipótesis del reconocimiento, no se derive un efecto patrimonial simultáneo que, necesariamente, tenga incidencia en la diferencia de activos averiguada, ni que sea previsible la doble imputación como deducción, una vez desvirtuada dicha diferencia.

b) **De los créditos varios ($ 9.739.773):**

Lo que corrigió la actora, según consta en el acta de la diligencia de inspección judicial, no fué propiamente la demanda, sino el acta misma, en la que se había anotado, como valor de los "sobregiros bancarios", un guarismo equivocado encontrándose correctamente consignado, por los demás, el importe de los créditos en discusión, tal como aparecían enunciados en la demanda (ver folios 99 y 100, cuaderno principal).

Como el equívoco fué despejado a continuación, en la citada acta, sin objeciones del representante de la parte impugnadora, no se considera realizado el supuesto de una excepción no resulta y, por tanto, no cabía, ni cabe, un pronunciamiento adicional en el punto.

c) **De la petición de suspensión de la sentencia:**

Puesto que las causales de suspensión del proceso, contempladas en los artículos 47,56,57,58, 83, 154, 159, 172, 173, y 618 del Código de Procedimiento Civil, no subsumen hechos como los descritos por el apelante, y en cuanto a la sentencia, sólo se prevé el evento de que ésta no se profiera mientras se halle en trámite algún incidente, conforme al artículo 137-4 ib; que tampoco es el caso, no procede a acceder a lo solicitado.

En conclusión, el recurso de la Administración Tributaria no está llamado a prosperar, debiendo confirmarse la sentencia apelada, en cuanto concierne a los fundamentos de hecho y de derecho recogidos en está, no desvirtuados.

2. Sobre **las razones de la parte demandante:**

a) **Del error numérico incurrido en el fallo:**

Tratándose de un yerro manifiesto, en la inscripción de conceptos y cifras reconocidos de antemano en los actos administrativos acusados y que no eran, por ende, materia de discusión, se debe enmendar el mismo, (Descuentos por valor de $6.967.687).

b) **de los "Sobregiros Bancarios" desechados ($338.172.711).**

Tener por verídicos los hechos de la declaración tributaria o su corrección, o de la contestación de los requerimientos administrativos, supone, necesariamente, el cumplimiento de los requisitos formales y de prueba o simple documentación indicados en la ley (L.52/77, 33, 34, 43).

Tratándose de rubros de pasivo, se deben satisfacer, aparte de otras exigencias meramente formales o documentarias, las que tocan con la conservación y exhibición de los soportes relativos a la cancelación del crédito y la debida contabilización de éste. (Decreto 2053 de 1974-2; Decreto 3803 de 1982-14).

Por ello, no se exceden los poderes de fiscalización de la Administración Tributaria, cuando ésta pida comprobar los mismos, así la declaración venga en forma en cuanto a la identificación del acreedor y la expresión de la cuantía.

Es cuestión definida por la Sala, asímismo, que en tanto las atestaciones de los contadores públicos no refieran, en detalle, los libros, asientos y comprobantes internos y externos comprometidos en cada una de las transacciones investigadas, individualizando aquéllos por sus denominaciones, números ,fechas, folios y cuantías, carecen del mérito de prueba completa en orden a la verificación de la existencia de la operación certificada. Debe figurar certificado, igualmente, por la Cámara de Comercio del lugar, el registro de los libros examinados.

Es claro, pues, en el caso en examen, que dadas las deficiencias de la

constancia del Revisor Fiscal de la compañía, anexo a la contestación del requerimiento especial, debido a la ausencia de las citada especificaciones y del competente certificado actualizado sobre la vigencia del registro de libros, la misma no era prueba idónea de los "sobregiros" cuestionados en el acta de visita y el propio requerimiento.

Sin embargo, es preciso destacar que si bien los actos consignados en el acta de visita se debían entender correctamente extraídos de los libros y papeles de comercio inspeccionados, según las reglas del artículo 92 del Decreto 1651 de 1961, lo cierto es que las conclusiones de la comisión visitadora, basada en el examen de una sola de las cuentas del ítem, como "prueba selectiva", tampoco eran suficientes para acreditar la indebida contabilización de los "sobregiros", ni menos la verdadera índole, o la inexistencia física de éstos.

Ahora bien, el dictamen pericial emitido en la primera instancia del juicio, es prueba idónea, no objetada oportunamente ni controvertida en pasos posteriores del juicio, sobre los siguientes hechos:

a) Que la partida por $338.172.711 de los alegados "sobregiros", se registró con crédito a una cuenta auxiliar denominada "bancos", la cual, a su turno, mostraba débitos acumulados en suma de $439.410.646, discriminados en "cuentas corrientes bancos" ($308.168.818), "depósitos en corporaciones" ($114.841.828) y "remesas en tránsito" ($16.400.000), para un saldo débito neto, en dicha cuenta auxiliar de $101.237.934.

b) Que dentro de la partida en cuestión, figuraban los cheques números 2046401, 0435902 y 2312701, todos de fecha 31 de diciembre de 1981, librados, en su orden, sobre el Banco de Bogotá, Sucursales Bogotá, Bucaramanga y Cartagena, por $90.000.000, $70.000.000 y $60.000.000, a favor de Cómputo Bolívar S.A., los cuales fueron anulados en el curso de 1982.

c) Que aunque los mencionados valores afectan cuentas del activo y del pasivo, "en ningún momento están disminuyendo o aumentando el patrimonio (de la Sociedad auditada), por cuanto el aumento que se presenta en el pasivo por lo "Sobregiros Bancarios", está **compensado** con una cuenta del Activo denominada "Otros Deudores" por el mismo valor....."

d) Que las demás subpartidas de "sobregiros" corresponden, unas, a errores de imputación contable, después corregidas, "pero que en su mayoría corresponden a cifras que se **compensan** en la misma cuenta de Balance.....", y las restantes, a "cheques pendientes de cobro a 31 de Diciembre de 1981, fácilmente verificables....." (paréntesis y subrayas fuera del texto).

En primer lugar, demostrado como aparece que la cuenta auxiliar "bancos" presentaba un débito neto por $101, 237.935, aún después de deducida la partida

total de "sobregiros", débito que figura igualmente en la cuenta principal "efectivo", al lado de un saldo de "caja" (otra cuenta auxiliar) por $20.524,150, no es explicable cómo pudo darse la situación de descubierto, a menos que los cheques, pese a la cuantiosa disponibilidad de "efectivo", se hubieran girado, contra toda previsión, sobre determinadas cuentas corrientes carentes de fondos o con fondos insuficientes.

Pero como esto último no fué demostrado, "……mediante una verdadera conciliación bancaria, o certificado de los distintos bancos sobre la existencia real del sobregiro", como acertadamente lo exigió el a quo, el hecho carece de relevancia como hipótesis justificada del descubierto, menos en frente de la flagrante violación del contrato de cuenta corriente que el mismo implicaría.

En segundo término, si los discutidos "sobregiros" no afectaban la condición de balanza, ni el patrimonio, pues se habían "compensado" con la cuenta activa "otros deudores", evidentemente no tenía el carácter de pasivos vigentes el último día del año gravable, toda vez que el efecto propio de las deudas reales es, casualmente, el de reducir el patrimonio bruto en cifra equivalente a éstas.

En tercer lugar, ya que no fueron probados, ni el contrato que hubiera dado origen al giro de los tres cheques, por valor acumulado de $220.000.000, que se relacionan en le peritaje, ni la causa de su posterior anulación, tal cantidad, así se diga "representativa", no satisface las exigencias del crédito admisible.

Es pertinente anotar que el certificado del revisor fiscal, allegado con ocasión de la respuesta al requerimiento especial, difiere del experticio, referente a los citados cheques, tanto por la cuantía de éstos, como por la ubicación de las sucursales del banco librado, razón demás para desestimarlo como prueba.

Por último, aunque no es del todo inusitado que se "autogiren" cheques para saldar desfases reportados en las conciliaciones bancarias, por efecto de errores de imputación, lo cierto es que el saldo negativo de la cuenta "diferencias", o su equivalente, es solo un rubro de pasivo "nominal", no solamente por tratarse de ajustes internos, sin referencia a terceros acreedores, sino porque, se multa al empleado incurso en el error, o se le exige cubrir el faltante, operando así el procedimiento de la compensación de que se da cuenta en el peritaje.

Los "cheques pendientes de cobro a 31 de diciembre de 1981", mencionados también por los peritos, adolecen del mismo defecto señalado arriba, de la ausencia de prueba sobre la causa de su giro o expedición.

En conclusión, las "conciliaciones bancarias" del experticio y demás documentos anexos a éste, prueban que los "sobregiros" materia de la controversia no eran admisibles como deudas reales vigentes en el último día del período. De otro lado, no es exacto que tres o cuatro años después de haberse sobregirado

una cuenta bancaria, quede "fuera de contexto" exigir la certificación del banco librado.

Debe, pues, confirmarse la sentencia apelada, en lo que atañe a esta parte de la controversia y, por tanto, mantenerse el sistema de la comparación patrimonial sostenido en aquélla. Por ello resulta inoficioso cualquier pronunciamiento en torno de los factores de la "liquidación alternativa".

c) **De la sanción aplicada:**

Tanto en acta de la visita administrativa, como el requerimiento especial y la liquidación de revisión, coinciden en la afirmación de que, "la contabilidad (de la contribuyente) no está debidamente soportada por comprobantes internos o externos, y al registrar pasivos inexistentes, no está refiriendo su verdadero movimiento.....", citándose, como normas aplicables, los artículos 34 del decreto 2821 de 1974, 56 del decreto 3803 de 1982 y 83 y 84 de la ley 9a. de 1983 y, adicionalmente, los artículos 50 a 53 del Código de Comercio. (paréntesis fuera del texto).

Los supuestos de hecho que la 'Administración considera realizados, se refieren, a las partidas cuyo rechazo se confirmó en la vía gubernativa, esto es, los "créditos varios", la "reserva de Cartera" y los "sobregiros".

Pues bien, los primeros fueron reconocidos en la sentencia, precisamente con apoyo en que el peritaje había demostrado el debido soporte contable de los mismos, y la segunda, con base en que ésta reunía, "ab initio", los requisitos que había echado de menos la Administración, sin implicación de comprobantes contables, decisión que la Sala estimó acertada y que, por lo demás, no fue controvertida en cuanto a sus fundamentos específicos.

Por lo que respecta a los "sobregiros", ya se dijo, por qué el acto de inspección no bastaba para probar la supuesta indebida contabilización del ítem, o su inexistencia material; lo que equivale a decir, que tampoco demostró la ausencia de comprobantes de contabilidad. Contrariamente, el peritaje acredita la presencia de tales soportes.

Además, el "verdadero movimiento" de los libros, que se menciona en el artículo 34-3 del decreto 2821 de 1974, fue el que encontraron los visitadores administrativos y los peritos judiciales; otra cosa es que dicho "movimiento" no fuera relevante como prueba de las pretendidas vigencia y exigibilidad del crédito discutido.

Por último, tanto en el acta de la visita administrativa como el requerimiento especial, en los que se fundó el acto liquidatorio, erraron los motivos que, originaron la sanción contable, por falta de la debida exactitud y precisión sobre

los mismos, como lo sostuvo la actora, irregularidad que por sí sola amerita el levantamiento de la cuestionada sanción, como se hará.

Procede, por tanto, la práctica de la siguiente nueva liquidación

INVERSIONES DELTA BOLIVAR

COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, S.A.

NIT: 60.002.671

AÑO GRAVABLE: 1981

CONCEPTO		IMPUESTO
Impuesto y Sanción		
Total a cargo, según fallo apelado	$	136.944.468
Menos: descuentos tributarios:		
Reconocidos en la actuación administrativa: $6,967.687		
SANCION		
Por libros de contabilidad, que se revoca	$ 4,660,707	11.628.394
TOTAL A CARGO DEFINITIVO.....	$	125.316.074

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, modifícase la liquidación del impuesto de renta y sanción por libros de contabilidad, a cargo de la sociedad INVERSIONES DELTA BOLIVAR COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A., Nit : 60.002.671, por el año gravable de 1981.

Como consecuencia, fíjase en la suma de CIENTO VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS DIECISEIS MIL SETENTA Y CUATRO PESOS ($125.316.074), el valor total que debe pagar la citada sociedad, por concepto del impuesto sobre la renta correspondiente al indicado ejercicio de 1981.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / CERTIFICADO BIMESTRAL / SANCION POR INEXACTITUD.

Aún siendo correcta la declaración anual e inobjetable la contabilidad de apoyo, por haberse corregido a tiempo los errores numéricos del certificado bimestral, se debía imponer la sanción, por el mero hecho de tales equivocaciones. Fiscalmente, respecto de un mismo sujeto, el hecho sancionable (como el imponible) una vez realizado no es susceptible de dar lugar sino a una sola sanción (o a un solo impuesto). Del hecho de que el desfase numérico de un bimestre dado, originado en error de cálculo de los impuestos descontables, persiste en los bimestres subsiguientes, no es lícito inferir que la infracción se hubiera cometido dos o más veces.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., abril veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Referencia: Radicación 2965. Apelación sentencia de 9 de Febrero de 1990 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del Derecho contra los actos administrativos que determinaron la sanción relativa al impuesto a las ventas, por los bimestres II, IV y V de 1984. Actor: Comercial Calzamundo Ltda. Fallo.

Consejera Ponente: *Doctora CONSUELO SARRIA OLCOS*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto en término, mediante apoderado, por la sociedad COMERCIAL CALZAMUNDO, LIMITADA, la actora, contra la sentencia de primer grado de 9 de febrero de 1.990, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido en relación con las resoluciones números 185026 y 0426 de 29 de enero y 14 de agosto de 1.987, por las cuales, la

Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, unidades de liquidación y recursos tributarios, determinó una sanción pecuniaria, en materia del impuesto sobre las ventas del ejercicio fiscal de 1.984, y decidió el recurso gubernativo intentado.

ANTECEDENTES

Previo traslado de cargos, según acta de visita de control contable, se aplicaron sendas multas, en cifra individual de $2.058.698, por el trimestre II y los bimestres IV y V del ejercicio fiscal de 1.984, por inexactitud en los respectivos certificados oficiales de pago bimestral, referente al importe de los impuestos descontables computados en el primero de los mencionados períodos, que se reflejó, por "arrastre", en los dos restantes.

A su vez, la resolución del recurso, desestimó la hipótesis de la diferencia de criterios o error de apreciación en la interpretación del derecho aplicable, planteada por la reclamante, estimando que se trataba de un "simple error aritmético" incurrido en el cálculo de los impuestos descontables, conforme al procedimiento indicado en el artículo 7o., numeral 2o., del Decreto 570 de 1.984, pero redujo el valor acumulado de las multas en el 50%, por aplicación del artículo 51 del Decreto 3803 de 1.982, en vista de que la sancionada había admitido el error y demostrado la enmienda contable del mismo.

LA DEMANDA

Plantea la violación del artículo 55 del Decreto 3541 de 1.983 porque al iniciarse la visita, el 18 de noviembre de 1.985, el error originado "en la interpretación errónea del numeral 2o. del artículo 7o. del Decreto 570 de 1.984", ya se había corregido hacía más de un año, concretamente, según el asiento contable de 5 de noviembre de 1.984, por anulación del comprobante No. 3-C-04-84 de 30 de abril del mismo año, y también por anotación en el certificado de pago del 6o. bimestre y la declaración anual de ventas oportunamente presentada por dicho año de 1.984 que, consiguientemente, no registraba ningún saldo a favor mayor del que legalmente correspondía, ni, de otro lado, disminuía lo que el Estado debía percibir, desvirtuándose, así, la inexactitud sancionable.

Alega la violación del artículo 15 del Decreto 3803 de 1.982 porque habiéndose dado testimonio, en el acta de visita, de registro en la Cámara de Comercio, y manejo adecuado de los libros y comprobantes contables, éstos constituían prueba en favor de la inspeccionada, que no debía ignorarse.

Y, en cuanto al artículo 51 del Decreto 3803 de 1.982, alega que por no ser exacto que la contribuyente hubiera solicitado, por el período, impuestos descontables en exceso de aquellos a que tenía derecho, o reconocido sanción alguna a su cargo.

LA SENTENCIA

La decisión desestimatoria, parte del supuesto de que, según "reciente y reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado", los preceptos que regulan las sanciones por infracciones a la ley tributaria, son de la misma índole de los que norman las obligaciones transgredidas, esto es, son disposiciones de carácter administrativo, cuya mira es de "simple orden público económico" objetivo, sin consideraciones de tipo subjetivo, de donde estructurado el hecho sancionable procede la sanción, así la contabilidad del sancionado no ofrezca motivos de reparo.

La actuación administrativa habría estado, así conforme a derecho, mereciendo confirmase.

LA APELACION

El escrito pertinente, reproduce lo fundamental de los argumentos del libelo demandatorio, subrayadas las circunstancias de haberse obrado de buena fe, sin el menor asomo o intento de evasión, solo que, por haberse errado el cálculo de un porcentaje, 0.86% en lugar de 86% que era el correcto, se hubiera alterado la cifra real de los impuestos descontables, irregularidad saneada inmediatamente, sin embargo, conforme a normas contables, mucho antes de que se tuviera siquiera noticia de la visita de control que habría de efectuarse.

Aparte de que, aún siendo procedente la sanción, no debería estar cifrada ésta en suma distinta de la establecida con respecto al 2o. trimestre de 1.984, sin el "arrastre", o sea, la cantidad única de $1.029.349.

ALEGATOS

Sostiene el señor apoderado de la parte demandada, con apoyo de los artículos 23 y 55 del Decreto 3541 de 1.983, que dada la obligación de ciertos responsables al presentar, en el momento del pago del impuesto de cada bimestre, una "certificación" de determinadas características, la imprecisión en uno o más de sus datos, es sancionable cada vez que se repita, "independientemente (de) que el valor corresponda al período anterior, en este caso al del 2o. trimestre de 1.984", en virtud del "arrastre", y con prescindencia de cualquier consideración de carácter subjetivo, como se dijo en el fallo apelado, en forma que el hecho de haberse corregido la inexactitud, dentro del mismo año gravable, o disponerse de un sistema contable correcto, no purga la sanción, sino que, a lo sumo, permite rebajarla, como en efecto se hizo.

La parte demandante se abstuvo de otras alegaciones.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

La Señora Fiscal Sexta de esta Corporación, se pronuncia por la confirmación de la sentencia, por compartir íntegramente los fundamentos de ésta, no hallando, por lo demás, que el artículo 55 del Decreto 3541 de 1.983, o el 23 ib., hagan referencia "a ciertas y determinadas formas de inexactitud, ni a que la sanción proceda solo por las diferencias con el resultado contable.....".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el sistema sancionatorio que precedió a la expedición del Decreto 3541 de 1.983, diversas informalidades, entre otras, las diferencias en inventarios, omisión de compras, falta de identificación de los bienes vendidos o de los servicios prestados, o repetición o solicitud de compensación de saldos créditos ya pedido, estaban al margen de cualquier sanción, en cuanto no incidían **directamente** en la cuantificación de la base imponible o el importe definitivo de los impuestos descontables.

La puesta en operación del denominado "certificado oficial de pago bimestral", que se preveía para los declarantes de período anual no comprendidos en el régimen simplificado, suscitó otras expectativas de inconsistencia o inexactitud de datos que como las anteriores, probablemente carecieran de la incidencia final denotada, por ser previsible su enmienda o ajuste antes de la conclusión del año gravable, pero no de la trascendencia del hecho anómalo, susceptible de provocar distorsiones de la información y del sistema computarizado de datos, habiéndose instituído, pues, en el nuevo estatuto del valor agregado, un tratamiento punitivo individualizado, en prevención y represión de tales irregularidades, que cabía aplicar, según se expresó claramente en el artículo 54 ib., "sin perjuicio de las sanciones previstas en las normas vigentes.....".

Estas "sanciones" eran, por supuesto, entre otras, los correlativas a la ausencia, extemporaneidad o inexactitud de la declaración periódica, inoportunidad del pago bimestral, o irregularidad de la contabilidad.

Para lo que concierne dirimir, aún siendo correcta la declaración anual e inobjetable la contabilidad de apoyo, por haberse corregido a tiempo, los errores numéricos del certificado bimestral, se debía imponer la sanción, por el mero hecho de tales equivocaciones, no solo por haber asumido la infracción averiguada una conducta sancionada, "per se ", en el contexto del procedimiento de declaración, liquidación privada y pago, sino porque éste no ofrecía soluciones atenuantes o eximentes del efecto de la inexactitud , a no ser las contempladas en los artículos 49 y 52 del Decreto 3803 de 1.982.

Pero como el primero, relativo al reconocimiento explícito, por el sancionado, del hecho constitutivo de la inexactitud, se había hecho efectivo en la resolución del recurso gubernativo, que ordenó rebajar la mitad de la multa; y el

segundo, referente a la circunstancia de mediar errores de apreciación o disparidad de criterios, no tenía ninguna relevancia en el punto, pues, como bien lo sostuvo la Administración, el haber determinado que la relación porcentual existente entre dos ítems dados, era del 0.86% y no del 86%, no era propiamente un error de interpretación del derecho existente, sino de simple cálculo, no le restaban a la responsable otras alternativas legales de exoneración de la cuestionada multa, en lo que también se debe conceder razón a la Administración.

Pero como los motivos de infracción y, de suyo, la sanción correlativa, según se anotó al comienzo, son de carácter eminentemente restringido, cobra mayor relevancia el postulado de que, fiscalmente, respecto de un mismo sujeto, el hecho sancionable (como el imponible) una vez realizado, esto es, materializado por un acto o hecho generador, no es susceptible de dar lugar sino a una sola sanción (o a un solo impuesto).

Del hecho de que el desfase numérico de un bimestre dado, originado en error de cálculo de los impuestos descontables, persiste en los bimestres subsiguientes, no es lícito inferir que la infracción se hubiera cometido dos o más veces, prueba de ello, es que los guarismos de los impuestos descontables se tales bimestres posteriores, excepto por el desajuste del primero, resultarían aritméticamente correctos.

De otro lado, en ninguna parte del artículo 55 del Decreto 3541 de 1.983 se dice, expresamente, que una misma inexactitud, acaecida en una sola de la fracciones del período anual, se deba sancionar, consecutivamente, por cada certificado de pago bimestral en que figure la equivocación.

No tiene, pues, ningún fundamento, legal o aritmético, el "arrastre" aplicado por la Administración, por lo cual, en lo que atañe a este aspecto de la controversia, se debe revocar la sentencia apelada, en desacuerdo con el concepto fiscal, y procede la práctica de la siguiente nueva liquidación:

COMERCIAL CALZAMUNDO, LIMITADA

NIT. 60.074.134

AÑO GRAVABLE 1.984. TRIMESTRES II Y BIMESTRES IV Y V
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

CONCEPTO		CUANTIA
Sanción por inexactitud del certificado de pago bimestral, reducida, según resolución No. 426 de 14 de agosto de 1.987	$	3.088.047

Menos: Para correspondiente a los bimestres IV y V de 1.984, cuya aplicación no procede, según el presente fallo:		2.058.698
TOTAL A CARGO.....	$	1.029.349

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

FALLA

Revócase parcialmente la sentencia apelada.

En su lugar, modifícase el valor de la sanción por inexactitud del certificado bimestral, correspondiente al trimestre II y bimestres IV y V del ejercicio fiscal de 1.984, a cargo de la sociedad COMERCIAL CALZAMUNDO, LIMITADA NIT. 60.074.134.

Como consecuencia, fíjase en la suma de UN MILLON VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS ($1.029.349), el valor total que, por los señalados concepto y período gravable, debe pagar la citada sociedad.

En lo demás, se mantiene el fallo recurrido.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* ausente, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEVOLUCION / SALDO A FAVOR / COMPENSACION / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

No puede el Gobierno, por reglamento, introducir modificaciones o requisitos no establecidos en la ley para la ejecución de las sentencias, ni someter su cumplimiento a condiciones no previstas en el C.C.A. Cuando la norma acusada niega la apertura del proceso de devolución del saldo a favor, negado definitivamente total o parcialmente, pero que después es modificado, da al término "definitivamente" una limitación, no contenida en la norma superior circunscribiéndolo al proceso de devolución únicamente. De otra parte, para el cálculo de los intereses cuando hay compensación, el decreto demandado estipula que se causan intereses de mora hasta la fecha en que se originó el saldo a favor que se compensa, o sea la de presentación de la declaración o corrección, transgrediendo lo dispuesto en el artículo 803 del Estatuto Tributario según el cual se tendrá como fecha de pago del impuesto aquella en que los valores imputables hayan ingresado a las oficinas de impuestos.

DECRETA LA NULIDAD de los artículos 8o. y 19 del Decreto 2314 de 1.989, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. veintiseis (26) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 2738. Actor: CARLOS ALFREDO RAMIREZ GUERRERO . Autoridades Nacionales -FALLO

El ciudadano Carlos Alfredo Ramírez Guerrero, en ejercicio de la

ACCION DE NULIDAD demandó y solicitó la suspensión provisional de los artículos 6o. parágrafo; 8, 18 y 19 del Decreto 2314 de 1.989 expedido por el Gobierno Nacional, con base en el mandato del artículo 851 del Estatuto Tributario, para reglamentar parcialmente el procedimiento de devoluciones y compensaciones.

Demanda que cumplió con los requisitos exigidos por la ley, razón por la cual fue admitida mediante auto de abril 20 de 1.990, que también negó la suspensión provisional solicitada.

LA DEMANDA

La demanda acusa de nulidad a los artículos 6o. parágrafo; 8, 18 y 19 del Decreto 2314 de 1.989 así:

1) **Decreto 2314 de 1.989 Artículo 6o. Parágrafo.** El actor considera que ésta disposición reglamentaria es violatoria de norma superior de jerarquía, expresamente del artículo 145 del Decreto 2543 (sic) de 1.987, en conexión con el 857 numerales 3o. y 4o. del Estatuto Tributario, antes artículo 91 numerales 3o. y 4o. del Decreto 2053 de 1.987, porque persigue que expedidos los actos de que trata el artículo 6o. del Decreto 2314 de 1.989, se exija al garante lo de su cargo, sin audiencia alguna, pretendiendo así a "actos de trámite" en actuaciones "preparatorias" como lo califica el artículo 145 del Decreto Extraordinario 2543 de 1.987, el carácter de actos definitivos, con el fin de hacer efectiva la garantía de que trata el artículo 860 del Estatuto Tributario, violando también los artículos 685, 707, 708 y 671 del mismo estatuto, o artículos 38 parágrafo 4o. y 46, 50, 80 inciso 1o. y 75 del Decreto 2503 de 1.987, en cuanto deniega el derecho de dar o nó respuesta al emplazamiento para corregir, o de impugnar el traslado de cargos, el requerimiento especial, su ampliación, la liquidación oficial y las resoluciones sancionatorias. Y que transgrede el artículo 64 del Decreto 01 de 1.984, porque según esta norma, titulada carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos", los actos que serán suficientes, por sí mismos para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento, como el de exigirle lo de su cargo al garante, son los actos que quedan en firme al concluír el procedimiento administrativo y que la mutación que para efectos de la garantía introduce el parágrafo, infringe flagrantemente dicho texto.

2) **El artículo 8o. del Decreto 2314 de 1.989, primero y último inciso,** mediante los cuales se pretende que después de ejecutoriada la orden judicial contenciosa de devolver o compensar un saldo al favor del demandante, este tenga que iniciar otra actuación administrativa mediante petición en su interés particular, de acuerdo con los capítulos III y VIII del Título I del Código Contencioso Administrativo, petición sin la cual la Administración no procede a obedecer la sentencia judicial.

Lo considera violatorio de los artículos 174 y 176 del Código Contencioso sobre cumplimiento de sentencias y el artículo 9o. de la Ley 84 de 1.988, artículos 816 y 854 del Estatuto Tributario, al establecer un nuevo término de prescripción extintiva del crédito a favor del actor, facultad que solo tiene el legislador.

Que el inciso segundo del mismo artículo, en cuanto dispone que cuando la devolución haya sido negada definitivamente no habrá lugar a reabrir el proceso de devolución o compensación del saldo a favor, aún cuando con posterioridad a tal decisión se modifique o quede en firme la liquidación privada que la originó, viola el artículo 857 del Estatuto Tributario, que no tipifica causal alguna de pérdida de saldo a favor, porque considera que presentada la solicitud de devolución y precluído el término dentro del cual debe la Administración notificar el requerimiento especial sin haberlo notificado, el artículo 714 del Estatuto Tributario o 53 del Decreto 2503 de 1.987, prohibe a la Administración que modifique o rechace el saldo a favor determinado en la liquidación privada, pues a esto equivale que ésta haya quedado en firme y que en consecuencia cuando el artículo 8o. inciso 2o. del Decreto 2314 de 1.989, pretende un efecto contrario infringe flagrante u ostensiblemente la norma superior.

3) **El artículo 18 del Decreto 2314 de 1.989**, Mediante el cual se establece la aplicación del saldo a favor, cuando el deudor no indique tal imputación. Considera que tratándose de un caso de extinción de la obligación tributaria no regulado especialmente por la Ley, este caso queda regido por los artículos 1653, 1654 y 1722 del Código Civil y que cotejado con ellos, el artículo 18 del Decreto 2314 de 1.989, al ordenar una imputación diferente, las infringe abierta y ostensiblemente.

4) **El artículo 19 del Decreto 2314 de 1.989** que señala como fecha de extinción de la obligación por compensación, la de la fecha de la declaración inicial o de corrección que originó el saldo a favor, infringe abiertamente el artículo 803 del Estatuto Tributario, según el cual la fecha del pago del impuesto es aquella en que los valores imputables hayan ingresado a las oficinas de Impuestos Nacionales o a los bancos autorizados, aún en el caso de que hayan recibido inicialmente como simple depósitos, buenas cuentas, retenciones en la fuente, etc.

OPOSICION DEL MINISTERIO DE HACIENDA

Mediante delegado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público compareció a contestar la demanda y se opuso a las pretensiones del actor, luego de transcribir las normas acusadas y señalar aspectos relacionados con la facultad reglamentaria del Presidente de la República y citar la sentencia de 4 de octubre de 1.985, proferida por esta Corporación, en el Expediente 641, actor Celso Vicente Amaya, estima que:

1) Que el parágrafo del artículo 6o. del Decreto 2314 de 1.989, contiene

simplemente las consecuencias del hecho de que la Administración objete la devolución y formule el traslado de cargos o requerimiento especial al contribuyente, tal como lo prevé el artículo 860 del Estatuto Tributario, pero , que la expedición de tales actos dentro del término de los tres meses, previstos en la norma, no conllevan a que el garante deba resarcir inmediatamente los valores devueltos, como lo asegura el actor. Solo que ellos se dictan con el fin de que no precluya el término para la Administración de impugnar la devolución del saldo ya hecha efectiva. Y que únicamente cuando los actos administrativos que den por finalizado el proceso de devolución o liquidación queden en firme, se hace exigible la garantía al garante y nunca antes que es así, que el artículo 828 del Estatuto Tributario, dispone:

"Títulos Ejecutivos-Prestan mérito ejecutivo.....

4o. Las garantías y cauciones prestadas a favor de la Nación y para afianzar el pago de las obligaciones tributarias, a partir de la **ejecutoria del acto** de la Administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas."

Que tampoco se niega el derecho de impugnación por el garante y que si no se consagró para ninguno, es porque no siendo actos definitivos, mal pudieran establecerse medios de impugnación. Ni se viola el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto a los actos que contempla el artículo 6o. parágrafo del Decreto 2314 de 1.989, se les está dando una consecuencia que no tienen, como que son suficientes con su sola expedición para hacer efectiva la garantía , sino que solo se dictan para poder impugnar, dentro del término de vigencia de la garantía prevista en la ley, la devolución ya realizada.

2) Que el contenido del artículo 8o. incisos 1o. y 3o., es simplemente el desarrollo del mandato previsto en el artículo 851 del Estatuto Tributario de establecer trámites especiales que **agilicen** la devolución de impuestos. Y que en él solo se establece el trámite para que el contribuyente o responsable haga efectiva ante la Administración la sentencia dictada por la Corporación de lo Contencioso Administrativo, sin que se oponga a las disposiciones del título XXII del mismo que prescriben el contenido, cumplimiento y ejecución de las sentencias, porque en dicho título no se prohibe la gestión que debe realizar el contribuyente para hacer efectivo su derecho, ni se deduce que la Administración deba obrar de oficio para dar cumplimiento a la decisión judicial y que de otra parte, la Administración necesita concretar la orden contenida en la providencia, mediante la solicitud del contribuyente que indique, si prefieren que le devuelvan, le compensen o la trasladen los saldos a favor, acompañando los documentos con los cuales se pueda comprobar la titularidad.

Que el plazo de 2 años que establece el artículo 8o. inciso 1o. del Decreto 2314 de 1.989, para pedir dicha devolución, con base en la sentencia es exacta-

mente el mismo de 2 años que establece el artículo 854 del Estatuto Tributario, para solicitar la devolución de impuestos y que además es necesario que el **reglamento establezca un término**, con el propósito de dar seguridad y certeza tanto al contribuyente como al Estado. Que el inciso 2o. del mismo artículo, no es sino el desarrollo lógico de una disposición de carácter superior cual es la del artículo 857 del Estatuto Tributario, que indica que deben negarse las solicitudes de devolución, cuando ya hubieren sido objeto de devolución, compensación o imputación anterior o cuando se hubiere negado definitivamente.

3) Afirma que el artículo 18, sobre aplicación de la compensación cuando el interesado no indica el orden de los conceptos de imputación, no es violatorio de los artículos 1653, 1654 y 1722 del Código Civil, porque contempla la misma orden de imputación señalada por el artículo 804 del Estatuto Tributario, sólo que ante la ausencia de manifestación de voluntad por parte del interesado, el reglamento ordena la imputación al año más antiguo, en razón que para el contribuyente, ésta es la que le causa mayor cantidad de intereses y la que pretendería cancelar primero, y para la administración, por cuanto debe imputar el saldo a favor a aquellas deudas que puedan estar en peligro de prescribirse por el paso del tiempo.

4) Que el artículo 19 del Decreto Reglamentario 2314 de 1.989, que trata del cálculo de intereses de mora de las deudas que se compensan, hasta la fecha de la presentación de la declaración inicial o de corrección que origina el saldo a favor, trata una materia distinta a la del artículo 803, cual es la forma de extinguir la obligación mediante el pago y no compensación.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación al analizar cada uno de los cargos, conceptúa:

1) Que el cargo de nulidad del parágrafo del artículo 6o. del Decreto 2314 de 1.989, no debe prosperar porque los artículos que como violados invoca la demanda, regulan situaciones diferentes a las que aquellas contempla.

2) Que el cargo de nulidad contra los incisos 1o. y 3o. del artículo 8o. del Decreto 2314 de 1.989, debe prosperar porque comparte las afirmaciones de la demanda en el sentido de que los incisos 1o. y 3o. de la norma demandada sí viola los artículos 173, 174 y 176 del Código Contencioso Administrativo, los que modifica al dar a entender que para que la Administración cumpla una sentencia de esta jurisdicción, no basta que se envíe la comunicación a que se refiere el artículo 173, sino que es necesario, para que la sentencia obligue a la administración, que la persona a quien favoreció el fallo formule una petición sobre el particular dentro de los 2 años siguientes a la fecha de su ejecutoria.

3) Que el cargo de la nulidad del artículo 18 del decreto 2314 de 1989, que

trata de la compensación por saldos a favor, cuando no se indique la obligación a cargo, debe denegarse porque afirmar que la devolución o compensación de saldos a favor, en asuntos que se relacionan con los impuestos administrativos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, se rige por el Código Civil es un **dislate.**

4-)Que el cargo de nulidad del artículo 19 del decreto 2314 de 1989, sobre cálculo de intereses cuando hay compensación, no puede prosperar por referirse a cuestiones diferentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

El decreto 2314 de 1989, fue dictado por el Presidente de la República invocando las atribuciones constitucionales y legales conferidas por los artículos 120 numeral 3º de la Constitución Nacional y 851 del Estatuto Tributario, el primero de los cuales lo facultad para expedir normas reglamentarias y el segundo que ordena al Gobierno establecer trámites especiales que agilicen la devolución de impuestos pagados y no causados o pagados en exceso.

Entonces conviene precisar los límites de la competencia atribuída por tales normas al Presidente de la República ,advirtiendo previamente que la otorgada por la ley 52 de 1977 artículo 83, compilada bajo el artículo 851 del Estatuto Tributario, no es una facultad de contenido legislativo en el sentido de que pueda el Gobierno crear normas sustantivas o establecer procedimientos de carácter general, porque no se trata de la concesión de facultades extraordinarias a las que se refiere el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, con precisos límites en cuanto a la materia y en el tiempo, sino que la facultad otorgada no es otra que la correspondiente a establecer reglas administrativas que permitan devolver prontamente los impuestos pagados y no causados, o pagados en exceso.

Entendida tal competencia como la de señalar las pautas o pasos que deben adelantarlos funcionarios y particulares en las oficinas o dependencias de impuestos, con miras a la devolución de las sumas por concepto de tributos no causados o pagados en exceso, ella no permite la modificación de normas de carácter superior, así como tampoco se lo autoriza la facultad reglamentaria, porque si bien es cierto que el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, éste encuentra su propio límite, en la ley reglamentada, sin que le sea dable crear normas no contenidas en la ley, ni modificarlas o contrariar su espíritu o finalidad, así como tampoco restringir su alcance dictando nuevas disposiciones, suprimiendo o condicionando las contenidas en la misma, porque ello sería legislar.

Dentro de la óptica de las anteriores precisiones procede la Sala al análisis de las normas acusadas;

1) Parágrafo del artículo 6o. del decreto 2314 de 1989 que preceptúa.

"Para efectos de la responsabilidad futura del garante será suficiente el aviso de la notificación del traslado de cargos por la improcedencia de la devolución o el aviso de que se ha notificado requerimiento especial al responsable o contribuyente por parte de la Administración de Impuestos Nacionales".

Se le acusa de violar el artículo 857 numerales 1º y 2º, porque se le dá a los actos de trámite carácter de definitivos y se niega también el derecho de impugnación establecido en los artículos 707, 708, 720, 671 y 860 del Estatuto Tributario, porque a juicio del demandante la administración, por pretender que se les dé ejecutoriedad para efectos de hacer efectiva la garantía, niega el derecho de impugnabilidad de pliegos de cargos y de requerimientos especiales y que así mismo viola el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, que determina el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos.

Observa la Sala que el artículo 720 del Estatuto Tributario establece los recursos contra las liquidaciones oficiales y resoluciones que imponen sanciones, u ordenan el reintegro de las sumas devueltas, en manera alguna la norma acusada viola ésta disposición porque no está impidiendo el ejercicio del derecho de defensa del contribuyente.

Así mismo tampoco los artículos 707 y 708 del Estatuto Tributario que tratan de la respuesta del requerimiento especial, y de su ampliación y el 67 que se refiere a la declaración de proveedor ficticio o insolvente, resultan vulnerados por la norma acusada que versa sobre tema diferente al de éstas, cual es la vinculación del garante al proceso, con el fin de determinar su responsabilidad futura, en los términos de la misma ley.

El artículo 860 del Estatuto Tributario señala que cuando el contribuyente o responsable presente con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o compañías de seguros, la administración dentro de los cinco días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro. Garantía que se hará efectiva, junto con los intereses correspondientes si en el proceso de verificación se encuentra que es improcedente, la devolución. En manera alguna la norma acusada la vulnera, porque en ésta se determina la vinculación del garante con el aviso de requerimiento para efectos de su responsabilidad futura, entendiendo que sólo lo será en la medida que la administración haya efectuado realmente la devolución y que ésta haya sido declarada improcedente, de acuerdo con lo exigido en la misma norma.

No prospera en consecuencia el cargo de violación del parágrafo del artículo 6o. del Decreto 2314 de 1989

2.- a) Artículo 8o. del Decreto 2314 de 1989 incisos primero y último.

Dispone este artículo:

"Devolución de saldos ordenados en actos especiales. La devolución o compensación de un saldo a favor ordenada por una sentencia o providencia deberá ser solicitada por un titular ante la Administración de Impuestos donde se hubiere presentado la declaración tributaria que haya generado el saldo a favor, dentro de lo dos años siguientes a la fecha de la ejecutoria de la orden del Contencioso Administrativo..."

"A la solicitud de devolución debe acompañarse los documentos exigidos en los literales A-) y B-)del artículo 3º del presente decreto, adjuntando además fotocopia del respectivo acto o sentencia."

Se acusa a este artículo de transgredir ostensiblemente los artículos 174 y 176 del Código Contencioso Administrativo e indirectamente los artículos 173 y 175 ibídem.

Disponen dichos artículos en su orden:

"Obligatoriedad de la sentencia. Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias para los particulares y la administración, no estarán sujetas a recursos distintos a los establecidos en este código, y quedan sometidos a la formalidad del registro en los mismos casos en que la ley lo exige para las dictadas por los jueces comunes".

"Ejecución. Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento".

Efectivamente observa la Sala que no puede el Gobierno a través de facultad distinta a la legislativa(facultades extraordinarias) introducir modificaciones o requisitos no establecidos en la ley para la ejecución de las sentencias, pues por imperativo de la norma, es a las autoridades (administrativas en este caso) obligadas a su ejecución, a quienes compete de oficio de dictar la resolución correspondiente dentro de los 30 días siguientes a su comunicación sin que sea dable al Gobierno dilatar tal mandato, ni someter su cumplimento a condiciones no previstas en el Código Contencioso Administrativo. Ni solicitar el aporte de documentos o títulos no exigidos en la ley, ni alegar como pretende el apoderado judicial de la demanda la necesidad de la Administración de Impuestos de concretar la orden contenida en la providencia de la Corporación. Pues las sentencias que ordenan devolver sumas al contribuyente siempre contienen una suma concreta de dinero.

Confrontada entonces la norma acusada con las normas superiores es

evidente la violación que de las mismas hace el artículo 8o. inciso primero y último, al condicionar el cumplimiento de las sentencias y exigir actuaciones adicionales del beneficiado con la misma, pues establece una normatividad distinta y contraria a la de la norma superior razón, por la cual la norma acusada merece ser anulada.

3.- Artículo 8o. inciso 2o. Decreto 2314 de 1989 dispone: "Cuando la solicitud de devolución o compensación de un saldo a favor originado en una declaración tributaria, hubiere sido negada en forma definitiva, total o parcialmente, no habrá lugar a reabrir el proceso de devolución o compensación del saldo a favor, aún que con posterioridad a tal decisión se modifique o quede en firme la liquidación privada que la origino".

Se confronta esta disposición acusada con el artículo 857 del Estatuto Tributario parágrafo primero que ordena:

"Si la negativa obedece a las causales previstas en los numerales 3º o 4º, el contribuyente o responsable tendrá una única oportunidad posterior para volver a presentarla, una vez corregida la declaración correspondiente y efectuadas las modificaciones a que haya lugar".

PARAGRAFO 2o. Cuando el Administrador de Impuestos Nacionales, tenga indicios sobre la existencia de alguna de las causales de rechazo de que tratan los numerales 3o. y 4o. de este artículo, se ordenara la verificación de la devolución, para lo cual se dispondrá de un termino de sesenta (60) días adicionales al término para devolver".

PARAGRAFO 3o. Contra el acto que niega definitivamente la solicitud de devolución o compensación procede el recurso de reconsideración".

El artículo 857 del Estatuto Tributario, se refiere al rechazo de las devoluciones cuando ya hubieren sido objeto de devolución, compensación o imputación anterior, cuando se hubieren negado definitivamente, o cuando dentro del proceso para resolverlas se dé algunas de las causales previstas exahustivamente en el mismo artículo 857.

Cuando el Decreto Reglamentario acusado en el artículo 8o. inciso 2o., niega la apertura del proceso de devolución del saldo a favor, negado definitivamente total o parcialmente, pero que después es modificado, da al término "definitivamente" una limitación, no contenida en la norma superior cincunscribiéndolo al proceso de devolución únicamente y divorciándolo del proceso de discusión de determinación del impuesto en la vía gubernativa, e incluso contenciosa, en donde realmente podrá considerarse negado en forma definitiva un saldo a favor. Esta limitación es ostensible cuando la norma dice: "No habrá lugar a reabrir el proceso de devolución o compensación del saldo a

favor, aunque con posterioridad a tal **decisión se modifique o quede en firme** la liquidación privada que lo originó" (Subraya la Sala).

Es decir, que de nada valdría la discusión de un acto administrativo de determinación de impuestos si a la hora de la verdad, no tendría derecho el contribuyente a la restitución de los impuestos no causados o pagados en exceso que resulten del fallo definitivo, gubernativo o contencioso.

Observa la Sala que este inciso 2o. que hace parte del artículo 8o., exige una interpretación armónica con el resto del mismo artículo y en cuanto desconoce el efecto de las sentencias, e incluso de las mismas resoluciones de la vía gubernativa para efectos de las devoluciones, sí infringe la norma superior, en cuanto limita el alcance del término "negado definitivamente" contenido en el artículo 857 del Estatuto Tributario, razón por la cual deberá anularse.

> "4.- Artículo 18 del Decreto 2314 de 1989 dispone: Compensación de los saldos cuando no se incida la obligación a cargo. Si el solicitante no indica el año gravable o período al cual quiere compensar el saldo a favor, la Administración de Impuestos hará la imputación del mismo a la deuda más antigua en el siguiente orden: primero a las sanciones, en segundo lugar a los intereses y por último a los anticipos, impuestos o retenciones."

Dice el demandante que ésta norma viola los artículos 1653, 1654, y 1722 del Código Civil, porque si no existe ley especial que indique como han de imputarse los saldos a favor cuando el solicitante no indique el, año o período al cual quiere compensar el saldo a favor, al no estar tal circunstancia en una norma especial, por unidad o integración del derecho deben aplicarse los señalados por el Código Civil que regulan tal situación.

Para la Sala tal imputación de pagos debe hacerse conforme lo ordenan las normas tributarias, esto es en la forma indicada en el artículo 804 del Estatuto Tributario que dispone:

> "Los pagos que por cualquier concepto hagan los contribuyentes, responsables o agentes de retención, deberán imputarse al período e impuesto **que indique el contribuyente, responsable o agente de retención,** en la siguiente forma: primero a las sanciones segundo a los intereses y por último, a los anticipos, impuestos y retenciones." (Subraya no es del texto).

Cuando el contribuyente no indica el año o período ni impuesto a aplicar, para extinguir otras obligaciones por compensación, estima la Sala que si no existe norma especial aplicable al caso debe acudirse a las normas generales que regulan casos o materiales semejantes, como lo señala el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, en este caso, las normas que sobre imputación de pago preve el capítulo VI del Código Civil, siendo especialmente importante el articulo 1654 que enseña: si hay diferentes deudas,

puede el deudor imputar el pago **a la que elija,** pero si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, **el acreedor puede hacer la imputación.-** (Subraya la Sala) .

Entonces ante la ausencia de voluntad del deudor, sí puede la administración señalar el año al cual debe imputarse la suma a compensar luego àtendiendo al orden establecido por el artículo 804 aplicarlo a sanciones, intereses, anticipos impuestos o retenciones. No prospera el cargo.

4- El artículo 19 del decreto 2314 de 1989 dispone:

"Cálculo de los intereses cuando hay compensación. Se entenderá que las deudas a cargo de los contribuyentes o responsables que se cancelen mediante compensación , causaron interés de mora hasta la fecha en que se originó el saldo a favor que se compensa entendiéndose por tal fecha la de la presentación de la declaración inicial o de corrección que origino el saldo a favor".

Se le acusa de violar el artículo 803 del Estatuto Tributario cuyo tenor dice:

"Fecha en que se entiende pagado el impuesto. Se tendrá como fecha de pago del impuesto, respecto de cada contribuyente, aquella en que los valores imputables hayan ingresado a las oficinas de Impuestos Nacionales o a los Bancos autorizados, aún en los casos en que se hayan recibido inicialmente como simple depósitos, buenas cuentas, retenciones en la fuente, o que resulten como saldos a su favor por cualquier concepto.

De la confrontación de las dos normas resulta evidente que cuando el reglamento pretende que se causen intereses por la deuda que se compensa hasta la fecha en que se presente la declaración tributaria inicial o de corrección que origino el saldo a favor entendiendo que solo hasta ese momento ingresa el dinero a la administración, si se transgrede abiertamente la norma superior, que indica cuando se entiende pagado un impuesto. Si bien los argumentos de la demanda son confusos , ello no obsta para determinar que para efectos del cálculo de intereses no puede pretenderse que la suma a compensar ingresó después de la fecha en que realmente se efectuó el pago, bien en la administración, bien en el banco autorizado para el efecto, aún cuando haya ingresado como simple depósito, buenas cuentas, retenciones en la fuente en los términos de la ley. Figura que no puede desconocerse por el hecho que la obligación a extinguirse sea por compensación, porque tal diferenciación no la hace la ley.

Resulta en consecuencia, que la norma acusada, conforme lo nota el representante judicial de la entidad demanda al establecer diferencia entre uno y otro modo de extinción de la obligación (pago efectivo- o por compensación),

introduce un elemento nuevo, no previsto en la norma superior.

No es válido el argumento del apoderado judicial de la demanda en el sentido de que la norma es reglamentaria del artículo 815 del Estatuto Tributario, porque de ella tampoco se deriva el cálculo de intereses de la deuda debida hasta el momento de presentación de la declaración inicial o corrección por parte del contribuyente.

En consecuencia prospera el cargo y la norma acusada merece ser retirada del ordenamiento jurídico.

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) ANULANSE los artículos 8o. y 19 del Decreto 2314 de 1989.

2) No se accede a anular los artículos 6o., parágrafo y 8o. del Decreto 2314 de 1989, demandados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

ACTUACION ADMINISTRATIVA/VIA GUBERNATIVA/PRUEBAS/ PRINCIPIO DE CONTRADICCION/PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Cuando se autoriza en el artículo 34 del D. 01/84 "pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales", en el curso de las actuaciones administrativas, evidentemente, la expresión acabada de resaltar, no se predica de prueba o de "informaciones" que toquen con fiscalizaciones, requerimientos o liquidaciones objeto de recursos administrativos, pues de otro modo, sobrarían las disposiciones sobre agotamiento de la vía gubernativa, así como los principios de imparcialidad, publicación y contradicción de las decisiones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, Abril doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2857. Apelación sentencia de 28 de Noviembre de 1989 del Tribunal del Valle del Cauca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra la operación administrativa que determinó el impuesto de industria y comercio por el año fiscal de 1984. Actor: Arrocera La Esmeralda Ltda. FALLO.

El Municipio de Cali, por conducto de apoderada, apela de la sentencia de 28 de Noviembre de 1989, favorable a las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el juicio del restablecimiento promovido por la sociedad ARROCERA LA ESMERALDA, LTDA., contra actos de determinación y discusión del impuesto de industria y comercio del período impositivo de 1983, con vigencia desde el primero de Enero de 1984, a saber, las resoluciones 480 de 14 de Febrero de 1985, 302 de 21 de

Marzo de 1986 y 310 de 17 de Octubre siguiente, expedidas, las dos primeras, por la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, y la última, en surtimiento de apelación subsidiaria, por el Alcalde Municipal.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

La primera de las citadas providencias, basada en visita de inspección contable practicada a la contribuyente, varió el importe de los ingresos originalmente declarados por concepto de ventas en el municipio de Cali, que lo habían sido en suma de $48.248.621, mediante la adición de "Ventas en Jamundi", efectuadas en Cali, $172.723.152", para un acumulado de $220.971.773 de ingresos gravables en el ejercicio.

Las otras resoluciones, que desataron los recursos gubernativos procedentes, confirmaron íntegramente el acto liquidatorio, habiéndose desestimado la pretensión de que las ventas adicionadas pertenecieron a las efectuadas en otro municipio, Jamundí, a través de establecimiento comercial y registro diferentes, y sujetas allí al gravamen.

LA DEMANDA

Dijo quebrantados, por las razones que a continuación se resumen, los siguientes preceptos:

1. El artículo 32 de la ley 14 de 1983, que delimita la competencia territorial de los municipios en materia impositiva, por cuanto, no obstante disponer la sociedad de dos establecimientos comerciales, en Cali y Jamundí, matriculados por separado en la Cámara de Comercio, las resoluciones impugnadas incluyen, como materia imponible, "las ventas realizadas y facturadas en Jamundí, para compradores de Cali", debidamente comprobadas mediante la facturación correspondiente, las constancias de cada cliente y certificado de contador público,

2. El artículo 1o, del decreto reglamentario 3070 de 1983, que trata de la obligación de quienes realicen actividades gravables en más de un municipio, de registrar en cada uno de éstos su actividad y disponer de un sistema contable adecuado, toda vez que, a pesar de haberse cumplido tales exigencias y satisfecho los respectivos aforos del tributo en los mencionados municipios de Cali y Jamundí, los actos causados sumaron, a los ingresos declarados del primero, los realizados en el segundo.

3. El artículo 1o. del decreto extraordinario 1912 de 15 de Diciembre de

1978, del Alcalde de Cali, que dispone gravar con el impuesto solo las actividades que se efectúen en dicho municipio, por extralimitación de funciones, según lo expuesto antes.

4. El artículo 1o. del Acuerdo 15 de 1985, modificatorio del 2o. del decreto extraordinario 1912 de 1978 citado, según el cual la materia imponible del impuesto comprende las actividades gravables que se ejerzan, por toda clase de personas, directa o indirectamente, en el municipio de Cali, sea en forma permanente u ocasional,en inmuebles determinados, o con establecimientos de comercio o sin ellos, porque en la resolución que decidió la apelación, se confundieron las nociones de "empresa" y "establecimientos de comercio", en contra de lo dispuesto por los artículos 25 y 515 del Código del Comercio.

Sobre el particular se explica, cómo en dicha providencia, para negar la revocación impetrada, se adujo que en el domicilio principal de la reclamante era Cali y que, según el artículo 876 del Código de Comercio, la obligación que tuviera por objeto una suma de dinero, debía cumplirse en el lugar del domicilio del acreedor al tiempo del vencimiento, ignorándose que, de acuerdo con los precitados artículos 25 y 515 ib., las actividades de la sociedad eran susceptibles de desarrollarse, y de hecho se desarrollaban, "a través de uno o más establecimientos de comercio", de modo que las ventas efectuadas por el establecimiento comercial con domicilio en Jamundí, no se podían refundir con las del municipio de Cali, aparte de que los registros mercantiles eran independientes, que conforme al propio artículo 876 ib., el lugar del pago era de libre estipulación y que esta disposición era aplicable exclusivamente al contrato de mutuo y no al de compraventa, rotulado por el artículo 2221 del Código Civil.

5. El artículo 14 del decreto 0234 de 1978, que prevé la deducción de las ventas efectuadas por la empresa, a través de un establecimiento de comercio de ésta, fuera del municipio de Cali, con el cumplimiento de determinados requisitos contables y de matrícula mercantil y la prueba del pago del tributo fuera de Cali, porque no se tuvieron en cuenta las pruebas allegadas al respecto.

6. El artículo 40 del decreto de 1912 de 1978, que define al "establecimiento o actividad comercial", como "el destinado al expendio, venta o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor", por haberse denegado, en la resolución de la apelación, la aplicación de la tarifa del 3.3 por mil, correspondiente a venta de víveres, con el argumento de que la reclamante no solamente efectuaba ventas al menudeo de arroz, sino también ventas al por mayor del mismo producto, situándola en un código distinto, de mayor impuesto.

LA SENTENCIA APELADA

Precisa como cuestiones por dirimir, si la comercialización discutida, que la parte opositora pretende sujeta al impuesto en el municipio de Cali, en cuanto

la demandante utilizó la infraestructura de servicios de éste, se efectuó realmente en el mismo, o lo fue en el municipio de Jamundí, como se afirma en la demanda.

Y también, si la tarifa del 7.7 por mil, aplicada por la Administración era la correcta.

Sobre lo primero, subrayada la circunstancia de que la opositora hubiera sustentado sus pretensiones en los testimonios de algunos de los clientes o compradores investigados y la actora, en su contabilidad, por cierto, no glosada y que el experticio practicado en al instancia encontró ajustada a la ley, se concede razón a la demandante, "porque la administración no puede, basándose en simple supuestos carentes de prueba, inferir que toda la comercialización de arroz de la actora efectuada en 1983 tuvo lugar en Cali, en contra de la contabilidad que divide entre Cali y Jamundí.....".

En cuanto a la tarifa aplicada, a partir de lo preceptuado por el artículo 24 del decreto 1912 de 1978, según el cual, la tarifa de las " tiendas de víveres, graneros, droguerías, farmacias, bombas de gasolina, supermercados y tiendas de abarrotes", es de del 3,0 por mil, define que el establecimiento comercial de la demandante en Cali, "era un expendio de arroz, producto del género de los granos, por lo que puede catalogarse como granero", y por lo tanto, "le correspondía la tarifa reservada a esta clase de establecimientos (3.3x 1.000, según reforma del acuerdo No. 15 de 1983)....." (paréntesis, en el fragmento transcrito).

Estima fundados los cargos de violación alegados por la demandante y, a manera de restablecimiento, se confirman los factores de liquidación privada.

LA APELACION

Las cuestiones esenciales planteadas en el recurso, giran en torno de la idoneidad y eficacia de los medios de prueba aportados por las partes.

Se sostiene, que los libros y papeles de comercio, en que principalmente se basó el fallo apelado si bien, conforme a los artículos 68 y 69 del Código de Comercio, hacen plena prueba entre comerciantes, no tienen el mismo efecto respecto de personas que carecen de tal condición limitándose su eficacia a la de "un principio de prueba que necesariamente tiene que complementarse", de modo que resultaría equivocado que , contra lo que dispone la ley, se les otorgara a los mismos carácter "incuestionable e insondable" (sic), que revirtiera la carga de la prueba en la Administración como se da a entender en la sentencia.

En este sentido, se cita el fallo de 11 de Noviembre de 1987, de esta Sala, dictado en el proceso 1506, cuyos principales apartes se transcriben.

Así las cosas, el municipio de Cali, no satisfecho con la información

suministrada por la contribuyente en su declaración, no habría hecho más que reunir, oficiosamente otras pruebas tendientes al esclarecimiento de la verdad pues no podía tener por cierta dicha información, en el sentido de que la mayor parte de la producción arrocera se hubiera distribuído en el municipio de Jamundí, dada las manifiestas diferencias de infraestructura socioeconómica y medios de comunicación y transporte habidos entre aquél y el municipio de Cali, que, por sí solas, harían presumir que gran parte de la distribución se había realizado realmente en este último, no siendo suficiente, de otro lado, que la contribuyente hubiera centralizado su contabilidad y facturación en la sede industrial, para entender desvirtuada la conclusión de que el ingreso se produjo donde se efectuó la venta y ésta se realizó donde se perfeccionó el respectivo contrato.

En lo que concierne, específicamente, a las pruebasde que hizo acopio la Administración, se afirma que, de acuerdo en el artículo 34 del decreto 01 de 1984, las mismas no están "condicionada(s) a los requisitos y solemnidades de la prueba judicial", por los principios de celeridad y eficacia que gobiernan el procedimiento administrativo, de suerte que no habría acertado el a quo, en este punto, cuando dijo, de tales pruebas, que se trataba de "simples informaciones o averiguaciones recepcionadas sin los requisitos legales, por funcionarios cuya competencia no está clara y en la investigación informal de la que no existe constancia".

Por otra parte, que el reglamento municipal de liquidación, recaucación y cobro del tributo, tampoco prevé requisitos específicos para las "pruebas administrativas", por lo que el a quo se habría "apresurado" a cuestionar la competencia de los funcionarios impositivos, sin consultar dicha reglamentación.

Al respecto, se citan y transcriben los artículos 69 del decreto 1912 de 1978 y 17, 18, y 30 del decreto municipal 1724 de 1979, relativos a las atribuciones y estructura orgánica de la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal y de la Sección de Inspectores del Departamento de Indústria y Comercio.

Se niega, asímismo, que sobre la "investigación informal", adelantada por la Administración, no existiera constancia, "pues, tanto en los actos acusados, como en el texto de impugnación de la demanda, se citan los folios de los antecedentes administrativos donde reposa la información suministrada directamente por los jefes de compras y de bodega de los Supermercados.....", fuera de que la demandante, ni en la vía gubernativa ni en el juicio, "tachó de falsas las espontáneas declaraciones en que se fundamentó la Administración lo que hace aún más irrazonable la forma como se desestimaron tales pruebas....."

Seguidamente, se hace un "análisis de la prueba en que (sic) fundamentó el municipio de Cali", prueba que comprende la declaración tributaria de la

demandante, las visitas efectuadas a ésta y las practicadas a clientes de la misma en Cali, y la resolución 582 de 3 de Marzo de 1985, expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Municipal, por la que se negó a la actora el permiso para continuar utilizando un depósito de arroz en el perímetro de Cali.

La prueba en cuestión, habría llevado a la Administración a la convicción plena de que, "los ingresos por la suma de $172.723152, que la empresa declaró como ventas desde la planta industrial, fueron percibidos en Cali con usufructo de las condiciones socio-económicas que la ciudad le ofrecía...", toda vez que, (a) las ventas que generaron estos ingresos, se hicieron en su totalidad a establecimientos comerciales de Cali, (b) las declaraciones recibidas, fueron espontáneas y de testigos directos y contra ellas solo se opusieron un certificaciones de contador público, cuyas funciones no se relacionan directamente con el proceso de compraventa de mercancías, aparte de que no fueron tachadas de falsas; c) por lógica, si la demandante tenía oficinas en Cali, donde las facilidades de comunicación eran superiores a las del "pequeño municipio de Jamundí", era para que sus clientes, allí, tuvieran fácil acceso a los productos ofrecidos.

Se resaltan, igualmente, "las gravísimas implicaciones que traería a los municipios el criterio consignado en la sentencia que se impugna", si la Administración se viera forzada a admitir las "manifestaciones" consignadas en la contabilidad del contribuyente, sin que tuvieran valor las pruebas que la contradijeran, quedaría al arbitrio de aquél escoger el lugar donde desea pagar el tributo, bastándole consolidar su contabilidad en el municipio elegido y facturar aquí las ventas realizadas para otras ciudades.

Referente a la tarifa, se afirma que la norma del artículo 24 del decreto 1912 de 1978, no mira a la índole del producto, sino a los caracteres de la actividad, en forma que se grave más al mayorista que al minorista.

Y que, dado que la actora jamás pretendió que su actividad fuera un granero, y al contrario, los antecedentes administrativos muestran que en el período discutido, "tenía en Cali una bodega para la distribución de arroz", se debe inferir que distribuía el producto al por mayor, correspondiéndole, por ende, una tarifa del 7.7. por mil.

Este criterio habría sido adoptado por el a quo, en sentencia de 9 de Noviembre de 1989, en el proceso 14684, algunos de cuyos apartes se transcriben.

ALEGATOS:

Lo que manifestó la actora, con ocasión del correspondiente traslado, se sintetiza así:

Cuando la apoderada de la demandante transcribe el artículo 34 del

decreto 01 de 1984 y afirma que el a quo "desestimó las pruebas....", incurre en gran confusión respecto de lo que debe entenderse por "medio probatorio" y su resultado, o sea, probar el hecho".

Se reconoce que la Administración allegó ciertas informaciones, no controvertidas en su oportunidad, con las que se "trataba de probar", que en la contribuyente existía una gran desorganización, que no tenía un sistema contable claro para sus dos establecimientos comerciales, que la facturación era doble, sin numeración, y que nunca se había pagado el impuesto de industria y comercio en el municipio de Jamundí, pero no que tales informaciones demostraran los hechos descritos, pues, una vez que se controvirtió la información allegada, " se probó con meridiana claridad todo lo contrario a las afirmaciones hechas por la Administración, pruebas que no fueron objetadas en su oportunidad procesal por el demandado...."

No se puede pretender que allegar informaciones, documentos, etc. sea probar un hecho con consecuencias jurídicas, porque ello equivale a admitir que se está violando el artículo 26 de la Constitución.

La crítica de las pruebas, es el camino del juez para administrar justicia, y aquélla no es solamente traer información; es analizarla, esclarecer lo que quiere decir, tratar de conseguir la verdad, que fue lo que se hizo en la sentencia recurrida.

La apelante se abstuvo de más alegaciones.

EL CONCEPTO FISCAL:

La vista de fondo, se contrae a estos términos:

El Municipio solo puede gravar hechos que se realicen en su territorio, entendiéndose que grava hechos externos, cuando la materia imponible se concreta fuera de aquél.

La ley 14 de 1983 y su reglamento, el decreto 3070 del mismo año hicieron claridad en el punto, exigiendo el registro de la actividad en cada municipio y la contabilización de las respectivas operaciones que permitiera establecer el volumen de las mismas, aunque sus disposiciones no eran aplicables al caso, por tratarse de gravámenes causados en 1983.

En el municipio de Cali, a voces de los artículos 1o. y 2o. del decreto 1912 y 1978 y 14 del decreto reglamentario 234 de 1979, el impuesto afecta solo las actividades gravadas que se realicen dentro de su territorio, permitiéndose la deducción de las ventas efectuadas fuera del mismo, previo el pago del impuesto en el otro municipio.

La actora desarrolló actividades gravadas "en Cali y Yumbo" (sic), y si bien la Administración constató que la contabilidad estaba centralizada en el primer municipio, no controvirtió que la facturación se hubiera expedido en ambos, limitándose sus objeciones al hecho de que algunos clientes hicieron sus pedidos telefónicamente desde Cali y vendieron luego los productos en esta misma ciudad.

Como la compraventa no se perfecciona por el sitio donde se adelanten las gestiones de comercialización, ni por aquel desde el que se despache la mercancía, sino por el lugar donde se facture el producto, que es cuando se plasma el acuerdo de voluntades sobre la operación, es manifiesto que la facturación en Jamundí, y, por tanto, las ventas desde este municipio, no son objeto de discusión.

Por otro aspecto, a folio 61 del 2o. cuaderno de antecedentes, obra certificación del tesoro municipal de Jamundí, que demuestran suficientemente, haber satisfecho la actora la exigencia del pago del impuesto por las actividades realizadas en dicha localidad.

Si, además, se toma en cuenta el principio de la territorialidad del gravámen, deberá concluírse que las ventas realizadas, por fuera del municipio de Cali, no eran gravables en éste, como lo pretendió la Administración, procediendo,, por tanto, el reconocimiento de su deducción.

En cuanto a la tarifa, el artículo 24 del decreto 1912 de 1978, fija el 3.3 por mil actividades comerciales relacionadas, con "alimentos, drogas y gasolina, todos de utilidad común y dentro de ellas consideró los **granos,** o sea, aquellos establecimientos donde se vende **grano**, sin establecer limitaciones por volumen de ventas o clases de establecimientos, o sin las ventas son al por mayor o al detal. Como la sociedad "Arrocera la Esmeralda", durante la vigencia de 1984 (sic), vendió en la ciudad de Cali un producto perteneciente a los considerados como **granos,** o sea el arroz, no puede menos que concluírse, como en su oportunidad lo hizo el Tribunal, que fué correcta la clasificación en **granero** y por ende la tarifa aplicable en su liquidación privada....." (Subrayas en el fragmento transcrito).

Se pide confirmar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. La prueba en el proceso gubernativo.

La inveterada práctica de interpretar los códigos a base de locuciones o artículos inconexos, sin mirar el contexto o conjunto, conduce a conclusiones, cuando menos, ligeras o ineptas, pues, es principio elemental de derecho que las

normas de cualquier estatuto legal deben armonizar entre sí, para conformar un todo orgánico.

En el caso particular del artículo 34 del decreto 01 de 1984, que pertenece al título I, "las actuaciones administrativas", cuando se autoriza, en el curso de éstas, a "pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, **sin requisitos ni términos especiales**.....", evidentemente, la expresión acabada de resaltar, no se predica de prueba o "informaciones" que toquen con fiscalizaciones, requerimientos o liquidaciones objeto de recursos administrativos, pues, de otro modo, sobrarían los artículos 57, 58 y 60 ib., del título II, "la vía gubernativa", señalan, expresamente, los medios probatorios admisibles, los términos preclusivos, para practicar éstos y el efecto suspensivo de término probatorio, en el evento del silencio negativo.

Estarían de más, igualmente, el 3o, que trata, entre otros, de los principios de imparcialidad, publicación y contradicción de las decisiones; el 36, según el cual, la decisión discrecional se debe adecuar, "a los fines de la **norma que la autoriza**"; y el 76-10, que instituye, como causal de mala conducta del funcionario, el hecho de "no practicar **oportunamente** las pruebas decretadas, o denegar sin justa causa las **solicitudes**" para no citar otros (subrayas fuera de texto).

Como no es concebible que el legalizador se haya ocupado de dar tan extensa serie de reglas, sin ninguna finalidad, ha de concluírse que la prueba, en el proceso gubernativo, debe observar ciertas formalidades y requisitos. Y no es cierto, pues, que, en cualquier caso, la Administración disponga de facultad para sustentar sus actos en "investigaciones informales".

2. **La prueba en el asunto a consideración:**

Constituyen medios principales esgrimidos:

Por la actora, su declaración de industria y comercio presentada en Cali, por el ejercicio discutido; los comprobantes de pago del impuesto en los municipios de Cali y Jamundí; las constancias de contador público sobre las transacciones efectuadas; sus libros de contabilidad; y el peritaje contable practicado en la primera instancia del juicio.

Por la opositora, los mismos declaración y libros mencionados antes; las actas de las visitas practicadas, tanto a la actora, como algunos de sus clientes, junto con los testimonios de éstos.

Del acervo probatorio de la primera, ni la declaración tributaria, excepto por la presunta omisión de ingresos, ni los comprobantes de pago, o las atestaciones de contador público, fueron materia de particulares reparos por la contraparte.

La contabilidad tampoco fue glosada en ningún aspecto específico, porque careciera de registro, no se llevara en debida forma, no estuviera soportada por comprobantes, o no reflejara la verdadera situación financiera de la empresa.

Surtido el traslado del experticio contable, no fue materia éste de objeción alguna, dentro del término de que disponía para tal fin.

Por otro aspecto, aún en circunstancia de que la contabilidad requiera alguna "complementación" lo cierto es que, no solo se estisfizo ésta con las constancias de contador público y el peritaje contable, entre otras pruebas, sino que, por el principio de indivisibilidad de la fe debida a los libros, consagrado en el articulo 72 del Código de Comercio, la Administración, que había aceptado aquellos en lo que le era favorable, debía estar, igualmente, a todo lo que le perjudicara de los mismos, no habiéndolos glosado, como se dijo, ni comprobado fraude.

Contrariamente, la denominada por la propia apelante, "investigación informal", no desvirtúa la prueba contable consolidada por la demandante, ni, de suyo, el hecho de que las ventas u operaciones gravables motivo de la controversia, se hubieran realizado por los conceptos, en las cuantías y en los dos municipios que ésta informó.

En efecto, no obra en el expediente providencia alguna, notificada a la contribuyente, por la que se hubiera decretado y ordenado tener como prueba, de oficio a petición de ésta, la práctica de visitas administrativas a terceros, o la recepción de sus testimonios, ni que éstos se hubieran rendido con citación y audiencia de la contraparte.

Las "actas de visita" particularmente las de los terceros Mercafé Ley, Comfamiliar, Andi, y La 14, que incluyen los "testimonios" de algunos empleados de tales establecimientos, figuran, cada una, en dos o tres hojas manuscritas, que no contienen antefirma del funcionario o del declarante, no siendo estos identificables (véanse folios 41 a 50, segundo cuaderno de antecedentes; o folios 491 a 500 de otra numeración, ib.)

Dichas actas fueron levantadas, una, el 19 de septiembre de 1986, y las restantes, el 24 de los mismos mes y año, esto es, alrededor de 25 días antes de que se fallara la apelación subsidiaria, lo cual significa que la contribuyente no tuvo ocasión de conocerlas ni controvertirlas en la vía gubernativa, o de tacharlas de falsas" allí.

Dedúcense, pues, ignorados, por este solo aspecto, los principios de publicidad y contradicción que informaran la asunción de la prueba y los preceptos procesales que tocan con la aportación regular y apertura de ésta al proceso.

Las "actas" de las visitas practicadas a la contribuyente, de 4 de febrero de 1985 y 18 de febrero de 1986, presentan los mismos vicios de informalidad primeramente denotados (ver folios 207 a 211, primer cuaderno de antecedentes y 144 a 146, segundo cuaderno de antecedentes; o también, folios 121 a 123, ib., y 399 a 401 ib. respectivamente, de otra numeración).

De otro lado, en la primera de estas se dice que, "una vez revisadas las fotocopias de los comprobantes de diario **de las ventas efectuadas en Jamundí,** se pudo confirmar que realizan (sic) ventas a establecimientos ubicados en el perímetro urbano de Cali, tales como La 14, Jotagómez, Mercafé....."

Y en la segunda, que "la facturación no tiene numeración consecutiva por separado para Cali y Jamundí, simplemente se toma el talonario siguiente de 50 facturas, **para una determinada ciudad,** hasta que lo termina....." (subrayas fuera de los fragmentos transcritos.....).

Aparte de que ambas afirmaciones encierran flagrantes contradicciones, pues, si las ventas, según comprobantes, se efectuaron en Jamundí, no cabe la conclusión de que se realizaron en Cali; y si se comprobó que cada localidad usaba un talonario de facturas distintos, no se puede afirmar categóricamente que la numeración no fuera consecutiva, debe ponerse de relieve, que el hecho de que en algunas de las facturas expedidas en Jamundí, figuren clientes que tenían establecimientos de comercio en Cali, no se sigue, necesariamente, que las venta se hubieran efectuado **directamente** a estos últimos.

Para ello, la Administración tendría que haber demostrado suficientemente dicha operación directa, lo que, ciertamente, no logró con su "investigación informal".

De folios 1o. a 147 del primer cuaderno de antecedentes (o folios 150 a 329 ib., de otra numeración), obran comprobantes de contabilidad que, si bien, por ser formas preimpresas, ostentan en la parte superior la palabra "Cali", en la inferior, con anotación mecanográfica y relación numérica de las facturas correspondientes, dicen "Jamundí"

Que se hubiera anotado la palabra "Jamundi" después de producido el comprobante o de expedida la factura, es cuestión no demostrada en el proceso, dada la informalidad ya destacada de los "testimonios" sobre el particular.

Por lo demás, ni el comprobante o la factura, son requisitos para el perfeccionamiento de la compraventa, pero si prueban éste; tampoco es exacto que las obligaciones recíprocas del tradente y el adquirente se deban entender cumplidas, siempre, en el domicilio del primero, o "donde se perfeccionó el respectivo contrato", pues, como bien lo sostuvo la demandante, se trata de aspectos que la ley defiere a las estipulaciones contractuales, no susceptibles de

establecerse por meras "deducciones lógicas".

En este punto, pues, la sentencia es acertada y se debe confirmar.

Por último, referente a la tarifa del impuesto, puesto que ni el decreto 1912 de 1978, o su modificatorio, el acuerdo 15 de 1983, tratándose de la actividad comercial, distinguen entre comerciantes y mayoristas, minoristas o detallistas, y en el artículo 40 del primer, se define el establecimiento comercial como "el destinado al expendio, venta o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor" no existe razón válida para concluír que, contra lo probado por la actora, el establecimiento que ésta tenía en el municipio de Cali, no fuera otra cosa que un "granero", o expendio al detal de la gramínea arroz, por exclusión de otros alimentos, u otras modalidades de establecimientos análogos, como los "supermercados", u otras especies de actividades comerciales distintas de la venta de víveres (ver artículo 24 ib.).

Procede, en consecuencia, confirmar, igualmente, el fallo atacado en este aspecto, en consonancia con el concepto fiscal.

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 en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Guillermo Chahin Lizcano,* Ausente, *Carmelo Martínez Conn.- Consuelo Sarria Olcos .*

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario.-

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

El Presidente de la República en ejercicio de la facultad otorgada, expidió el Decreto Extraordinario 1333 de 1.986, cuyo Capítulo II contiene todo los relacionado con los impuestos nacionales y en tal codificación no se consagra el gravamen de vigilancia y seguridad ni autoriza a los municipios para su creación, tampoco con anterioridad o posterioridad a dicho ordenamiento se encuentra normatividad legal que la haya autorizado. En consecuencia cuando el Consejo Municipal de Valledupar, sin autorización constitucional ni legal previa, votó el Acuerdo 025 de noviembre 9 de 1.988, cuyo artículo 5o. estableció el gravamen citado, sí extralimitó su atribución impositiva.

CONFIRMA LA NULIDAD de los artículos 5o. y 6o. del Acuerdo 25/88 (noviembre 9) expedido por el Concejo Municipal de Valledupar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente No. 2729. Actor: ENRIQUE DIAZ CORTES Y ALFONSO DURAN PITRE. Asuntos Municipales. Apelación de la sentencia del 27 de Septiembre de 1.989. Tribunal Administrativo del Cesar. -FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 27 de septiembre de 1.989, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cesar, accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad intentado por los ciudadanos Enrique Diaz Cortés y Alfonso Durán Pitre, contra los artículos 5o. y 6o. del

Acuerdo 025 de noviembre 9 de 1.988, expedido por el Concejo Municipal de Valledupar.

ANTECEDENTES

Los citados ciudadanos acudieron ante el Tribunal Administrativo del Cesar, en acción de nulidad , demandando por violación de la Constitución y la ley, los artículos 5o. y 6o. del Acuerdo 25 de 1.988, mediante la cual el Concejo Municipal de Valledupar creó el gravamen de vigilancia y seguridad, determinó quienes eran contribuyentes del mismo impuesto, el monto del gravamen y su incremento anual de conformidad con el índice de devaluación certificado por el Dane y otorgó facultades al Alcalde Mayor para clasificar por categorías los establecimientos responsables del impuesto.

Como concepto legal manifestó que la Corporación municipal carecía de facultad legal para imponer dicho tributo, puesto que su creación no está autorizada por el Decreto 1333 de 1.986, y que en consecuencia violó los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional y 93 del Código de Régimen Municipal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar, accedió a las súplicas de la demanda anulando las disposiciones acusadas, considerando que el Concejo Municipal se excedió a su potestad creadora, ya que el legislador en su sabiduría estableció expresamente que impuestos pueden crear los municipios, y que ni las leyes 4a. de 1.913 , 97 de 1.931, 84 de 1.915, ni el Decreto 1333 de 1.986, Título X Capítulo II, hacen referencia alguna del gravamen creado por el Concejo Municipal de Valledupar.

LA APELACION

El apoderado judicial del Municipio de Valledupar apela la sentencia, considerando errada la apreciación del Tribunal, pues en su concepto los artículos 43 y 97 de la Constitución Nacional, si le otorgan a los Concejos Municipales la facultad de imponer contribuciones. Agrega que, cuando el artículo 197 ibídem exige votar las contribuciones y gastos locales de **conformidad con la ley,** solo se está refiriendo a que el impuesto que se cree reuna los requisitos de ley como son: que sean generales, que no impongan una doble tributación, y que no se trate de impuestos reservados a la Nación o a los departamentos.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe ser confirmada, porque si bien es cierto

que los Concejos Municipales tiene cierta autonomía patrimonial, entendida como el poder de disponer jurídicamente de los "recaudos tributados", administrarlos y en general regular su inversión de acuerdo con sus propias necesidades y conveniencias; su autonomía para ejercer una competencia creadora del tributo, siempre ha sido entendida dentro de un marco restringido. Y conforme interpretación doctrinaria y jurisprudencial, la facultad impositiva está subordinada a la ley, en cuanto se requiere su autorización previa tal como se desprende de los artículos 197 y 172 del Decreto 1333 de 1.986.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación en numerosas providencias ha precisado el ámbito de competencias que en materia de imposición de tributos asiste a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, conforme con la regulación contenida en los artículos 43, 76, 191 y 197 de la Constitución Política, afirmando que si bien el artículo 43 de la Carta les otorga alguna facultad impositiva, dicha competencia en cuanto se refiere a los municipios está condicionada por el artículo 197, inciso 2o. ibídem, a las condiciones y límites que fijen la Constitución, la Ley y las Ordenanzas. Con lo cual se precisa que constitucionalmente la atribución impositiva para los municipios no es primaria sino derivada y enmarcada dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley.

De esta manera, no puede existir gravamen municipal cuya creación no haya sido previamente autorizada en la ley, pues el principio de la legalidad del tributo se afianza en otro eminentemente político cual es, el que no puede haber tributo sin representación.

Mediante la Ley 11 de 1.986, el Congreso Nacional otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y funcionamiento de las entidades municipales.

El Presidente de la República en ejercicio de la facultad otorgada, expidió el Decreto extraordinario 1333 de 1.986, cuyo capítulo II contiene todo lo relacionado con los impuestos municipales y en tal codificación no se consagra el gravamen de vigilancia y seguridad ni se autoriza a los municipios para su creación; tampoco con anterioridad o posterioridad a dicho ordenamiento se encuentra normatividad legal que la haya autorizado. En consecuencia cuando el Concejo Municipal de Valledupar, sin autorización constitucional ni legal previa, vote el Acuerdo 025 de noviembre 9 de 1.988, cuyo artículo 5o. estableció el gravamen de vigilancia y seguridad, si extralimitó su atribución impositiva y en consecuencia merece ser anulado.

Así mismo el artículo 6o., que es desarrollo del anterior y mediante el cual se otorgan facultades al Alcalde Mayor de Valledupar para clasificar por

categorías a los establecimientos aludidos en el artículo 5o., y con miras al recaudo del tributo que se crea, debe correr la misma suerte anulatoria de la norma de la cual es consecuencia.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* ausente.

Jorge A. Torrado, Secretario.

CONSULTA / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / IMPUESTO SOBRE LA RENTA

En materia de impuesto a las ventas, cuando se condena a la administración a devolver al contribuyente una determinada cantidad de dinero, se le está imponiendo una obligación de pagar una suma líquida de dinero, hecho que encaja en el presupuesto exigido por el artículo 184 del C.C.A. No ocurre lo mismo en materia del impuesto sobre la renta en donde generalmente no haya lugar a imponer obligación a cargo de la entidad pública demandada, puesto que normalmente para demandar solo se requiere el pago de la liquidación privada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E. tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2936. Actor: AMERICAN PIPE AND CONSTRUCCION INTERNATIONAL S.A. Consulta de la sentencia del 11 de diciembre de 1.989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuestos Primer semestre de 1.981. Fallo.

En grado de consulta ha llegado a conocimiento de esta Sala la sentencia de 11 de diciembre de 1.989, mediante la cual al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenó la devolución de la suma de $ 2.834.569 reconocida como el saldo a favor de la sociedad American Pipe and Construction International S.A. por concepto de impuesto a las ventas por el primer semestre de 1.981.

La Administración de Impuestos Nacionales , mediante liquidación de revisión determinó el impuesto a las ventas por el período fiscal aludido,

desconociendo como descontables los impuestos pagados en Aduana por importaciones, en razón de que al inspeccionar la contabilidad de la sociedad encontró que los comprobantes de rentas por cobrar estaban a nombre de las empresas municipales de Cali, Medellín , Armenia, Barranquilla y la Corporación Autónoma Regional del Cauca; como los pagos por herramientas, que consideró activos fijos, y el solicitado por compras de bienes exentos y excluidos del impuesto e impuso la sanción por inexactitud correspondiente, razón por la cual en vez del saldo a favor determinado por la contribuyente en la suma de $1.581.182 (Fl. 17), le liquidó un valor a cargo por $7.606.057, que mantuvo al decidir los recursos interpuestos por la vía gubernativa.

LA IMPUGNACION

La decisión tomada por la Administración fue objeto de demanda de restablecimiento del derecho, argumentando el demandante en contra de los fundamentos invocados por la Administración que, con relación a los impuestos pagados por elementos que aquella consideró activos fijos, mediante una exegética interpretación del artículo 663 del Código Civil, la doctrina ha establecido que la fungibilidad de las cosas depende no sólo de su naturaleza jurídica, sino económica y aún contractual, precisando que el tratamiento contable de las compras en referencia, se demostró con el certificado del revisor fiscal.

Que los impuestos pagados en Aduana, debían aceptarse, porque las normas legales y reglamentarias que establecen el derecho al descuento hacen depender la operancia de tal institución del pago del impuesto y nó de la responsabilidad por la satisfacción de los mismos, y que el artículo 1603 del Código Civil, establece como norma legal aplicable en todo el ámbito del derecho, quien puede hacer el pago de una obligación, disponiendo que puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre de él, aún sin su consentimiento o contra su voluntad y aún a pesar del acreedor. Anotando además, que la Administración incurrió en error aritmético al rechazar pagos en exceso de los solicitados y que la sanción por inexactitud del 200% y del 80% impuesta sobre hechos que aceptó el contribuyente, es ilegal por haberse determinado con base en una norma que no estaba vigente en el momento en que se practicó la liquidación.

La sentencia consultada , al dirimir la controversia planteada, estimó que con relación a los impuestos descontables pagados por activos fijos, como herramientas y ventiladores rechazados por la Administración, no debían aceptarse, porque dichos bienes no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente y que su perdurabilidad y existencia es más o menos prolongada, lo que impide que puedan considerarse como fungibles.

Que el rechazo de impuestos pagados en la Aduana era improcedente, porque de las normas invocadas como transgredidas (art.1030 del C.C.; 20 del Dcto. 1988/74 y 10 lit. b) del Dcto. 1494/78), se desprende que el impuesto lo paga en aduana el importador y que en el caso de autos, de acuerdo con la pruebas

aportadas, se deduce que tanto la importación como el pago estuvieron a cargo del accionante, hechos realizados a través de terceras personas, situación que no puede llevar a la Administración a desconocer la erogación por parte del demandante y su consecuente descuento, de acuerdo con el monto rechazado por la Administración, sin reconocer el error numérico alegado en la demanda porque el monto determinado en la liquidación privada por $9.396.105, fue reducido a $9.130.285, ajustándose así a lo pedido por la empresa.

En cuanto a la sanción por inexactitud estimó que asistía razón al contribuyente, al solicitar la aplicación del artículo 24 del Decreto 2821 de 2.974, pero que, como la pretensión referida a compras de herramientas y ventiladores por valor de $5.733.000, fue negada, la sanción debía subsistir sobre la suma de $27.819.

Como consecuencia en la sentencia de diciembre 11 de 1.989 practicó nueva liquidación a la actora, aceptando impuestos descontables, adicionales a los inicialmente reconocidos por la Administración por valor de $9.130.285, con lo cual determinó un saldo a favor por el período de $1.533.363, sanciones por $5.564, para un total a favor de $1.547.799, al cual agregó el valor de los impuestos efectivamente pagados, según consta en recibo oficial de pago V E 030121 de Marzo 31 de 1.981 por valor de $1.286.770, que obra en fotocopia auténtica a folio 32 del cuaderno principal.

La providencia anterior no fue apelada por la demandada, que no se hizo presente en el proceso en la primera instancia, ni por el demandante, razón por la cual en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 184 del Decreto 01 de 1.984, fue enviada a consulta a esta Sala.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente al estudio de los cargos formulados en la acción de restablecimiento del derecho contra el acto administrativo y la sentencia que se consulta, aclara la Sala los fundamentos de oposición a la misma, expuestos por el demandante al considerar improcedente el grado de jurisdicción, mientras que el escrito que con ocasión de la consulta presenta el apoderado de la parte demandada con fundamentos idénticos a los expuestos por al Administración en la etapa gubernativa, se analizan conjuntamente en la sentencia consultada.

De conformidad con el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo,

> "Las sentencias y lo autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictadas en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la Administración".

Norma que ha sido objeto de interpretación por esta Sala, tratándose de

impuestos nacionales, en el sentido de que, en materia de impuesto sobre la renta generalmente no hay lugar a imponer obligación a cargo de la entidad pública demandada, puesto que normalmente para demandar solo se requiere el pago de la liquidación privada, de tal suerte que aún en el evento de que el contribuyente obtenga fallo favorable, éste se concreta en el mejor de los casos a la firmeza de su liquidación privada, evento en el cual no hay lugar a devolución.

Cosa bien distinta, es el caso del impuesto sobre las ventas en el cual el contribuyente para demandar solo paga una caución y además el derecho del saldo a favor no resulta ya de un exceso de pago, sino de la imputación de unos impuestos descontables al monto del impuesto que resulte de aplicar la tarifa al total de las operaciones gravadas con el impuesto, ya que solo son aceptables en la medida que los autorice la ley y se cumplan además los requisitos establecidos en ella para el efecto.

No existe la menor duda de que en materia de Impuesto a las Ventas, cuando se condena a la Administración a devolver al contribuyente una determinada cantidad de dinero, se le está imponiendo una obligación de pagar una suma líquida de dinero, hecho que encaja perfectamente en el presupuesto exigido por el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto al aspecto de fondo, relativo con el carácter de descontable del impuesto a las ventas pagado en la Aduana por la importación de mercancías, cuando el comprobante de rentas por cobrar figura a nombre de la entidad que contrata con el responsable, esta Sala en sentencia de 30 de marzo de 1.990 actor American Pipe and Construction International, proceso 1937 , dijo:

> "Según los artículos 10 del decreto 1988 de 1974 y 5o. del decreto 1494 de 1978, el importador es 'responsable' del impuesto sobre las ventas y, como tal, sujeto de obligaciones y derechos que deriven de la realización del hecho o acto gravado.
>
> Mas no existe, ni existía, en el ordenamiento aplicable a tiempo de efectuarse el que aquí se discute, disposición alguna en que se predicara la "necesaria" identidad que creyó ver el a quo entre importador y responsable, destacándose, al contrario, la previsión del legislador, particularmente en el artículo 10, letra e), del decreto 1494 de 1978, y años más tarde, en el artículo 15 del decreto 3541 de 1988, en denominar, simplemente 'contribuyente', al titular de descuentos por impuestos prepagados en aduanas, o en tener el 'pago' como presupuesto de dicha titularidad, en el entendimiento obvio de quien pagara o contribuyera, era el llamado a pedir el reconocimiento del descuento, así no fuera propiamente el importador u otra especie de responsable.....
>
> ...Por lo demás, no cabe duda de la pertinencia, en el caso, de las disposicio-

nes del artículo 1630 del Código Civil, invocadas en la demanda, como que refuerzan las tesis de que el pago era eficaz, para el efecto perseguido, lo hubiera efectuado directamente, o no, el importador 'deudor'."

Como la sentencia consultada guarda conformidad con la ley de acuerdo con la interpretación que de la misma ha hecho esta Corporación merece ser aprobada.

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 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 11 de Diciembre de 1989, en el juicio 2993 promovido por la sociedad American Pipe And Construction International S.A. NIT: 60.002.440, con relación a la determinación del impuesto a las ventas con saldo a favor por el período fiscal correspondiente al primer semestre de 1981.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, con aclaración de voto, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CONSULTA/ IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/ IMPUESTO SOBRE LA RENTA (Aclaración de Voto)

El simple hecho de haber pagado una cantidad que luego se ordena devolver parcial o totalmente, no puede ser el fundamento de la jurisprudencia según la cual no hay grado de consulta para las sentencias referentes a procesos relativos al impuesto sobre la renta, pues si así fuera, debe aplicarse por igual a los procesos tanto de Impuesto sobre la Renta como de Impuesto sobre las Ventas u otros, siempre que haya orden de devolver. No comparto la idea de que el grado jurisdiccional pueda depender tan sólo del "pago" del impuesto, que como condición para la admisión de la demanda puede cumplirse de diversa manera y no es elemento que sirva para diferenciar los procesos por razón de su materia.

Aclaración de Voto: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente 2936. Actor: American Pipe and Construction International S. A. Fallo 3 de mayo/91 Ponente Dr. Carmelo Martínez Conn.

GRADO DE CONSULTA

El fundamento de la jurisprudencia de esta Sección en el sentido de que no hay grado de consulta (Artículo 184 del C.C.A) para las sentencias referentes a procesos relativos al impuesto sobre la Renta y Complementarios, no puede ser el simple hecho de haber pagado una cantidad que luego se ordena devolver parcial o totalmente, pues si ése fuera el sustento debe aplicarse por igual a los procesos tanto de Impuesto sobre la Renta como de Impuesto sobre las Ventas u otros, siempre que haya orden de devolver.

No comparto la idea de que el grado jurisdiccional pueda depender tan solo

del "pago" del impuesto, que como condición para la admisión de la demanda puede cumplirse de diversa manera según el artículo 140 del C. C.A. y no es elemento que sirva para diferenciar los procesos por razón de su materia.

Si el fundamento de tal jurisprudencia es el "pago del impuesto y la "obligación" de devolver alguna parte de él, también se causaría consulta en los procesos de Impuesto sobre la Renta cuando para demandar se ha pagado el total liquidado y en el fallo se produce una rebaja que debe devolverse y, en cambio, no habría consulta en los de Impuesto a las Ventas cuando para demandar sólo se ha caucionado una parte (generalmente el 10%) y aunque se decrete una rebaja del impuesto, no hay devolución.

Si para entender configurada la hipótesis del art. 184 por "obligación a cargo" de una entidad pública, se entiende la de devolver un impuesto, este concepto se aplicaría a todos los gravámenes y entonces no hay lugar a diferenciarlos en razón del impuesto discutido.

Jaime Abella Zárate.

Bogotá, Mayo 8 de 1991.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/SERVICIO EXENTO/SERVICIO DE REENCAUCHE/IMPUESTO DESCONTABLE

En aplicación del mecanismo de impuesto, contra impuesto, el artículo 15 del Decreto 3541/83, otorgó de una manera general a los responsables del impuesto a las ventas, la posibilidad de utilizar como descuento el impuesto pagado en la adquisición de bienes y servicios destinados a sus operaciones gravadas. Pero consagró igualmente una limitación, cuando la actividad realizada es una operación exenta, pues allí los descuentos procederán únicamente cuando quien realiza la actividad es un productor del bien o un exportador. En la operación de servicio del reencauche, no hay producción de un bien, sino prestación de un servicio por ley, exento, sin derecho a utilización de descuentos, que son los que pueden dar lugar a presentar saldos a favor, como resultado del movimiento de la cuenta corriente del impuesto (Bimestres VI de 1985 y I, II y III de 1986).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, Mayo tres (3) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2988. Apelación sentencia de 8 de Marzo de 1990, del Tribunal del Valle, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que negaron la devolución del saldo por concepto de impuestos sobre las ventas por el I, II y III Bimestres de 1986. Actor: De Vidrio Ltda. Hoy Reenfrio Ltda. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial de la Sociedad REENFRIO LTDA., contra la sentencia de 8 de Marzo de

1990, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se pronunció sobre la acción de restablecimiento intentado contra la actuación administrativa que negó la devolución de saldos a su favor por concepto de impuesto a las ventas, de los bimestres VI de 1985 y I, II y III de 1986.

ANTECEDENTES

Al presentar la sociedad actora sus declaraciones de impuesto a las ventas de los bimestres anteriormente mencionados, arrojó en cada uno de ellos un saldo a su favor, originado en los impuestos descontables solicitados en cada período y por cuanto su ingreso proviene de una actividad exenta de este impuesto.

Tramitada dentro de la oportunidad legal y de manera independiente la devolución de los anteriores saldos a favor, la Administración de Impuestos Nacionales de Cali se pronunció de manera adversa a la solicitud de la responsable, por medio de las siguientes actuaciones:

VI BIMESTRE DE 1985

Resolución No. 075 de 16 de Mayo de 1986, de la Sección de Auditoría Interna de venta y Resolución No. 516 del 31 de Diciembre de 1986, de la División de Recursos Tributarios.

I BIMESTRE DE 1986

Resolución No. 112 de 3 de Junio de 1986 de la Sección de Auditoría Interna de Impuesto de Ventas y Resolución No. 067 de 18 de febrero de 1987 de la División de Recursos Tributarios.

II BIMESTRE DE 1986

Resolución No. 163 de 12 de Agosto de 1986 de la Sección de Auditoría Interna y Resolución No. 016 de 20 de Enero de 1987 de la División de Recursos Tributarios.

III BIMESTRE DE 1986

Resolución No. 205 del 15 de Septiembre de 1986 de la Sección de Auditoría Interna y Resolución No. 068 del 18 de febrero de 1987 de la División de Recursos Tributarios.

En los memorandos explicativos anexos a las Resoluciones de la Sección de Auditoría Interna, en las cuales se negó la devolución del impuesto, la Administración, después de analizar las explicaciones dadas por la accionante en

las respuestas a los requerimientos oficiales, sostuvo que por cuanto el ingreso percibido corresponde a la prestación del servicio de reencauche, el cual no tiene el carácter de exento, no tienen derecho a devolución los responsables que prestan este servicio.

Contra las anteriores Resoluciones la sociedad interpuso recurso de reposición, argumentando que si bien es cierto que la ley 50 de 1.984 eliminó la exención para los bienes comprendidos en la posición arancelaria 40.01 ésta no derogó ni expresa ni tácitamente la exención al servicio de reencauche, el cual se encuentra vigente. La prestación de este servicio no se realiza a través de una compraventa, sino que obedece a un proceso industrial completo, con utilización de materias primas importadas, lo cual da a quien lo presta el carácter de productor. Consagrada en la exención al servicio de reencauche en el artículo 63 del decreto 3541 de 1983, y demostrado que quien lo presta tiene la calidad de un productor, no puede desconocerse el derecho a la devolución de los saldos de impuesto a las ventas que resulten a su favor.

La División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, en sendas resoluciones, mantuvo la decisión de negar la devolución, arguyendo que el servicio de reencauche prestado por la actora no implica producción del bien sino una típica reparación, entonces quien lo presta no reúne las condiciones de "productor de bien exento o exportador" únicos responsables con derecho al beneficio de la devolución de saldos a favor. Con dichas decisiones se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

La sociedad acudió ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en acción de restablecimiento del derecho, y sostuvo que el art. 10 de la Ley 50 de 1.984, al eliminar la exención para bienes corporales muebles de la posición arancelaria 40.11, no derogó la exención al servicio de reencauche, que es incorporal. Incurrió así la Administración en una indebida interpretación y aplicación de la ley.

No puede confundirse, como lo hizo la Administración, la compra de llantas usadas, para reencaucharlas y luego venderlas, actividad que está específicamente gravada, con el servicio de "reencauche" en el cual quien ordena el trabajo suministra la materia prima principal.

Además este servicio no es de los llamados intermedios de las producciones , pues aquellos son los resultantes de la construcción, elaboración o fabricación, definiciones que no se acomodan a conceptos como reconstrucción, reutilización etc. que constituye realmente el servicio de reencauche. Se trata así de servicios diferentes, que se excluyen y por tanto no puede aplicarse la norma relativa a los servicios intermedios, que determina que el impuesto a liquidar es el correspondiente al bien resultante.

Es igualmente errónea la asimilación del servicio de reencauche al de reparación. Las palabras "reparación" y "reencauche" no se encuentran definidas en la legislación de ventas, pero las dos actividades han sido reguladas en ella en forma separada, incurriendo la Administración en indebida interpretación de la ley, cuando las toma como un sólo servicio.

El reencauche constituye todo un proceso industrial, con adición de materias primas importadas, lo cual le da a la demandante la calidad de productora, con derecho a la devolución del impuesto a los saldos que resulten a su favor.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, apoyándose en un pronunciamiento anterior con respecto al mismo punto debatido y de la misma responsable, consideró que con base en los dispuesto en el artículo 3o. del decreto 570 de 1.984, que al reglamentar parcialmente el Decreto 3541 de 1.983 determinó que cuando la adquisición de bienes y servicios se destinen a operaciones exentas del impuesto, solo hay lugar a descuento cuando quien efectúa la operación es un productor de bien exento o un exportador, no podía solicitarse la devolución en el caso de prestación de servicios exentos.

En consecuencia, como para la prestación del servicio de reencauche, que es exento, el legislador no otorgó la posibilidad de utilizar los impuestos pagados como descontables, tampoco otorgó el derecho a solicitar devolución de los mismos. Negó así las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado especial de la sociedad demandante, se opone a los anteriores argumentos expuestos por el Tribunal, remitiéndose a los fundamentos de la demanda inicial, adicionados con un análisis sobre la diferencia existente entre bienes excluídos y bienes exentos, para concluír que si el legislador hubiera querido no otorgarle el derecho al descuento al servicio de reencauche, le hubiere bastado clasificarlo como "no causa". Si lo calificó como exento, debe entenderse que le otorgó todos los efectos que de tal calidad se desprenden.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada debe ser confirmada. Tratándose de un responsable que presta el servicio de reencauche y estando ya definido por el Consejo de Estado que la prestación de servicios exentos, por no llevar implícita la producción del bien que es lo que otorga el derecho al descuento, no permite la utilización de este beneficio, actuó correctamente la Administración cuando negó las devoluciones, al igual que el

Tribunal cuando confirmó dicha actuación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sociedad demandante "REENFRIO LTDA.", manifestó en sus declaraciones de ventas correspondientes a los bimestres discutidos, que su actividad es la prestación del servicio de reencauche, exento del impuesto a las ventas, según lo dispuesto en el artículo 63 del Decreto 3541 de 1.983. Fue así como, utilizando como descuentos los impuestos a las ventas pagados en la adquisición de bienes y servicios utilizados en el desarrollo de su actividad exenta, arrojó como resultados del movimiento de su cuenta corriente, un saldo a favor, adelantando los trámites correspondientes para su devolución.

La devolución de los saldos créditos fue negada por la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, e la operación administrativa demandada, al considerar improcedente la utilización de los descuentos en la prestación del servicio de reencauche, ya que en actividades exentas, la utilización de descuentos solo está permitida para los productores de bienes y los exportadores.

Es entonces el objeto de la controversia la definición de si aquellos responsables que prestan un "servicio exento" tienen derecho a no utilizar los impuestos descontables y consecuencialmente a solicitar la devolución de los posibles saldos a favor.

En el concepto No. 31139 de 2 de diciembre de 1.966, la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, fijó la posición de la frente al punto debatido, afirmando:

> "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.....".

Al conocer de la acción pública de nulidad parcial, intentada contra al anterior concepto, esta Sala, en sentencia de 5 de octubre de 1.990, efectuó sobre el punto de las siguientes precisiones:

- El impuesto a las ventas, al gravar la venta de bienes corporales muebles situado en el país, excluyó del mismo a los activos fijo y a los bienes inmateriales.

- Tratándose de servicios, materiales o inmateriales, sólo serán gravados los señalados expresamente en la ley, la cual fijó igualmente en cuáles de éstos procede o nó la imputación de impuestos descontables.

- En la realización de operaciones exentas, bienes o servicios, el derecho

del descuento está limitado a "los productores de bienes o los exportadores.

- Si bien es cierto que el servicio de reencauche está exento del impuesto a las ventas, quienes lo prestan, por no ser productores, no tienen derecho a utilizar los descuentos, por mandato del inciso 2o. del parágrafo primero del artículo 15 del Decreto 3541 de 1.983.

Tenemos así que en aplicación del mecanismo de impuesto contra impuesto, el artículo 15 del Decreto 3541 de 1.983, otorgó de una manera general a los responsables del impuesto a las ventas, la posibilidad de utilizar como descuento el impuesto pagado en la adquisición de bienes y servicios destinados a sus operaciones gravadas. Pero consagró igualmente una limitación, cuando la actividad realizada es una operación exenta, pues allí los descuentos procederán **únicamente** cuando quien realiza la actividad es un productor del bien o un exportador.

Y con base en lo anterior, podría mantenerse el argumento central de la demanda, relacionado con el hecho de que el servicio de reencauche implica todo un proceso de producción de un bien? Para la Sala es obvio que no. Aplicando a las palabras empleadas por el legislador su sentido natural, es muy distinto producir un bien, por haberlo construído, elaborado o fabricado, a reacondicionar o hacer reutilizable uno ya existente. Por esto, al enumerar los servicios gravados, clasificó en conceptos diferentes el servicio de reparación al de fabricación por encargo. Y si en vía de interpretación pudiera asimilarse el servicio de reencauche a una reparación, si bien es cierto que para el servicio de reparación en general de que trata el numeral 4o. del artículo 69 del Decreto 354' de 1.983, la ley otorgó el beneficio de utilizar el descuento del impuesto sobre ventas, cuando esta reparación implica el servicio de reencauche, no pueden utilizarse los descuentos, pues siendo específicamente éste un "servicio exento", opera sobre la utilización del beneficio fiscal la limitación de que trata el parágrafo 2o. del artículo 15 del Decreto 3541 de 1.983.

Se concluye así que en la operación de servicio de reencauche, no hay producción de un bien, sino prestación de un servicio por ley exento, sin derecho a utilización de descuentos, que son los que pueden dar lugar a presentar saldos a favor, como resultado del movimiento de la cuenta corriente del impuesto.

Por estos motivos, la sentencia apelada debe ser confirmada.

En mérito de los expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo, 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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; Salva voto, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

Salvamento de Voto *del Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 2988. Actor: De Vidrio Ltda. Hoy Reenfrio Ltda. Fallo del 3 de mayo de 1.991. Ponente: Dra. Consuelo Sarria O.

Las razones por las cuales no comparto la tesis del a Sala para no aceptar descuentos en el servicio de reencauche quedaron expuestas en mi salvamento de voto a la sentencia del 5 de octubre de 1.990 Expediente No. 2063, en la cual no se accedió a anular parte del Concepto No. 31139 del 12 de diciembre de 1.986 de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Jaime Abella Zárate

Bogotá D.E., Mayo 29/91

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades.

Teniendo en cuenta la necesaria subordinación de la circular respecto de la norma del C. de Co. en el sentido de que aquélla se debe limitar a ser una instrucción para el cabal cumplimiento de ésta por cuanto no está autorizado el Superintendente Bancario para adicionar o complementar, ni reglamentar, menos aún contrariar, aparece prima facie una infracción de la ley por parte del acto administrativo acusado.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Circular Externa No. 0044 de mayo 17 de 1989 de la Superintendencia Bancaria.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3380 Actor Hugo A. Restrepo Montoya C/ Superintendencia Bancaria. Reposición auto de 8 de marzo de 1991.- Auto.

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria contra el auto de 8 de marzo de 1991 mediante el cual se decretó la suspensión provisional de la circular externa de 17 de mayo de 1989 proferida por esa autoridad.

ANTECEDENTES

1.- Se demandó la nulidad y suspensión provisional de la mencionada circular referente a terminación unilateral de contratos de cuenta corriente

bancaria por parte de las entidades bancarias.

2.- Esta Corporación en auto admisorio de la demanda, decretó la suspensión provisional solicitada por considerar manifiesta infracción del artículo 1389 del C. de Co.

3.- La Superintendencia interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión en cuanto suspendió provisionalmente el acto acusado, aduciendo:

a.- Inexistencia de oposición entre las dos normas en atención al sentido y finalidad de la Circular.

b.- Condición de complementaria de la circular en mención de las normas del C. de Co. y de la Ley 16 de 1936.

c.- Condición de enlace del acto acusado, entre los artículos 718, 721 y 1389 del C. de Co.

4.- El actor se opone al recurso aduciendo:

a.- Equívocas interpretación y aplicación del caso sub-judice por parte de la recurrente, de la Ley 16 de 1936, artículo 6o.

b.- Admisión por parte de la Superbancaria de que la circular acusada complementa la norma superior, "haciéndole decir a la norma lo que ella no dice" (fl.42).

c.- La circular establece excepciones que no establece el C. de Co., artículo 1389.

d.- Carencia de facultad del Superintendente Bancario para adicionar normas legales, estando facultado sólo para instruir sobre su cumplimiento.

Se considera:

La Sala suspendió provisionalmente la norma acusada por considerar que se presenta manifiesta infracción de la norma superior por parte del acto acusado, deducible de la simple confrontación de los mismos.

Esta infracción consiste en que establece la circular de la Superintendencia Bancaria "obligaciones, procedimientos, -sanciones no contempladas en la norma del C. de Co." (fl 30) siendo por tanto creados por aquélla, ejemplo de lo cual son los de los numerales 1o. y 2o, de la circular: Requisitos para dar por terminado unilateralmente el contrato y del numeral 3o.: Restricción no contemplada en el C. de Co. al pago de cheques con posterioridad a la terminación del contrato por parte del Banco.

Teniendo en cuenta la necesaria subordinación de la circular respecto de la norma del C. de Co., en el sentido que aquélla se debe limitar a ser una instrucción para el cabal cumplimiento de ésta por cuanto no está autorizado el Superintendente Bancario para adicionar o complementar (lo cual sólo corresponde al legislador ordinario o al de excepción), ni reglamentar (en principio, facultad exclusiva del Presidente de la República), menos aún para contrariar (lo cual implicaría una derogación tácita de la norma superior), aparece prima facie una infracción de la Ley (C. de Co. artículo 1389), por parte del acto administrativo acusado (Circular externa 44 de 1989), sin que por ahora y con los elementos que proceden de acuerdo con el momento procesa que nos ocupa, se puedan entender tales regulaciones, como instrucciones o simples criterios técnicos o jurídicos para el cumplimiento de las normas superiores, según lo afirma la recurrente, y sin que la "actuación complementaria" que ellos implican se pueda justificar jurídicamente en atención a consideraciones en torno a la filosofía y finalidad de la circular y del artículo 1389 del C. de Co. o de la institución que regulan apelando a otras normas, raciocinio que por ser precisamente el objeto de la litis, es perfectamente viable en el momento de decidir de fondo, pero que no es de ninguna manera procedente en esta etapa procesal, en la que se trata simplemente de decidir la suspensión provisional en los términos del C.C.A..

De modo que, al entenderse cumplidos los requisitos del artículo 152 del C.C.A. y no desvirtuados por la recurrente, se considera ajustada a derecho la decisión cautelar y por tanto se procederá a su confirmación.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 8 de marzo de 1991, admisorio de la demanda, mediante el cual se suspendió provisionalmente la circular externa No. 0044 de 17 de mayo de 1989 de la Superintendencia Bancaria.

Reconócese personería al Dr. Luis Gonzalo Baena Cárdenas para actuar como apoderado judicial de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público en los términos y para los efectos del poder conferido.

Cópiese, Notifiquese, Comuníquese y Cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado , Secretario.

RENTA PRESUNTIVA - Determinación

Al afectar los ingresos obtenidos por la comercialización de torta de soya (producto sometido al control de precios) con los costos y deducciones a él imputables, dio un valor negativo, esto es, se presentó una pérdida y se disminuyó de la renta presuntiva aplicable, pero al proceder así, la contribuyente afectó el valor mínimo de la presunción a través de un mecanismo no autorizado expresamente en norma alguna. En efecto, la presunción fija un tope mínimo que no admite dicha disminución, toda vez que las exclusiones permitidas que están fijadas expresamente y afectan proporcionalmente la base patrimonial o de ingresos, tienen que ver con ingresos netos y patrimonio líquido vinculados a empresas en período improductivo o afectados por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, o por medidas legales o administrativas, las cuales tienen la aptitud de desvirtuar la presunción siempre que sean demostrados (Ejercicio Fiscal de 1983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3298. Actor: Lloreda Grasas S.A. c/La Nación-Din. Apelación sentencia de 3 de Septiembre de 1990, del Tribunal Administrativo del Valle. Nulidad y restablecimiento del derecho. Imporrenta año gravable 1983. FALLO.

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por la sociedad Lloreda Grasas S.A., Nit. 90.310.602-A, contra la sentencia de 3 de Septiembre de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle negó las súplicas de la

demanda en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron el impuesto de renta y complementarios a cargo del período gravable de 1983.

A-ANTECEDENTES

1.-La Administración de Impuestos de Cali previo Requerimiento Especial no. 344 de 9 de Abril de 1986 profirió la Liquidación Oficial no. 2026 de 14 de Agosto de 1986 determinando la renta liquida gravable por el sistema especial de presunción, rechazando la resta pérdidas de la renta presuntiva, costos y deducciones por futuras pensiones de jubilación e imponiendo sanciones por no relacionar ingresos.

2.-Confirmó en su totalidad la Administración, la anterior liquidación, al resolver el recurso de reconsideración en Resolución 067 de 3 de Febrero de 1988. Se declaró agotada la vía gubernativa.

3.-La sociedad contribuyente presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo mencionado, alegando:

a.-Procedencia de restar de la renta presuntiva aplicable, las pérdidas obtenidas en actividades sujetas a control de precios.

b.-Violación de su derecho de defensa al no practicar la Administración la inspección contable solicitada.

c.-Desconocimiento "sin ninguna prueba en contrario" de la certificación del revisor fiscal de la sociedad en relación con la pérdida obtenida durante 1983 (fl. 79).

d.-Irrespeto del "espíritu de justicia de las normas tributarias" siendo que la sociedad ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones legales (fl. 80).

e.-Falta de diligencia de la Administración para que la contribuyente aclarara toda duda u omisión.

f.-No probó la Administración los hechos aducidos en tanto que si lo hizo la actora respeto de los que aduce.

g.-El desconocimiento de la deducción por pensión de jubilación y una renta por recuperación de deducciones desconoce situaciones tributarias consolidadas por las solicitudes en igual sentido efectuadas por años anteriores a 1983.

4.-El Tribunal Administrativo del Valle, en providencia de 3 de Septiembre de 1990 denegó las súplicas de la demanda por considerar acertada la forma en

que la Administración determinó la renta presuntiva, es decir, sin restar de la misma, las pérdidas obtenidas por actividades comerciales relativas al producto sujeto a control de precios (torta de soya).

B-El recurso de apelación y la oposición.

1.-La sociedad Lloreda Grasas S.A. interpone recurso de apelación contra la anterior providencia aduciendo:

a.-"Aclarado el concepto de que el artículo 4o., numeral 3o., literal a) no se está refiriendo a rentabilidad, sino a ingresos, reiteramos nuestro criterio que la norma aludida permite que cuando los costos y deducciones imputables a ingresos afectados por control de precios, sean superiores a éstos, haya lugar a la resta." (fl. 151).

b.-La afirmación del a quo en el sentido que la contribuyente no ha presentado en la vía gubernativa pruebas relacionadas con los nueve numerales del artículo 2o. del decreto 353 de 1984 constituye una novedad que no fué alegada por la propia administración.

2.-La Dirección de Impuestos Nacionales, mediante apoderado, se opone al recurso indicando que no "puede deducirse (del artículo 4o. Decreto 353 de 1984) que si no hay ingresos que sumar puede restarse la pérdida, como lo pretende el recurrente, pues ello riñe con la filosofía misma de la presunción señalada en al ley" (fl. 166).

C. El concepto fiscal.

La Fiscalía Sexta de la Corporación, representada por la doctora Ana Margarita Olaya de Obando, solicita la confirmación de la sentencia por cuanto la "depuración de la base patrimonial para el cálculo de la renta presuntiva no se cumplió en la forma indicada (en el Decreto 353 de 1984),..... .La demandante, más bien, adoptó su propio método compensatorio y en desacuerdo con la norma legal, restó el valor de la pérdida registrada en la actividad productividad de torta de soya, sometida a control de precios en el citado período fiscal" (fl. 173).

D. Consideraciones de la Sala.

El punto objeto de examen, el cual se contraerá el estudio de la Sala tiene que ver con el mecanismo de determinación de la renta presuntiva a la luz de la ley 9a. de 1983 y su Decreto Reglamentario 353 de 1984. Veamos:

Sostiene por un lado, la recurrente, la procedencia de descontar de la renta presuntiva, el monto de las pérdidas obtenidas en la comercialización de torta de soya, producto sometido en el período gravable de 1983 a control de precios.

Por su lado, la Administración rechaza tal procedimiento, indicando que el artículo 4o, del Decreto 353 de 1984, invocado por la contribuyente para el efecto, ordena sumar los ingresos obtenidos por actividades comerciales relativas a dichos productos, previamente afectados por sus costos y deducciones, pero de ninguna manera autoriza restar su monto en caso de pérdidas.

Al respecto se puntualiza:

1.-Establece la ley 9a. de 1983 artículo 15 inciso 1o., una doble base alternativa dependiendo de cual sea mayor, para la fijación de la renta presuntiva: El patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable o los ingresos netos del respectivo período gravable.

Tomó la sociedad actora como base para el Cálculo respectivo, el patrimonio líquido, dada su mayor cuantía respecto del monto de los ingresos netos.

2.- El artículo 2o. del Decreto 353 de 1984 en relación con el artículo 15 inciso 4o, ley 9a. de 1983, indica en nueve numerales, los valores que se deben excluir de la base patrimonial como un mecanismo de depuración de la misma.

La actora no cumplió con el requisito exigido por probar los valores respecto de los cuales solicitaba su exclusión de la base patrimonial, fijándola no obstante en $1.717.151.444,oo, para aplicarle el porcentaje correspondiente a 1983 del 6%, obteniendo una renta presuntiva de $103.029.086,64, respecto de la cual no hay controversia alguna por parte de la Administración. (Renglones 108 y 109 declaración de Renta Página 30 Antecedentes Administrativos).

3.-El artículo 4o. del Decreto 353 de 1984 dispone que al valor obtenido en los pasos anteriores, se suman los ingresos realizados en actividades económicas sobre las cuales se acepta una reducción proporcional de la presunción de rentabilidad mínima y los de los dividendos participaciones, conceptos todos mencionados en el artículo 3 del mismo decreto.

La contribuyente incrementa la suma obtenida según el numeral anterior con el monto de los dividendos y participaciones efectivamente obtenidos ($88.698). pero al total le resta la suma de $85.050.665,oo, por concepto de rentabilidad efectivamente obtenida de patrimonio e ingresos excluídos, lo cual explica, en las respuestas a los requerimientos ordinario y especial, indicando que al afectar los ingresos obtenidos por la comercialización de torta de soya (producto sometido al control de precios) con los costos y deducciones a él imputables, dió un valor negativo, esto es, se presentó una pérdida y por tanto lo procedente era disminuir en dicho monto la renta presuntiva aplicable (Renglones 117 a 120 ibídem).

Al respecto considera esta Corporación, que al proceder así, la contribuyente afectó el valor mínimo de la Presunción a través de un mecanismo no

autorizado expresamente en norma alguna. En efecto, la presunción fija un tope mínimo que no admite dicha disminución, toda vez que las exclusiones permitidas que están fijadas expresamente y afectan proporcionalmente la base patrimonial o de ingresos, tienen que ver con ingresos netos y patrimonio líquido vinculados a empresas en período improductivo o afectados por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, o por medidas legales o administrativas, los cuales tienen la aptitud de desvirtuar la presunción siempre que sean demostrados.

A partir de esta base se determina la renta presuntiva, la cual para el período de 1983, era del 6% del patrimonio líquido, según se vió, o del 1.5% de los ingresos netos, según que el monto de éstos sea mayor que el de aquél. Esta renta, que establece el tope mínimo, admite incrementos cuando quiera qué exista renta efectiva no incluída en la presunción, como las de los eventos del literal a) del numeral 3o. artículo 4o. del Decreto 353 de 1984, sin que por lo mismo se a reducible en la medida en que no se presenten ingresos por esos conceptos, sino pérdidas, siendo suficiente para considerarse correctamente efectuado el cálculo en el caso de pérdidas, en el que no se incluya ingreso alguno en la presunción, limitándose por tanto el valor mínimo presumido según las reglas anteriores., la respectiva renta objeto de gravámen.

Esta es la interpretación correcta, que cabe respecto de las normas que regulan la institución de la renta presuntiva, es decir, el afectarla sólamente con incrementos por los ingresos relacionados en el artículo 4o. del Decreto 353 de 1983, pero de ninguna manera disminuyéndola en el evento que resultaren pérdidas por las actividades económicas allí mencionadas, proceder éste que en criterio de la Sala, contraría el sentido de la suso dicha norma.

Por las anteriores razones, y coincidiendo con el concepto fiscal, estima la Sala acertada la decisión del a quo, procediendo en consecuencia a confirmar la providencia recurrida.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 3 de Septiembre de 1990 proferida en el proceso No. 15652, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las peticiones de la demanda.

Reconócese personería al doctor Humberto Aníbal Restrepo Vélez para actuar como apoderado de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público en los términos y para los efectos del poder conferido.

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

Se deja constancia que ésta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Consuelo Sarria Olcos,* Ausente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SOCIEDAD EXTRANJERA / SUCURSAL / PASIVO - Rechazo

De los artículos 469, 471 y 475 del Código de Comercio correspondiente al título VIII, que trata de las sociedades extranjeras queda claro que la sucursal colombiana se constituye con capital principal de la cual es una emanación que no la convierte en un ente distinto, y siendo la misma persona jurídica, las deudas de la sucursal con la casa matriz con capital de la principal de la cual es una emanación que no la convierte en un ente distinto, y siendo la misma persona jurídica, las deudas de la sucursal con la casa matriz son capital de la principal como lo había decidido la jurisprudencia del Consejo de Estado con fundamento en tales normas y posteriormente mediante el artículo 87 de la Ley 75 de 1.986.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E. mayo diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente No. 2723. Actor: SOCIEDAD SANTA FE PETROLEUM SERVICE AND SUPPLY CORP. NIT. 60-059.936. IMPUESTOS -FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 22 de julio de 1.989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "SANTA FE PETROLEUM SERVICE AND SUPPLY CORP.", NIT: 60.059.936, contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta a cargo por la vigencia fiscal de 1.982.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó liquidación de revisión a la sociedad contribuyente, con base en el requerimiento No. 000184 de abril 18 de .984, que a su vez se originó en los resultados de la inspección contable ordenada por la Administración sobre los libros del contribuyente, acto administrativo en el cual desestimó la reversión de ingresos por valor de $6.808.081; la pérdida en cambio por $2.862.000; costos y gastos, por falta de soportes contables, por $19.463.553; salarios por incumplimiento de requisitos legales; gastos, sin relación de, causalidad, por $ 33.019 y el rechazo de pasivos, primordialmente, el declarado a favor de la casa principal en el exterior.

Contra la anterior liquidación la sociedad interpuso recurso de reconsideración, que fue fallado con reconocimiento de la reversión de ingresos, la diferencia en cambio, los cosos y gastos por $ 19.463.553 y el pasivo a favor de la sociedad SKANDIA por valor de $1.093.481 y el rechazo de las demás partidas glosadas incluida la cuenta del pasivo con la casa matriz. La providencia fue enviada en grado de consulta a la Dirección General de Impuestos Nacionales, la que mediante resolución R-0572-H la improbó aceptando únicamente la deducción por diferencia en cambio.

Acudió el contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos , 26 de la Constitución, 61 y 92 del Decreto 1651 de 1.961, 98 de la Ley 9a. de 1.983, 32 de la Ley 52 de 1.977, 187 del Código de Comercio y 15 del Decreto 3803 de 1.982.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca previo análisis de los hechos expuestos en la demanda y de las disposiciones citadas como violadas, no reconoció los costos y deducciones rechazados, pero sí aceptó el pasivo por valor de $140.356.632 con la casa matriz, considerando que si bien existía identidad jurídica entre la sucursal colombiana y la casa matriz del exterior, probadas como estaban contablemente los pasivos debían aceptarse, porque además la administración no cuestionó su existencia real. Y que de otra parte la legislación tributaria no contiene norma que establezca los pasivos con casa matriz se consideren como patrimonio propio de la sucursal, a la cual la legislación tributaria consagra como sujeto pasivo del impuesto.

LA APELACION

Apela la sentencia el apoderado judicial de la Nación considerando que es errado el pronunciamiento del Tribunal, porque como lo ha sostenido la

legislación tributaria (fl. 3 del memorial de apelación) fiscalmente no se puede aceptar un pasivo entre una misma persona jurídica, y como consecuencia, no pueden generar ni intereses, comisiones, ni diferencia en cambio deducible para la sociedad en Colombia.

CONCEPTO FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece ser revocada y en su lugar denegar las súplicas de la demanda, expresando:

"Las sucursales jurídicamente son establecimientos de comercio a través de los cuales una sociedad extranjera que desee establecer negocios de manera permanente en Colombia, puede desarrollar su actividad y puede ser reconocida como sujeto de derechos y obligaciones. En el organismo a través del cual la extranjera se establece en Colombia, previo el cumplimiento de una serie de trámites que incluyen la protocolización del documento de su fundación, sus estatutos, la resolución o acta que acordó su establecimiento en Colombia, etc. (Art. 471 y 472 del Código de Comercio)"

"No hay duda por tanto de que las sucursales no posee una entidad propia ni personalidad jurídica distinta de la de su principal, simplemente comparten, como organismos de la principal en otro domicilio, su personalidad jurídica, y como tales, en derecho no pueden considerarse como entes separados de aquella. Son la misma persona jurídica, funcionando en distintos lugares geográficos"

"Es verdad que no existía para el ejercicio de 1.982 una norma expresa que estableciera que los pasivos que tienen las sucursales con su casa principal deben considerarse como patrimonio propio , como sí lo disponía el art. 73 de la Ley 81 de 1.960 y como lo expresa actualmente el art. 87 de la Ley 75 de 1.986; sin embargo no existiendo duda de que se trata de una misma persona jurídica y por ende de un mismo sujeto pasivo tributario, no puede entenderse como lo hace el Tribunal, que la no prohibición expresa significa la posibilidad de aplicar un procedimiento que a todas luces va en contra de la correcta interpretación del derecho".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala comparte el criterio expuesto por su colaboradora del Ministerio Público, por cuanto así no hubiera en ese momento en la legislación tributaria la norma del artículo 73 de la Ley 81 de 1.980, las normas del Código de Comercio vigente son claras al expresar:

Artículo 469 del Código de Comercio; "Son extranjeras las sociedades

constituídas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior".

Artículo 471 del Código de Comercio: "Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, **establecerá una sucursal** con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:"

1o.) "Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el País, copias auténticas del documento de su fundación de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y,"

2o.) " Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país".

Artículo 475 del Código de Comercio: "Para establecer la sucursal, la sociedad extranjera comprobará ante la Superintendencia respectiva **que el capital asignado por la principal ha sido cubierto"** (Lo subrayado es de la Sala).

Queda claro que la transcripción anterior de normas del Código de Comercio correspondientes al Título VIII, que trata de la sociedades extranjeras, que la sucursal Colombiana se constituye con capital de la principal de la cual es una emanación que no la convierte en un ente distinto, y siendo la misma persona jurídica, las deudas de la sucursal con la casa matriz, son capital de la principal como lo había decidido la jurisprudencia del Consejo de Estado con fundamento en tales normas y que posteriormente se convirtieron en norma legal en el artículo 73 del la Ley 81 de 1.960, y posteriormente mediante al artículo 87 de la Ley 75 de 1.986.

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

REVOCASE la sentencia apelada y en su lugar niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,*

Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos, Ausente.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

RENTA PRESUNTIVA - Disminución/ **RENTA LIQUIDA GRAVABLE/ INTERES JURIDICO** - Inexistencia.

Carece de interés jurídico la solicitud de reducción proporcional por cualquier causal cuando la renta líquida del contribuyente ".... no es inferior del 6% de su patrimonio...." lo que significa que cuando es superior toda la problemática de la renta presuntiva no se aplica. De ahí que el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 353 de 1984 dispone que "para efectos de tomar la renta gravable se tomará como renta líquida la que resulte superior de comparar la renta líquida establecida de conformidad con el artículo 4o. de este decreto". En este proceso resultaba manifiestamente improcedente la reducción de la presuntiva, cuando la liquida era tres veces mayor que la presuntiva y ésta sería la que se tomaría como base para establecer la renta gravable. (Ejercicio fiscal de 1986).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., mayo diez (1) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2948. Actor: Planta Terminal de Distribución de Productos de Petróleo S.A. Impuesto de Renta - FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad PLANTA TERMINAL DE DISTRIBUCION DE PETROLEOS S.A.. contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 30 de noviembre de 1989, que denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos por medio de los cuales se negó la reducción de la renta presuntiva, solicitada por el ente social, para la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios

correspondiente al año gravable de 1986.

ANTECEDENTES.

Por ser de competencia del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en virtud del Artículo 50 de la Ley 55 de 1985, en memorial dirigido ante él por el representante legal de la compañía se solicitó reducción proporcional de la renta presuntiva a que se refiere el Artículo 15 de la Ley 9a. de 1983.

Fundamentó la petición en que como la actividad comercial de la sociedad es la de ventas de combustibles derivados del petróleo, tales como gasolina para motor, gasolina extra A.C.P.M. y querosene, se encuentra afectada por disposiciones de control de precios, lo que influyó sensiblemente en la obtención de renta líquida inferior a la presuntiva, hecho que demuestra con documentos que allegó en oportunidad.

Por Resolución 03089 de agosto 27 de 1987, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, negó la solicitud propuesta por el ente social. El control de precios dice, no afectó la rentabilidad de la sociedad por el año gravable de 1986.

Destaca como hechos fundamentales para negar el beneficio que invoca la sociedad, el que su utilidad operacional en el año de 1986 sea representativa del 3.8% del total de los ingresos, que comparada con el 2% de la renta presuntiva sobre ingresos netos, resulta superior, para concluír que como resultado global la compañía presenta una utilidad neta de $ 141'000.000. una vez deducido el rubro "Otros Ingresos" en cuantía de $ 108'000.000.

Esta decisión fué confirmada por Resolución 5417 de diciembre 7 de 1987 que desató el recurso de reposición interpuesto contra aquella.

Agotada la vía gubernativa, la actora solicita ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos en cuestión y para "establecer el derecho lesionado" se determina que la sociedad tiene un derecho a la reducción proporcional de su renta presuntiva, por el año.

En síntesis estima el actor que la decisión oficial resulta violatoria de los Arts. 15, inc. 4o. y numeral 2o. de la Ley 9a. de 1983 y 3o. del Dcto. 353 de 1984 como quiera que dice, que la primera, "parte del principio de que los hechos o situaciones de fuerza mayor, caso fortuito, control de precios, deben afectar la parte de los ingresos netos de modo que conduzcan a determinar una "renta líquida" inferior a la renta presuntiva para que opere la reducción", no que afecten la rentabilidad general que en la Resolución se asimila a renta bruta.

Y la segunda que establece el procedimiento para determinar el ingreso presuntivo no contempla aspectos que se tuvieron en cuenta en la determinación oficial.

El Tribunal Administrativo denegó las súplicas de la demanda. Está de acuerdo con la decisión proferida en los actos administrativos porque "la rentabilidad de la sociedad no se afectó frente al mínimo presuntivo que acepta la Ley", y en tal caso la reducción solicitada sobre éste resulta improcedente.

DE LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad con argumentos similares a los consignados en la demanda insiste en sus pretensiones. El a-quo, dice también confunde el procedimiento previsto en el Art. 6o. del Dcto. 353 de 1974, porque compara lo que denomina "utilidad operacional" y que corresponde a un 3.8% de los ingresos de la compañía con el 2% de la renta presuntiva.

Basta, agrega, establecer que la actividad económica de la empresa se encuentra afectada con el control de precios para que proceda a reducir la renta presuntiva, "independientemente de si es mayor o menor que la renta líquida, pues la norma citada no se refiere a que se afecta la 'rentabilidad' del contribuyente sino la 'actividad económica' del mismo".

PARTE OPOSITORA

La representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a las pretensiones del actor y solicita se denieguen éstas.

El acto demandado afirma, es un acto de trámite no susceptible de demanda ante la jurisdicción. No se trata de un acto en donde se determine o fije definitivamente una obligación a cargo del contribuyente. Es una decisión que se reflejará en una liquidación de revisión y es con ocasión de la impugnación de ésta, que se debe discutir aquella.

En cuanto al pronunciamiento de fondo adhiere a lo expuesto en la sentencia apelada. La determinación de la renta presuntiva, dice, opera en defecto de la obtención de una renta líquida y efectiva y es solo en tal evento que procede la determinación del mínimo de rentabilidad.

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Tercero de la Corporación, Doctor Jaime Ossa Arbeláez, en su concepto de fondo solicita se confirme la sentencia recurrida. Está de acuerdo con las consideraciones en las que se fundamentó el señor Ministro para negar el beneficio que invoca la sociedad y a tal efecto transcribe los apartes más significativos de la resolución ministerial.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En el caso sometido a consideración de la Sala se ejerce la acción de

restablecimiento del derecho y las pretensiones se concretan por la sociedad demandante a pedir que se declaren nulas las Resoluciones números 03089 y 5417 ambas proferidas en 1987 por el Ministerio de Hacienda, que negaron la solicitud de reducción proporcional de renta presuntiva y que, para "establecer el derecho lesionado" por tales actos, se determine que la entidad demandante "tiene derecho a la reducción proporcional de su renta presuntiva, solicitada por el año gravable de 1986 y denegada ilegalmente por los anteriores actos administrativos".

Esto es, demanda la sociedad un acto que si bien es fundamental o básico (como dice el Tribunal) en la determinación de la obligación tributaria del año de 1986, no implica ni explícita ni implícitamente operación alguna de liquidación del impuesto de renta y complementarios hasta el punto que se desconoce si ésta dejó de practicarse o si se hizo con o sin tener en cuenta lo resulto por el Ministro sobre reducción de la renta presuntiva.

Esta presentación de la controversia concentrada únicamente en la resolución ministerial, independientemente de la liquidación que se haya producido o no, inclina a la Sala a hacer las siguientes precisiones:

1. Las dificultades procedimentales que este tema ha suscitado tanto a nivel gubernamental como jurisdiccional, tiene su origen en la imprevisión del legislador de 1985 que al trasladar al Ministerio de Hacienda la competencia para definir la reducción proporcional de la renta presuntiva en las actividades sometidas a control de precios, no previó ningún mecanismo procedimental especial para discutir las resoluciones ministeriales, ni las liquidaciones de impuesto producidas con base en ellas.

2. Debido a tal vacío, las Oficinas de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales, al conocer de los recursos contra las liquidaciones de revisión, no pueden modificar lo resulto previamente por el Ministro de Hacienda en materia de renta presuntiva en razón de la jerarquía superior de este funcionario. Esto es, que la única oportunidad de discutir tal aspecto es ante el propio Ministro en recurso de reposición, puesto que no hay posibilidad de apelación.

3.- De lo anterior se concluye, que si bien desde un punto de vista global del proceso administrativo de determinación del impuesto, el aspecto de la reducción de la renta presuntiva es previo e indiscutiblemente se decide mediante actos intermedios, la decisión del Ministro en los eventos atribuídos a su competencia por el Artículo 50 de la Ley 55 de 1985, puede considerarse como un acto administrativo en sí mismo completo y definitivo en relación con su propio contenido, independientemente de la repercusión que puede tener en otro acto posterior, como es la liquidación del impuesto.

Como en el proceso que se resuelve en esta ocasión está circunscrita la

pretensión únicamente a que la empresa actora considera tener derecho a que se reduzca su renta presuntiva, es pertinente entrar a analizar el fondo de la controversia. En esta forma no se acepta el planteamiento de la entidad opositora consistente en que se trata de un acto intermedio no susceptible de acción judicial como lo ha sostenido también en otros casos esta Sección.

Sobre este aspecto, la Sala acoge y destaca los siguientes apartes de la sentencia apelada:

> "La Sala estima que el acto acusado no es de trámite por cuanto su objeto y efectos no tienden simplemente a impulsar el procesos; por el contrario, se trata de un acto en cuya realización influyó en modo directo la voluntad y la inteligencia y contiene una decisión destinada a producir efectos jurídicos; además una vez expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no puede ser revocado ni modificado por ningún otro funcionario de la Administración. Es un acto que define la situación jurídica del contribuyente, y, con fundamento en él, se han de aplicar los derechos y obligaciones que regula para producir la plenitud de sus efectos conforme a procedimientos prescritos en la legislación tributaria.
>
> Esta situación es definitiva e inmodificable y constituye la base para una posterior actuación como es la determinación del gravamen; parte entonces de una situación preestablecida en la norma general, como es la renta presuntiva, y concluye que por las condiciones analizadas en la providencia, la empresa se ajusta a los parámetros allí definidos", (tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de noviembre 30 de 1989, Mag. : Dra. María Inés Ortíz Barbosa).

Decidido el aspecto procesal en la forma anteriormente expuesta, con relación al tema de fondo, se recuerda que el actor impugnó las resoluciones ministeriales por considerarlas violatorias del derecho a la reducción de la renta presuntiva por tratarse de actividad sometida a control oficial de precios, citando como normas violadas el cuarto inciso y el numeral 2o. del Artículo 15 de la Ley 9a. de 1983 así como el Artículo 3o. del Decreto Reglamentario 353 de 1984 relativo al procedimiento para establecer la "renta presuntiva".

Como es bien sabido el sistema de renta presuntiva es un medio para determinar la renta gravable . Su fundamento es una presunción legal consistente en que la "renta líquida del contribuyente" no puede ser inferior a un tanto por ciento de los ingresos netos obtenidos en el respectivo ejercicio, si este valor fuera superior. Para el año gravable de 1986, los porcentajes fueron del 8% y del 2% respectivamente.

La ley misma ha establecido casos de exclusión y casos de disminución tratando de consultar las múltiples causales por las cuales no es posible obtener la rentabilidad fijada previamente y dentro de los casos que permite disminución

proporcional es cuando el valor de los ingresos netos son realizados en actividades económicas afectadas por disposiciones legales o administrativas relativas al control de precios, caso en el cual la reducción proporcional "se efectuará por el Ministro de Hacienda y Crédito Público" (Artículos 15 Ley 9a./83 y 50 Ley 55/85) . Y dentro de las actividades sujetas a control de precios, ciertamente han estado sometidas las distribuidoras de combustibles derivados del petróleo.

Corresponde la contribuyente que se considere colocado dentro de la hipótesis legal de reducción plantear y comprobar un caso particular ante el funcionario competente, en el ejemplo que se debate, ante el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Pero todo ese proceso no tiene otra finalidad que la de reducir la base de la renta presuntiva pero cuando de acuerdo a la ley es preciso determinar el impuesto con base en la presuntiva y no en la liquidación ordinária, o sea, cuando ésta es inferior a la presuntiva.

Se trata entonces de comprobar que la renta líquida no alcanzó los niveles de la presuntiva por alguna de las causales permitidas por la misma ley (por ejemplo, control de precios de sus productos), a fin de que no se liquida el impuesto de renta con base en la renta presuntiva general sino en un nivel más bajo que resulta de comprobar la influencia de la causal determinante.

En consecuencia carece de interés jurídico la solicitud de reducción proporcional por cualquier causal cuando la renta líquida del contribuyente "...**no es inferior** al 6% de su patrimonio..." etc., lo que significa que cuando es superior toda la problemática de la renta presuntiva no se aplica. De ahí que el Artículo 6o. del Decreto Reglamentario 353 de 1984 dispone que "para efectos de tomar la renta gravable se tomará como renta liquida **la que resulta superior** de comprar la renta liquida establecida de conformidad con el Artículo 4o. de este decreto. A dicha renta líquida se le restará la renta exenta.

Estos conceptos elementales sobre un tema tan ampliamente difundido contradicen y desvirtúan la insistencia del señor apoderado en considerar que basta establecer que la actividad económica fue afectada por el control de precios para que proceda reducir la renta presuntiva "independientemente de si es menor o mayor que la renta líquida".

La inutilidad de reducir el cálculo de la renta presuntiva en este proceso se advierte con la misma declaración de renta corregida el 15 de julio de 1987 en la que, frente a una renta líquida (determinada por el sistema ordinario de depuración) de $ 145'088.607. estableció una renta presuntiva de $ 48.694.900. que fue la que solicitó al Ministerio que se redujera. Ante tales datos resultaba manifiestamente improcedente la reducción de la presuntiva, cuando la líquida era tres veces mayor y esta sería la que se tomaría como base para establecer la

renta gravable.

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

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* ausente

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / DISTRITO TURISTICO DE SANTA MARTA

La organización del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta fue condicionada a la expedición por el legislador de una ley sobre su organización, a pesar de ello, el Concejo creyó que podía trasladar sin más la organización dada al Distrito Especial de Bogotá, en los artículos 171, 182 y 189 parágrafo de la Constitución Nacional al Distrito Turístico de Santa Marta sin que mediara pronunciamiento del legislador. El Concejo de Santa Marta desvincula ese Distrito del régimen ordinario de los municipios, en especial el régimen tributario, sin que el legislador hubiere hecho uso de la autorización que le fue conferida.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo No. 8/90 (agosto 17) por el cual el Concejo Municipal de Santa Marta crea el impuesto sobre el carbón mineral que transite o que se transporte dentro del territorio distrital de Santa Marta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente No. 3337. Actor: JOAQUIN AARON MANJARRES. APELACION INTERLOCUTORIOS. AUTO

Antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, observa el despacho que por error se dio trámite al recurso de apelación por el procedimiento del artículo 213 del C.C.A. (Modificado por el artículo 52 del Decreto 2304 de 1.989)

cuando debió resolverse de plano por tratarse de suspensión provisional.

ANTECEDENTES

El actor en ejercicio de la acción pública de nulidad, demanda el Acuerdo No. 8 de agosto 17 de 1.990, por el cual el Concejo Municipal de Santa Marta, Distrito Turístico, Cultural e Histórico, crea el impuesto sobre el carbón mineral que transite o que se transporte dentro del territorio Distrital de Santa Marta, por considerar que dicho acuerdo viola el art. 1 , del Acto Legislativo No. 3 de 1.989; la Ley 97 de 1.913, art. 1, literal m); artículo 197, numeral 2 del C.N.; Decreto 1333 de 1.969; Decreto 444 de 1.967, artículo 169; Decreto 01 de 1.984, artículos 50, 51, 55, 62 y 65 por cuanto no hay norma legal que autorice al Concejo de Santa Marta a crear el impuesto al carbón mineral.

AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo del Magdalena, declaró la suspensión provisional solicitada por el actor, por considerar que : ".....basta que haya manifiesta infracción de **"una"** de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma sin que sea menester enderezar el parangón hacia o en relación con el conjunto o totalidad de normas reseñadas como infringidas".

De la simple confrontación el Tribunal consideró que se violó el numeral 2 del artículo 197 de la Constitución Nacional, considerando que solo cuando la ley organice el Municipio de Santa Marta como Distrito Turístico, le será aplicable el régimen del Distrito Especial de Bogotá, como está ordenado en el artículo segundo del Acto Legislativo No. 03 de diciembre 29 de 1.989.

EL RECURSO DE APELACION

El Doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, Alcalde Mayor del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, al darse por notificado del auto, que admitió la demanda y suspendió provisionalmente el Acuerdo No. 008 de 17 de agosto de 1.990 que creó el impuesto al carbón mineral que se transporte por ese Distrito, presentó recurso de apelación contra el mismo y sustentó el recurso basándose en que el Acto Legislativo 03 de 1.989 dispuso en su artículo 2o., la aplicación para Santa Marta lo dispuesto para el Distrito Especial de Bogotá en los referente a los artículos 171, 182 y parágrafo del 189 de la Constitución Nacional; además plantea que la Ley 97 de 1.913 le dio la atribución de crear el impuesto al carbón mineral a Bogotá (literal m) del artículo 1), y posteriormente la Ley 84 de 1.985, en su art. 1o. literal a), le dio tal facultad a los demás municipios, excepto las que trata el inciso b) siempre que las Asambleas Departamentales les hayan concedido o concedan en los sucesivo dichas atribuciones; y por el artículo 7o. de la Ley 84 de 1.915, fue reformado el artículo 1o. de la Ley 97 de 1.913.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La primera cuestión que la Sala debe decidir es si Santa Marta está sujeta al régimen de los demás municipios del país, o si en virtud del Acto Legislativo No. 03 de 1.989, le es aplicable el régimen del Distrito Especial de Bogotá, que es, en síntesis, el fundamento del Acuerdo No. 08 de agosto 17 de 1.990 expedido por el Concejo de Santa Marta, por el cual se crea el impuesto sobre el carbón mineral que transite o que se transporte dentro del territorio Distrital de Santa Marta.

Dice así:

"Acto Legislativo 03 de 1.989, diciembre 29 "por medio del cual se erige a la ciudad de Santa Marta, Capital del Departamento del Magdalena, en Distrito Turístico, Cultura e Histórico".

El Congreso de Colombia

DECRETA

"Artículo 1o.- La ciudad de Santa Marta, capital del Departamento del Magdalena, será organizada como un distrito turístico, cultural e histórico, sin sujeción al régimen municipal ordinario, **dentro de las condiciones que fije la ley,** el Legislador así mismo dictara para ella un estatuto sobre su régimen fiscal, administrativo, y su fomento económico, social, cultura, turístico e histórico. La Ley podrá agregar otro u otros municipios circunvecinos al territorio de la capital del Magdalena, siempre que sea solicitada su anexión por las tres cuartas **partes de los** concejales del respectivo municipio".- (Lo subrayado es de la Sala).

"Sobre las rentas que se causen en el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, la ley determinará la participación que le corresponda".

"Artículo 2o.- Lo dispuesto para el Distrito Especial de Bogotá por la Constitución Nacional en sus artículos 171, 182 y parágrafo del 189, se aplicará al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta. "

"Artículo 3o. Este Acto Legislativo rige desde su promulgación".

El Acuerdo No. 008 de agosto 17 de 1.990, cuya suspensión provisional decretó el Tribunal Administrativo del Magdalena, tiene nueve (9) literales desde la a) a i) y en él se invoca, letra a), el acto legislativo que creó el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, reconociendo en el literal b), que ese acto legislativo autorizó al legislador para dictar un estatuto especial sobre su régimen fiscal, administrativo y su fomento económico, social y cultural; y en

relación con las rentas que se causen en Santa Marta expresó que la ley determinará la participación que le corresponda, mas aceptando en el literal siguiente que la ley no ha sido dictada, sinembargo afirma que procede aplicar a Santa Marta el régimen del Distrito Especial de Bogotá que contempla el impuesto al carbón mineral que transite (sic) por el Territorio del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

El relato que antecede permite afirmar que la organización del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta fue condicionada a la expedición por el legislador de una ley sobre organización, cuestión expuesta en el Acuerdo 008 de 1.990 del Concejo de Santa Marta; lo anterior no se discute. A pesar de ello , el Concejo creyó que podía trasladar sin más, la organización dada al Distrito Especial de Bogotá en los artículos 171, 182 y 189 parágrafo de la Constitución Nacional, al Distrito Turístico de Santa Marta, sin que mediara pronunciamiento del legislador.

Adicionalmente, el actor pone de presente que el Acuerdo grava un artículo destinado a la exportación por el puerto de Santa Marta contraviniendo la disposición contenida en el art. 169 el Decreto 447 de 1.967 mas conocido como Estatuto Cambiario.

En el auto apelado, y la Sala comparte ese criterio, el Concejo de Santa Marta desvincula ese Distrito del régimen ordinario de los municipios, en especial el régimen tributario, sin que el legislador hubiere hecho uso de la autorización que le fue conferida en el Acto Administrativo mediante el cual se elevó a Santa Marta en Distrito Turístico, Cultural e Histórico.

Por tanto, resulta evidente la violación del artículo 197, numeral 2 de la Constitución Política de Colombia y del artículo 259 numeral 2, literal b) del Decreto 1333 de 1.986, que contiene la misma disposición y del art. 169 del Estatuto Cambiario cuya violación se acusa en la demanda, al gravar artículos destinados a la exportación.

Así las cosas, procede confirmar el auto recurrido por considerarlo ajustado a la ley.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE EL AUTO APELADO.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada

en la Sala de la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario

VENTA EXENTA/EXPORTACION/PRUEBAS

No puede entenderse el artículo 10 del Decreto 2803/75 como un camisa de fuerza de modo que los tres grupos de documentos en él mencionados sean los únicos conducentes para probar las exportaciones con fines de descontar impuestos, y que por tanto haga inconducente su prueba con otros elementos probatorios como los señalados en el Decreto 584/75, artículo 12, o aún aquéllos permitidos por la normatividad tributaria por la vía gubernativa, como la inspección contable realizada. (V bimestre de 1981).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3321. Actor: Du Pont de Colombia S.A. C/La Nación. Apelación sentencia de 24 de agosto de 1990 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Nulidad y restablecimiento del derecho. Impoventas V bimestre de 1981. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales contra la sentencia de 24 de Agosto de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos administrativos por los cuales se fijó el impuesto de ventas por el V bimestre de 1981, a cargo de la sociedad Du Pont de Colombia S.A., Nit. 90.100.454.

A-ANTECEDENTES

1.-La Administración de impuestos de Bogotá previo requerimiento especial

No. 222-1041 de 10 de Diciembre de 1982, profirió la liquidación de revisión 676 de 8 de junio de 1983 fijando el impuesto de ventas a cargo del V bimestre de 1981, desconociendo exenciones por exportaciones, descuentos tributario e imponiendo sanciones por inexactitud y por aforo (fl. 23).

2.- La Administración confirmó en su totalidad la liquidación oficial, declarando agotada la vía gubernativa. Resolución 141 de 23 de mayo de 1988 (fl. 26).

3.-La sociedad contribuyente presentó demanda del restablecimiento del derecho contra los actos anteriores, aduciendo que las normas aplicables permiten probar la realidad de las exportaciones aún con la información que suministre la contribuyente con la declaración de ventas, como lo hizo al adjuntar las relaciones a que se refiere el Decreto 584 de 1985 artículo 12, sin que sea imprescindible la presentación de los documentos sobre el reintegro de divisas como lo asume la Administración, y que además, la inspección contable que ésta realizó, demostró igualmente dichas exportaciones.

4.-El Tribunal en el fallo impugnado, accedió a las peticiones de la demanda, anulando los actos demandados y ordenando la correspondiente devolución, en atención a :

a.-La plena prueba de las exportaciones por los funcionarios de la Administración al efectuar la inspección contable.

b.-Que dado lo anterior, "la sanción impuesta debe levantarse y además porque... la sociedad actora, no tipificó los supuestos fácticos de que habla la mentada disposición (Ley 52 de 1977, artículo 27)" (fl. 345).

B-El recurso de Apelación y la oposición.

1.-La Dirección de Impuestos Nacionales interpone recurso de apelación contra la anterior providencia insistiendo en que no cumplió la contribuyente con todas las exigencias probatorias del Decreto 2803 de 1975, artículo 10, como lo es la presentación de los certificados de reintegro y la cancelación de garantías, siendo insuficiente para el efecto de la inspección contable realizada.

2.-La actora se opone al recurso argumentando la plena prueba de las exportaciones, lo cual hace irrelevante la exigencia de la Administración, dado el carácter instrumental del requisito, de modo que al probarse lo sustancial, que se exportó, ese requisito formal' se hace innecesario.

C-El concepto fiscal

La Fiscalía Tercera de la Corporación, representada por el doctor Jaime

Ossa Arbeláez, solicita la revocación de la sentencia y en su lugar denegar las súplicas de la demanda, por considerar "que las exportaciones efectivamente se realizaron, pero el derecho a la exención no surge de ese solo hecho sino del cumplimiento de los requisitos que señala el artículo 10 del Decreto 2803 de 1975" (fl. 374), entre los cuales ésta 'la presentación de los certificados de reintegro y cancelación de garantías.

D- **Consideraciones de la Sala.**

1.-Las exigencias probatorias del decreto 2803 de 1975, art. 10.

El punto central objeto de discusión tiene que ver con la interpretación de las normas reglamentarias referentes a los documentos con los cuales se acreditan las exportaciones, para que proceda el descuento del impuesto sobre las ventas.

Tales normas son : Decretos Reglamentarios 2815 de 1974, artículo 16 parágrafo 1o. (D.O. 30 de enero de 1975), 584 de 1975, artículo 12, (D.O. 22 de abril de 1975) y 2803 de 1975, artículo 10 (D.O. 4 de febrero de 1976).

El parágrafo 1o. del artículo 16 del Decreto 2815 de 1974 que indicaba los documentos que debían presentar (licencias y manifiestos de exportación) fué subrogado expresamente por el artículo 12 del Decreto 584 de 1975, según el cual basta con hacer las relaciones de licencias de exportación por el respectivo bimestre y de los correspondientes manifiestos de aduanas.

Por su parte el Decreto 2803 de 1975, artículo 10º, cuya intención no fue subrogar o derogar el Decreto 548, sino complementarlo, como claramente se desprende en su texto, enuncia tres grupos de documentos para probar las exportaciones: Relación de conocimientos de embarque o guías aéreas, certificados de reintegro y cancelación de garantías y copias de licencia correspondiente, los cuales de ser presentados, hacen innecesaria la presentación de los manifiestos de exportación (la referencia al derogado parágrafo 1o. del artículo 16 del Decreto 2815 no otorga a éste, por ése solo hecho nuevamente vigencia. cfr. Ley 153 de 1887, artículo 14º).

Esta aclaración en torno a los manifiestos nos indica el verdadero sentido de la enunciación mencionada: Es una simple orientación para entender probado el hecho de las exportaciones con el fin de descontar el correspondiente impuesto sobre las ventas y así dar cumplimiento a la exención ordenada en el Decreto legislativo 1988 de 1974, artículo 8o., numeral 4o., de modo que la presentación de los tres grupos de documentos (entre los cuales está el certificado de reintegro y cancelación de garantías, centro de la controversia), hace innecesario el aporte de los manifiestos, pero no inhibe a éstos de los pertinentes efectos probatorios, ni tampoco a la simple relación de licencias y manifiestos adjuntada a la

declaración, dada la presunción de veracidad que cobija este documento, si el exportador se acoge preferentemente al Decreto 584 de 1975, el cual al no ser derogado por el Decreto 2803 de 1975, sino complementado, según se dijo, era igualmente aplicable al caso en cuestión.

Concluyendo, no puede entenderse el Decreto 2803 de 1975, artículo 10o. como lo hace la apelante (fl. 366 como una camisa de fuerza de modo que los tres grupos de documentos en él mencionados sena los únicos conducentes para probar las exportaciones con fines de descontar impuestos, y que por tanto haga inconducente su prueba con otros elementos probatorios como los señalados en el Decreto 584 de 1975, artículo 12, o aún aquéllos permitidos por la normatividad tributaria para la vía gubernativa, como la inspección contable realizada.

Hacer la referida exigencia es desconocer el carácter instrumental de los reglamentos en mención respecto del Decreto Legislativo 1988 de 1974, que en su artículo 8o. numeral 4o. consagra un verdadero derecho sustancial a favor de quien exporta y así lo prueba por cualquier medio idóneo y conducente en los términos referidos,, vulnerando ese derecho con simples exigencias formalistas que además, carecen (en esos términos perentorios) de respaldo legal alguno.

2.- La prueba de las exportaciones.

No sólo prueba plenamente la demandante el hecho de las exportaciones en la suma de $ 122.829.409, sino que además, ello es reconocido por la propia administración.

Efectivamente, las ventas exentas correspondientes a las ventas de exportaciones fueron plenamente probadas tanto en las diferentes etapas administrativas, como en las jurisdiccionales, así:

a.- En la declaración bimestral de ventas del V bimestre de 1981, (fls. 14 proceso y 15 antecedentes administrativos), y anexos:

- Relación de registros de exportación (fl, 17 antec.).

- Relación de manifiestos de exportación (fl. 18 antec,)

b.- En la respuesta al requerimiento especial (oficio de 12 de enero de 1983 fls. 73 1 75 antec.) adjuntando:

- Relación de conocimientos de embarque y/o guías aéreas (fl. 79 antec.).

- Relación de certificados de reintegro (fl. 80 antec.)

- Fotocopias autenticadas de los registros de exportación (fls, 81 a 118 antec).

c.- En la presentación de la demanda ante lo contencioso administrativo (fls. 2 y ss.), adjuntando:

- Fotocopia autenticada de la declaración bimestral de ventas (fl. 39 a 42 proceso)

- Fotocopia autenticada de la relación de certificados de reintegro (fl. 43 proceso).

- Fotocopia autenticada de la relación de registros de exportación (fl.44 proceso).

- Fotocopia autenticada de la relación de manifiestos aduaneros (fl.45 proceso).

- Fotocopias autenticadas de los registros de exportación y los correspondientes manifiestos y documentos de transporte, algunos de los cuales fueron reintegrados en el mismo bimestre (V de 1981) (fl. 47 a 150 proceso).

- Fotocopias autenticadas de los certificados de reintegro (fls. 151 a 176 proceso), cuya discusión por la apelante se hace innecesaria dado que las exportaciones han sido probadas por otros medios.

Por otro lado la doctrina que invoca como aplicable (sentencia de 23 de octubre de 1987 C.E., actor Adolfo Urdaneta L., Consejero Ponente Consuelo Sarria Olcos, Exp. 0292, página 27 de la providencia) en respaldo de su tesis, la cual inhibiría para conocer en la vía jurisdiccional de pruebas no aportadas en la vía gubernativa, además de no poderse considerar de recibo, no es la que se sostiene en la mencionada providencia, pues allí se trata es de nuevos argumentos, no pruebas.

A lo anterior se suma que la realidad de las exportaciones fué reconocida por los propios funcionarios de la Administración, cuando efectuaron la inspección contable solicitada, en cuya acta se lee:

"VENTAS EXENTAS

"Contabilizadas en septiembre y octubre de 1981 por un valor de $195.544.258.oo discriminados así:

"La suma de $ 122.829.409.oo correspondiente a ventas de exportación y la suma de $ 72.714.849.oo correspondiente a ventas exentas vendidas en el país. Como se pudo establecer en los comprobantes de Diario No. 9-13 y 10-13 de septiembre y octubre de 1981 respectivamente contabilizados en libros principales de Contabilidad y comprobados por su respectivos Mani-

fiestos de Aduana Registros de Exportación y Conocimientos de Embarque que relaciono y anexo fotocopia de los documentos anteriormente citados. Las ventas transferencias que se registran en los comprobantes antes citados, corresponden a ventas de exportación a la Casa Matriz', (fls 129 y 130 antec.).

3 - La sanción por inexactitud.

No es procedente su aplicación, dado que como acertadamente lo estimó el Tribunal, no demostró la administración la tipicidad de los hechos constitutivos de la conducta a sancionar, aunado al hecho que el principal fundamento de la sanción, el rechazo de las exenciones, ha sido desvirtuado.

Como consecuencia de lo anterior, al ser suficiente la prueba por otros medios idóneos, de las exportaciones, al estar éstas efectivamente probadas en el presente proceso en la suma discutida y, según se vió, al no poderse aplicar la sanción alguna por inexactitud, asistió la razón al a-quo cuando en atención a esos hechos accedió a las pretensiones de la demanda, por lo cual esta Superioridad habrá de confirmar la providencia impugnada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 24 de agosto de 1990 proferida en el proceso 6.474, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda.

Reconócese personería al doctor Luis Enrique Fajardo Alvarez según poder visible a folio 359.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

DEMANDA - Requisitos / **CAUCION**

En materia de sanciones y específicamente las que se imponen en resolución independiente y que no vinculan con ningún impuesto, ni ejercicio gravable, no existe ninguna forma especial que exonere de la obligación general de la caución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3406. Actor: LA SULTANA LTDA. C/ LA NACION -AUTO-

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad domiciliada en Cali, LA SULTANA LTDA contra el auto de 22 de noviembre de 1.990 dictado por el Tribunal Administrativo del Valle del cauca en el proceso No. 17013 mediante el cual inadmitió la demanda presentada contra un acto sancionatorio de la Administración de Impuestos Nacionales.

El motivo de la inadmisión radica en que, ordenada por el Magistrado Sustanciador una caución de $1.911.496, de conformidad con los dispuesto por el artículo 140 del C.C.A., no fue prestada por el actor quien por el contrario, al sustentar la apelación alega no estar obligado a ello en consideración a que la multa impuesta a un poderdante por "no facturación" (Artículo 652 del Estatuto Tributario), se relaciona directa e indirectamente con el Impuesto sobre la Renta siendo en consecuencia aplicable la disposición según la cual no es necesario para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa el pago o caución del impuesto discutido (Artículo 9o. Ley 8 de 1.970). Igualmente, con apoyo en cita de un aparte de la obra del Profesor Hernando Morales alega que los autos, como el apelado,

no son ley del proceso en el sentido de que sean inmodificables por el juez.

Por parte el apoderado especial de la Dirección General de Impuestos Nacionales refuerza la decisión del Tribunal del Valle alegando que el artículo 867 del Estatuto Tributario incorporó las normas especiales sobre pago o caución para demandar en materia de Impuestos sobre la Renta y Ventas, que como normas especiales no modifican lo estatuído por el Artículo 140 del C.C.A. siendo en consecuencia legal la disposición del Tribunal, por lo cual solicita su confirmación.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Sin que sea necesario entrar a definir hasta que punto es aplicable la tesis de la inmodificabilidad de los autos dictados en el proceso contencioso administrativo, en el caso sometido a conocimiento de la Sala resulta claro que el apelante carece de razón al pretender ampararse en normas especiales que regulan los requisitos de la demanda cuando se trata de discutir el monto de los Impuestos de Rentas o Ventas, en lugar de las generales que son las aplicables al evento de la controversia suscitada con ocasión de la imposición de multas por parte de la Administración de Impuestos Nacionales, no involucrados dentro del cuerpo de la liquidación de impuesto sino mediante resoluciones independientes.

Según el artículo 637 del Estatuto Tributario las sanciones pueden imponerse mediante resolución independiente o en las respectivas liquidaciones oficiales. En uno y otro caso tienen término de prescripción diferente y el procedimiento para su discusión resulta también distinto. Las sanciones relativas a informaciones y expedición de facturas, reguladas en los artículos 651 a 653 del Estatuto Tributario, no están necesariamente vinculadas a las declaraciones tributarias. En estas se puede incurrir en otros hechos sancionados que contemplan los artículos 641 a 650 del Estatuto Tributario.

Prueba de ellos son los mismos actos objeto de la demanda que no se refieren a ningún año gravable en particular, ni a ningún impuesto específico, sino simplemente a los requisitos que deben llenar las facturas utilizadas por el comerciante. Consecuencialmente para los efectos de la admisión de la demanda resultaba aplicable el art 140 del C.C.A. según el cual... "si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o **multas** que se exijan..." deberá acompañarse a la demanda del respectivo comprobante de consignaciones en calidad de depósito si hay ley especial que lo exija a caución a satisfacción del ponente para garantizar "el pago de los recargos" a que haya lugar..

En esta materia las únicas disposiciones especiales eran el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1.970 que se refería a demandas en materia del impuesto sobre la renta y complementarios que exoneraba del pago de lo que hubiere liquidado la Administración y el Artículo 93 de la Ley 9a./83 que impone una caución del 10% de lo impugnado en materia de Impuesto a las Ventas; ambas fueron

recogidas en el artículo 867 del Estatuto Tributario. Pero en materia de sanciones y específicamente las que se imponen en resolución independiente y que no se vinculan con ningún impuesto, ni ejercicio gravable no existe ninguna norma especial que exonere la obligación general de caución que acertadamente exigió el Tribunal, cuya actuación merece confirmarse.

En mérito a lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE

Confírmase el auto apelado del 22 de noviembre de 1.990.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge Torrado Torrado, Secretario

DECLARACION TRIBUTARIA/LIQUIDACION DE AFORO -Improcedencia

Se puede presentar la situación de que un contribuyente estando obligado a declarar cumpla con la obligación de declarar pero en forma irregular. Esto es, que anote en el formulario de la declaración una dirección distinta a la que de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 080/84 debe informar, o que se presente aquél en una administración que no es la competente para declarar. Es cierto que las declaraciones se presentaron en Bogotá, cuando la diligencia ha debido surtirse en la ciudad de Neiva, pero la irregularidad no daba lugar a las liquidaciones de aforo, máxime cuando el contribuyente ni se le requirió ni emplazó, siendo que para entonces, con las modificaciones pertinentes estaba vigente el artículo 28 del decreto 1651 de 1.961.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3028. Actor: BENJAMIN BARRERO Y CIA. S. EN C. IMPUESTO RENTA - FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva, dependencia de la Dirección General de Impuestos, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 4 de mayo de 1.990, la cual resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda formulada por la sociedad BENJAMIN BARRERO Y CIA. S. EN C., dirigida a obtener la nulidad de las liquidaciones de aforo números 002, 003, 004 y 005 practicadas por la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva el 12 de marzo de 1.987 y las resoluciones 025, 028 del 16

de febrero de 1.988 y 029 y 030 del 19 de febrero del mismo año, mediante las cuales se determinaron respectivamente los impuestos sobre las ventas y sanciones por el año gravable de 1.985 y los impuestos de renta y complementarios y sanciones por este mismo año y por los de 1.984 y 1.983.

El apoderado de la Administración Tributaria no está de acuerdo con la sentencia. Como de conformidad con la escritura 1425 del 31 de julio de 1.980, el domicilio principal de la sociedad era la ciudad de Neiva, en esta dice, es en donde la sociedad ha debido cumplir su obligación de presentar las declaraciones de renta y ventas. Así que habiéndolas radicado en Bogotá, de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 23 del Decreto 80 de 1.984 y 13 del Decreto 3139 del mismo año, se entiende como no presentadas.

Por otra parte solicita que se revoque la sentencia y se profiere fallo inhibitorio porque con la demanda no se cubrió el total de la caución prevista respecto de las liquidaciones de aforo del impuesto sobre las ventas así como los de renta.

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación en su concepto de fondo solicita se confirme la sentencia apelada.

Estima que "como los impuestos de renta y ventas tiene carácter nacional, son administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales y además las Administraciones de Impuestos Nacionales que funcionan a nivel nacional como las de Bogotá y Neiva, son dependencias de dicha dirección, se debe admitir que la sociedad sí cumplió con su deber de declarar..."

CONSIDERACIONES DE LA SECCIÓN

En el caso concreto sometido a consideración de la Sala se trata de dilucidar si es procedente o no la liquidación de aforo, que practicó la Administración de Impuestos de Neiva.

De acuerdo con los artículos 23 y 47 del Decreto 3803 de 1.982 y 13 del Decreto 398 de 1.983, el aforo es una facultad que la ley le otorga a la Administración de Impuestos Nacionales para que determine la obligación tributaria a un sujeto pasivo de impuestos administrados por ella, cuando aquel estando obligado a presentar declaración, OMITA EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER FORMAL, en cuyo caso deberá aplicar una sanción que oscila entre el 200% al 600%, según el aforo se practique dentro del 1o., 2o., 3o., 4o. y 5o. año siguiente a la fecha en que debió presentarse.

Los artículos 23 y 30 del Decreto 080 de 1.984, armónicos con el artículo 13 del Decreto 3139 de 1.984, por su parte establecen, el primero cuál es la dirección que el contribuyente debe informar en su declaración, correspondiendo

en el caso de personas jurídicas anotar el domicilio social principal según la escritura vigente; y el segundo, que : "para efectos de cumplir el deber formal de declarar los contribuyentes deben presentar sus declaraciones en la Administración de Impuestos correspondiente a la dirección informada".

De la interpretación armónica y concatenada de las disposiciones en cita para la Sala es claro que son dos situaciones distintas las que regulan:

1o. Cuando el contribuyente estando obligado a declarar OMITA el cumplimiento de su deber fiscal, y

2o. Que estando en la misma circunstancia, el sujeto pasivo cumpla con la obligación de declarar pero en forma irregular. Esto es, que anota en el formulario de la declaración una dirección distinta a la que de acuerdo al Artículo 23 del Decreto 080 debe informar, o que se presente aquel en una Administración que no es la competente para declarar.

En el primer caso es obvio, que la sanción de aforo es la procedente, pero no en el segundo puesto que la situación es diferente.

En éste, aunque con irregularidades, la declaración físicamente se presentó y la Administración Tributaria, que es una sola DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS aunque integrada por dependencias distintas, la recibió y radicó.

Tan evidente es la distinción que a partir de la expedición del Decreto 2503 de 1.987, el legislador ha previsto el mecanismos distintos para sancionar en uno y otro caso (Art. 56 a 58) y con la Ley 49 de 1.990 se permite corregir los errores cometidos al declarar (Art. 48) y cuando por ellos se entiende no presentada la declaración.

En los antecedentes administrativos allegados al proceso, aparece que la sociedad PRESENTO las declaraciones tributarias por los períodos que se cuestionan, como los mismos funcionarios lo aceptan en el acta de inspección contable No. RG-015 de septiembre 10 de 1.986; más aún, se recibieron los impuestos y anticipos determinados en las liquidaciones privadas presentadas con ellas, como se constata con los recibos de pago que se referencian en el mismo documento, de donde resulta que no era procedente practicar las liquidaciones de aforo que por los períodos gravables efectuó la Administración en relación con los impuestos de renta y ventas.

Es cierto que las declaraciones se presentaron en Bogotá, cuando la diligencia ha debido surtirse en la ciudad de Neiva, pero la irregularidad no daba lugar a las liquidaciones de aforo, máximo cuando a; contribuyente no se le requirió ni emplazó, siendo que para entonces, con las modificaciones pertinentes estaba vigente el Artículo 28 del Decreto 1651 de 1.961.

Cabe observar que también como lo hizo el a-quo, cómo sí los ingresos se determinaron con base en una inspección contable, no se tuvieron en cuenta igualmente erogaciones que se causaron y contabilizaron en su obtención.

Por último y en cuanto a la inadmisión de a demanda que solicita el apelante porque no se cubrió el total de la caución prevista en el Artículo 84 del Decreto 2503 de 1.987, es procedente en cuanto a los actos que determinaron el impuesto sobre las ventas, porque para la fecha en que se admitió aquella si bien es cierto se había declarado inexequible el citado Artículo 84, también lo es que el artículo 93 de la Ley 9a. de 1.983 recobró su vigencia y en éste se exige prestar caución por valor igual al 10% de la suma materia de impugnación cuando del impuesto sobre las ventas se trata.

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

FALLA

1o. Revócase la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo del Huila el 4 de mayo de 1.990, en cuanto decreta la nulidad de la Liquidación de Aforo No. 002 de marzo 12 de 1.987 y la Resolución No. 025 de febrero 16 de 1.988, actos administrativos que determinaron el impuesto sobre las ventas correspondientes al período gravable de 1.985 a cargo de la sociedad BENJAMIN BARRERO Y CIA. S. A. EN C., NIT. 91.102.097.

2o. En su lugar declárase inhibido para conocer la demanda en cuanto a dicho impuesto se refiere, por inepta.

3o. Confírmase la sentencia apelada en cuanto declara la nulidad de las liquidaciones de Aforo números 003, 004, 005 de marzo 12 de 1.987 y las Resoluciones números 028,029 y 030 de febrero 16 y 19 de 1.988 respectivamente, por medio de las cuales se determinaron los impuestos sobre la renta y complementarios correspondientes a los período gravables 1.983, 1.984 y 1.985 a cargo de la misma sociedad contribuyente.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / LIQUIDACION DE REVISION - Requisitos /**IMPUESTO DESCONTABLE** -Rechazo /**ARGUMENTO NUEVO**

La liquidación de revisión debe tener una "explicación sumaria de las modificaciones efectuadas, en lo concerniente a la declaración". Al efecto no hay norma alguna que indique los términos precisos en que deba hacerse tal explicación, siendo por demás obvio que al indicarse que ella es "sumaria" se debe entender que debe ser breve, sucinta, y no de otra manera puede tomarse el Memorando explicativo que se anexa a la liquidación oficial en el cual se manifiestan sumariamente pero con suficiente claridad, los motivos de rechazo a los descuentos solicitados por la actora (Período fiscal del V Bimestre de 1.983).

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / ACTIVO FIJO -Naturaleza

Estima la Sala que los bienes muebles a que se refiere la lista (herramientas pequeñas, ventiladores de techo, raspadores para escoria, manómetros de presión, tanques, lámparas, inodoros, cronómetros), no obstante que contablemente puedan no tener el carácter de activos fijos, tributariamente deben tener el tratamiento, no sólo por aplicación de definición legal, sino por el análisis del objeto social de la empresa en relación con la naturaleza de los referidos bienes, los cuales no puede decirse que se consuman o que sean insumidos en el proceso productivo de los bienes que se venden, aunque no se desconoce que de una u otra forma coadyuvan al desarrollo del mismo (V Bimestre de 1.983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3334. Actor: Cerro Matoso S.A.. Apelación sentencia de 31 de agosto de 1.990 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Nulidad y restablecimiento del derecho. Impoventas V bimestre de 1.983 - FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad Cerro Matoso S.A., Nit. 60.069.378, contra la sentencia de 31 de agosto de 1.990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada contra los actos administrativos de determinación del impuesto sobre las ventas correspondiente al V bimestre de 1.983.

ANTECEDENTES

1.- La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, profirió la Liquidación de Revisión No. 100266 de 27 de mayo de 1.986, rechazando impuestos descontables en la suma de $ 2.558.163.oo por concepto de servicio de larga distancia, mantenimiento, arriendo de canales telefónicos, activos fijos, pagos en aduanas, conceptos varios en que no se discriminó el impuesto en las facturas, y otros en menor cuantía que fueron aceptados por la contribuyente ($124.579.oo) sancionando por inexactitud en $1.706.920.oo, fijando en consecuencia un menor saldo a favor de $4.265.083.oo (fl. 27).

2.- Se decidió el recurso de reconsideración mediante Resolución A-459-P de junio de 1.988, confirmando en su totalidad la liquidación oficial y declarando agotada la vía gubernativa (fl. 30).

3.- La sociedad contribuyente presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos mencionados aduciendo:

a.- Respecto de las glosas a los pagos de aduanas, por servicios telefónicos y mantenimiento aduce nulidad por cuanto no fueron adecuadamente motivados dichos rechazos. (fls. 4 y ss., 15 y 16).

Subsidiariamente, en relación con los pagos en aduanas adjunta documentos tendientes a demostrar la realidad de los mismos. (fls. 4 y ss).

b.- Respecto de los bienes considerados como activos fijos por la Administración, aduce el carácter fungible de los mismos y por tanto su tratamiento contable como gastos o costos (fls. 13 y ss.).

c.- Respecto del arriendo de canales telefónicos aduce que efectivamente se canceló el impuesto a la empresa oficial, ingresando éste a las arcas del Estado (fl. 16).

d.- Respecto del rechazo de las sumas no discriminadas en facturas, aduce que tal omisión es imputable no al destinatario de la factura sino a quien la emite, y por tanto no se puede hacer responsable por la misma (fl. 16).

e.- Respecto de la sanción por inexactitud indica que "no se configura la conducta sancionada por la ley" (fl. 17).

4.- El Tribunal en providencia de 31 de agosto de 1.990 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda aceptando únicamente el descuento rechazado por falta de discriminación en las facturas, aduciendo que esa omisión no es imputable a la contribuyente, y reduciendo en consecuencia proporcionalmente la sanción.

En cuanto a las demás glosas, son confirmadas atendiendo a: La invocación de un argumento no aducido en la vía gubernativa (nulidad por inadecuada explicación de los rechazos a pagos en aduanas y por servicios telefónicos), falta de prueba de dichos pagos en aduanas, falta de relación entre la compra de los bienes considerados activos fijos y el giro ordinario de los negocios de la empresa, posibilidad de la actora de ejercer su derecho de defensa respecto de los rechazos de descuentos por mantenimiento, la imposibilidad legal de causarse el gravamen por el arriendo de canales telefónicos y la tipificación de la conducta sancionada en el inciso primero del artículo 49 del Decreto 3803 de 1.982.

EL RECURSO DE APELACION Y LA OPOSICION

1.- La sociedad actora interpone recurso de apelación contra la anterior providencia alegando:

a.- Que la pretensión en torno a la nulidad debe ser resuelta de fondo, "pues en el caso presente no se trata de una pretensión nueva no alegada anteriormente, ya que en el recurso de consideración se había impugnado el rechazo de estos descuentos. Lo únicos nuevo es un fundamento de derecho adicional para tener en cuanta en la etapa jurisdiccional." (fl. 298).

b.- La prueba de los pagos efectuados en aduanas (fls. 299 y ss.).

c.- Calidad de fungibles de los bienes considerados activos fijos por la Administración, y su tratamiento contable como activos corrientes (fls. 304 y ss.).

d.- El pago efectivo del impuesto a una entidad oficial por concepto de arriendo de canales y por tanto de no aceptarse su descuento, se presentaría un enriquecimiento ilícito para el Estado (fl. 308).

e.- La no configuración de la conducta sancionable (fl. 309).

2.- La Dirección de Impuestos Nacionales se opone al recurso, indicando:

a.- Improcedencia dentro del actual régimen del control jurisdiccional de los actos administrativos de considerar pruebas nuevas y distintas a las allegadas en la etapa administrativa (fls. 322 y 323).

b.-Ausencia de nulidad en la actuación oficial por cuanto si se motivó sumariamente la misma (fls. 323 y 324).

c.- Insuficiencia probatoria de los pagos en aduanas (fl. 324).

d.- No poderse desvirtuar la calidad de activos fijos de unos bienes por su carácter de fungibilidad, siendo necesario para ello que sean enajenados dentro del giro ordinario de los negocios (fl. 324 y 325).

e.- Indebida comprobación por parte de la contribuyente de los impuestos descontables por servicios telefónicos y mantenimiento (fls. 325 y 326).

f.- Que la prestación del servicio de arriendo de canales telefónicos no es un servicio gravado (fl. 326).

g.- La configuración de la inexactitud sancionable al incluir la contribuyente descuentos que no logró demostrar (fls. 326 y 327).

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Tercera de la Corporación, representada por el doctor Jaime Ossa Arbeláez, solicita revocar la sentencia apelada y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda en atención a que:

1.- Impuestos pagados en aduanas.

a.- Existe una "explicación sumaria" de las glosas y por tanto no hay violación de la Ley 52 de 1.977.

b.-Los documentos aportados para la prueba de los pagos "no se pueden admitir como pruebas porque no fueron controvertidos en ninguna de las instancias de la vía gubernativa por la Administración..." (fl. 330).

c.- Que "tales documentos carecen de alcance probatorio porque existe certeza de que las fotocopias fueron tomadas de documentos originales **auténticos** provenientes de la Dirección General de Aduanas, en algunos casos, y, en otros, del Banco de la República." (fl. 330).

2.- Impuestos por compras de activos fijos.

La afirmación de la Administración de que son activos fijos "no contraría las disposiciones del artículo 663 del Código Civil, por una sencilla razón: porque este precepto no define los activos fijos y se refiere a los bienes muebles fungibles y no fungibles, conceptos estos ajenos a la cuestión que aquí se controvierte." (fl. 332).

3.- Impuestos por servicios telefónicos y mantenimiento.

La existencia de explicación de la Administración para los respectivos rechazos, implica cumplimiento de la Ley 52 de 1.977 (fl. 333).

4.- Impuestos por canales telefónicos.

"El arriendo de canales telefónicos por parte de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones no lo consagra el artículo 3o. del Decreto 2810 de 1.974 como un servicio gravado con el impuesto a las ventas." (fl. 334).

5.- Sanción por inexactitud.

"La Fiscalía no comparte las apreciaciones de la demanda porque la disposición que aquella comenta establece que constituye inexactitud sancionable la inclusión de descuentos inexistentes, que es la situación que se ha presentado en este asunto." (fl. 335).

Cabe anotar que si bien la solicitud de revocatoria del colaborador fiscal se refiere sin distingos a la totalidad de la sentencia, no explica porqué considera procedente que debe modificarse la aceptación por parte del Tribunal de los descuentos por impuestos no discriminados en factura denegándose también en este punto las peticiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Pasará la Sala a considerar cada uno de los puntos aducidos en el recurso.

1.- Planteamiento en la demanda de argumentos no aducidos en la vía gubernativa.

Como lo acota la recurrente al citar varias providencias de esta Corporación (fl. 298), ya ha definido el Consejo de Estado con claridad, en reiterada jurisprudencia, la posibilidad de aducir ante lo contencioso administrativo nuevos argumentos no invocados en la vía gubernativa.

Ese es precisamente el caso que nos ocupa, pues, si bien se ha traído al debate jurisdiccional un aspecto jurídico no alegado en la vía gubernativa: la nulidad de la Liquidación Oficial por inadecuada explicación de algunas de las

glosas, los hechos sobre los que se fundamenta son los mismos aducidos ante la Administración: El descuento solicitado por impuestos pagados por concepto de aduanas, mantenimiento y servicio telefónico y su rechazo por parte de la Administración.

No debe conducir por tanto este nuevo argumento a una inhibición respecto de los respectivos cargos, como equívocamente lo afirma el a-quo en la parte motiva del fallo, debiéndose entrar a estudiar y decidir respecto de la cuestión de fondo, como efectivamente se hará.

El error del tribunal consistió en que consideró aplicable al proceso contencioso el artículo 56 de la Ley 52 de 1.977 (fl. 276), en el sentido de limitar el tema del debate jurisdiccional a aquéllas y sólo aquéllas nulidades invocadas en la vía gubernativa en el momento descrito por dicha norma, siendo que la citada ley sólo es aplicable al procedimiento de discusión administrativa de los actos de las autoridades tributarias, pero de ninguna manera al procedimiento jurisdiccional, el cual es objeto de regulación por parte de normas especiales diferentes a la Ley 52 de 1.977, contenidas en su mayoría en el Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, conviene aclarar que no obstante manifestar el a-quo la inhibición respecto de los tres rechazos referidos (pagos en aduanas, mantenimiento y servicios telefónicos), en la misma parte motiva entra a analizar la cuestión de fondo en dos de los casos (pagos en aduanas y mantenimiento, fls. 276 y 282), decidiendo de todas maneras en la parte resolutiva respecto de todas las pretensiones y argumentos sin declararse inhibido respecto de ningún punto como debía hacerlo para proceder en consecuencia con la parte motiva.

2.- Nulidad por inadecuada explicación de los rechazos de impuestos descontables.

La Ley 52 de 1.977, artículo 49, literal g, exige que la liquidación de revisión debe tener una "explicación sumaria de las modificaciones efectuadas, en lo concerniente a la declaración".

Al efecto no hay norma alguna que indique los términos precisos en que deba hacerse tal explicación, siendo por demás obvio que al indicarse que ella es "sumaria", se debe entender que debe ser breve, sucinta, y no de otra manera puede tomarse el Memorando Explicativo que se anexa la Liquidación Oficial (fls. 28 y 29) en el cual se manifiestan sumariamente pero con suficiente claridad, los motivos de rechazo a los descuentos solicitados por la actora.

En consecuencia estima la Sala, como lo ha hecho en otras ocasiones en casos similares, que la motivación referida es suficiente para darse por cumplido el requisito de la Ley 52 de 1.977, artículo 49, literal g, no presentándose por tanto, nulidad de la liquidación de revisión, por este aspecto.

3.- Impuestos pagados en Aduanas.

Como afirma el Tribunal, de la observación de los documentos aportados para la demostración de los pagos en la Aduana no se desprende la certeza necesaria de los extremos fácticos de indispensable comprobación para la procedencia del reconocimiento.

Sólo se puede afirmar, la existencia de unos pagos efectuados entre el 17 de junio de 1.983 (fl. 56) y el 15 de marzo de 1.984 (fl. 67), probados indistintamente con los recibos de depósitos provisionales de renta aduana (Banco de la República) y/o con los comprobantes de rentas por cobrar (Dirección General de Aduanas), sin que pueda establecer si corresponden a aquéllos declarados por el V bimestre de 1.983 y por tanto respecto de los cuales procedía el descuento por ese período, ni tampoco, la correspondencia con aquéllos cuya prueba fue aportada durante la actuación administrativa, a fin de determinar cuáles de los rechazos han sido probados en esta etapa.

Tal falta de diligencia probatoria por parte de la actora, a quien correspondía probar los extremos alegados, determinó la decisión adversa por este cargo al Tribunal, lo cual en criterio de la Sala estuvo ajustado a derecho y por tanto se habrá de confirmar en este punto su decisión.

4.- Impuestos por compras de activos fijos.

El Consejo de Estado ha sostenido en providencia anterior (sentencia de 18 de mayo de 1.990 , Consejero Ponente Guillermo Chahín Lizcano, Exp. No. 2349, págs. 8 y ss. de la sentencia), que si bien una es la definición desde el punto de vista contable de los bienes considerados activos fijos, otra es aquélla para efectivos impositivos, contemplada en la ley tributaria, pues, desde este punto de vista se consideran tales, los bienes corporales, muebles o inmuebles, que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios de la empresa (Decreto 2053 de 1.974, artículo 20), definición legal que obviamente, para efectos tributarios priva respecto de las demás, legales o nó, si aplicamos adecuadamente la regla del artículo 28 del C.C. Reza textualmente la norma tributaria cita: "son activos fijos inmovilizados los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente.

En el caso presente estima la Sala que los bienes muebles a que se refiere la lista visible a folios 207 y ss. del cuaderno de antecedentes (herramientas pequeñas, ventiladores de techo, raspadores para escoria, manómetros de presión, tanques, lámparas, inodoros, cronómetros), no obstante que contablemente puedan no tener el carácter de activos fijos, tributariamente deben tener tal tratamiento, no solo por aplicación de la definición legal antes aludida, sino por el análisis del objeto social de la empresa en relación con la naturaleza de los referidos bienes, los cuales no puede decirse que se consuman

o que sean insumidos en el proceso productivo de los bienes que se venden, aunque no se desconoce que de una u otra manera coadyuvan al desarrollo del mismo.

Así las cosas, el cargo no está llamado a prosperar y se confirmará lo resulto por el Tribunal. No obstante estimando la Sala que no se dan los supuestos legales para mantener la sanción por inexactitud impuesta al contribuyente en relación con este aspecto revocará la sentencia apelada en lo pertinente y declarará nula tal sanción en cuanto se aplica a los hechos del punto en estudio. En efecto, estima la Sala que el contribuyente cometió un error de apreciación en cuanto a la calificación de los bienes, que de acuerdo con el artículo 49 del Decreto 3803 de 1.982 no es motivo de sanción.

5.- Impuestos por servicios telefónicos y por mantenimiento.

No obstante el que se deba entrar a considerar los argumentos esgrimidos por la demandante al respecto, según se dijo, sin que incida el que sean nuevos, no son éstos de recibo para la Sala, pues por un lado no se presentó negación del derecho de defensa a la contribuyente, toda vez que efectivamente hubo una explicación de los rechazos, según se vió, dándosele oportunidad en la vía gubernativa par impugnarlos y demostrar la procedencia de los descuentos solicitados, impugnación que efectuó a través de la respuesta al requerimiento especial (fl. 234 antec.) y del recurso de reconsideración (fl. 1 antec.). Y por el otro, al ejercer ese derecho de defensa, ni en la vía gubernativa ni ante lo contencioso administrativo, demostró la sociedad la realidad de los pagos con los documentos pertinentes.

Se estima por tanto acertada la decisión del Tribunal cuando por esta razón no dió prosperidad al cargo planteado por la demandante y consecuencialmente se habrá de confirmar al respecto, su decisión.

6.- Impuestos por arriendo de canales telefónicos.

No tiene este cargo posibilidad alguna de provocar una decisión revocatoria de la providencia impugnada, toda vez que es claro que al no tratarse de un servicio gravado no tiene aptitud alguna para generar el gravámen ni para que pagos imputados equívocamente a este rubro sean considerados como impuestos susceptibles de validar descuentos en las liquidaciones de impuestos sobre las ventas.

Se confirmará en este punto la sentencia apelada.

7.- La sanción por inexactitud.

Se deberá efectuar la disminución correspondiente por concepto de sanción por impuestos rechazados por compras de activos fijos (200% s/$672.301.oo

= $1.344.602.oo) de acuerdo con lo expuesto en el numeral 4o. de estas consideraciones, manteniéndose en lo demás la sanción impuesta.

Como consecuencia de lo anterior, procede la siguiente liquidación:

Impuestos ventas gravables (15% s/285.135,oo)		$ 42.770,oo
Impuestos descontables aceptados por la Administración	$28.260.554,oo	
Impuestos descontables aceptados por el Tribunal	$ 35.483,oo	
Impuestos descontables aceptados	$28.269.037,oo	$28.296.037,oo
Impuesto a favor		$28.253.267,oo
Menos sanción por inexactitud (200%)		
En liquidación oficial (200% s/ $853.460.oo)	$1.706.920,oo	
Disminución que se acepta (activos fijos: 200% s/$672.301,oo)	$1.344.602,oo	
Total sanción	$ 362.318,oo	$ 362.318,oo
Total a favor		$27.890.949,oo
Pagos (no se acreditan)		-0-
SALDO A FAVOR		$27.890.949.oo

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

FALLA

1o. REVOCASE el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de 31 de agosto de 1.990 proferida en el proceso No. 6.559, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En su lugar fíjase en VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS MCTE. ($27.890.949,OO M/Cte.) el saldo a favor de la sociedad Cerro Matoso S.A. Nit. 60.069. 378, por concepto de impuesto sobre las ventas por el V bimestre de 1.983, de acuerdo con la liquidación efectuada en la parte motiva de la presente providencia.

2o. CONFIRMASE dicha providencia en lo demás.

3o. Reconócese personería al doctor Humberto Aníbal Restrepo Vélez según poder visible a folio 313.

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

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos,* Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA

Un decreto reglamentario en el cual para expedirlo el Presidente hace invocación expresa del ordinal 11 del artículo 120 de la C.N., apenas puede tener como significación especial que se ha considerado como motivación particular la de la exacta recaudación de los impuestos (precaviendo medidas contra la elusión tributaria) pero sin que ello le agregue o le modifique el apoyo constitucional que es la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3.

IMPUESTO DE REMESAS / REINVERSION DE UTILIDADES / ACTIVO NETO

El concepto de activos netos poseídos en el país para configurar el de "reinversión de utilidades" consagrado en la norma demandada, no es ilegal. El reglamento debía consultar el caso de las sucursales de sociedades extranjeras como especial por cuanto la ley estableció un hecho generador, un momento de causación y un concepto de exoneración especiales para ellas; se causa sobre las utilidades comerciales obtenidas en Colombia y la "reinversión" de las utilidades, por haber sido expuesto genéricamente en la ley, debía ser materia de reglamentación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente 2872. Actor: JAIME GONZALEZ BENDIKSEN. Autoridades Nacionales - FALLO -

El abogado Jaime González Bendiksen obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción jurídica consagrada en el artículo 84 del C.C.A. demanda de la nulidad del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 3020 de 1.989 (diciembre 26) expedido por el señor Presidente de la República "por medio del cual se dictan normas para la exacta recaudación y administración de los tributos, se modifica el Decreto Reglamentario 2579 de 1983 y se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario, en especial sus artículos 319 y 320", según expresa el encabezamiento.

El abogado delegado del Ministerio de Hacienda ha intervenido en defensa de la Nación, así como el Fiscal Tercero ante esta Corporación Dr. Jaime Ossa Arbeláez, respalda la legalidad de la norma acusada.

Para ubicar el tema de la controversia se considera útil transcribir la relación de hechos presentada por el demandante, que resume una buena parte de la problemática , en los siguientes términos:

"1. Con fecha 4 de febrero de 1.983, dentro del lapso de emergencia económica fijada por el Decreto Legislativo 2342 de 1.982, el Presidente de la República expidió el Decreto Legislativo 231 de 1.983. El artículo 1o. de este decreto (modificado por el artículo 45 de la Ley 9a. de 1.983) estableció que la transferencia al exterior de rentas o ganancias ocasionales obtenidas en Colombia causa el impuesto de remesas. En su artículo 2 el citado decreto agregó que para efectos fiscales se presume que hay remesa de utilidades, en el caso de sucursales de compañías extranjeras, cuando no se demuestre **dentro de las condiciones que señale el reglamento** la reinversión de las utilidades del respectivo ejercicio gravable.

"2. En sentencia de fecha 17 de marzo de 1.983, con ocasión de la revisión constitucional del Decreto Legislativo 231 de 1.983, se declaró inexequible la expresión " dentro de las condiciones que señale el reglamento", al estimar la H. Corte Suprema que la expresión inconstitucional implicaba una autoprórroga en el ejercicio de las facultades emanadas del artículo 122 de la Constitución, más allá del plazo de duración del estado de emergencia económica.

"3. El artículo 2 del Decreto Legislativo 231 de 1.983 fue reproducido, obviamente eliminando las palabras declaradas inexequibles por la Corte Suprema, por el artículo 320 del Estatuto Tributario (Decreto Extraordinario 624 de 1.989, artículo 1) que fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias con que el Presidente de la República fue revestido por el numeral 5 del artículo 90 de la Ley 75 de 1.986, prorrogadas por el artículo 41 de la Ley 43 de 1.987.

"4. Con fecha 26 de diciembre de 1.989, el Gobierno, constituído por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público,

expidió el Decreto Reglamentario 3020 de 1.989.

"5. En un claro exceso de la potestad reglamentaria, el artículo 3 del citado Decreto reglamentario 3020, que es el acto acusado, pretende imponer una serie de condiciones para que los contribuyentes sucursales de sociedades extranjeras reinviertan sus utilidades comerciales como medio para desvirtuar la presunción legal de remesas de dichas utilidades y así evitar que se cause el impuesto de remesas sobre las referidas utilidades".

"....."

Como normas transgredidas señala el artículo 120 numeral 3 que la Constitución Nacional por exceso en ejercicio de la potestad reglamentaria y el artículo 320 del Estatuto Tributario -Decreto 624 de 1.989, artículo 1o. - que se transcribe resaltando con subrayas la parte que principalmente considera vulnerada:

Estatuto Tributario, artículo 320:

"Caso en que se presume la transferencia.

Para efectos fiscales, se presume que hay remesa de utilidades en el caso de las sucursales de compañías extranjeras cuando no se demuestre la reinversión de las utilidades del respectivo ejercicio gravable. En todo caso, el impuesto se causará, sobre aquella parte de las utilidades no reinvertidas".

Por su parte, la norma acusada o sea, el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 3020 de 1.989, dispone:

"Artículo 3o. Activos netos no poseídos en el país. Para efectos de la reinversión de que trata el artículo anterior, no se consideran activos netos poseídos en el país, los bienes, depósitos o cuentas en el exterior, así como las cuentas por cobrar, la disminución de pasivos, compensaciones, cruce de cuentas u otras transacciones contables realizadas con la oficina principal u otras sucursales, filiales o subsidiarias de la misma. Tampoco se tendrá en cuenta como incremento de los activos netos poseídos en el país, la valorización y ajustes de los activos así como las cuentas por cobrar con otras sucursales de sociedades extranjeras sometidas al régimen cambiario previsto en el Capítulo IX del Decreto 444 de 1.987".

El concepto de la violación sustancialmente radica en que mientras la ley dispone que la presunción de remesa de utilidades se desvirtúa cuando se demuestre la reinversión de la utilidades del respectivo ejercicio, sin condición alguna para que opere la reinversión, ni la forma en que debe hacerse ésta, ni

limitando la clase de bienes en que puede quedar representada, el reglamento en cambio, consagra éstas y otras condiciones y limitaciones, incurriendo así en el exceso de potestad reglamentaria pues entra distinguir en donde no lo hizo el Legislador.

A este enfoque del problema se opone el Fiscal Tercero para quien las explicaciones del actor no demuestran contrariedad con la norma legal y al efecto recuerda la jurisprudencia de esta Corporación (Anales LVIII, pág. 453, sentencia oct. 17/50 según la cual la potestad reglamentaria no puede tener por finalidad la simple reproducción de las leyes, pues si así fuera carecería de objeto.

El delegado del Ministerio de Hacienda y el propio Director de Impuestos al referirse a la solicitud de los antecedentes administrativos del decreto, hacen la explicación y consecuente defensa de su legalidad en resumen con los siguientes planteamientos:

Aunque el Decreto carece de antecedentes administrativos propiamente dichos invoca los antecedentes legislativos y reglamentarios que precedieron y justificaron su expedición y que se pueden resumir en la siguiente exposición cronológica:

1o. El Decreto 2579 de 1.983 reglamentó el Impuesto de Remesas consagrado en el Decreto Ley 231 en la Ley 9a. de 1.983; dicho reglamento estableció una serie de condiciones para demostrar la capitalización real de las utilidades (que exoneraba del Impuesto de Remesas), tales como la autorización del Departamento Nacional de Planeación y la demostración de los registros en la contabilidad en las cuentas en que debía quedar reflejada dicha capitalización. Inclusive este Decreto Reglamentario autorizó diferir el impuesto mientras se mantuvieron retenidas en Colombia las utilidades para pagarlo posteriormente, todo controlado mediante instrucciones de la contabilización, presentación y prueba de todos los aspectos que indican en su manejo.

2o. Este reglamento tenía en cuanta , o hacía la excepción, respecto a las compañías dedicadas a la exploración y explotación petrolera y minería en consideración a que tales compañías gozaban de exoneración del impuesto complementario de Remesas según el Parágrafo 3o. del artículo 46 de la Ley 9a. de 1.983 relativo a los contribuyentes sujetos al régimen especial de cambios del Capítulo IX del Decreto 444 de 1.967.

3o. La Ley 75 de 1.986 (diciembre 23) en su art. 108 expresamente derogó tal exención para las petroleras, lo que hizo necesario que el Gobierno reglamentara de nuevo el impuesto de Remesas y a esta situación se refiere el Decreto 3020 de 1.989.

4o. El Decreto 3020 , reglamenta el impuesto de remesas de las sociedades

sometidas al régimen previsto por el Capítulo IX del mencionado Estatuto Cambiario, indicando cuando se entiende que hay reinversión de las utilidades comerciales, a fin de no hacer exigible el impuesto de remesas y señalando además, que no tiene lugar a la reinversión con la simple retención de utilidades comerciales en el superávit sino que además, dicha capitalización o retención debe reflejarse en el correspondiente aumento de activos netos poseídos en el país. Con esta reglamentación se evita una capitalización simplemente nominal, como lo es la contable, en aras de una efectiva, puesto que la sucursal que pretenda no estar sujeta al impuesto de remesas, deberá incrementar sus activos poseídos en el país, ya que en caso contrario, el impuesto se hará exigible tal y como corresponde al objeto del Impuesto de Remesas: "Transferencia al exterior de rentas y ganancias ocasionales obtenidas en Colombia"."

"....."

El Procurador Judicial de la Entidad Pública concentra la defensa de la norma acusada en dos consideraciones básica, a las cuales dedica un estudio especial:

a) Cierto es que la Corte en fallo de revisión constitucional declaró inexequible la expresión "dentro de las condiciones que señale el reglamento" utilizada en el Decreto Leg. 231 de 1.983 por considerar que el Gobierno mediante ese mecanismo el Ejecutivo podría autoprorrogarse el término de 50 días que estableció el Decreto que declaró la Emergencia Económica.

Pero la inexequibilidad de dicha expresión no significa que no puede utilizar el Gobierno la potestad reglamentaria general consagrada en el numeral 3 del artículo 120 de la C.N..

b) Contra el argumento central de la demanda consistente en que la ley habla simplemente de "reinversión" y el reglamento establece condiciones y limitaciones que no se encuentran en la ley, expresa, se resumen:

- Que el Estatuto Tributario utiliza la expresión "reinversión de utilidades" sin definirla, haciéndose necesario mediante la utilización de la potestad reglamentaria que según jurisprudencia de esa Corporación sirve para poner en ejecución las leyes exponiendo los detalles que no puede determinar la ley (Sentencia de febrero 27/84 Exp. 10.284 Consejero P. Vanín Tello y noviembre 23/84 Exp. 4429 Consejero P. Samuel Buitrago H.).

- Que el antecedente reglamentario de esta materia, el Decreto 2579 de 1.983, contempla dos formas de "reinversión": como capitalización de las utilidades comerciales y como retención de las mismas en el superávit.

- Que este mismo criterio fue utilizado en el Decreto Reglamentario 3020

de 1.989, pero con el propósito de que la reinversión fuera efectiva y no simplemente nominal dispuso que se reflejara en aumento de los activos netos poseídos en el país y el artículo 3o. complementó esta noción detallando cuales activos no se consideran poseídos en el país, dejando a salvo el concepto de reinversión mediante todos los demás.

- En vigencia del Decreto 2579 de 1.983 se exigía reflejar la capitalización de utilidades en la misma cifra en el "aumento del patrimonio líquido". Pero este requisito podían cumplirlo nominalmente las empresas sujetas al régimen especial de cambios del Capítulo IX del Decreto 444 de 1.987 que en virtud de la gran flexibilidad en su manejo, permitía eludir el Impuesto de Remesas.

- Para evitar esa situación el Decreto 3020 ("cierra esta brecha" dice el apoderado) exige que tal capitalización se refleje en " el aumento de los activos netos poseídos en el país"(artículo 3o.), lo que efectivamente se reflejó en las estadísticas de recaudo en este impuesto en los años 1.988 - 1.989 lo que indica que se cumplió el cometido oficial de cuidar de la exacta recaudación de las rentas públicas como lo expresa el numeral 11 del artículo 120 que fue invocado por el Presidente, además del numeral 3o., en la expedición del Decreto 3020.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I- El Presidente de la República ciertamente tiene el deber especial de "cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos según el numeral 11 del artículo 120 de la C. N. el cual no constituye una obligación distinta a la que surge del ordinal 2o. del mismo artículo que le impone la de obedecer las leyes y el velar por su exacto cumplimiento ya que todo lo relativo a la recaudación y administración de las rentas públicas debe estar previamente consagrado en la ley.

Pero por esa misma razón la potestad de expedir los reglamentos y ordenes para la cumplida ejecución de las leyes que le atribuye el ordinal 3o. del mismo artículo y que se conoce como "potestad reglamentaria", constituye suficiente sustento constitucional cuando se trata de poner en ejecución una ley tributaria.

De acuerdo con las anteriores ideas, un Decreto Reglamentario en el cual para expedirlo el Presidente hace invocación expresa del ordinal 11 del artículo 120 de la C.N., apenas puede tener como significación especial la de que se ha considerado como motivación particular la de la exacta recaudación de los impuestos (precaviendo medidas contra la elusión tributaria) pero sin que ello le agregue o le modifique el apoyo constitucional que es la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3o.

Para la cabal comprensión del artículo 3o. del Decreto 3020 de 1.989,

objeto de la demanda de nulidad que se analiza en esta ocasión, es necesario observar en el encabezamiento la invocación de facultades constitucionales del Gobierno Nacional para expedirlo y que fueron consignados así:

"DECRETO NUMERO 3020 DE 1.989 (Diciembre 26)

Por el cual se dictan normas para la exacta recaudación y administración de los tributos, se modifica el Decreto Reglamentario 2579 de 1.983 y se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario, en especial sus artículos 319 y 320.
El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades otorgadas por los numerales 3o. y 11 del artículo 120 de la Constitución Política,

DECRETA

"....."

La titulación del decreto con copia de expresiones contenidas en el ordinal 11 del artículo 120 de la C. N. y además la cita expresa de éste, de una clara idea de la intención del Ejecutivo al expedirlo pero sin que ésto le modifique su índole reglamentaria: lograr el efectivo cumplimiento de la ley en materia de Impuesto de Remesas al cual se refieren los citados artículos 319 y 320 del Estatuto Tributario y modificando el anterior reglamento. Las normas reglamentarias disponen:

"Artículo 319. El Impuesto de Remesas se causa en la transferencia al exterior de rentas o ganancias ocasionales. Salvo las exoneraciones especificadas en los pactos internacionales y en el Derecho interno, la transferencia al exterior de rentas y ganancias ocasionales obtenidas en Colombia, causa el impuesto complementario de Remesas, cualquiera que sea el beneficiario de la renta o de la ganancia ocasional o el beneficiario de la transferencia, "Así mismo se causa este impuesto sobre las utilidades comerciales obtenidas en Colombia por sociedades u otras entidades extranjeras a través de sucursales.

"Artículo 320. Caso en el que se presume la transferencia. Para efectos fiscales, se presume que hay remesa de utilidades en el caso de sucursales de compañías extranjeras, cuando no se demuestra la reinversión de las utilidades del respectivo ejercicio gravable. En todo caso, el impuesto se causará sobre aquella parte de las utilidades no reinvertidas".

II- En segundo lugar es preciso tener en cuenta el momento histórico en el cual se expidió el reglamento para lo cual se reseñan las últimas etapas importantes en la evolución legislativa del Impuesto de Remesas, así:

1o. La Reforma Tributaria del año de 1.974 modificó sustancialmente el sistema que venía desde 1.960 y estableció la transferencia de rentas al exterior" como el hecho generador del impuesto complementario cuyo control y recaudo asignó a la Oficina de Cambios del Banco de la República que por ello, lo aplicaba sobre el valor nominal de las solicitudes de giro. Con el tiempo se observó que este sistema apenas si tenía una aplicación parcial sobre quienes tramitaban giros de transferencia de rentas al exterior, quedando de hecho libres de gravámen otras formas reales o ficticias de transferencias.

2o. La reforma tributaria de 1.982 -83 retornó a la Dirección General de Impuestos Nacionales el recaudo y control de este impuesto la cual se apoyó en la misma declaración de renta y patrimonio sobre la cual determinaba el impuesto principal de Renta. Y como dicha declaración es el reflejo de la contabilidad, la respectiva reglamentación se apoyó principalmente en los estados financieros que debían mostrar el movimiento de las cuentas de capital y el destino de las utilidades, en especial porque la "reinversión" de éstas daba lugar a exonerar del gravamen.

En esta época además se consagró una exoneración especial de este impuesto complementario a favor de las empresas mineras y petroleras con régimen cambiario especial previsto en el Capítulo IX del decreto 444 de 1.987.

3o. A fines de 1.986 se suprimió la exención especial para las empresas mineras y petroleras, lo cual impuso la necesidad de modificar el reglamento existente como efectivamente se hizo mediante el Decreto Reglamentario 3020 de diciembre de 1989 cuando ya se había expedido el Estatuto Tributario que recogió en los artículos 319 y 320 la normatividad sustancial vigente en ese momento.

III- El análisis de los artículos 319 y 320 del Estatuto Tributario enseñan que el primer inciso del 319 incorporó el artículo 45 de la Ley 9a. de 1.983, que a su turno había sustituído el artículo 1o. del Decreto Legislativo 231 de 1.983; esta norma nueva sentó la regla general de que el impuesto complementario de remesas se causa por la transferencia al exterior de rentas o ganancias ocasionales obtenidas en Colombia cualquiera que sea el beneficiario o destinatario. El Estatuto ya no incorporó el parágrafo 3o. del artículo 45 de la Ley 9a./83 que consagró la exención para las empresas de petróleo y mineras con régimen cambiario especial porque tal exención había sido expresamente derogada en la Ley 75 de 1.986 (art. 108).

El segundo inciso del artículo 319 incorporó el literal a) del artículo 46 de la misma Ley 9a. de 1.983 que disponía aplicar el Impuesto de remesas a las utilidades comerciales del respectivo período gravable, cuando se trate de utilidades obtenidas en Colombia por sociedades u otras entidades extranjeras mediante sucursales.

El artículo 320 incorporó el artículo 2o. del Decreto L. 231 de 1.983 que también se refería al caso de las sucursales de sociedades extranjeras estableciendo para ellas, y solo para efectos fiscales, la presunción de hay remesas de utilidades cuando no se demuestre la reinversión de las utilidades del respectivo ejercicio gravable. Estableció además como corolario, que en todo caso el Impuesto causaría sobre aquella parte de las utilidades no reinvertidas.

En resúmen, la estructura básica del Impuesto de Remesas, que como "complementario" al de Renta recae sobre los mismos sujetos pasivos de éste, en general tiene como hecho generador la transferencia al exterior de las rentas o de las ganancias ocasionales y el momento de su causación es al realizarse la transferencia (art. 45 Ley 9a./83, art. 319 E.T. primer inciso) y como caso especial trata la ley de las sucursales de sociedades extranjeras en el que el hecho generador está constituído por la obtención de utilidades comerciales en Colombia y el momento de causación es el cierre del ejercicio (por ser complementario del de Renta); en este caso especial la base son las utilidades comerciales, no las fiscales (Literal a- del artículo 46 de la Ley 9a. /83= segundo inciso art. 319 E.T.). Este concepto de la base especial en el presente caso lo complementa la ley con la presunción de que hay remesa de utilidades cuando no se demuestre la reinversión de las mismas y en todo caso el impuesto se aplica sobre la parte de las utilidades, no reinvertidas (artículo 2o. Decreto 231/83= art. 320 E.T.).

IV- Estos conceptos fueron reglamentados por el Decreto 2579 de 1.983 (sept. 12) en los primeros nueve artículos en los cuales se destaca el 2o. que desarrollo el concepto de utilidades comerciales capitalizadas, estableciendo los requisitos para que al demostrar éstas no se causara el Impuesto de Remesas en las sucursales de sociedades extranjeras. Básicamente dispuso que el impuesto se liquidará en la declaración de renta y se pagará dentro de los plazos señalados para pagar la liquidación privada, a razón del 20% y que no se causa sobre la parte que capitalice y que se demuestre mediante prueba sobre la respectiva contabilización, no aceptándose como capitalización el aumento de las cuentas por cobrar, la disminución de pasivos, etc. y en general el cruce de cuantas con la principal, debiendo reflejarse al aumento del patrimonio líquido y conservarse. Se permitió inclusive, diferir el pago del impuesto mientras figuren en el superávit las utilidades.

Este reglamento obviamente respetó la exención relativa de las empresas con régimen cambiario especial, con algunas precisiones (art. 8o.).

Dicho Decreto Reglamentario 2579 de 1.983 en las partes a que se refiere la controversia aquí planteada , no fue objeto de suspensión provisional ni de anulación por parte de esta jurisdicción, habiendo sido derogado el literal a) del artículo 2o. en consideración al nuevo reglamento.

V. El Decreto 3020 de 1.989 (art. 6o.) reglamenta los conceptos contenidos en los artículos 319 y 320 del Estatuto Tributario y teniendo en cuenta que

este impuesto cobija ahora las empresas mineras y petroleras con régimen especial de cambios, establece también normas especialmente atinentes a ellas.

Básicamente desarrolla la materia reglamentada en las siguientes disposiciones:

Artículo 1o. sobre causación, tarifa, plazos, etc. del Impuesto de Remesas de las sucursales de sociedades u otras entidades extranjeras, en general.

Artículo 2o. Caso especial de la "reinversión de las utilidades de las sucursales regidas por los Capítulos VIII y IX del Decreto 444 de 1.967" determinando cuando se entiende que hay reinversión de utilidades comerciales a efecto de que no se exija el Impuesto de Remesas, condicionándolo a las autorizaciones legales, a que se refleje en activos netos poseídos en el país y a que se muestre una contabilización adecuada. El parágrafo permite a las petroleras que la reinversión puede estar representada en importación de maquinaria y equipo y en servicios que correspondan a inversiones amortizables.

Artículo 3o. (que es el objeto de la demanda).

Complementa el artículo anterior para excluir del concepto de "activos netos poseídos en el país" una serie de valores que tanto contable como comercialmente no corresponden al de "reinversión" de las utilidades del respectivo ejercicio gravable" consagrado en el artículo 320 del E.T.

Los conceptos enumerados que el reglamento considera que no son activos poseídos en el país, son los siguientes:

- los bienes, depósitos o cuentas en el exterior.

- las cuentas por cobrar, la disminución de pasivos, compensaciones, cruce de cuentas u otras transacciones contables realizadas con la oficina principal u otras sucursales, filiales o subsidiarias de la misma.

- La valorización y ajuste de los activos.

- Las cuentas por cobrar con otras sucursales extranjeras sometidas al régimen cambiario previsto en el Capítulo IX del Decreto 444 de 1.967.

El artículo 4o. trata de la exigibilidad del impuesto diferido, el artículo 5o. sobre contabilización, liquidación y pago del impuesto no exigible y el 6o. determina a 1.989 como el año gravable en que empieza a regir.

No entró el demandante a criticar la inclusión de cada uno de los grupos de bienes indicados en el art. 3o. sino que se basó en la consideración general de que al no estar enumerados en la ley tampoco podían estarlo en el reglamento.

Sin embargo, la exposición de antecedentes y el contenido de los artículos 319 y 320 del Estatuto Tributario justifican la actuación del Gobierno Nacional al reglamentarlos mediante el Decreto 3020 de 1.989 del cual se destacan las siguientes notas:

1o. Era necesario concretar la ejecución del artículo 108 de la Ley 75 de 1.986 que derogó expresamente la exención del Impuesto de Remesas a las empresas de régimen cambiario especial (mineras y petroleras), es decir, reglando el Impuesto a cargo de estas empresas de características especiales.

2o. El reglamento debía consultar la característica fundamental dada al Impuesto de Remesas de estar vinculado a la declaración de renta y patrimonio y al control de la Dirección de Impuestos Nacionales.

3o. El reglamento debía consultar el caso de las sucursales de sociedades extranjeras como especial por cuanto la ley establece un hecho generador , un momento de causación y un concepto de exoneración especiales para ellas: se causa sobre las utilidades comerciales obtenidas en Colombia y la "reinversión" de ellas las exonera.

4o. Por estar basado el control en la declaración de renta, el reglamento debía consignar precisiones sobre la contabilización y su demostración en los aspectos que necesaria y legalmente se reflejan en aquella como son, fundamentalmente, las cuentas de capital y la de utilidades, puesto que la destinación de estas últimas generan o exoneran del gravamen.

5o. El concepto de "reinversión" de las utilidades, por haber sido expuesto genéricamente en la ley, debía ser materia de regulación como lo fué en su momento en el Decreto 2579 de 1.983. Ajustado a las nuevas circunstancias en 1.989 con incorporación de la experiencia administrativa de años anteriores y considerando de cerca el sistema cambiario de las empresas cobijadas por los capítulos VIII y IX del Decreto 444 de 1.967.

VI- Con base en las consideraciones anteriores la Sala, al igual que su colaborador Fiscal, no encuentra oposición con las normas sustanciales invocadas sino, por el contrario,, desarrollo y reglamentación del concepto de "reinversión de utilidades" que en esta materia tienen una especial importancia para el adecuado recaudo de este gravamen.

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

No se accede a anular el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 3020 de

1.989 (diciembre 26) por las razones invocadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, ARCHIVESE. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,* Salva el Voto; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA -Límites (Salvamento de Voto)

Es claro que el reglamento no puede válidamente, so pretexto de reglamentar la ley, entrar a complementarla, adicionarla, llenar sus vacíos, y en fin, erigir al Presidente de la República en legislador, como lo hace en el caso presente la disposición demandada al establecer una serie de requisitos y condiciones en la ley para efectos fiscales.

Salvamento de Voto del *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2872. Actor: Jaime González Bendiksen. Consejero Ponente: Dr. Abella Zárate.

Con el respeto acostumbrado me permito expresar a continuación los motivos que movieron a separarme del concepto de la mayoría en el presente proceso.

Al contrario de lo que se sostiene en la sentencia pienso que la norma demandada, el artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 3020 de 1.989, sí viola de manera abierta las normas superiores de la Constitución y de la ley que se invocan en la demanda, puesto que entraña un desbordamiento ilegal de la norma que pretende reglamentar.

Para mí es claro que el reglamento no puede válidamente , so pretexto de reglamentar la ley, entrar a complementarla, adicionarla, llenar sus vacíos, y en fin, erigir al Presidente de la República en legislador, como lo hace en el caso presente la disposición demandada al establecer una serie de requisitos y condiciones no previstos en la ley para efectos fiscales.

Reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corporación acerca del alcance

de la potestad reglamentaria y en ella se ha dejado establecido que si bien el reglamento no debe limitarse a la simple repetición de las normas reglamentadas, tampoco es admisible que la norma reglamentaria exceda el marco normativo reglamentado en cuanto esto último no tiene la implicación de convertir, de manera irregular por supuesto el reglamento en ley.

Considero pues que el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 3020 de 1.989 excedió la materia reglamentable y en consecuencia infirió agravio, inicialmente a las normas reglamentadas, esto es los artículos 319 y 320 del Estatuto Tributario y por ende, a las normas constitucionales que regulan la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: ut supra.

DECLARACION TRIBUTARIA -Adición / **DECLARACION TRIBUTARIA** -Corrección

Conforme a las normas sobre la materia, de presentarse más de una declaración "de renta" las de fecha posterior se debían tener por "adiciones", precepto aplicable también a la declaración de ventas. Si la declaración que, en el presente asunto, siguió a la inicialmente presentada, tenía por objeto la variación espontánea de los "datos básicos del formulario", dicha segunda declaración no era otra cosa que una "adición" o corrección de la primera, aún en circunstancias de aparecer presentadas las dos antes de empezar el término de la corrección. Lo cierto es que entre ambas declaraciones debían, normalmente, sufrir efecto pleno, la segunda como corrección de la primera, de no haber mediado, en ésta, la renuncia expresa a la enmienda.

IMPUTACION / COMPENSACION / INTERES CORRIENTE / DEVOLUCION - Improcedencia

Las "imputaciones" no son más que abonos a la cuenta del impuesto que maneja la administración, por pagos efectivos hechos por el responsable, y las "compensaciones", las aplicaciones de saldos créditos del ejercicio, a débitos de otros. El procedimiento contable para reducir o saldar la cuenta, es privativo, obviamente, de la Administración competente, y está cifrado en un detallado examen de las partidas y sus comprobantes, de suerte que por el solo hecho de la presentación de la declaración del período o de la solicitud de devolución, en las que el contribuyente o responsable hubiera hecho sus propias imputaciones y compensaciones, no se concretan el saldo crédito pretendido, ni menos los intereses de que se trata (Ejercicio Fiscal de 1.986, VI bimestre).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., mayo treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2931. Apelación sentencia de Febrero 1o. de 1.990, Tribunal del Valle, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron el impuesto sobre las ventas, por el sexto bimestre de 1.986. Actor: Laborales Franco Colombiano "LAFRANCOL S.A." - FALLO

Se conoce de la apelación que la sociedad LABORATORIO FRANCO COLOMBIANO "LAFRANCOL" S.A., la actora, propone contra la sentencia de primer grado de 1o. de febrero de 1.990, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el juicio de restablecimiento promovido respecto de la resoluciones números 024 de 26 de febrero de 1.987 y 079 de 3 de febrero de 1.988, mediante las cuales, la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, unidades de auditoría interna y recursos tributarios, se pronunció sobre una solicitud de devolución de sobrantes del impuesto sobre las ventas, por el 6o. bimestre de 1.986, y resolvió el recurso intentado.

ANTECEDENTES

La primera de las citadas providencias, "hechas las imputaciones legales y compensaciones a la cuenta corriente del solicitante", ordenó devolver la suma de $1.379.800, del total pedido, que lo había sido por $3.218.100, según se precisó en su parte motiva.

Y la segunda, la cantidad adicional, de $ 1.838.300, habiéndose denegado las pretensiones relativas a un supuesto nuevo sobrante por $724.690, determinado en declaración de corrección presentada por el mismo bimestre de 1.986, y a "intereses causados por la demora en la devolución", tasados por la reclamante en $1.379.800, por no reconocerse eficacia a la corrección, ya que el término para ello se había renunciado expresamente , ni estimarse devengados los créditos, o siquiera solicitados en el pertinente escrito.

LA DEMANDA

En relación con la desestimación de la corrección se indicaron quebrantados los artículos 12 del Decreto 3834 de 1.985 y 71 de la Ley 9a. de 1.983, referentes a los plazos para presentar y corregir la declaración del bimestre discutido ("a más tardar el 30 de enero de 1.987" y "dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de vencimiento del término para declarar"), en razón de que, habiéndose presentado y corregido ésta, los días 22 y 30 de enero de 1.987, respectivamente, antes de la conclusión del término para declarar , "jurídica-

mente no existe la corrección, sino una anulación de la declaración que la antecede y en donde queda (sic) sin efecto las anteriores (pues) la verdadera corrección prevista en la norma legal, es la que se produce durante el plazo que concede para el efecto, el cual siempre produce después el vencimiento del término para declarar.....".

Así las cosas, carecería de razón la Administración, en cuanto defendió la "irrevocabilidad" de la renuncia al plazo para corregir la declaración, pues dicha renuncia solo sería irrevocable, " en la medida (sic) que el plazo al cual se renuncia hubiera empezado a correr, caso distinto al debatido, porque debe entenderse que existiendo una declaración tributaria que deja sin efecto a la anterior, las dos presentadas dentro del plazo para hacerlo indica, por otra parte, que no debe considerarse como irrevocable una manifestación que válidamente se ratificó con la presentación de la segunda declaración, al no haber corrido aún el plazo legal de corrección.....".

De este modo, se habrían infringido, igualmente, los artículos 4o. del Decreto 398 de 1.983 y 31 de la Ley 52 de 1.977.

En lo que hace a los "intereses a cargo del Estado", causados en razón de los sobrantes solicitados, se adujo la violación del artículo 31 del Decreto 2821 de 1.974, por no haberse incluido aquéllos en la orden de devolución proferida, supuesto que la causación de los mismos deberá tener lugar, no desde la expedición de la providencia que hubiera dispuesto la devolución, como lo afirmó la Administración, sino a partir del momento en que se hicieron las respectivas imputaciones y compensaciones en la cuenta corriente del contribuyente, no siendo óbice, por otra parte, ya que el precepto del artículo 31 es de carácter imperativo y no facultativo, imponiéndose al funcionario su aplicación, aún sin petición de parte.

Por último, se replantea la tasación de los intereses presuntamente causados, "entre el 1o. de enero de 1.982 y el 3 de marzo de 1.988", con base en los artículos 13 y 14 de la Ley 19 de 1.976 y la Resolución 1900 de 22 de mayo de 1.987 de la Superintendencia Bancaria, "que fijó la tasa de interés corriente en el 32.52% anual .....", para una cifra estimada de $1.157.296.

LA SENTENCIA

En los motivos de su decisión, respecto de las cuestiones referidas a la presentación y corrección de la declaración de ventas del período y la causación de intereses, el a-quo niega cualquier fundamento legal a los argumentos del demandante.

Sostiene, en efecto, en consonancia con el concepto de su colaborador fiscal, que de conformidad con el artículo 9o., letra d), inciso 2o. del Decreto 1813

de 1.984, reglamentario del 28 del Decreto 3541 de 1.983, si la solicitud de devolución o compensación se formula antes de concluir el término para corregir la declaración, ésta debe contener la renuncia expresa a dicho término, sin consideración al plazo para declarar.

Y, asímismo, que según los artículos 31 del citado Decreto 3541 y 20 del Decreto 1813 de 1.984, solamente después de vencido el lapso de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud de devolución en debida forma, sin que se resuelva esta, principian a correr intereses para el responsable. Y que, dado que la solicitud de que se trata, se presentó el 23 de Enero de 1.987 y se resolvió el 26 de Febrero siguiente, la Administración obró en término, sin lugar a la esgrimida causación de intereses.

LA APELACION

El recurso viene sustentado, en primer lugar, en el supuesto de una interpretación errada del artículo 9o., letra d), inciso 2o, del Decreto 1813 "de 1.983" (sic), que en nada contradeciría lo expuesto en la demanda, pues lo que se hizo, precisamente, fue renunciar expresamente al término para corregir, antes de que comenzara a correr el término previsto para tal fin, según el artículo 71 de la Ley. 9a. de 1.983.

Sobre el particular, se reproducen los principales apartes de la demanda.

En segundo lugar, se dice disentir totalmente de la sentencia, en lo concerniente a los fundamentos del rechazo de los intereses, por cuanto el artículo 31 del Decreto 3541 de 1.983, citado por el a-quo, solo refiere intereses moratorios, sin perjuicio de los intereses corrientes que se hubieran causado, "pues la norma en ningún momento los excluye sino, todo lo contrario, los ratifica, al expresar que los intereses que se causen por mora en resolver la solicitud **se liquidarán a la misma tasa de los intereses corrientes.** Y el no existir norma especial que regule lo relativo a los intereses corrientes, tenemos que recurrir al ordenamiento general que trae el artículo 31 del Decreto 2821 de 1.974, citado en la demanda como norma violada y que en nada se opone a la norma especial del Decreto 3541 de 1.983....." (Subrayas en el texto).

Derivaríase, pues, que el a-quo confundió los intereses corrientes de que trata el artículo 31 del Decreto 2821 de 1.974, con los moratorios del artículo 31 del Decreto 3541 de 1.983, "apreciación fundamentada aún más hoy cuando el propio Estatuto Tributario vigente dejó incólume (sic), en el artículo 863, los intereses corrientes para todos los casos en que exista saldo a favor del contribuyente.....".

ALEGATOS:

La parte opositora, en lo que dice relación con la corrección de la

declaración, manifiesta compartir las apreciaciones del a quo, en el sentido de que la norma aplicable al caso era el artículo 9o. literal d), inciso 2o., del decreto 1813 de 1984 que "no diferencia entre las declaraciones presentadas antes o en el limite del plazo para declarar y el solicitante puede o no renunciar a la corrección por ser esta renuncia potestativa, imperativa únicamente en el caso de solicitar devolución, pero una vez renunciado el derecho no puede ejercerlo. . . . ."

Sobre la alegada "anulación automática de la primera declaración, por la presentación de la segunda", remite al inciso 4o. articulo 7o., del decreto 2821 de 1974, que aunque referido a la declaración de renta, serviría para explicar que las correcciones, lejos de lo que cree la actora, conservan siempre su carácter de tales, y que deben apreciar en conjunto, como incorporados a la declaración.

Por lo que respecta a los intereses, estima que las disposiciones vigentes, de carácter especial en rectoría del impuesto sobre las ventas, eran los artículos 31 del decreto 3541 de 1983 y 20 del decreto 1813 de 1984, invocados en la sentencia, y no la citada por la demandante, pues el asunto no admitía regulación analógica, y que, por ello, "el momento de la causación de los intereses es a partir del día 31 de la presentación de la solicitud (de devolución) y no antes, como lo pretende el apelante. . . . . ".

Pide, en conclusión, confirmar el fallo.

La parte demandante no alego en esta fase del juicio.

EL CONCEPTO FISCAL

La Señora Fiscal Sexta de esta Corporación, considera que la cuantía del presente proceso se contrae al valor desechado, por impuestos descontables, en cifra de $724.650, toda vez que, en su entender, "el sistema empleado por la recurrente para señalar la cuantía, es contrario a lo preceptuado en el numeral 1o. del articulo 20 del C. de P. C. que dispone que para establecer la cuantía debe tomarse el valor de las pretensiones, ". . . . . sin tomar en cuenta los frutos, **intereses,** multas o perjuicios reclamados como accesorios. . . . . " Los intereses a que se refiere la demandante, con base en el articulo 31 del decreto 2821 de 1974, no hacen parte de la **pretensión,** pues estos solo se causan en los casos de pagos en exceso, que no son del caso. . . . . " (subrayas en el texto transcrito).

Tomando en consideración, pues, que la demanda se presentó el 30 de junio de 1988, el proceso seria de única instancia, de acuerdo al decreto 597 de 1988, por lo cual no procedería la apelación concedida. Pide, en consecuencia, declarar nula la actuación de segunda instancia y en firme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Acerca de la cuestión procesal que se plantea en la vista fiscal, la Sala ha dicho que los intereses y demás "accesorios" de que trata el numeral lo. del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, causados **antes** de la presentación de la demanda, constituyen pretensión ligitim del titular o sujeto activo del respectivo crédito, pues es lo que se desprende del contenido implícito de tal disposición.

Consiguientemente, tratándose de obligaciones dinerarias presuntamente a cargo de la Administración, respecto de las cuales aparece esta, obviamente, como sujeto pasivo o deudor, dicha pretensión es, en la demanda, factor determinante de la competencia por razón de la cuantía.

Y como la misma, en el presente asunto, excede el mínimo del "quen tum" preexistente a tiempo de la presentación de la demanda, independientemente de que los supuestos de hecho que la sustentan se hubieran realizado, o no, no procede el pronunciamiento anulatorio impetrado por la fiscalía, debiendo desatarse en el fondo el recurso contencioso, como se hará.

Correcciones de la Declaración y renuncia a estas:

En el régimen impositivo no ha existido disposición alguna que concediera el pretendido efecto invalidatorio a las declaraciones que sucedieron a la inicial, así aquellas y esta obraran "anticipadamente".

Al contrario, hubo un tiempo en que, por cada declaración presentada, en una o varias administraciones de impuestos, antes, en, o después del término indicado para tal fin, se debía practicar una liquidación oficial, sin embargo de que el competente funcionario, de oficio o rogado, produjera después una liquidación "sustitutiva" (cir., Decreto 480 de 1969, 1o., 2o.).

Más recientemente y, por supuesto, en mejores términos con los principios de eficacia, celeridad y economía, el artículo 7o. inciso 4o. del decreto 2821 de 1974, sin distingos relativos a los plazos para presentar y corregir la declaración, dijo que presentarse más de una declaración "de renta", las de fecha posterior se debían tener por "adiciones", precepto aplicable, sin duda, también a la declaración de ventas, toda vez que, tanto el decreto como el propio artículo citado, se habían ocupado de regular, conjuntamente, ambos impuestos, aparte de que en la versión original del mismo artículo, que lo fue el 7o. del decreto 2247 de 1974, se había hablado simplemente de "declaración".

Por otra parte, si la declaración que, en el presente asunto, siguió a la inicialmente presentada, tenia por objeto la variación espontánea de los "datos básicos del formulario", de conformidad con los artículos 23 de la ley 52 de 1977

y 71 de la ley 9a. de 1983, dicha segunda declaración no era otra cosa que una "adición" o corrección de la primera, aun en circunstancias de aparecer presentadas las dos antes de empezar el termino de la corrección, pues estas normas, como la citada del articulo 7o. del decreto 2821 de 1974, tampoco hicieron distinción alguna al respecto.

Suponer, como lo sugiere la demandante, que haya correcciones "verdaderas" y otras que no lo son, entendiendo por aquellas solo las que se realizan dentro de un lapso prefijado, no solamente implicaría, por lo visto, ir en contravía de las disposiciones antes citadas, por pretenderse una distinción privativa del legislador que este no hizo, sino, además, una flagrante contradicción.

En efecto, de ser exacto ello, descartada la hipótesis de las declaraciones "anulatorias", la corrección de 30 de enero de 1979, radicada en el plazo para declarar y, naturalmente, antes de que principiara el de la corrección, pertenecería a la especie de las "no verdadera", en cuyo caso, la Administración habría tenido razón, de todos modos, en restarle valor a la misma.

Lo cierto es, sin embargo, que entre ambas declaraciones debían, normalmente, sufrir efecto pleno, la segunda como corrección de la primera, de no haber mediado, en esta, la renuncia expresa a la enmienda.

Careciendo de fundamento legal, pues, como se repite, los supuestos de las declaraciones de efecto invalidatorio, o de las correcciones verdaderas y no verdaderas, resulta ostensible que la dimisión del derecho de corrección si es irrevocable y que, por tanto, la declaración de 30 de enero de 1987, con la que se perseguía incrementar el importe de los sobrantes materia de la solicitud de devolución, no tenia efecto vinculante alguno frente a la Administración, pues una enmienda en tal sentido solo era procedente encontrándose aun vigente el termino de la corrección (artículo 4, decreto 398 de 1983, y 71, ley 9a. de 1983).

No está, así, llamado a prosperar el recurso, en este aspecto de la controversia.

Intereses de los sobrantes por devolver:

Conforme al articulo 31 del decreto 2821 de 1974, los "intereses corrientes", que son los discutidos en el proceso, se causan "desde el momento en que, hechas las imputaciones legales y las compensaciones a que hubiere lugar, resultare un saldo crédito. . . . . "

Las "imputaciones", segun se aclara en el artículo 32 ib., no son mas que abonos a la cuenta del impuesto que maneja la Administración, por pagos efectivos hechos por la responsable; y las "compensaciones", las aplicaciones de saldos créditos del ejercicio, a débitos de otros.

El procedimiento contable para reducir o saldar la cuenta, en privativo, obviamente, de la Administración competente, y esta cifrado en un detallado examen de las partidas y sus comprobantes, de suerte que por el solo hecho de la presentación de la declaración del periodo o de la solicitud de devolución, en las que el contribuyente o responsable hubiera hecho sus propias imputaciones y compensaciones, no se concretan el saldo crédito pretendido, ni menos los intereses de que trata.

En otros términos, el soporte factico del derecho esgrimido, esta constituido exclusivamente por los actos de imputación y compensación realizados por los competentes funcionarios impositivos, como se desprende de los artículos citados y normas concordantes, entre otras, las de los artículos 106 y 107 del decreto 1651 de 1961 y 13 del decreto 331 de 1976.

Pero dado que ningún acto de la Administración es susceptible de producir efectos jurídicos mientras no se notifique al interesado, o este no se de por enterado del mismo, ciertamente, dichas imputaciones y compensaciones y, de suyo, los saldos créditos que deriven de ellas, se entenderán haberse materializado solo en la fecha en que se pongan en conocimiento del declarante o del solicitante de la devolución.

Ahora bien, en el proceso no se conocen otras manifestaciones de voluntad de la Administración atañederas a las imputaciones y compensaciones efectuadas y al reconocimiento del saldo crédito resultante, que las expresadas a través de las providencias enjuiciadas, cuyo efecto se suspendió en virtud del recurso gubernativo, la demanda jurisdiccional y el recurso contra la sentencia, no encontrándose, pues, legalmente ejecutoriadas.

Síguese de ello, que desde la fecha de la determinación y reconocimiento del crédito, no ha transcurrido lapso hábil alguno dentro del cual se hubieren podido causar los intereses corrientes demandados y que, consiguientemente, la pretensión relativa a estos, no puede prosperar, debiendo confirmarse el fallo atacado también en este punto.

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

FALLA

Confirmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la

fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Cali/HECHO GENERADOR/ COMERCIANTE/ACTIVIDAD DE SERVICIOS

Si la misma ley especial distingue entre actividades comerciales, industriales y de servicios, no puede deducirse que absolutamente todos los ingresos brutos de una persona natural o jurídica por el hecho de ser comerciante queden sujetos al impuesto de industria y comercio. Ha de entenderse que tratándose de comerciantes sólo sus actividades de este género y en la medida que le represente ingresos, permite la imposición del tributo. Tampoco puede considerarse que toda actividad que no esté contemplada por la ley como comercial o industrial corresponde a actividad de servicio sujeta al impuesto, pues en sentido amplio toda actividad que desarrollen las personas implican la prestación de un servicio a otro miembro de la comunidad (Ejercicio Fiscal de 1976 a 1985).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2632. Actor: INVERSIONES HOLGUIN HURTADO Y CIA S. EN C. Apelación de la sentencia del 2 de junio de 1989 Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Acción de restablecimiento del derecho carácter fiscal industria y comercio. Períodos fiscales de 1976 a 1985. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la actora como por la entidad demandada, Municipio de Santiago de Cali contra la sentencia de 2 de junio de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad INVERSIONES

HOLGUIN HURTADO Y CIA S. EN C., contra el acto administrativo que mediante aforo, le determinó el impuesto de industria y comercio a cargo por los períodos fiscales de 1976 a 1985, en cuantía de $6.910.032.

ANTECEDENTES

Mediante la resolución #1130 del 26 de septiembre de 1985, la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cali, determinó el impuesto de industria y comercio a la sociedad INVERSIONES HOLGUIN HURTADO Y CIA S. EN C., provisionalmente para el año de 1985 y aforo por los años de 1976 a 1984.

Contra dicho acto administrativo la sociedad interpuso los recursos de reposición y apelación que fueron resueltos con revocación del gravamen para los años de 1984 y 1985, pero confirmando la actuación con respecto a las demás anualidades fiscales.

Inconforme la sociedad acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, alegando violación de los artículos 1o., 2o., 5o., 6o., y 16 del Decreto extraordinario municipal #1912 de 1978; 32, 33 y 36 de la Ley 14 de 1983; 1o. y 4o. del Acuerdo 35 de 1985; 303 del Código de Procedimiento Civil y 26 de la Constitución Nacional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda considerando que para las vigencias fiscales de 1976 a 1978, estaba vigente el Acuerdo 09 de 1972, cuyo artículo 1o., señaló las actividades sujetas al impuesto, entre las cuales no se encontró la de servicios, que era la realizada por la sociedad al administrar sus propios bienes e inversiones.

Con relación a las vigencias fiscales 'de 1979, 1980, 1981, 1982, 1983, estimó que por estar vigente el decreto extraordinario 1912 de 1978 que regulaba el impuesto de industria y comercio en el Municipio de Cali cuyo artículo incluía las actividades de servicio como objeto de gravamen, y que no efectuaba ninguna distinción con relación a los mismos en el Decreto 0239 de 1979, era necesario concluir que los ingresos recibidos por este concepto sí debían soportar el impuesto de industria y comercio.

Para las vigencias de 1984 y 1985, considera que en razón de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 14 de 1983, las rentas de capital por concepto de rendimiento e inversiones en bienes exclusivamente de propiedad del contribuyente no quedó gravada con el impuesto de industria y comercio y que por lo tanto la actora no estaba sujeta al mismo.

LA APELACION

De la actora.

Muestra inconformidad con la sentencia porque en su entender las consideraciones hechas por el Tribunal con base en la Ley 14 de 1983, para los años 1984 y 1985 han debido aplicarse también para el año de 1983, pues dentro de lapso comprendido entre el 1o. de Enero al 31 de diciembre de ese ejercicio entró en vigencia la mencionada ley.

Insiste así mismo en su carácter de no contribuyente del impuesto por los períodos fiscales de 1979 a 1983, con base en la interpretación que ha de darse al artículo 5o. del decreto municipal 1912 de 1978.

De la entidad demandada.

Dice que la providencia acusada no estudió las argumentaciones expuestas por la parte demandada consignados en la contestación de la demanda, criterios con los que coincidió el fiscal de esa Corporación en su concepto #1962. Reitera que la actividad ejercitada es comercial y por lo tanto sujeta al impuesto de industria y comercio.

Que además los años de 1984 y 1985, no debieron ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal por que el acto administrativo en lo concerniente a dichas vigencias fue objeto de revocación por parte de la misma administración.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, en su carácter de Fiscal Sexto de la Corporación, estima que la sentencia debe ser revocada y en su lugar accederse a las súplicas de la demanda porque la administración en sus planteamientos gubernativos incurrió en error en cuanto al sujeto pasivo del tributo y en cuanto a la materia imponible.

Dice que: "respecto del sujeto pasivo, olvidó el municipio la diferencia entre el sujeto pasivo potencial que es el señalado por la ley sustancial como obligado al tributo y el sujeto pasivo efectivo, que es le sujeto pasivo potencial que realiza el presupuesto de hecho que causa el impuesto. Para ser sujeto pasivo efectivo se requiere ser sujeto pasivo potencial, pero ello no significa que todo sujeto pasivo potencial sea efectivo. En el impuesto de industria y comercio es la persona natural, jurídica o sociedad de hecho comerciante o industrial que obtenga ingresos por el ejercicio de la actividad industrial o comercial de bienes o servicios".

"De manera que para determinar si una persona jurídica es sujeto efectivo del impuesto, no basta mirar hacia su objeto social sino que debe examinarse el

origen de su ingreso y solo si éste deviene del ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios podrá obligarse al pago del tributo, pues solo entonces se habrá configurado la materia imponible que causa la obligación fiscal."

Agrega que hubo confusión y error de la administración municipal al considerar que todas las actividades realizadas por la sociedad eran mercantiles y por ende sujetas al impuesto, sin detenerse a examinar cuales fueron las actividades que efectivamente dieron lugar al ingreso de la sociedad, y que así mismo erró al interpretar las normas sustanciales que señalan el hecho o materia imponible del impuesto y que no es cierto que antes de la Ley 14 de 1983, los ingresos procedentes de rentas de capital por concepto de rendimientos de inversiones estuvieran gravados como actividad de servicios, pues según la Ley 97 de 1913, dicha actividad solo estaba' constituida por la venta de servicios, o sea como después lo aclaró el artículo 36 de la Ley 14 de 1983, la satisfacción de necesidades ajenas o de la comunidad así deben interpretarse las legislaciones municipales anteriores a 1983.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el asunto fundamental de la controversia no es otro que determinar si efectivamente como lo expone la administración municipal todos los ingresos que reciba una sociedad constituida conforme al Código de Comercio, están sujetos o no al gravamen de industria y comercio, o si por el contrario, como afirma la actora, los ingresos que no corresponden a actividades comerciales o industriales no están sujetas la impuesto.

El impuesto de industria y comercio fue creado mediante la Ley 97 de 1913, que autorizó al Concejo municipal de la ciudad de Bogotá para establecerlo, como un impuesto de patente sobre vehículos, establecimientos industriales, en que se usaran máquinas de vapor o electricidad, gas o gasolina y sobre establecimientos abierto al público: teatros, cafés, cinematógrafos, billares, circos, juegos y diversiones de cualquier clase, casas de préstamos y empeños, pesebreras y establos, depósitos, almacenes y tiendas de expendio de cualquier clase.

Posteriormente, mediante el artículo 1o. de la ley 84 de 1915, se extendió a los Concejos Municipales en general, las atribuciones conferidas en esta materia al municipio de Bogotá.

Sin que estas Leyes ni las Leyes 72 de 1926, 89 de 1936 y 115 de 1948 establecieran el sistema que debía adoptarse para implantarlo, sino que se limitó a determinar sobre cuales bienes y establecimientos podía organizarse, de tal suerte que cada Concejo al determinar la forma de hacer efectivo el impuesto adoptó sistemas diferentes, pero debe quedar claro que el gravamen no era sobre la utilidad o renta obtenida, porque ella es objeto de gravamen exclusivo del estado y las entidades municipales no podían establecer una doble imposición ni

establecer tributos sobre el mismo hecho generador, no solo por carecer de facultad legal, sino porque la ley lo prohibe.

Se asimiló entonces el impuesto a un gravamen de patente, hecho generador, sujeto pasivo y naturaleza quedó suficientemente dilucidado en la sentencia del 9 de Octubre de 1981, proferida por esta Sección Cuarta en donde con ponencia del doctor Bernando Ortiz Amaya se expresó:

> "El impuesto de industria y comercio en un gravamen de ámbito municipal, directo, cuyo sujeto pasivo son las personas naturales o jurídicas que desarrollan determinadas actividades industriales, comerciales o de servicio con finalidad de lucro, dentro de la jurisdicción correspondiente que el hecho generador del impuesto lo constituye el tiempo de actividad que desarrollen esos sujetos pasivos y que la base paras liquidar el impuesto está establecida en este caso sobre el valor promedio mensual de las operaciones de cambios o ingresos brutos de quienes desarrollan esas distintas actividades."

> "En el caso presente el impuesto de industria y comercio grava las actividades de carácter industrial, comercial y de servicios que desarrollen las personas naturales o jurídicas. Dentro de este contexto, el hecho imponible es el tipo de actividad que se desarrolle y la base imponible, que para todos los casos está constituida por el promedio mensual de las operaciones de cambio o de ingresos brutos, debe aplicarse a cada tipo de actividad de acuerdo con la tarifa, que le corresponde, según el Código allí establecido."

Entonces si la misma ley especial distingue entre actividades industriales, comerciales y de servicios, no puede deducirse que absolutamente todos los ingresos brutos de una persona natural o jurídica por el hecho de ser comerciantes queden sujetos al impuesto de industria y comercio.

Ha de entenderse que tratándose de comerciantes solo sus actividades de éste género y en la medida que le representen ingresos, permite la imposición del tributo.

Tampoco puede considerarse que toda actividad que no esté contemplada por la ley como comercial o industrial corresponde a actividad de servicio sujeta al impuesto, pues en sentido amplio toda actividad que desarrollen las personas implican la prestación de un servicio a otro miembro de la comunidad y en este orden de ideas no profesionales liberales, sino el mismo contrato de trabajo, en la medida que implica la prestación de un servicio personal a ordenes de un patrono, quedaría comprendido por el impuesto.

Estima la Sala que asiste razón a la colaboradora fiscal, cuando afirma que no pudiéndose determinar que la actividad inversionista de bienes propios que

realizó la actora en las vigencias discutidas sea de las señaladas por las leyes 97 de 1913 y 14 de 1983 como gravadas, no podía la administración municipal someterlas al impuesto.

No obstante es conveniente aclarar que si los ingresos se obtienen directamente o indirectamente por una sociedad que se reputa comercial en desarrollo de su objeto social, industrial, comercial, o de servicios o en actividades conexas o complementarias, no queda la menor duda que dichos ingresos son objeto de gravamen a no ser que expresamente por disposición legal se hayan excluido o exonerado del mismo.

Por último precisa la Sala que si el acto administrativo de determinación de impuestos en lo concerniente a los años de 1984 y 1985, fue revocado por la propia administración y no fue objeto de acusación, no podía el Tribunal pronunciarse con respecto a los mismos, y en consecuencia habrá de revocarse la sentencia de primera instancia para en su lugar aceptar las súplicas de la demanda en lo concerniente a los períodos fiscales de 1976 a 1983.

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) **REVOCASE** la sentencia apelada

2) **ANULANSE** las resoluciones números 1130 de Septiembre 26 de 1986, 840 de Agosto 1o. de 1986 y A-074 de abril 22 de 1987, proferidas por la División de rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal y el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali respectivamente, en cuanto imponen a la sociedad INVERSIONES HOLGUIN HURTADO Y CIA S. EN C., aforo de impuesto de Industria y Comercio para los períodos fiscales de 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982 y 1983.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en al sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahin Lizcano,* Ausente, *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/SALDO A FAVOR/DEVOLUCION/ AJUSTE CONTABLE-Oportunidad

Con relación a la oportunidad del ajuste a cero de la cuenta del Impuesto a las Ventas por Pagar, comparte la Sala el concepto del a quo en el sentido de que el hecho de que el mismo se hubiere efectuado el 31 de Octubre de 1984 (respecto al bimestre julio-agosto de 1984), no daba lugar a negar la devolución porque tal ajuste no riñe con lo preceptuado por el parágrafo 2 del artículo 9o, del Decreto 1813 de 1984, que establece que se debe probar mediante certificado expedido por el revisor fiscal o contador público que el ajuste se efectúa mediante abono a la cuenta de Impuestos a las Ventas por Pagar por un valor igual al saldo débito que arroja el último día del bimestre, con cargo por igual valor rubro de cuentas por cobrar. (Bimestre IV de 1984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2621. Actor: IBERICA LTDA. Impuestos (ventas). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada, contra la sentencia de 16 de mayo de 1989, 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 "IBERICA LTDA., contra el acto administrativo que le negó a la devolución del saldo a favor, que por concepto de impuesto sobre las ventas arrojó la declaración tributaria del IV bimestre de 1984.

ANTECEDENTES

La sociedad IBERICA LTDA, presentó la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al IV bimestre de 1984, con saldo a favor de $7.313.157, cuya devolución solicitó el 23 de Noviembre de 1984.

La Administración de Impuestos mediante auto comisorio No. 072 del 6 de diciembre de 1984 ordenó la práctica de inspección contable a la sociedad contribuyente con el fin de constatar el saldo a favor solicitado.

Con base en las conclusiones del Acta de visita la Administración de Impuestos Nacionales mediante Resolución 1359 del 28 de diciembre de 1984 (fl. 31 cdno. ppal.) negó la devolución pedida considerando que la sociedad no estaba cumpliendo con lo establecido por el parágrafo 2o. del artículo 9o. del decreto 1813 de 1984, (ajuste contable de la cuenta impuestos a las ventas por pagar).

Inconforme la sociedad interpuso recurso de reposición ante la Administración, el que fué fallado mediante resolución No. 238 del 6 de mayo de 1987, confirmando la providencia anterior, en razón de que analizado el asiento de diario, se constató que la firma Ibérica Ltda, lleva la contabilización del impuesto, en la cuenta deudores varios y como una subcuenta el impuesto a las ventas por pagar, y no como cuenta principal, y que por lo tanto, no cumplió las exigencias legales relacionadas con su contabilidad.

Acudió entonces la sociedad contribuyente en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos 37 de la Ley 52 de 1977, 21 del Decreto 1494 de 1978; 15 del Decreto 3803 de 1982; 98 de la Ley 9a. de 1983; 9o. y 41 del Decreto 1813 de 1984.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda, al considerar que la única razón esgrimida en el acta de inspección contable para efectos devolución fué la concerniente a que la sociedad no esta dando cumplimento a lo establecido en el parágrafo 2o. del artículo 9o del Decreto 1813 de 1984, al estimar que si solicita la devolución por el IV bimestre de 1984. El ajuste de la cuenta Impuesto a las ventas por pagar se debió efectuar el 31 de Agosto de 1984 y no como lo hizo la sociedad el 31 de octubre de 1984, interpretación que a su juicio resulta equivocada por lo que exige la norma es que el valor del ajuste sea igual al valor del saldo débito que arroje a la cuenta "impuestos a las ventas por pagar" en el ultimo día del bimestre o bimestres sobre los cuales se pide la devolución, pero no que el ajuste deba hacerse en el último día del bimestre objeto de la solicitud de devolución.

LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada disiente de la apreciación del Tribunal e interpretando la norma en armonía con el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, deduce que el exportador está obligado imperativamente para efectos del impuesto a las ventas a llevar no solo el registro auxiliar de ventas y compras sino una cuenta mayor o de balance denominada "Impuestos a las ventas por pagar", que no llevaba la sociedad, como bien lo constató y anotó la comisión que realizó la visita contable.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe ser objeto de confirmación porque sólo el ánimo fiscalista de los funcionarios de la Administración lleva a ésta a someterse a un proceso en donde, con mucha regularidad el la propia Administración que con argumentos forzados se ve avocada a sostener una posición no muy ortodoxa en contra de la evidencia probatoria, y que: "realmente lo exige el Decreto 1813 de 1984, artículo 9o. parágrafo 2o., es que el ajuste a cero de la cuenta "impuesto a las venta por pagar" debe hacerse al final del bimestre y no propiamente que el ajuste se haga el ultimo día de ese período gravable."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que el punto fundamental de la controversia radica en determinar, con base el acervo probatorio que obra en el proceso, si la actora cumplió o no con el requisito del ajuste a cero de la cuenta "Impuestos a las ventas por pagar" que a nivel de cuenta principal debe llevar el contribuyente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 de decreto 3541 de 1983.

Para efectos de la devolución el Decreto reglamentario 1813 de 1984, artículo 9o., exigió que dichas solicitudes debían entre otros, cumplir con el requisito señalado en el literal a) tal como se indica en el parágrafo 2o. es decir, probar mediante certificado expedido por el revisor fiscal o contador público, que se efectuó el ajuste de la cuenta "impuesto a las ventas por pagar" a cero, y que este ajuste se efectuó mediante el abono de dicha cuenta de un valor igual al saldo débito que arrojaba la misma en el último día del bimestre materia de la solicitud, con cargo por igual valor al rubro de cuentas por cobrar. Cuando el Decreto reglamentario exige el ajuste a cero de la cuenta "Impuesto a las ventas por pagar" se refiere indudablemente a la "cuenta mayor o de balance", creada como obligatoria para los responsables del impuesto por el artículo 41 del Decreto Extraordinario 3541 de 1983, citado.

La Administración de Impuestos Nacionales al practicar la inspección contable a la sociedad contribuyente con el fin de verificar la existencia del saldo a favor y la procedencia de la devolución, consignó en el Acta de conclusiones, o

Acta de visita que obra a folios 53 y 54 del cuaderno de antecedentes que:

"2.- Los descuentos solicitados correspondientes al IV bimestre /84 por concepto de impuesto sobre las ventas, fueron contabilizados oportunamente como consta en los libros de contabilidad de acuerdo a los comprobantes de diario que reposan en los archivos de la empresa".

"3.- En los archivos de la sociedad existen comprobantes internos, externos, facturas, comprobantes de diario y demás documentos que soportan los descuentos solicitados los que fueron analizados y revisados de acuerdo a la relación de impuestos descontables por bienes y servicios adquiridos en el país, (se anexan algunas fotocopias de comprobantes, facturas que corroboran lo dicho anteriormente)."

4.- **La empresa efectuó el ajuste a cero de que trata el parágrafo 2o, del art. 9o. del decreto 1813/84 correspondiente al IV bimestre/84 (meses julio y agosto)** pero no en finales de agosto del 84 sino del 31 de octubre de 1984 según asiento de diario No. 278 y del cual se anexa fotocopia. En este punto vale decir que de acuerdo al análisis efectuado sobre los libros y registros contables, se recomienda efectuar una auditoría de campo debido a que no se reflejen claramente los ajustes en los mismos, y por consiguiente, es dudoso el movimiento de la cuenta "Impuestos a las ventas por pagar". (subraya la Sala).

Acta en el que el funcionario de fé de que la contribuyente si ajustó la cuenta de "Impuestos a las ventas por pagar" que llevaba la sociedad, mediante asiento en libro diario, pero en manera alguna dice que la sociedad si llevara la cuenta a nivel principal conforme con lo exigido por el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, anteriormente citado, y que esta cuenta fuera la reajustada a cero, pero que recomienda una auditoría de campo debido a que no se reflejan claramente los ajustes en los mismos y es dudoso el movimiento presentado en la cuenta "Impuesto a las ventas por pagar".

No obstante, la resolución No. 1359 del 28 de Diciembre de 1984, mediante la cual se negó el derecho de devolución, admite el literal b) "Que la empresa efectuó el ajuste de la cuenta impuesto a las ventas por pagar, de que trata el parágrafo 2o. del artículo 9o. del Decreto 1813 de 1984, por el cuarto bimestre de 1984 el 31 de octubre de 1984 según asiento diario No. 278" aseveración que se confirma con el certificado expedido por el contador público debidamente acreditado que obra a folio 43 del cuaderno principal y 12 del cuaderno de antecedentes y de la misma fotocopia auténtica de la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas por pagar que obra a folios 41 y 42 del mismo cuaderno principal.

Si bien la apoderada judicial de la demanda manifiesta que la sociedad únicamente llevaba como cuenta del mayor la denominada deudores varios, registrando en ella diversidad de factores llegó a tal, conclusión no por la

verificación pedida por el técnico en el Acta de visita, sino por lo manifestado por la División de Recursos Tributarios cuando al resolver el recurso de reposición, dice que: visto el asiento diario No. 278 de 31 de octubre de 1984, se constató que la sociedad lleva la contabilización del impuesto en la cuenta deudores varios y como subcuenta el impuesto a las ventas por pagar, para concluír: " Luego la sociedad no lleva la cuenta principal impuesto a las ventas por pagar sino subcuentas, contrariando así lo ordenado por el artículo 41 del decreto 3541 de 1983, pero tal aseveración nada dice acerca del registro en la cuenta mayor o de balance exigida por el artículo 41 del Decreto 3541 citado, que afirma llevar el contribuyente y que reafirma con el Acta de Inspección contable y la certificación de contador público no controvertida por las administración.

Con relación a la oportunidad del ajuste a cero de la cuenta impuesto a las ventas por pagar, comparte la Sala el concepto del A-quo en el sentido de que el hecho de que el mismo se hubiere efectuado el 31 de octubre de 1984, no daba lugar a negar la devolución por que tal ajuste no riñe con lo preceptuado por el parágrafo 2o, del artículo 9o. del decreto 1813 de 1984.

Argumento que por demás fue el único esgrimido por la Administración para negar el derecho a la devolución, razón por lo cual estima la Sala que la sentencia apelada merece ser confirmada.

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

FALLA:

1) CONFIRMASE la sentencia apelada.

Esta providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahin Lizcano,* ausente, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/LIQUIDACION OFICIAL- Motivación

No se ha aceptado como explicaciones válidas las que se limitan a señalar con X un renglón preimpreso de conceptos globales, como los señalados en esta oportunidad. Este sistema (de computador) no se compadece con el cumplimiento del requisito de incluír en la liquidación una "explicación sumaria de las modificaciones a la liquidación privada" (num 11 art. 47 Acuerdo 21/83) porque si bien el adjetivo "sumaria" implica que puede ser la explicación reducida, breve, sucinta, no puede extremarse su compendio al punto del mutismo expresado en una X sin referencia directa, por lo menos, a otro documento (requerimiento o acta) o explicación como lo entendió el Tribunal y menos aún amparar con ello una ausencia total de motivación que se observa respecto a las sanciones impuestas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991),

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2964. Actor: Sociedad Autosubaru Ltda.- Impuesto Ind. y Co.) FALLO-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 22 de noviembre de 1989, la cual resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda formulada por la Sociedad "AUTO SUBARU LTDA.", dirigida contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de Industria y comercio a su cargo por el período

gravable de 1983.

No está de acuerdo el apelante con la nulidad de la operación administrativa declarada por el Tribunal. En síntesis, porque al practicarse la liquidación oficial con fundamento en el requerimiento No. 485 de 1985, la sociedad sí entendió la explicación sumaria contenida en aquella. Pide se revoque la sentencia y se confirme el acto liquidatorio como quiera que la reclamante no demostró la existencia del contrato de concesión que alega y en tal virtud el Parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 no era aplicable para determinar la base gravable.

Insiste sobre la procedencia de la sanción por inexactitud, porque la sociedad declaró "datos incompletos e incorrectos que derivaron un menor impuesto al que la contribuyente debe pagar".

La Fiscal Sexta de la Corporación Dra. Olga Lucía Zuluaga V:, así como la apoderada de la Administración Distrital, se apartan de la decisión del a-quo. En resúmen estima el Ministerio Público, que la liquidación oficial impugnada cumple con los requisitos previstos en el artículo 47 del Acuerdo 21 de 1983. Como aquella, dice. fué el resultado de un proceso previo de investigación, en el cual se estableció, por una parte, diferencia entre los ingresos declarados y los comprobados por la Administración, y por otra se cuestionó el costo de los vehículos vendidos como una deducción, para la sociedad quedó lo suficientemente claro, cuáles fueron las modificaciones a la liquidación privada y por ende concluye, que la liquidación oficial cumplió con el presupuesto de la "Explicación sumaria, que exige la ley".

Tampoco acepta que la liquidación oficial esté afectada con vicio de procedimiento alguno, como quiera que se practicó con base en las facultades conferidas por el artículo 41 del citado estatuto local.

Niega por improcedente la prueba con que la empresa pretende probar su calidad de concesionaria de venta de automotores de marca "Subaru" y por ende desestima el tratamiento preferencia previsto en el parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 que aquella invoca.

Por último insiste en que se mantenga la sanción por inexactitud que le fué impuesta a la sociedad.

PARTE OPOSITORA

El apoderado judicial de la firma representada insiste sobre la procedencia de sus pretensiones. No entiende cómo la Dirección Distrital de Impuestos exige para otorgar el tratamiento especial que la sociedad solicita "que la "concesión" emane exclusivamente de la fábrica extranjera de automotores y repuestos" y

critica al apelante porque sustenta el recurso afirmando que a la comunicación dirigida a la firma, de parte del Auditor de la Sociedad "Auto Subaru Echeverry Ltda" no se le puede dar el valor del contrato de concesión, basándose en que Auto Subaru Echeverry no es la fábrica sino la comercializadora de la fábrica de los automotores Fujy Reavy Industrials Ltda.

Llama la atención sobre el hecho de que la propia Dirección Distrital de Impuestos en Resolución No. 1114 de 10 -IX-86 aceptó que en la declaración la empresa declaro como actividad, además de la venta de vehículos y respuestos, la de "Concesiones Subaru" lo que indica haber obrado de buena fé en la forma como denuncio, lo cual incide en la sanción estando de por medio un aspecto de diferencia de criterio entre las Oficinas de Impuestos y el contribuyente.

Por otra parte, reitera que si el requerimiento hizo referencia a la declaración No. 71292 de abril 26/84 estaba errado porque la de la compañía era la # 72027, o sea, completamente distinta, siendo inválido el requerimiento y falsamente motivada la Resolución No. 1114 al afirmar que a Auto Subaru Ltda., se le requirió mediante el # 485.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

El tema principal de la controversia en esta segunda instancia se reduce a confrontar la legalidad de la fundamentación de la sentencia proferida por el a-quo en la que consideró que la liquidación oficial no fué lo suficientemente explicativa en cuanto a las modificaciones de la declaración y que se concretó en el siguiente párrafo:

> "Pues bien, la forma de computador que contiene la liquidación oficial del impuesto de Industria, Comercio y Avisos representa un positivo avance de la informática implementada en el Distrito Especial de Bogotá; empero, el proceso de sistematización debe ajustarse a la ley y si, como lo afirma la administración, la explicación sumaria de la liquidación oficial se entiende referida al requerimiento por la cita que de él se hace, la remisión debió ser expresa y en éste era preciso sustentarla debidamente, vale decir, individualizar los conceptos cuya modificación se propone y la razón de ésta, así como su exacta denominación y cuantía, todo lo cual permite al contribuyente controvertir, probar o hacer observaciones concretas y referidas a lo expuesto por la administración, cumpliendo así la finalidad del acto que es el de permitir el adecuado ejercicio del derecho de defensa. El acta de requerimiento como acto independiente del requerimiento y cuyo contenido se ajustó a la ley, también puede ser la explicación sumaria, pero siempre señalándola expresamente como tal.
> . . . . . ".

Las anteriores consideraciones que se refieren a la liquidación oficial que obra al folio 91, en la que se lee como "Explicación sumaria de las modificaciones

a la liquidación privada" solamente sendas X en los renglones preimpresos Ingresos no declarados y Deducciones improcedentes, sin cifras, ni referencia directa o requerimiento o acta alguna, coincide en lo sustancial con lo resulto por esta Sala en otro casos similares (con concepto favorable del Fiscal 3o. Dr. Ossa Arbeláez) en los cuales no ha aceptado como explicaciones válidas las que se limitan a señalar con X un renglón preimpreso de conceptos globales, como los señalados en esta oportunidad.

Este sistema no se compadece con el cumplimiento del requisito de incluír en la liquidación una "explicación sumaria de las modificaciones a la liquidación privada" (# 11 art. 47 Acuerdo 21/83) porque si bien el adjetivo "sumaria" indica que puede ser la explicación reducida, breve sucinta, no puede extremarse su compendió al punto del mutismo expresado en una X sin referencia directa, por lo menos, a otro documento (requerimiento o Acta) o explicación como lo entendió el Tribunal y menos aún amparar con ello una ausencia total de motivación que se observa respecto a las sanciones impuestas.

> Ha dicho esta Sección que: "Es evidente que el acto de liquidación del Impuesto de Industria y Comercio, deba ser motivado, explicar así sea en forma sucinta pero clara y completa las diferencias resultantes entre los datos declarados en el denuncio fiscal y los consignados en la Liquidación Oficial, no de otra manera pueden darse por satisfechas las formas propias que para practicarlas válidamente exige la disposición legal.
>
> "La motivación como los demás requisitos son elementos formales cuya omisión convierte al acto anulable por su expedición de manera irregular". (Expediente No. 2441 fallo del 7 de septiembre/90).

No puede la jurisprudencia mostrarse enemiga de los avances de la tecnología, pero si puede velar porque al amparo de ella o so pretexto de la simplificación de procedimientos, formas preimpresas y otros instrumentos hoy ampliamente difundidos, se menosprecien los ordenamientos de la ley porque al fin y al cabo es la tecnología la que debe estar al servicio del hombre y de la ley, y no al contrario.

Por estar la Sala de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal confirmará su sentencia.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de noviembre de 1989 en el proceso No. 5.855.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate. Presidente, *Guillermo Chahin Lizcano.* Ausente. *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario

COMPARACION DE PATRIMONIOS/RENTA GRAVABLE- Determinación

Si hechos los ajustes a la renta gravable declarada, la diferencia de patrimonios líquidos comparados (previos los ajustes pertinentes) resultare superior, se tomará ésta como renta gravable. El sistema de comparación patrimonial es un procedimiento especial creado por la ley fiscal para determinar la renta gravable (artículo 71 Decreto 2053 de 1974), cuando se tipifican los presupuestos previstos para su utilización (articulo 74 ibídem) y por lo tanto excluyente del ordinario de depuración de ingresos. Es improcedente entonces mezclar el uno con el otro como lo hizo el a-quo.

Consejo de Estado-. Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3088. Actor: Emma Margarita Uribe. Impuesto Renta . FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la señora EMMA MARGARITA URIBE DE MORA, contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 1990, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las pretenciones de la demanda de restablecimiento del derecho, dirigida a obtener la nulidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios correspondiente al periodo gravable de 1979.

Pide la actora que se modifique la sentencia, teniendo en cuenta que en ella se cometieron los siguientes errores:

1.- "Al establecer la diferencia patrimonial que constituye renta, el Tribunal involucra indebidamente la renta capitalizable de $ 1.294.778., como factor de renta y, además, la renta declarada por el contribuyente por $ 1.655.270. como factor de suma", procedimiento que no es consecuente con el inciso 2o. del Artículo 237 del Estatuto Fiscal.

2.- "Tratándose de las valorizaciones de "Uribe Moreno y Cia. Ltda." el Tribunal tomó la cifra inicial de $ 2.538.022. más un reconocimiento adicional de $ 96.552. para llegar así a un total de $ 2.634.574.... Partida esta que nada tiene que ver con las valorizaciones de aportes en la sociedad, puesto que corresponde al valor de la participación que la demandante tiene sobre las utilidades de la misma. Las valorizaciones de los aportes habidos en dicha sociedad, deben tomarse, dice, de acuerdo al fallo preferido por esta Corporación el 7 de abril de 1989, o sea, el 16.6629% de $ 17.780.944 para un valor por tal concepto de $ 2.962.821.

Por lo anterior solicita en síntesis, que la renta establecida por el sistema de comparación de patrimonios se determine en la suma de $ 3.459.525. y no en $ 4.148.264 suma fijada por el Tribunal.

PARTE OPOSITORA

El apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, solicita se confirme la sentencia. No está de acuerdo con que se acceda a las peticiones, empero no cuestiona los hechos en que los fundamenta la reclamante.

Limita su alegato a sostener que la distribución de la participación que le correspondió a aquella en su calidad de socia de la firma "Uribe Mora y Cia Ltda",. en el fallo que se profirió a ésta el 7 de abril de 1989 por la Corporación, no puede ser modificada, porque la sentencia se encuentra en firme, de acuerdo a las previsiones de los Artículos 331 y 332 del Código De Procedimiento Civil y 174 del C.C.A.

CONCEPTO FISCAL

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, en su concepto de fondo, está de acuerdo con que las valorizaciones que a la demandante le corresponden en la sociedad "Uribe Mora y Cía. Ltda." se determinen de acuerdo con el fallo que a ésta profirió la Corporación el 7 de abril de 1989.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En síntesis, solicita el apelante: primero que se revise el procedimiento que utilizó el a-quo para determinar la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios y, segundo que se tenga en cuenta en tal depuración, la valorización de acuerdo a la sentencia que profirió esta Corporación el 7 de abril

de 1989 en donde, le correspondió a la señora EMMA MARGARITA URIBE DE MORA en la sociedad citada una valorización mayor a la reconocida inicialmente.

1.- RENTA POR COMPARACION DE PATRIMONIOS

De conformidad con el Artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 y los Artículos 91 y 116 de su Decreto Reglamentario 187 de 1975, normas aplicables en el periodo 1979 que se cuestiona, para determinar la renta por este sistema se deberá proceder así:

> "A la renta gravable se adicionará el valor de la ganancia ocasional neta, las rentas cedidas por el contribuyente y las rentas exentas. De esta suma se sustrae el valor de la renta de goce, los impuestos de renta y complementarios pagados durante el año gravable, incluyendo retención y anticipo efectivamente pagado y, en su caso la renta recibida del cónyuge.
>
> Si este resultado es inferior a la diferencia entre los patrimonios líquidos declarados en el año gravable y en el ejercicio inmediatamente anterior, previos los ajustes por valorizaciones y desvalorizaciones nominales incluyendo los reavaluos autorizados en los artículos 51 y 52 del Decreto 2247 de 1974 dicha diferencia se tomará como renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre las causas justificativas del incremento patrimonial", (Artículo 91 Decreto Reglamentario 187 de 1975).

Consecuente con las normas anteriores, si hechos los ajustes a la renta gravable declarada, la diferencia de patrimonios líquidos comparados (previos los ajustes pertinentes) resultare superior, se tomará ésta como renta gravable, como acertadamente lo sostiene la actora.

El sistema de comparación patrimonial es un procedimiento especial creado por la ley fiscal para determinar la renta gravable (Artículo 71 Decreto 2033 de 1974, cuando se tipifican los presupuestos previstos para su utilización (Artículo 74 ibídem) y por lo tanto es excluyente del ordinario de depuración de ingresos. Es improcedente entonces mezclar el uno con el otro como lo hizo el a-quo.

2o. VALORIZACIONES DE ACTIVOS

Para la Sala es claro que el a-quo se equivocó al tomar como justificante del incremento patrimonial establecido entre los años comparados 1978 y 1979, la valorización que en su calidad de socia le correspondió en la sociedad "Uribe Moreno Y Cia Ltda." en una suma inferior a la que realmente se determinó en la sentencia proferida por esta Corporación el 7 de abril de 1989. Admitió por tal concepto la suma de $ 2.538.022 reconocida en la vía gubernativa incrementada en $ 96.552 para un total de $ 2.634.574. Esto es, confundió la participación rentística que en la misma sociedad le correspondió a la coparticipe, con la

valorización que por acciones, aportes y otras inversiones, se le fijó en un 16.66295 sobre $ 17.780.944 (f.124), o sea, con la suma de $ 2.962.821 que es realmente la partida que ha debido tomar en cuenta.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto se practica una nueva liquidación del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1979, conservando la aplicación del sistema especial de comparación de patrimonios que el mismo apoderado acepta y en consideración a que efectuados los ajustes a la renta declarada ésta continúa siendo inferior a la diferencia de patrimonios. En efecto, la renta y sus ajustes arroja un resultado de $ 1.294.778. con el siguiente detalle:

AJUSTES EN RENTA

Renta gravable declarada			$	1.655.270
Renta exenta				18.824
Ganancias ocasionales				210.032
Sub-total			$	1.884.126
MENOS:				
Renta recibida cónyuge	$	55.000		
Renta goce		31.005		
Impuesto Pagado		503.343		589.348
RENTA AJUSTADA			$	1.294.778

La diferencia patrimonial se establece así:

PATRIMONIO LIQUIDO 31-12-79 (Res. 270/84)		$	28.407.071
PATRIMONIO LIQUIDO 31-12-78			20.536.446
DIFERENCIA INICIAL			7.870.625

MENOS AJUSTE PATRIMONIAL POR VALORIZACIONES

a) de acciones inicialmente aceptadas	$	1.297.976
b) en "Uribe Moreno y Cía. Ltda"		2.962.821
c) en "Inversiones Jaramillo Uribe Ltda"		1.272.607
Reajuste bienes raíces		212.571
Inc.Pat. en "Industrias Uribe Moreno Ltda"		1.928
TOTAL VALORIZACIONES	$	5.747.903

MENOS DESVALORIZACIONES

"Uribe Moreno y Cia Ltda"	$1.280.162		
"Granjas Emaus"	3.803		
"Uribe Jaramillo y Cia"	28.209		
"Industrias Umo Ltda"	24.449	$1.336.623	$ 4.411.280
DIFERENCIA PATRIMONIAL GRAVABLE COMO RENTA			$ 3,459.345

Como la diferencia de patrimonios es superior a la renta ajustada, la primera se considerará como renta gravable según la ley y en los términos de la siguiente liquidación:

DETERMINACION DEL IMPUESTO	BASE	IMPUESTO
Renta gravable	$ 3.459.345	$ 1.782.873
Menos : Descuentos inicialmente reconocidos		15.250
Impuesto Neto de Renta		1.767.623
Patrimonio Gravable -no varía-	28.393.884	545.048
Ganancia Ocasional	210.031	54.125
Total impuesto de Renta y Complementarios.		2.366.796
Menos: Descuento por renuncia a la adición		13.959
TOTAL A CARGO DE LA CONTRIBUYENTE		$ 2.352.837

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

FALLA

1o.- Revócase la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo de Antioquia el 16 de mayo de 1990 en el proceso No. 19491.

2o.- En su lugar y de conformidad con la liquidación consignada en la parte motiva de esta providencia, fíjase en la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS ($2.352.837) M/CTE, el valor de impuesto sobre la renta y complementarios que por el año gravable de 1979, le corresponde pagar a la contribuyente señora EMMA MARGARITA URIBE DE MORA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 21.372.017 de Medellín.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Devuélvase al Tribunal de Origen.

Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate. Presidente, *Guillermo Chahin Lizcano.* Ausente. *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos*

Jorge Torrado Torrado. Secretario.

VENTA EXENTA/EXPORTACION/EXPORTADOR

Las exigencias de relacionar los conocimientos de embarque o guías aéreas, se predicaban solo del exportador propiamente dicho, o "exportador directo" no de quien vendía a éste sus productos para exportar, aspecto que el artículo 11 del Decreto 1813 de 1984, aclaró definitivamente, en punto a que de este último únicamente eran exigibles, una certificación expedida por la sociedad exportadora y un certificado del Incomex sobre registro del mismo ante esa entidad. Los conocimientos de embarque o guías aéreas se podían sustituir, a la sazón por otros documentos que acreditaran el hecho físico de la exportación (Semestres 1 y 2 de 1983 y trimestres 1 y 2 de 1984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, Junio catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3011. Apelación sentencia de 30 de marzo de 1990 del Tribunal de Antioquia, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de liquidación de impuestos sobre las ventas, de los 1o. y 2o. semestres de 1983 y los trimestres 1 y 2 de 1984. Actor: Industrias Crisaza y Cía. C.P.A.

La Sociedad INDUSTRIAS CRISAZA Y COMPAÑIA, COMANDITA POR ACCIONES, la actora, apela de la sentencia de primer grado, de 30 de marzo de 1990, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el contencioso de restablecimiento, en materia del impuesto sobre las ventas de los semestres 1o. y 2o. de 1983 y trimestres 1o. y 2o. de 1984, promovido contra las resoluciones números 208 de 10 de septiembre

de 1984 y 166 de 15 de octubre de 1986, expedidas por las unidades de Auditoría y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, por las que se desestimó la solicitud de devolución de sobrantes del impuesto por los mencionados períodos.

Sobre el recurso, cumplido el trámite de instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

La Administración fundamentó su actuación en la circunstancia de que según acta de inspección contable y ampliación de ésta, las ventas declaradas como exentas, por concepto de la exportación de bolsas de polietileno, no tuvieron el carácter de tales, pues, si bien los manifiestos y registros de exportación figuraban a nombre de la contribuyente, en las guías aéreas los certificados de reintegro números 705026 y 705182 y el formulario de exportación No. 1130, aparecía la sociedad Comercializadora Internacional Unión de Bananeros de Urabá S.A.

Adicionalmente respecto de la solicitud, señaló omitidas, la renuncia al término de corrección de las declaraciones, la relación de los conocimientos de embarque o guías aéreas certificada por contador público, la constancia de inscripción ante la junta Central de Contadores de quien suscribía las declaraciones, las copias de las declaraciones de donde provenía el saldo crédito acumulado objeto de la petición y la relación de las partidas de los impuestos correspondientes a ventas anuladas.

El funcionario que decidió el recurso gubernativo, tras admitir como prueba la documentación anexa a éste y a la solicitud de devolución y disponer nueva inspección contable, tanto a la recurrente como a la Comercializadora "UNIBAN", mantuvo la decisión inicialmente proferida por la unidad de auditoría, estimando, en resumen, que las operaciones entre aquélla y ésta, no constituían la "exportación conjunta" de que hablaba el recurso, sino entregas de mercancías, de la primera a la segunda, a título traslaticio de dominio, y de la segunda a los productores de banano, al mismo título, según las respectivas facturaciones y asientos contables, transacciones estas que, anotó, se debían tener por simples "ventas nacionales".

LA DEMANDA

Comprende los siguientes preceptos y conceptos de violación:

Los artículos 32 del decreto 3541 de 1983 y 15 del decreto 1813 de 1984, por cuanto, expedida la primera de las providencias acusadas, la No. 208 de 1984, la Administración prosiguió el trámite sin conceder el término de corrección

contemplado en la última de las citadas normas, vicio de procedimiento que haría ilegal dicha resolución, conforme a los artículos 26 de la Constitución y 84 y 85 del decreto 01 de 1984. Y que dado que, denunciada la irregularidad en el recurso gubernativo, la segunda de tales providencias había confirmado la recurrida, con el expediente de que la solicitud de devolución no sólo presentaba vicios de forma sino de fondo, habría incurrido en la misma ilegalidad.

Los artículos 28 del decreto 3541 de 1983 y 7, 8, 9 y 10 del decreto 1813 de 1984, por haberse desconocido el carácter de exentas de las exportaciones declaradas, no obstante estar los manifiestos y registro de exportación a nombre de la contribuyente y sin que, por otra parte, ninguna de las disposiciones citadas exigiera la guía aérea, o ésta fuera prueba de la exportación. Y que si la Comercializadora "UNIBAN" figuraba en varios conocimientos de embarque, obedecía ello a que era aquélla la que realizaba las gestiones para el embarque de la fruta que llevaba el polietileno.

Afirma también que la documentación acompañada satisfacía, igualmente, los requisitos a cargo del exportador conforme a la legislación anterior, particularmente los del artículo 10 del decreto reglamentario 2803 de 1975, en consonancia con los artículos 8, numeral 4o. y 25 del decreto 1988 de 1974.

De la documentación en cuestión, se hace una relación que incluye, "Registros de Exportación", "Manifiesto de Exportación", "facturación", "certificado de reintegro" y "Cart y Cert".

Se niega que la mercancía hubiera sido entregada a la Comercializadora a título traslaticio de dominio, pues que siendo éste, conforme al artículo 69 del Código Civil, "el derecho real es una cosa corporal para gozar y disponer arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno", sería claro que las entregas no se hacían a dicho título, sino para que la comercializadora pudiera "empacar la mercancía y así Crisaza poder realizar su exportación", en forma que no le era dable a aquella disponer arbitrariamente de la mercancía, porque ello "iría contra el derecho y obligación que tiene Crisaza de obtener un registro de exportación. . . . . ."

Prueba de que la Comercializadora no compró ni exportó el empaque plástico, sería la de que ésta no poseía facturación, órdenes de remisión o comprobantes de retención en la fuente que así lo acreditaran, como tampoco documentos de exportación distintos de los que correspondían a la fruta, que era por lo que debía responder; y que la facturación existente, era solo un medio de "control de inventario en puerto", habiéndose responsabilizado la contribuyente del trámite de su propia exportación, a través de agentes de aduana en Urabá, lo que constituiría prueba adicional de que la mercancía no se entregaba a título traslaticio de dominio, pues si así fuera. "no se tendría que incurrir en gastos de exportación.....".

LA SENTENCIA APELADA

En materia de vicios procesales, aunque el a quo reconoce omitido el auto inadmisorio que debió señalar los requisitos formales incumplidos, no halla que se hubiera violado el derecho de defensa de la peticionaria, ya que con ocasión del recurso gubernativo se había examinado la totalidad de los documentos aportados, incluso los que se habían echado de menos inicialmente, a más de que la decisión adversa a las pretensiones de aquélla, obedecía a "apreciaciones de fondo en cuanto su carácter de exportadora".

En cuanto al tema de fondo, con apoyo de los artículos 63 del decreto 3541 de 1983 y 8 del decreto 1813 de 1984, y de acuerdo con la descripción que se hace en el acta de visita, de la contabilización de las transacciones efectuadas entre la demandante, "UNIBAN" y los productos de banano, concluye que las operaciones en cuestión, no configuraban otra cosa que "una típica venta interna que la actora hace a Uniban y ésta, a su vez, a los productos de banano, por lo que no es posible calificar la venta de bolsas de polietileno como venta de bienes de exportación.....", que lo serían, únicamente los directamente destinados a ser vendidos en el exterior.

Añade, que se llegaría al absurdo de tener por tales, "todo aquellos bienes, materias primas, insumos, etc." que tuvieran como destino final otro país, viniendo a ser bienes exportables no exclusivamente las bolsas de polietileno, sino el polietileno mismo, "en una cadena interminable, en un verdadera cadena de la felicidad....."

Advierte, además que no solo debe tratarse de "bienes de exportación", sino de que sean éstos "efectivamente exportados", hecho que, según el decreto 2266 de 1984, se debe demostrar con los "documentos de transporte", o documentos que acrediten el embarque y salida del país de los bienes exportados, cumplidos los demás requisitos aduaneros, y no con "registros de exportación".

Y que si bien estos últimos obran a nombre de la actora, en los conocimientos de embarque, en cambio, figuran personas distintas, quedando descartada, asímismo, la hipótesis de la "exportación conjunta".

La sentencia tiene la salvedad de voto de los dos Magistrados de la Sala de decisión, para quienes, en síntesis, "exportador", por disposición legal, es el productor que vende bienes de exportación a comercializadoras internacionales, siempre que los mismos sean efectivamente exportados, presupuestos que habrían sido demostrados por la demandante, por lo que resultaría insostenible la posición de la Administración, en cuanto "reconoce como parte de la exportación las caja de cartón que contienen el banano, pero niega dicha calidad a las bolsas de polietileno, siendo tanto uno como otro producto, empaques necesarios en la venta externa del banano, constituyéndose finalmente ambos empaques en bienes exportados.....".

EL RECURSO DE APELACION

Sostienen el impugnante, en lo fundamental, que probada la condición de exportadora de la Comercializadora "UNIBAN" y que ésta le compró, en el país, bolsas para empacar su producto, el banano, que fueron efectivamente exportadas, junto con éste, no se comprende cómo, ignorando el acervo probatorio allegado y contra lo dispuesto por el artículo 8o., letra c), del decreto 1813 de 1984, se resuelve, "que Crisaza no es entidad exportadora y que solo recurre para su reclamación a una figura jurisprudencial regional denominada la cadena de la felicidad..."

Menciona, igualmente, el criterio de los Magistrados disidentes, como reiteración del error del derecho en que habría incurrido el sentenciador, al no dar aplicación al aludido precepto.

En escrito posterior, repite proposiciones esenciales de la demanda y relaciona los medios de prueba aducido, con especial énfasis en estos aspectos:

La calidad de exportadora de la demandante, no está basada en la circunstancia de que el material plástico tenga como destino otro país, pues, muchas veces se han vendido empaques ha exportadores, como los confeccionistas, facturándoles el impuesto sobre las ventas en condición de exportadores únicos, sin que, por tanto, aquélla tenga documento alguno de exportación.

Las autoridades aduaneras sí deben dar cuenta del embarque de los productos, pero no necesariamente con el conocimiento de embarque, ya que éste se puede sustituír, según se hizo, con el manifiesto de exportación, donde consta que el exportador es Crisaza y, en cuyo anverso, la Aduana de Turbo, dependencia del Ministerio de Hacienda, certifica el embarque con expresión de volumen y cuantía, ésta en dólares, de lo embarcado", e informa el acta de reconocimiento de la mercancía, fecha de embarque y posición arancelaria.

LOS ALEGATOS

La parte demandada, en lo concerniente a los defectos procesales en que insiste la apelante, afirma que la aplicación del artículo 15 del decreto 1813 de 1984, referente al auto inadmisorio de las solicitudes de devolución o compensación, solo procede cuando éstas, frente a un saldo a favor cierto y efectivo", no reúnan los requisitos formales de los artículos 9, 10 y 11 del decreto 1813 de 1984, no cuando las mismas sean infundadas y deban rechazarse de plano.

En cuanto a si tenía la demandante la alegada condición de exportadora, rechaza tal pretensión, por estimar, basada también en el acta de inspección, que la venta hecha a la comercializadora y la que ésta hacía a los productores de banano, eran "ventas internas, intermedias", teniendo en cuenta, además para

desechar el supuesto de la exportación conjunta, "que el cliente del exterior efectúa el pago de Uniban por el valor facturado en dólares, y éste (sic) tramita el reintegro de acuerdo con el valor del respectivo registro que es inferior a la factura, en razón a (sic) que este valor no incluye el valor de las bolsas de polietileno es en definitiva el de los productos de banano.....".

Además, de conformidad con el artículo 8 del decreto 1813 de 1984, los bienes objetos de las respectivas transacciones deben ser los de exportación propiamente dichos, o sea, los destinados a ser vendidos en otro país, pues la finalidad de los incentivos a las exportaciones es la de que los productos puedan competir en el mercado internacional, aparte de que se debe probar la exportación real y efectiva de los mismos , caracteres y circunstancias que no se dan en el caso controvertido, porque las bolsas de polietileno "no tienen destinación inmediata de exportación", ni los documentos aportados prueban que ésta se hubiera realizado por la demandante.

No se presentaron otras alegaciones dentro del término concedido al efecto.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, se pronuncia por la confirmación del fallo recurrido.

Ello porque, en su sentir, la actuación administrativa, en particular la providencia que puso término a la discusión gubernativa, estaría fundada, más que en meros razonamientos de orden legal, "en una prueba directa y contundente como es la inspección de la contabilidad" de la actora y la Comercializadora "Uniban", que habría demostrado que la primera no tenía el carácter de exportadora, aserto no desvirtuado.

Por lo demás, dentro del análisis de los preceptos legales que considera aplicables, a saber, los artículos 28 del decreto 3541 de 1983 y 7, 8, 9, y 10 del decreto 1813 de 1984, coincide con las apreciaciones del a quo, resaltando el hecho de que las inspecciones contables practicadas, hubieran demostrado , "que el único producto exportado fue el banano adquirido por UNIBAN(...) (pues que) ese producto haya sido envuelto en bolsas de polietileno que CRISAZA lo vendió a UNIBAN, forzosamente no significa que tales bolsas hayan sido objeto de exportación.....".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. De la forma de las solicitudes.

Los requisitos meramente formales de los que deviene la admisibilidad y curso de solicitudes de devolución o compensación, son distintos de los

presupuestos de fondo en que se sustentan el derecho alegado y la viabilidad de la pretensión.

En defecto de los primeros, procede un pronunciamiento inadmisorio, mediante auto que indique las formalidades que deban ser corregidas, en términos del artículo 15 del decreto 1813 de 1984, similares a los del primitivo artículo 24 del decreto 1494 de 1978.

Y, en ausencia de los segundos, una providencia desestimatoria, sujeta a recursos, que ponga fin al trámite administrativo.

El auto inadmisorio es un pronunciamiento único, que debe comprender todas las informalidades advertidas y que, contrario a lo que supone la parte demandada, procede todos los casos en que se reporten tales efectos, así deba denegarse finalmente la pretensión por carencia del derecho.

Así las cosas, aunque la primera de las resoluciones demandadas adujo indiscriminadamente motivos de fondo y forma, no por ello violó el derecho de defensa, ni dejó de cumplir su finalidad.

Como bien lo dijo el a quo, pues, a la postre, a tiempo que señaló los vicios de forma, como debía, lo que hizo fue anticipar un debate en el fondo que hubiera sobrevenido y con respecto al cual, no recortó término alguno a la peticionaria, ni impidió que opusiera ésta los medios de justificación a su alcance.

2. **Del carácter de exportador.**

El régimen reorgánico del valor agregado, promulgado por los decretos 3541 de 1983 artículo 63 y 1813, artículo 8 literal c) de 1984, define como exenta del impuesto," la venta en el país de bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional siempre que hayan de ser efectivamente exportados ".

Es un hecho, que ni la condición de productora de la demandante, o de sociedad de comercialización internacional "UNIBAN", ni el lugar, la índole de las "entregas" que hizo la primera a la segunda, o la especie de bienes a que se contraían aquellas, fueron materia de objeciones por la demanda, como que su oposición había venido sustentada en actas de inspección que acusaban contabilizaciones, en el país, en razón de transacciones efectuadas entre ambas sociedades, por ventas de bolsas o empaques de polietileno.

Ahora bien, que dicho material sintético fuera, o no, "bien de exportación", es cuestión que, evidentemente, tampoco admitía una discusión ni una solución negativa, toda vez que, virtualmente, cualquier bien de producción nacional es susceptible de venta y exportación y no cabría, de otra parte, distinción alguna relativa a que las ventas fueron nacionales", "internas" o "intermedias", o las

exportaciones "directas" o "indirectas", entre otros calificativos' simplemente porque ni el legislador extraordinaria ni el reglamentador de la época se ocuparon de semejantes distingos, como hipótesis que excluyeran del beneficio de la exención.

Por último, en relación con la efectividad de la exportación, se tiene:

Si bien, el sistema normativo que precedió a la expedición de los decretos en cita, bajo el cual tuvieron lugar la mayor parte de las operaciones averiguadas, no había dado definiciones específicas del exportador en los términos en lo que hizo el artículo 8º del decreto 1813 de 1984, no era difícil inferirlas del contexto y contenido implícito de ciertas disposiciones que, como los artículos 12, inciso 1º, del decreto 584 de 1975, y 10 del decreto 2803 del mismo año, hablaban del caso de "los exportadores, productores o no.....", o de "los interesados (en exportaciones exentas), responsables o no. . . . ."

Precisamente, en el artículo 10 del decreto 2803 se había dicho en materia de las exportaciones exentas, el interesado estaba sujeto a presentar, con las respectivas declaraciones tributarias, una relación de los conocimientos de embarque o guías aéreas, los certificados de reintegro y cancelación de garantías y copias de las licencias de exportación, advirtiendo que el cumplimiento de estos requisitos, hacía innecesaria la relación de los manifiestos de exportación, que exigía el artículo 12 del decreto 584 de 1975.

Pero debía entenderse, porque ello es ostensible en estos preceptos, que las exigencias en cuestión, particularmente la de relacionar los conocimientos de embarque o guías aéreas, se predicaban solo del exportador propiamente dicho, o "exportador directo", no de quien vendía a éste sus productos para exportar, aspecto que el artículo 11 del decreto 1813 de 1984, aclaró definitivamente, en un punto a que de este último únicamente era exigibles, una certificación expedida por la sociedad exportadora y un certificado del INCOMEX sobre registro del mismo ante esa entidad.

Se debe, pues, conceder razón a la demandante , en cuanto sostiene que los que los conocimientos de embarque o guías aéreas se podían sustituir, a la sazón por los otros documentos que acreditaran el hecho físico de la exportación, pues es indiscutible, segun lo visto, que vendido el producto a la comercializadora internacional, era a ésta a la que incumbía el debido diligenciamiento de dichos conocimientos de embarque.

Y como en lugar de estos conocimientos y de la certificación de la comercializadora que, por la época de las transacciones discutidas no era exigible aún , la demandante presentó , en efecto, los documentos que se relacionan en la demanda y el recurso, de los que resultan probados , el hecho de la efectiva exportación y de la consiguiente exención del gravamen , procede el reconoci-

miento del saldo crédito tal como fue solicitado originalmente.

Por lo expuesto, el Concejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley

FALLA:

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, anúlanse las resoluciones números 208 de 10 de septiembre de 1984 y 166 de 15 de octubre de 1986, expedidas, en su orden, por las divisiones de Auditoría y Recursos Tributarios de la Administración de impuestos Nacionales de Medellín, objeto de la demanda.

Como consecuencia, ordénase a la citada Administración devolver la cantidad de TRES MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIUN PESOS ($3.795.921), a la sociedad de INDUSTRIAS CRISAZA Y COMPAÑIA, COMANDITA POR ACCIONES, NIT: 90. 908. 476 A, por concepto de los sobrantes acumulados del impuesto sobre las ventas correspondientes a los semestres 1º y 2º de 1983 y trimestre 1º y 2º de 1984, junto con los intereses que haya lugar a liquidar, en los términos del artículo 19 del decreto 1813 de 1984, teniendo en cuenta que la solicitud de devolución debe entenderse presentada "en debida forma", en la fecha de presentación del recurso gubernativo promovido contra la resolución 208 de 1984.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario.

PRUEBA CONTABLE/ LIBROS DE CONTABILIDAD- Pérdida / **INSPECCION CONTABLE/ PRUEBA CONTABLE.**

La sola denuncia de la pérdida de los libros de contabilidad no demuestra por si sola el caso fortuito o la fuerza mayor, los cuales debieron demostrarse con otras pruebas para acogerse al Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982. Pero aún demostrado, el contribuyente esta en la obligación de demostrar por medio de los documentos contables pertinentes la veracidad de los datos suministrados en su declaración de renta. Cuando se presente pérdida de los libros de contabilidad, sin la demostración del caso fortuito o la fuerza mayor, el certificado del Contador Público carece de valor probatorio, operando entonces como un indicio en su contra la no presentación de los libros cuando fueron exigidos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá,D.E., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia : Expediente No. 2623 Actor: Argemiro Gómez e Hijos Ltda. Impuestos. FALLO

Se decide el Recurso de Apelación contra la sentencia de 15 de junio de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La Sociedad "Argemiro Gómez e Hijos Ltda.," identificada con el Nit # 90.313.118, presentó su declaración de renta y complementarios, correspondiente

al año gravable de 1983, el día 27 de octubre de 1984.

Con auto No, 061 RG de mayo 2 de 1985, la Sección de Auditoría de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, ordenó la practica de una visita contable a la sociedad contribuyente.

Como resultado de la visita contable, se le notificó requerimiento especial No. 0039 de 28 de Agosto de 1985, (f,35), en el cual se le indica la modificación de la declaración privada de la sociedad, por presuntas irregularidades de la declaración tributaria.

El anterior requerimiento fue contestado, mediante escrito de fecha de 15 de noviembre de 1985, pero sus argumentos no fueron acogidos por lo que las explicaciones dadas fueron desechadas.

Como consecuencia de lo anterior se profirió la liquidación de revisión No. 790 de abril 100 de 1986 (fls. 4 a 7) en la cual le fueron rechazados compras de productos terminados y mercancías por $ 408.790; fletes por $ 4.580.747, y otra deducciones por $ 456.143, para un total de glosas a la renta por $ 5.445.860, pesos m/cte y un impuesto total a cargo de $ 2.999.998, que incluye $ 1.950.510 de sanción por inexactitud.

La sociedad presentó Recurso de Reconsideración contra la liquidación de revisión antes citada, (fls. 24/280), en que fué resuelto mediante resolución No. 193 de 21 de mayo de 1987, en la cual se confirmó en todas sus partes la liquidación de impuestos sobre la renta y complementarios a cargo de la sociedad "Argemiro Gómez e Hijos Ltda" Nit 90.313.118, la que fué notificada personalmente por medio de la Oficina de Impuestos Nacionales de Buenaventura, al señor Argemiro Gómez R.

Con la anterior resolución quedó agotada la vía gubernativa, por no proceder ningún recurso.

Acudió entonces la sociedad en demanda de restablecimiento del derecho presentada el 2 de octubre de 1987, alegando la pretermisión por parte de la administración de Impuestos de Formalidades propias del proceso Tributario acusando la violación de los artículos 26 de la C.N. y 45 y 49 del Decreto 2053/74; 15 del Decreto 3803 y 31 de la Ley 52/77.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La sentencia del A-quo, visible a folios 79 y 86, resolvió negar las peticiones de la demanda considerando que en cuanto al punto de no habérsele dado traslado del acta de inspección contable, según lo establecido en el artículo 91 del decreto de 1977, expreso que:

"La Ley posterior, que es la 52 de 1977, tiene el alcance suficiente y

necesario que permite atender o apreciar sustituído el régimen del Decreto 1651 de 1961 en cuanto al punto de inspección ocular se refiere, vale decir, que hoy el régimen aplicable parte de la iniciativa oficiosa de la Administración presupone el requerimiento especial al contribuyente y brinda a este un plazo hasta de tres meses para objetar la exhibición de sus libros o documentos, presentar pruebas, solicitar las que se requieran y cumplir los requisitos formales omitidos. En consecuencia, se entiende que el artículo 91 del Decreto 1651 de 1961 quedó tácitamente derogado"

"Se concluye entonces, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Decreto Ley 3803 de 1.982 y el traslado del acta de inspección contable, ya que con ocasión del requerimiento especial, el contribuyente tiene la oportunidad de conocer las modificaciones a su liquidación privada que se le advierten en el mismo, con base en la inspección contable practicada en sus libros de contabilidad y por lo tanto puede formular sus descargos u objeciones al dar respuesta a dicho requerimiento"

En cuanto al punto de rechazo de compra por $ 408.970.oo, rechazo de costos por $ 4.093.907.oo (fletes) y rechazo de deducciones por inexactitud, por valor de $ 1.960.510.oo el Tribunal expresó: "La pérdida de los libros de contabilidad no es óbice para que la sociedad actora no cumpliera con la obligación de suministrar a los funcionarios Auditores la documentación completa requerida para practicar la inspección contable, pues cuando la pérdida de los libros de contabilidad no ha ocurrido por fuerza mayor o caso fortuito, el contribuyente tiene la obligación de facilitar la información necesaria respecto a los libros de contabilidad....."

En último punto, en cuanto a la sanción por inexactitud expreso:

"En cuanto a la sanción por inexactitud, alega la firma actora que con la actuación administrativa se ha pretermitido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 49 del Decreto Ley 3803 de 1982, ya que no ha incluído costos ni deducciones inexistentes, que la diferencia entre lo declarado y lo establecido por la Administración obedece únicamente a diferencia de criterio".

RECURSO DE APELACION:

El apelante en memorial visible a folio 221 del expediente expresa que : "El Tribunal le dió el carácter de INFALIBLE. a la inspección contable practicada por el funcionario visitador de Impuestos Nacionales, desestimando de plano el valor probatorio otorgado por la Ley al certificado de Certificado de Contador Público, conforme lo prevé el artículo 98 de la Ley 9a. de 1983 y el artículo 777 del Estatuto Tributario, con tal decisión el Tribunal no solamente está avalando una situación finalista e injusta, sino que está violando la Ley".

"Consideró además el Tribunal y la misma Administración de Impuestos al haber desestimado los costos por $ 1.093.907.oo, han debido reconocerle, al menos el costo presunto de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, o sea el 75% de los mismos".

"Demostrado como queda la veracidad de los costos por fletes pagados en diciembre de 1983, consideró el caso que la sanción por inexactitud debe levantarse".

PARTE OPOSITORA:

La apoderada de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a las pretensiones de la apelación argumentando que: "El artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, citado también en la sentencia apelada, señala claramente el valor probatorio de la contabilidad, siendo ella válida siempre que se lleve en debida forma. Así mismo advierte la norma, que el contribuyente que no presente sus libros, comprobantes y demás documentos de contabilidad cuando la Administración los exijan, no podrá invocarlos posteriormente como prueba en su favor, y tal hecho se tendrá como un indicio en su contra, y agrega: en tales casos, se desconocerán los costos deducciones, descuentos y pasivos, así mismo señala el legislador como única causa justificativa de la no presentación de los libros y demás documentos que integran la contabilidad, **la comprobación plena de "Hechos constitutivos de fuerza mayor y caso fortuito.** (subrayo)".

"La denuncia presentada sobre la pérdida de los libros de contabilidad no prueba la pérdida de los mismos, y por el contrario opera como un indicio en su contra la no presentación de los libros. Entonces, además de no poder invocar posteriormente como prueba los libros de contabilidad el investigado soporta la carga de la prueba, toda vez que el mencionado indicio en contra debe desvirtuarse con relación a situaciones provenientes de la investigación adelantada".

"En consecuencia, como la sociedad demandante no presentó la prueba contable cuando la Administración Tributaria se lo exigió, no puede ahora esgrimirla como una prueba a su favor, habida cuenta que, ni en la vía gubernativa ni ante esa jurisdicción se han demostrado circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito (artículo 1o. de la Ley 95 de 1980) única causal de justificación de la no presentación".

CONCEPTO FISCAL

El fiscal Tercero del Consejo de Estado, en su concepto fiscal expresa que: "el traslado del acta de inspección contable no es un elemento constitutivo de las liquidaciones de revisión; por lo tanto, su omisión no afecta la validez de éstas".

"De otro lado, el artículo 57 de la Ley 52 de 1977 señala las causas que

determinan la nulidad de las liquidaciones de revisión y el hecho que destaca la demanda, omisión del traslado del acta de inspección contable, no encuadra dentro de tales causas".

En cuanto a la violación del artículo 45 del Decreto 2053 de 1974 expresa que: "Es preciso tener en cuenta que el artículo 30 de la Ley 52 de 1977, dispone que la administración Tributaria tiene **amplias facultades** de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales "y que para tal efecto" podrá exigir del contribuyente o de terceros" la presentación de documentos que registren sus operaciones cuanto unos u otros estén obligados a llevar libros registrados".

"Del cargo del artículo 15, parte final del inciso 1o., del Decreto 3803 de 1982. Esta norma dice que únicamente se aceptará como causa justificativa de la no presentación (de los libros de contabilidad, aclara la fiscalía) la **comprobación plena** de hechos constitutivos de **fuerza mayor o caso fortuito**".

En lo referente al artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, por existir diferencias de criterios, el fiscal expresa que: "No es cierto que en este caso se presenten las denominadas "Diferencias de criterios"; la sanción fue impuesta debido a la existencia de hechos irregulares que constituyen inexactitudes. En efecto en el acta de inspección contable, se afirma, en la parte que se refiere a las "compras de motos" y a las compras de repuestos que la sociedad solicito (sic), en su declaración, como costo, la cantidad de $ 1.937.664.oo y que los funcionarios administrativos que practicaron la diligencia establecieron, mediante el estudio de las facturas correspondientes que las compras que realmente efectuó la Empresa muestran un valor inferior ($ 1.528.694.oo).

La Fiscalía en cuanto a la violación del artículo 31 de la Ley 52 de 1977, estima que las autoridades administrativas aplicaron rectamente las disposiciones legales que sirvieron de fundamento para la expedición de los actos acusados".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El apelante sólo manifiesta su inconformidad en cuanto a que el Tribunal desestimó el valor probatorio otorgado por la Ley al certificado de contador público, conforme lo prevé el artículo 98 de la Ley 9a. de 1983 y el artículo 777 del Estatuto Tributario, y por ende contra la sanción por inexactitud.

La Sala considera que tuvo razón el Tribunal, cuando expresó: "La sociedad se propone desconocer el valor de $ 4.093.907.oo, el cual no fue comprobado mediante soportes internos y externos, como tampoco fueron exhibidos los libros de contabilidad donde se registraron dichas transacciones.

Ratifica este criterio el concepto fiscal al expresar que "del cargo del artículo 15, parte final del inciso 1o., del Decreto 3803 de 1982. Esta norma dice que: únicamente se aceptará como causa justificativa de la no presentación (de los libros de contabilidad.....), **la comprobación plena de los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito"** (La subraya es del texto).

Cabe anotar, que no acierta el apelante cuando expresa que hubo violación del artículo 91 del Decreto legislativo 1651 de 1961, ya que la ley 52 de 1977 derogó tácitamente el artículo 91 del Decreto 1651. Por lo que hoy el régimen aplicable es el de la Ley 52 de 1977, es decir, que la Administración tiene la iniciativa oficiosa de requerir al contribuyente mediante "Requerimiento Especial", que contenga todos los puntos que se propone modificar, con explicación de las razones en que se sustenta (art. 42). El contribuyente tiene un plazo de tres (3) meses para formular por escrito sus objeciones, **presentar pruebas,** solicitar las que requieran ser practicadas por la Administración y cumplir requisitos formales. (La subraya es de la sala).

Es de agregar, que las previsiones relativas a la denominada inspección ocular, se integraban a un régimen de procedimiento que suponía la solicitud previa del contribuyente para que se le practicara la referida diligencia de inspección la que una vez practicada, se le debía dar traslado al contribuyente por el término de un (1) mes para dar respuesta a los cargos que se le hubieren formulado.

Es claro que la sola denuncia de la pérdida de los libros de contabilidad, no demuestra por sí sola el caso fortuito o la fuerza mayor, ya que el artículo 1733 de C.C.C., aplicable en esta materia por analogía, expresa que: "El deudor (contribuyente) es obligado a probar el caso fortuito o la fuerza mayor que alegue".

El contribuyente no debió, conformarse con presentar la denuncia respectiva, sino demostrar la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito, con otras pruebas para acogerse al artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, vigente para la vigencia fiscal de 1983, y que es la norma aplicable; pero aún demostrado el caso fortuito o la fuerza mayor, el contribuyente está en la obligación de demostrar por medio de los documentos contables pertinentes la veracidad de los datos suministrados en su declaración de renta.

Además, la sociedad apelante pretende demostrar la relación de costos por fletes pagados. Acompaña con el recurso interpuesto, las planillas únicas de carga, correspondiente al mes de diciembre de 1983, algunos con el respectivo comprobante de egresos, otros no; pero se observa que ellos corresponden a anticipos.

De lo expuesto se concluye que el contribuyente no puede probar con documentos aportados, en esta instancia la verdad de su denuncio rentístico ya

que el legislador Tributario estableció que cuando se presente una situación, como la que ahora se da de pérdida de los libros de contabilidad, sin la demostración del caso fortuito o la fuerza mayor, el certificado del Contador Público carece de valor probatorio, operando entonces como un indicio en su contra la no presentación de los libros cuando fueron exigidos.

Se debe agregar que la pérdida de los libros de contabilidad no es excusa para que el contribuyente no cumpliera con la obligación de suministrar a la Administración de Impuestos Nacionales de los documentos requeridos para la inspección contable, ya que según el código de comercio artículo 54 y 55, el comerciante deberá dejar fiel copia de la correspondencia que dirija en relación con los negocios, por cualquier medio que asegure la exactitud y duración de la copia". Y el artículo 55 ibídem, expresa: "El comerciante **conservará archivado y ordenados los comprobantes de los asientos de sus libros de contabilidad, de manera que en cualquier momento se facilite verificar su exactitud".**

De la lectura de los artículos anteriores se desprende que la sociedad debía tener por lo menos los documentos que sirvieron de base para los asientos contables de los libros de contabilidad, por lo que no accederá la Sala a modificar la decisión del A -quo.

Aunque la Sociedad, ha pretendido desvirtuar la actuación administrativa acudiendo al contenido del artículo 98 de la Ley 9a. de 1983, argumentando que el certificado del Contador Público constituye plena prueba, este no es el caso, ya que la Administración Tributaria, desvirtuó la presunción de veracidad de la declaración de renta al hacer uso de las facultades del artículo 30 de la Ley 52 de 1977 que expresa:

"La Administración Tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de normas sustanciales."

"Para tal efecto podrá:

a) Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario;

b) Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de los hechos generadores de obligaciones tributarias no declarados;

c) Citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios;

d) Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que

registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;

e) En general, efectuar todas las diligencias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación".

El apelante solicitó, también que se tenga en cuenta la aplicación del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, referente a los costos estimados y costos presuntos, expresando que: "considero además, que el Tribunal y la misma Administración de Impuestos al haber desestimado los costos por $4.093.907.oo, ha debido reconocerle, al menos el costo presunto de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, o sea el 75% de los mismos".

En cuanto al punto anterior la Sala considera que se haría mas gravosa la situación, del contribuyente ya que la base dada por la norma se refiere al valor total de la enajenación y no la suma discutida. En efecto la norma en comento expresa:

"ARTICULO 31: Cuando existan indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real, o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados ni sea posible su determinación mediante pruebas directas como las declaraciones de renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos y externos, el Director General de Impuestos Nacionales puede fijar un costo acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente o hayan hecho operaciones similares de enagenación de activos, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por el Banco de la República, por la Superintendencia Nacional de Precios, por la Superintendencia de Sociedades u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables".

"Si lo dispuesto en el inciso anterior no resultare posible, se estimará el costo en el setenta y cinco (75%) **del valor de la respectiva enajenación**, sin perjuicio de las sanciones que impongan por inexactitud de la declaración de renta, o por no llevar debidamente los libros de contabilidad".

Por tanto, la Sala no accederá a la petición, por las razones expuestas.

En cuanto a la sanción por inexactitud, ésta se deberá confirmar, por no haber el contribuyente desvirtuado la sentencia en la apelación.

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

CONFIRMAR en todas sus partes la Sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO -Cali

No resulta aceptable que el sustento del Acuerdo acusado, sea el Impuesto de Patentes, hoy sustituido por el de Industria y Comercio que, como se informa (sin probarlo) está regulado en Cali por el Acuerdo 35/85 y como lo observa el demandante, pueden estar incluidos en el concepto de actividades de servicio.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 1o. del Acuerdo número 07/88 emanado del Consejo Municipal de Santiago de Cali.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., catorce (14) de junio de mil novecientos y noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3499. Actor: LUIS MARIO DUQUE C/ MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI. Apelación Interlocutorios -AUTO-

De plano se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Municipio de Cali en su condición de parte demandada, contra el auto del 11 de octubre de 1.990, en cuanto al admitir la demanda de nulidad ordenó la suspensión provisional del art. 1o. del Acuerdo 07 de 1.988.

El Acuerdo acusado en el artículo 1o. que fué objeto de la suspensión decretada por el Tribunal, dispone:

"ARTICULO PRIMERO: A partir del 1o. de enero de 1.988 los establecimientos abiertos al público donde se establezcan y funcionen juegos mecánicos, eléctricos y electrónicos, permitidos pagarán mensualmente

por cada máquina $11.000. Aquellos establecimientos donde se establezcan juegos de video que ofrecen diversión y ningún tipo de premio, pagarán por cada máquina $ 4.000.oo mensuales".

El Tribunal consideró el caso como similar al decidido por esta Sección mediante auto del 6 de abril de 1.990 (Expediente No. 2708) en el que se confirmó la suspensión provisional de un Acuerdo de la ciudad de Cúcuta que estableció el Impuesto a los juegos electrónicos con tarifas diferenciales y mensuales por cada máquina o unidad instalada. En tal ocasión el Consejo estimó que el impuesto no podía ser el de juegos permitidos con origen en la Ley 12 de 1.932 y posteriormente cedido a los municipios por la Ley 69 de 1.946 porque éste se cobra sobre el valor de cada boleta o tiquetes de apuesta; tampoco el de "casinos", ni el de Industria y Comercio (Ley 14/83) por lo cual concluyó estar creando un impuesto diferente, para lo cual carecía de facultad legal del Concejo Municipal.

La apoderada del Municipio de Cali en larga exposición se refiere a los orígenes del Impuesto de Patentes establecido por la Ley 97/13 cuyo literal f del art. 1o. se refiere a "juegos y diversiones de cualquier clase" dentro de la numeración de los objetos de gravamen; también se refiere al Impuesto de Espectáculos Públicos (Ley 12/32, Ley 69/46 y Ley 33/68) para afirmar que son distintos al impugnado, descartando así la posible doble imposición y que tampoco se trata del Impuesto de Industria y Comercio regulado en el Municipio de Cali por el Acuerdo No. 35 de 1.985, pero cuyo texto no acompaña.

El actor se opone al alegato de la entidad municipal expresando que se equivoca al considerar el Impuesto de Patentes como diferente al de Industria y Comercio que se regula por la Ley 14/83 en la cual se incluye la explotación de máquinas electrónicas o juegos electrónicos como un actividad "de servicios".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Bien hizo el Tribunal en calificar este caso como "similar" al del Municipio de Cúcuta (Auto de abril 6/90 Expediente No. 2708) que hacía recaer el impuesto en los juegos electrónicos pues aunque el acusado de Cali señala como objeto del gravamen a "los establecimientos abiertos al público donde se establezcan y funcionen juegos mecánicos,..." etc., en definitiva el gravamen se mide por cada máquina instalada, unas con una tarifa de $11.000 y otras $4.000.

El esfuerzo de la defensora del Acuerdo Municipal no resulta satisfactorio si se recuerda que el denominado "impuesto de patentes" autorizado por el literal f) del artículo 1o. de la Ley 97 de 1.913 en la actualidad está reemplazado por el Impuesto de Industria y Comercio que reguló la Ley 14 de 1.983 y por tal razón en el Decreto 1333 de 1.986 -que copila las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración municipal no se encuentra incorporado el invocado literal f) del artículo 1o. de la Ley 97 de 1.913.

Lo que resta de esta Ley se encuentra incorporado en el estatuto municipal vigente en las siguientes normas:

- en el artículo 172 lo esencial del primer inciso del artículo 1o. de la Ley 97/13 que no es más que la fórmula enunciativa de los impuestos que pueden crear los municipios y,

- el artículo 233 que autoriza los tres impuestos a que se referían los literales c) g) y j) del artículo 1o. de la Ley 97/13, a saber: "Impuesto de extracción de arena, cascajo y piedra de lecho de los ríos y arroyos", el "impuesto de delineación" y el "Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas".

Por ello no resulta aceptable que el sustento del Acuerdo acusado sea el Impuesto de Patentes, hoy sustituído por el de Industria y Comercio que como ella misma lo informa (sin probarlo) está regulado en Cali por el Acuerdo 35 de 1.985 y como lo observa el demandante, pueden estar incluidos en el concepto de actividades de servicio (Ley 14/83 , art. 36).

Estas consideraciones conducen a la Sala a mantener las que tuvo el Tribunal para ordenar la suspensión provisional del acto acusado, mientras en el curso del proceso se clarifica y define el sustento real de la autorización legal que tuvo el Concejo Municipal de Cali para establecer el controvertido gravamen.

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

RESUELVE

CONFIRMASE el numeral 7o. del Auto del 11 de octubre de 1.990 por medio del cual se ordenó suspender provisionalmente el artículo 1o. del Acuerdo #07 de 1.988 emanado del Concejo Municipal de Santiago de Cali.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE ADUANAS-Pago/**CONSTITUCION DE GARANTIA**-Improcedencia

De la lectura de los artículos 17, 169 y 323 del Decreto 2666 de 1984 aparece claramente que en ninguna parte la constitución de garantía bancaria o de compañia de seguros para el pago del impuesto de aduanas y sus recargos, se condiciona a que la discusión entre el importador y las autoridades de aduana, se limite sólo a su clasificación o valor, siendo la única salvedad cuando la diferencia sea por estar frente a un caso delictual o del llamado contrabando técnico que se presenta cuando la clasificación en el manifiesto de aduanas no coincide con la que corresponde a la mercancía importada. Tampoco procede el otorgamiento de garantía bancaria o de seguros, cuando no se concede el levante de la mercancía puesto que en este caso, la mercancía es la garantía del pago total de los derechos de aduana, y por lo mismo no habría lugar a la constitución de garantías.

DECLARESE LA NULIDAD del artículo 10 de la Instrucción No. 001 de 28 de noviembre de 1985 y de las posteriores circulares números 003424 y 003699 del 3 y 6 de abril de 1989, respectivamente, dictadas por la División Legal de la Dirección General de Aduanas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2675. Actor: Fernando Landazábal Bernal y Otro C/ La Nación Autoridades Nacionales. FALLO.

Entra la Sala a resolver la demanda de nulidad del inciso 4o. del artículo 10 de la instrucción No. 00001 del 28 de noviembre de 1985, proferida por la Dirección General de Aduanas y las circulares Nros. 003424 y 003699 de 3 y 6 de abril de 1989, dictada por la jefatura de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, propuesta por los señores FERNANDO LANDAZABAL BERNAL Y CARLOS FORERO CORREA.

Este despacho en Sala unitaria-auto de 24 de noviembre de 1989, suspendió provisionalmente el inciso 4o del artículo 10 de la circular 00001 de 28 de noviembre de 1985 y las circulares 003424 de abril 3 de 1989 y 003699 de abril 6 de ese mismo año, determinación que no fué recurrida, en atención a que la demanda y la solicitud de suspensión provisional, son anteriores a la expedición del Decreto 2304 de octubre 7 de 1989 y le era aplicable el Decreto 01 de 1984 en relación con la suspensión provisional.

ANTECEDENTES

Los señores director y subdirector de Aduanas, profirieron la instrucción 00001 de 28 de noviembre de 1985, por la cual se reglamenta el Decreto 2666 de 1984.

Posteriormente el jefe de la División Legal profirió las circulares Nros. 003424 y 003699 del 3 y 6 de abril de 1989, respectivamente, aclarando los oficios 905 de 19 de enero de 1988, 1555 del 13 de febrero de 1989.

El demandante argumenta, como motivo de inconformidad que "los Administradores Seccionales de Aduana del país, desde hace un tiempo para acá, viene realizando las garantías de Compañías de Seguros, que presentan los importadores cuando recurren la liquidación oficial de la Aduana; es más; Niega (sic) la concesión del recurso de apelación y la consideración del recurso de reposición, exigiendo el pago del impuesto de importación discutido (sic), con base en los actos administrativos demandados, que son del siguiente tenor literal:"

".....".

"Dirección General de Aduanas No. 003699, Bogotá, D.E., 6 de abril de 1989. Señores ADMINISTRADORES DE ADUANAS TODAS LAS DEL PAIS. "El artículo 323 del Decreto 2666 de 1984, en concordancia con el artículo 10 de la instrucción No. 1, establece que para interponer los recursos que versen sobre una liquidación respecto de los impuestos que ocasiona la importación o exportación, se aceptará garantía bancaria o de compañia de seguros a favor de la Nación, única y exclusivamente cuando la controversia se refiere a clasificación o valor, en los demás casos se debe dar cumplimiento al parágrafo del artículo 169 del mismo decreto, es decir

el Administrador debe ordenar la liquidación oficial y la concesión del levante estará supeditada a que el declarante constituya depósito adicional por los mayores derechos que se disputan y sus recargos correspondientes siempre que la mercancía no sea susceptible de posterior decomiso. Ahora bien, como quiera que la discusión sobre la legalidad del cobro del impuesto contemplado en la ley 75 de 1986, no constituye controversia sobre valor o clasificación, no se debe aceptar constitución de fianzas en los recursos interpuestos por este concepto, sino procede de conformidad con el parágrafo del artículo 169, ya comentado. Atentamente, MARIA ELSY RODRIGUEZ PORTELA. JEFE DE LA DIVISION LEGAL. Firmado".

"Dirección General de Aduanas No. 003424, Bogotá, D.E., 3 de abril de 1989. Señores ADMINISTRADORES DE ADUANA. "Este despacho se permite aclarar los conceptos consignados en los oficios 905 del 19 de enero de 1988, 1555 del 13 de febrero de 1989 y en el radiograma 2026 del 22 del mismo mes y año, relacionados con la posibilidad de admitir garantías para interponer recursos originarios en la aplicación del impuesto del 18% contemplado en la ley 75 de 1986. Los impuestos de importación y las ventas son generados por norma superior (ley o Decreto) de obligatorio cumplimiento y ejecución para todos y cada uno de los casos. Nuestro Código de Aduanas, solamente permite constituír garantías, bancarias o de compañías de seguros, en los casos de controversia sobre la cuantía de los derechos de importación o exportación establecidos en la liquidación oficial o cuenta adicional. Pero cuando el importador pretenda discutir la legalidad del cobro de un impuesto a las importaciones debe previamente pagar el valor del mismo, o sea, que por ese concepto las administraciones no deben aceptar constitución de fianzas. Atentamente, MARIA ELSY RODRIGUEZ PORTELA. Jefe de División Legal. Firmado."

"INSTRUCCION No. 00001. 28 Nov 1985. DESPACHO PARA CONSUMO.

ARTICULO 10.-. . . . . .
. . . . . .
. . . . . .
La garantía contemplada en el artículo 323 se aceptará únicamente cuando la controversia se refiera a clasificación o valor. En los demás casos se dará cumplimiento al parágrafo del artículo 169".

Los actores citan como normas violadas los artículos 16, 17, 20, 21, 26, 30, 32, 76 numeral 22, 120 numeral 3o. y 135 de la Constitución Nacional; 235 de la Ley 4a. de 1.913; 17, 169, 316 Decreto 2666; 12 de la Ley 153 de 1.987;27 y 28 del C.C.; 84, 128 numeral 1o., 136 inciso 1o, 137, 152, 154, 158, 173, 174, 206 del C.C.A., al "prohibir la Dirección General de Aduanas la aceptación de la garantía consagrada en el artículo 323, del decreto 2666 de 1984, está impidiendo tácitamente la libertad de empresa y la iniciativa privada, pues impide así a los importadores el levante de las mercancías importadas y por consiguiente el

desarrollo de su Empresa o Industria, que por falta de materia prima, podría llegar a paralizarse."

PARTE OPOSITORA

Argumenta la parte opositora que: "no está discusión la competencia del señor Director General de Aduanas para expedir normas interpretativas de la legislación aduanera, bajo el nombre de instrucciones, facultad contemplada en los artículos 2 y 3 del decreto 2666 de 1984".

En otro de sus apartes expresa (folios 43):

> "Ahora bien, para llegar a la conclusión de si la norma cuestionada (inciso 4, art. 10, instrucción 1) es legal o no, debe hacerse un análisis de la normatividad aduanera, de la naturaleza y características de los "derechos o impuestos de aduana", de su determinación y las bases para ello, para así concluir por qué el legislador en el decreto 2666 de 1984, artículo 323 estableció dos posibles clases de controversias por medio de los recursos administrativos en relación con los impuestos o derechos de aduana y por que el Director General de Aduanas al expedir la Instrucción 1, en ese aspecto lo único que hizo fue concretar el contenido del citado artículo 323 sin desbordar ni desconocer su espíritu y sin establecer restricción (sic) alguna que no estuviera ya contemplada en la norma superior".

Posteriormente y tal como lo anota el señor fiscal, la parte opositora alega que en los actos acusados no hay violación de norma superior (Decreto 2666 de 1984).

A folio 46, expresa:

> "Es claro que el legislador al expedir el artículo 323 del decreto 2666 de 1984, señalando que los recursos que versen sobre una liquidación oficial se interpondrán previa constitución de garantía respecto de "la suma en discusión", previó que hubiera alguna suma en discusión es decir una diferencia entre la liquidación privada y la oficial de tal modo que el recurso se dirija por parte del sujeto pasivo de la obligación fiscal a modificar la cuantía de la misma de una suma mayor que la administración le reclama a una suma menor que él considera deber".

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal, en su concepto considera que se debe acceder a las súplicas de la demanda, expresando que " pese a los esfuerzos dialécticos del representante judicial de la Nación, no puede aceptarse la forzada interpretación que se hace del artículo 323 del Decreto 2666 de 1984 en los actos acusados".

"No puede entenderse entonces que existan distintas liquidaciones oficiales según se trate de la tasación de mayores gravámenes arancelarios (por clasificación o valor) o de la determinación de otros impuestos a las importaciones u otros derechos aduaneros, y menos que las controversias puedan clasificarse según que la causa pretendida sea la inconformidad con la clasificación arancelaria o el valor de la mercancía tomados en la liquidación, o la causación de los impuestos o derechos".

"Si la liquidación oficial es la determinación del monto de los derechos o impuestos que la nación debe percibir, y la cuenta adicional el reajuste de esos derechos de impuestos, es obvio que siempre habrá una suma a discutir por el responsable, bien porque la tasación oficial sea mayor que la privada o porque los derechos o impuestos liquidados por la Administración no se hayan causado legalmente. Y precisamente esa suma a discutir es la que la Ley permite afianzar mediante garantía bancaria o de seguros mientras se decide la polémica entre la Administración y el contribuyente".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala, estudiado el expediente y analizado los argumentos expuestos, considera que sí hubo violación del decreto 2666 de 1984, por parte de la Dirección de Aduanas al proferir la instrucción No. 00001 de 28 de noviembre de 1985, especialmente de los artículos 17, 169 y 323. Tales normas expresan:

"Artículo 17: Decreto 2666 de 1984: Código de Aduanas, expresa: "Entrega de mercancías. "Los administradores de aduanas sólo autorizarán el levante de mercancías sujetas a derechos mediante su pago **o garantía."** (**Subrayas** de la Sala).

"Artículo 169: "Autorización de Levante". "El levante de las mercancías declaradas en el régimen de despacho para consumo se concederá cuando finalizado su reconocimiento **no se hubiere descubierto infracción y siempre que los derechos de importación estuvieren garantizados,** salvo lo dispuesto en el artículo 173" (Lo subrayado es de la Sala).

"Si antes del levante se presentare discrepancia entre la declaración y el reconocimiento definitivo de la cual se derive el pago de mayores derechos, el administrador ordenará la liquidación oficial, **y la concesión de levante estará supeditada a que el declarante constituya depósito adicional por los mayores derechos que disputan** y sus recargos correspondientes, siempre que la mercancía no fuere susceptible de posterior decomiso respecto de mercancías que se importen o exporten por tuberías, cables o que tengan que conservarse en circunstancias técnicas especiales, la aduana podrá autorizar que sean utilizadas directamente en el ciclo productivo, **previa constitución de una garantía** que ampare las ope-

raciones rechazadas en un período determinado".

"Parágrafo: "Transcurrido un mes contado a partir de la ejecutoria del auto que ordene la Constitución de depósito adicional sin que se efectúe, la mercancía se declarará abandonada a favor de la Nación". (Lo subrayado es de la Sala).

"Artículo 323: "Presupuesto para recurrir. "Para interponer los recursos que versen sobre una liquidación o cuenta adicional respecto de los impuestos que ocasione la importación o exportación, **será necesario constituir garantía bancaria o de compañia de seguros a favor de la Nación, por el término de un año y por el valor de las sumas en discusión.** No será necesario la constitución de la garantía cuando no se hubiere concedido el levante, quedando la mercancía pendiente de la decisión final, o el recurrente sea una entidad oficial".

De la lectura de las normas transcritas aparece claramente que en ninguna parte la constitución de garantía bancaria o de compañia de seguros para el pago de impuesto de Aduanas y sus recargos, se condiciona a que la discusión entre el importador y las autoridades de Aduana, se limite solo a su clasificación o valor, siendo la única salvedad cuando la diferencia sea por estar frente a un caso delictual llamado contrabando técnico que se presenta cuando la clasificación en el manifiesto de aduanas no coincide con la que corresponde a la mercancía importada. Tampoco procede el otorgamiento de garantía bancaria o de seguros, cuando no se concede el levante de la mercancía, puesto que en este caso, la mercancía es la garantía del pago total de los derechos de aduana, y por lo mismo no habría lugar a la constitución de garantías bancarias o de seguros porque carecería de objeto.

Como los actos administrativos demandados, como se ha visto contraría, no solo el espíritu de la nueva ley aduanera, sino sus normas que procuran la agilización del trámite aduanero, es el caso de decretar su anulación como se hará a continuación, en un todo acorde con el concepto del colaborador fiscal.

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

FALLA:

Declárase la nulidad del artículo 10 de la Instrucción 0001 de 28 de noviembre de 1985 y de las posteriores circulares números 003424 y 003699 del 3 y 6 de abril de 1989 respectivamente.

Cópiese, notifíquese, archívase el expediente. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/IMPUESTO PROELECTRIFICACION RURAL/ IMPUESTO A LA CERVEZA - Improcedencia

Si de conformidad con la ley, los Departamentos, las Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios no pueden imponer gravámenes sobre la fabricación, consumo y venta de cervezas nacionales, no podían tampoco imponer a su tránsito, gravamen alguno. Si el legislador hubiera pretendido que una de las etapas relacionadas con la producción y el consumo de cervezas, fuera gravada con la estampilla de electrificación rural, lo habría dispuesto expresamente. Si el consumo de cervezas está gravado con el impuesto llamado de consumo, que es un impuesto nacional, no puede la Asamblea pretender gravarla directa o indirectamente con el impuesto de electrificación rural.

ANULASE el término "cervezas" contenido en el artículo 6, numeral 31 de la Ordenanza No. 18 de 1987 de la Asamblea Departamental del Caquetá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., Junio catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 2953. Actor: Ligia Sarmiento de Peña. Apelación de la sentencia del 21 de marzo de 1990 del Tribunal Administrativo del Caquetá. Juicio de nulidad contra el artículo 6o. numeral 31, de la Ordenanza No. 18 de 1987 de la Asamblea Departamental del Caquetá. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del 21 de marzo de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo

del Caquetá denegó las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad adelantado por la señor LIGIA SARMIENTO DE PEÑA, contra una parte del artículo 6o. numeral 31 de la ordenanza No. 18 de 1987, expedida por la Asamblea del Departamento del Caquetá.

ANTECEDENTES

Mediante la Ley 23 de 1986 artículo 1o., se autorizó a las Asambleas Departamentales, a los Consejos Intendenciales y Comisariales, por el término de 20 años, para disponer la emisión de la Estampilla de Pro-electrificación Rural, como recurso para contribuir a la financiación de la electrificación rural en todo el país.

La Asamblea del Departamento del Caquetá, con base en las facultades concedidas expidió la Ordenanza No. 18 de 1987, creando la estampilla autorizada y en su artículo 6o. señaló las actas y documentos sobre los cuales se impone el uso obligatorio de la estampilla y su cuantía, gravando en el numeral 31 "Las Tornaguías que amparen licores, cervezas, cigarrillos o tabacos introducidos al Departamento del Caquetá, $50.oo en el diligenciamiento de cada una."

Consideró la demandante, que con dicho gravamen se infringieron los artículos 191 de la Constitución Nacional, 21 del Decreto 190 de 1969; 11 del Decreto reglamentario 294 de 1969; 69 de la Ley 14 de 1983; 62 numeral 1o., 71 numeral 5o. y 129 del Código de Régimen Departamental, y acudió en demanda de nulidad ante el Tribunal Administrativo del Caquetá, considerando que la imposición del gravamen de estampilla de electrificación rural a las guías de tránsito de cerveza, contravienen las prohibiciones expresas contenidas en las normas invocadas, ya que los Departamentos y Municipios no pueden imponer gravámenes sobre la fabricación, el consumo y la venta de cervezas. Prohibición que quedó incorporada en el artículo 69 de la Ley 14 de 1983, reproducida como artículo 129 del Código de Régimen Departamental, que solo levantó la restricción para el efecto del impuesto de industria y comercio, en forma expresa.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Caquetá, denegó las súplicas de la demanda al considerar que no se daba la violación de las normas constitucionales invocadas por la actora, porque el artículo 191 de la Constitución Nacional autoriza a las Asambleas Departamentales, para establecer contribuciones de acuerdo con las condiciones y límites fijados en la ley, y que las Asamblea del Caquetá al producir la Ordenanza No. 18 de 1987, tuvo su fuente en la Ley 23 de 1986, y el Decreto 1222 de 1986, artículos 1o. y 171, respectivamente.

Que tampoco se daba la violación de normas legales contenidas en los Decretos 190 de 1969, artículo 21 y 294 de 1969, artículo 11 que contienen las

normas relacionadas con la liquidación, administración, recaudo y control del impuesto sobre el consumo de cervezas, así como su base del cálculo, que en nada se asimilan a la imposición de la Ordenanza No. 18 de 1987. Que así mismo, la prohibición consignada en la segunda de las disposiciones citadas, desarrollan el principio que prohibe la doble tributación, según el cual no puede gravarse objetos o industrias gravadas por la Nación, exceptuando el caso en que la ley misma expresamente faculte a las Asambleas Departamentales para el ello. Concluye que el impuesto sobre las tornaguías, es similar al de timbre que regula la Ley 2a. de 1976, y afirma que sin embargo no existe impuesto de timbre que grave las cervezas o que al menos no hace mención a la actora en la demanda.

LA APELACION

La actora al apelar la sentencia, considera errada la apreciación del Tribunal y citando el libro de Tratado de la Hacienda Pública del doctor Esteban Jaramillo, reitera que la autorización dada por la Ley 23 de 1986 a las asambleas para **crear** la estampilla de electrificación rural y determinar su uso no es absoluta pues ese derecho se extiende solo hasta donde el Estado se lo permite, porque de él reciben las normas de carácter tributario que han de seguir y su sistema de impuestos debe moldearse a la ley.

Enfatiza sus consideraciones de violación a las normas superiores invocadas en la demanda, considerando que las normas con carácter de ley prohiben a los Departamentos, Intendencias, al Distrito Especial de Bogotá, y a los Municipios imponer gravamen a la industria cervecera, excepto el impuesto de industria y comercio, por disposición expresa de la ley y que también prohiben, gravar artículos o industrias que sean materia de impuestos nacionales y que estando gravada la cerveza con un impuesto nacional de consumo, no puede ser gravada con ningún otro impuesto de carácter departamental o municipal.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación, porque cuando la Ley 23 de 1986 autorizó a las asambleas para crear la estampilla de electrificación rural, les dejó las más amplias facultades para regular los demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la misma. Que al haber dispuesto la Asamblea del Caquetá, mediante la Ordenanza No. 18 de 1987, no solo la creación de la estampilla (para lo cual estaba autorizada por la ley) sino, además todo lo relacionado con el empleo y uso de la misma, simplemente se atuvo a lo que le estaba permitido, y que en ningún momento puede afirmarse que al incluir en el numeral 31 del artículo 6o. dentro de los documentos sobre los cuales es obligatorio el uso de la estampilla, a la tornaguía que amparan los licores y cervezas, impuso, la Asamblea un gravamen sobre un artículo ya gravado con un impuesto nacional, pues el impuesto es bien diferente al del consumo de cervezas

de producción nacional, y de otra parte se impone sobre el documento mismo, sin tener en cuenta ningún valor específico que deba ser tomado como base para su liquidación.

Concluye que siendo la naturaleza del impuesto del consumo distinta a la de la estampilla para electrificación rural, no puede derivarse una doble tributación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el asunto fundamental no es otro que el precisar si de conformidad con lo dispuesto por la Ley 23 de 1986 la autorización dada a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para disponer la emisión de la estampilla Pro-electrificación Rural, facultó para la imposición de este tributo sobre actividades y hechos económicos que por disposición legal previa no podían gravarse por existir expresa prohibición.

Para su mejor entendimiento se transcriben los artículos pertinentes de la ley 23 de 1986, con el fin de determinar el alcance de la autorización en ella concedida.

"Artículo 1o. Autorízase a las Asambleas Departamentales, a los Consejos Intendenciales y Comisariales, por el término de 20 años para disponer la emisión de la Estampilla Pro-Electrificación Rural, como recurso para contribuir a la financiación de esta obra en todo el país.

Artículo 3o. Las Asambleas Departamentales, Consejos Intendenciales y Comisariales, quedan autorizados para determinar el empleo, tarifas discriminatorias y demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la Estampilla Pro-Electrificación Rural..

Artículo 4o. Facúltase a los Concejos Municipales, para que, previa autorización de sus respectivas Asambleas Departamentales, Consejos Intendenciales y Comisariales, hagan obligatorio el uso de la estampilla en los actos municipales.

Artículo 6o. La totalidad del producido de la estampilla a que se refiere esta Ley, se destinará a la financiación exclusiva de electrificación rural, entendiéndose por ello la instalación, mantenimiento, mejoras y ampliación del servicio".

Del contexto literal de las normas transcritas se observa que en ningún momento el legislador derogó las prohibiciones contenidas en las disposiciones legales anteriores, razón por la cual la competencia otorgada a Asambleas y Concejos debe entenderse conforme lo dispone el artículo 191 de la Constitución

Nacional, dentro de las condiciones y límites que determinó la ley. Por ley, no solo puede entenderse de manera aislada la disposición concreta que otorga una autorización, sino el contexto total y general de las normas que regulan los tributos y prohibiciones con el fin de encuadrar en dicho marco legal, la autorización otorgada.

En este orden de ideas, estima la Sala que la autorización otorgada por la Ley 23 de 1986, no faculta para la imposición del tributo sobre hechos económicos o actividades sobre los cuales existe prohibición de gravarlos, debido a las múltiples consideraciones de política fiscal que tuvo en mente el legislador. Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto legislativo 190 de 1960, los Departamentos, las Intendencias. Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá, y los Municipios no pueden imponer gravámenes sobre la fabricación, consumo y venta de cervezas nacionales, no podían imponer tampoco a su tránsito, gravamen alguno, porque el transporte y distribución son actividades imprescindibles para colocar el producto en posibilidad de ser consumido y son etapas inherentes a la comercialización del mismo.

Si el legislador hubiera pretendido que una de las etapas relacionadas con la producción y el consumo de cervezas, fuera gravada con la estampilla de electrificación rural, lo habría dispuesto expresamente, tal como lo señaló para efectos del impuesto de industria y comercio en la ley 14 de 1983 en su artículo 69.

Así mismo si el Decreto extraordinario 1222 de 1986, (Código de Régimen Departamental), prohibe a las Asambleas Departamentales en sus artículos 62 numeral 1o. y 71 numeral 5o. imponer gravámenes a los artículos que se encuentren gravados con el impuesto nacional, y si de conformidad con los Decretos 190 y 294 de 1969, el consumo de cervezas está gravado con el impuesto llamado de consumo, que es un impuesto nacional, no puede la Asamblea pretender gravarla directa o indirectamente con el impuesto de electrificación rural.

No desconoce la Sala la importancia de la finalidad perseguida con el impuesto y la conveniencia de su recaudo, pero coexistiendo una prohibición anterior, cualquier pretensión de las Asambleas y Consejos de gravar hechos prohibidos por la ley resulta abiertamente ilegal. Pues se repite la autorización debe enmarcarse dentro del contexto general de la tributación y de las facultades impositivas derivadas otorgadas por la Constitución Nacional a las entidades territoriales, de la cual hace parte las prohibiciones determinadas en el mismo contexto general por el legislador.

En consecuencia, cuando el artículo 6 numeral 31 de la Ordenanza No. 18 de 1987 de la Asamblea Departamental del Caquetá, impone a las tornaguías que amparen cervezas introducidas al Departamento del Caquetá, el gravamen

de electrificación rural, transgrede las normas superiores invocadas y excede el usos de la autorización concedida por la Ley 23 de 1986, razón por la cual deberá retirarse del ordenamiento jurídico.

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

ANULASE el término **"CERVEZAS"** contenido en el artículo 6o. numeral 31 de la Ordenanza No. 18 de 1987 de la Asamblea Departamental del Caquetá.

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

Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

LIBROS DE CONTABILIDAD-Exhibición/ PRUEBA CONTABLE/ PRESUNCION DE VERACIDAD/ DECLARACION TRIBUTARIA.

No le es lícito al contribuyente escudarse en la presunción de veracidad de su denuncio rentístico para negarse a exhibir su contabilidad, porque tal negativa de acuerdo con la ley se traduce en otra presunción contraria, cual es la de tener probados en su contra los hechos que se pretendan demostrar con la inspección a la contabilidad. Para efectos Fiscales, la consecuencia punitiva de la no presentación de la contabilidad y papeles de comercio, cuando la Administración lo exija, es que ya no podrá el contribuyente posteriormente invocarla como prueba. (Ejercicio Fiscal de 1980).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., catorce (14) de Junio de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Referencia: Expediente No.2451 Actor: CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA COLPATRIA. Apelación de la sentencia del 26 de noviembre de 1988. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1980. FALLO

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora, contra la sentencia del 26 de noviembre de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad: **CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA, "COLPATRIA"**, contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta a cargo para la vigencia fiscal de 1980.

ANTECEDENTES.

La sociedad contribuyente presentó su declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente el año gravable de 1980, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, el 21 de abril de 1981, la que adicionó el día 21 de octubre del mismo año.

La Administración de Impuestos Nacionales en ejercicio de la facultad de fiscalización conferida por el artículo 30 de la ley 52 de 1977, ordenó mediante auto comisorio #00071 del 11 de febrero de 1983 inspección contable a la sociedad con el fin de verificar el registro de operaciones y acreencias con terceros establecidos por cruce de información.

Verificación que no pudo llevarse a cabo, según informa el funcionario comisionado porque practicada la visita se encontró que la sociedad no llevaba el registro de sus operaciones contables al día. Así mismo el acta de visita dá cuenta de que el **15 de febrero de 1983** el libro diario registra operaciones solo hasta febrero de 1980 y el de inventarios y balances únicamente registra movimiento de noviembre a diciembre 31 de 1982 y que además la sociedad carecía de soportes contables, para respaldar los asientos.

El 19 de Marzo de 1983, la Administración comunicó a la corporación, el requerimiento especial # 564 exigiéndole la demostración plena de los pasivos por valor de $505.836.568 según relación en la que discrimine nombre, Nit y valor, por beneficiario, manifestándole que la ausencia de dicha comprobación, daría lugar a la determinación del impuesto por el sistema especial de comparación patrimonial, y proponiendo sanción por libros de contabilidad.

La sociedad, dando respuesta al requerimiento el 30 de Junio de 1983 acompañó un certificado expedido por el Revisor Fiscal de la sociedad con fecha Junio 28 de 1983 que según lo manifestó la Administración carecía de firma y tampoco se demostró la calidad de contador del mismo, y adujo además que si la contabilidad de la sociedad, según dá cuenta el acta de visita no estaba actualizada, mal podía el Revisor Fiscal certificar sobre algo inexistente y que la interesada no adjuntó pruebas contables de tales como los comprobantes internos y externos, debidamente certificados por contador público o revisor fiscal, ni documentos de fecha cierta que determinarán plenamente la existencia de pasivos a Diciembre 31 de 1980.

Con estas explicaciones la Administración practicó la liquidación de revisión #10223 de Agosto 3 de 1983, determinando la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios, como consecuencia de la no comprobación de los pasivos exigida a la contribuyente.

Contra el acto administrativo de liquidación la Corporación de Ahorro y

Vivienda Colpatria, interpuso recurso de reconsideración el 3 de Octubre de 1983 por la vía gubernativa, manifestando que la exigencia de pruebas y el argumento para el rechazo de la certificación y la determinación de la renta por el sistema de comparación patrimonial por parte del funcionario, resultaba equivocada contraria a la presunción de veracidad que establece el artículo 72 del Decreto 1651 de 1961 literal h) sobre los hechos consignados en las declaraciones de renta y patrimonio acerca de la naturaleza, cuantía y titularidad de los créditos pasivos, si se cumplen los requisitos exigidos en la ley de su aceptación.

Con el ánimo de probar los pasivos aporta nueva certificación del Revisor Fiscal, en donde informa el nombre, Nit y valor de las deudas con el número de la cuenta de ahorro o del CDT que lo respaldan.

La Administración de Impuestos mediante resolución A000388 del 20 de Marzo de 1985, falló el recurso de reconsideración confirmando el acto administrativo recurrido, providencia con la cual se agotó la vía gubernativa.

Inconforme la sociedad acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional; 42 y 57 numeral 2º de la Ley 52 de 1977; 32 de la Ley 52 de 1977, 124 numeral 9 (sic) del decreto 2053 de 1974; 116 del Decreto 187 de 1975 y 176 del Código de Procedimiento Civil.

LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda considerando que no se dieron las transgresiones de los artículos 26 de la Constitución Nacional; 42 y 57 de la ley 52 de 1977, porque de acuerdo con el Artículo 30 de la Ley 52 de 1977, la Administración de Impuestos tiene la facultad de investigar las partidas que aparecen informadas en la declaración de renta. Y ese solo hecho hace que, aunque no hubiera ningún otro antecedente pudiera solicitar la comprobación de los pasivos declarados. Que además en el presente caso se reunen otros presupuestos relacionados con la existencia del auto comisorio en el cual se ordena la investigación de la contabilización de los pasivos declarados y el hecho de que la contabilidad no estuviera al día. Y aún cuando no hubieran existido, la Administración podía legalmente solicitar tal demostración.

Que tampoco hubo violación de los artículos 33 de la ley 52 de 1977, 124 numeral 9 (sic) del Decreto 2053 de 1974; 116 del Decreto 187 de 1975, 176 del Código de Procedimiento Civil, sobre presunción de veracidad de la declaración tributaria, porque de acuerdo con los documentos que aparecen en los antecedentes administrativos, las agencias del Gobierno establecieron que los pasivos declarados no aparecían contabilizados, por cuanto la contabilidad de la sociedad estaba atrasada, circunstancia que desvirtúa la presunción de la

veracidad de la declaración.

Que no hubo violación del artículo 92 del decreto 1651 de 1961, porque, tal norma no es aplicable al presente caso, por lo cuanto ella se refiere a la inspección solicitada como prueba y la practicada tuvo como fundamento la facultad investigativa de la administración.

Expresa en últimas, que tampoco hubo violación del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, porque si el pasivo no se demostró, debe practicarse la liquidación por comparación de patrimonios.

LA APELACION.

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia y luego de formular una serie de consideraciones que denomina de "carácter general", sobre el objeto social de su apoderada, el desconocimiento de trámites administrativos, argucias procedimentales, pruebas clandestinas y la determinación de la renta con base en el sistema de comparación patrimonial por parte de la Administración, cuestiona la sentencia del a- quo con relación a cada uno de los cargos, manifestando que una cosa es la existencia de amplias facultades de la investigación, cuyos objetivos señala el artículo 30 literal e) de la ley 52 de 1977, y otra muy distinta que sin adelantar investigaciones legalmente autorizadas o efectuandolas en forma incompleta u ocultando sus resultados al contribuyente, se formule el requerimiento especial, anunciando el desconocimiento del pasivo si no se comprueba, con olímpico desconocimiento de la ley que establece los requisitos para que los pasivos sean aceptados y sin aportar pruebas que pudieran autorizar, con pleno valor probatorio, considerar inexactos los pasivos declarados.

Que las facultades de investigación autorizaban el desarrollo de la investigación antes de formular requerimiento especial y sobre sus resultados tenía que darse informe en el requerimiento.

En cuanto al cargo de violación del artículo 33 de la ley 52 de 1977 y 124 del decreto 2053 de 1974, dice que la administración ante la presunción y cumplimento de requisitos necesarios para la aceptación de los pasivos, ha debido probar en contrario, porque en la inspección contable oficialmente ordenada, no se solicitaron documentos sobre los pasivos, ni se hizo observación sobre ellos. Por lo tanto si no desvirtuó la presunción de veracidad de la declaración tributaria, no podía desconocer los pasivos. Y que en este punto la sentencia del tribunal, no es explícita en cuanto a su fundamentación legal, porque dentro del régimen jurídico de pruebas, configurada una presunción legal, sólo puede desvirtuarse con otra prueba con pleno poder de convicción, y cita en su apoyo providencia de esta misma Sala del 9 de Diciembre de 1986, para concluir que la tesis del tribunal resulta inaceptable en un régimen del derecho.

Critica así mismo la argumentación dada en la sentencia con relación a la no aceptación de las certificaciones del revisor fiscal aportadas en la etapa gubernativa y repetidas en la demanda, basándose en el atraso de los libros de contabilidad que se dice genéricamente, consta en el acta de inspección contable. Documento llevado al expediente en forma irregular al no haberse, hecho conocer oportunamente de la corporación demandante, con el fin de que fuera aceptado o controvertido, que los libros no estaban atrasados como puede colegirse de la misma acta de inspección y que la afirmación de que el pasivo a 31 de Diciembre no se encontraba contabilizado no es cierta porque de ello no se dejó constancia en los libros respectivos.

Que tampoco la consideración de la violación del artículo 74 del decreto 2053 de 1974 y 116 de 1987, hecha por el Tribunal es consistente, porque estando en pie la veracidad de la declaración de renta y especialmente la realidad y contabilización de los pasivos que se desconocieron resulta improcedente la utilización del sistema de comparación patrimonial.

Para ahondar el alegato formula consideraciones sobre la reforma tributaria de 1935, que estableció el impuesto complementario de patrimonio y sus implicaciones.

Solicita que se revoque la sentencia y se acceda a las peticiones de la demanda.

OPOSICION AL RECURSO DE APELACION.

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la apelación, y luego del recuento de los hechos, del concepto Fiscal y de las consideraciones del a-quo, concluye que la decisión del Tribunal es correcta porque la Administración teniendo como prueba indicaría los cruces de información, mediante la facultad concedida por el artículo 30 de la ley 52 de 1977, podía solicitar la comprobación de los pasivos solicitados por la sociedad contribuyente, máxime cuando obraba el auto comisorio ordenando la invetigación en la contabilidad de la corporación, de los pasivos declarados por la misma "habiendo" arrojado como resultados que la contabilidad no se hallaba al día cuando se practicó dicha visita, hecho ante el cual desapareció la presunción de veracidad de la declaración tributaria y en consecuencia la Administración estaba en todo su derecho de exigir la prueba de los pasivos que una vez solicitada, imponía a la contribuyente el deber de su comprobación y que al no haber ésta cumplido, se imponía la practica de la liquidación de revisión con desconocimiento de la prueba contable suministrada por carecer ya de valor probatorio.

CONCEPTO DEL FISCAL.

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación,

conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse porque no prosperan los cargos de violación formulados en la demanda; y con relación a cada uno de ellos, afirma;

a) Que no prospera el cargo de transgresión de los artículos 26 de la Constitución Nacional ; 42 y 57 de la ley 52 de 1977, porque no es cierta la afirmación de inexistencia del requerimiento con la consecuencia de nulidad del acto administrativo de la liquidación, porque la administración sí cumplió con la obligación de enviar el requerimiento especial y es inadmisible la afirmación según la cual un requerimiento es "inexistente" cuando las explicaciones que contiene no son precisas ni detalladas, extensas o precisas, y que de acuerdo con el artículo 43 de la ley 52 de 1977, la irregularidad que determina la nulidad de la liquidación de revisión es la falta de absoluta de requerimiento, la omisión del mismo, y que en este asunto no se presento tal omisión. Que además, el requerimiento contiene los puntos que la Administración se proponía modificar y al decir rechazaría los pasivos, daba a entender que ésta decisión se debía a que no había prueba acerca de éstos, pues advirtió al contribuyente que si no los comprobaba, le determinaría la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios. Y que además le manifestó, que le impondría sanción por libros de acuerdo con el informe correspondiente al Auto Comisorio #00071 de Febrero 11 de 1980.

b) Que el cargo de violación de los artículos 33 de la ley 52 de 1977; 124 Numeral 9 (sic) del decreto 2053 de 1974; 116 del Decreto 187 de 1975 y 176 del Código de Procedimiento Civil, tampoco prospera porque, en lo que atañe a la primera norma anotada, la fiscalía se permite advertir que durante mucho tiempo la Sección Cuarta sostuvo que la mencionada norma consagra una presunción un tanto especial, puesto que establece que ésta opera mientras la Administración tributaria, que tiene amplias facultades de fiscalización e investigación, no solicite una determinada comprobación ni la ley la exija. Cita para el efecto las sentencias de Junio 28 de 1985, de la que fue ponente el doctor Enrique Low Murtra y la de Abril 29 de 1988 de la que fue ponente el doctor Jaime Abella Zárate.

Dice que sin embargo la misma Sección Cuarta en la sentencia del 7 de Abril de 1989 (Exp.0463) con ponencia de la doctora Consuelo Sarria dijo: "que la facultad de fiscalización e investigación de la Administración Tributaria se limita, única y exclusivamente, a verificar si las declaraciones de renta de los contribuyentes han sido presentadas, en cuanto a ingresos, costos, deducciones, etc., con el lleno de los requisitos formales y si éstos se han cumplido, a confirmar tales declaraciones y liquidaciones privadas".

Reitera el concepto rendido en dicha oportunidad cuyos planteamientos considera no solo lógicos sino de acuerdo con el tenor literal del artículo 33 de la ley 52 de 1977 y en armonía con el artículo 27 del Código Civil afirma que el sentido del artículo 33 de la ley 52 de 1977 es sumamente claro y por lo tanto

no es razonable ampararse una supuesta "defectuosa redacción" de la misma norma para darle una interpretación diferente de la que su propio texto indica, y que cuando la norma dice: "se consideran ciertos los hechos consignados en la declaración tributaria, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija", la expresión "cuando no se haya el citado una comprobación especial ni la ley la exija", algún sentido debe tener.

Cuestiona, si realmente el artículo 33 establece una presunción o, mejor, si las disposiciones de esta norma se acomodan exactamente a las reglas (legales, doctrinales y jurisprudenciales) que rigen las presunciones.

Concluye que si la norma no contuviera las frase "cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija ", los hechos declarados no necesitarían comprobación, pero como la norma es compleja y dice que se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones, las adiciones o en las respuestas a requerimientos **cuando no se haya** solicitado una **comprobación ni la ley la exija,** no es contrario a la razón concluir que éste precepto no limita ni restringe el ejercicio de **amplias facultades** que el artículo 30 de la ley 52 de 1977, otorga a la administración tributaria, sino mas bien pretende armonizar sus interpretaciones con la de éste y que prevé que aquella puede hacer uso de esas facultades y requerir, cuando lo estime conveniente, a los contribuyentes, para que demuestren la veracidad de sus declaraciones, caso en el cual la presunción deja de operar, desaparece.

Concluye que no es cierta la afirmación de la demanda en el sentido de que la administración tributaria no puede exigirle a los contribuyentes prueba acerca de los hechos declarados con el lleno de las formalidades legales.

c) Que no es viable el argumento de violación del artículo 22 del Decreto 825 de 1978, expuesto, en el sentido de que el decreto reglamentario en su artículo 22, precisa el alcance de la norma, porque en dicho artículo el Presidente incurrió en exceso de la potestad reglamentaria modificando el artículo 33 de la ley 52 de 1977, limitando su alcance.

Por último manifiesta que en el sub-lite hay una situación que no ha sido desvirtuada por la sociedad cual es el hecho de que cuando ésta presentó, el 21 de abril de 1981, la declaración tributaria correspondiente al año gravable de 1980, la contabilidad de la contribuyente que le debe servir de fundamento a la declaración se encontraba atrasada, irregularidad que aún existía el 15 de Febrero de 1983, 1 año, 9 meses y 24 días después fecha en la que la Administración practicó la inspección contable, situación que imponía a la Administración rechazar los pasivos.

d) Que tampoco prospera el cargo de la violación de los artículos 9º de la

ley 145 de 1960 y 98 de la ley 09 de 1983, por el hecho de no haberse aceptado con carácter de plena prueba del certificado expedido por el revisor fiscal sobre la existencia de los libros, su legalidad y contenido, porque la Administración mediante la inspección, como la consigna el acta de visita, confirmó que la sociedad no tenía su contabilidad al día hecho que no ha sido desvirtuado por esta sociedad.

Así mismo no prospera el cargo de violación del artículo 92 inciso 1º del Decreto 1651 de 1961, porque la demanda no indica cual es la norma que dice que el hecho de no darse el traslado al contribuyente de una acta de inspección contable, antes de la expedición y notificación de la liquidación de revisión, genere la nulidad de ésta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Para la Sala el asunto fundamental de la litis no es otro que el relacionado con el valor probatorio tanto de la declaración de renta cuya presunción de la legalidad invoca la demanda, como de la certificación contable arrimada al proceso, par acreditar el pasivo rechazado de la Administración. No obstante, analizará uno a uno los cargos de violación de la demanda frente a la sentencia apelada:

PRIMER CARGO. El requerimiento especial debe tenerse por inexistente por falta de fundamento de hecho y de derecho y sin requerimiento la liquidación de revisión es nula.

Observa la Sala que previamente a la liquidación de revisión de la Administración de Impuestos envió a la contribuyente el requerimiento especial #564 de fecha 29 de marzo de 1983, en el que le comunica que se propone modificar la liquidación privada, en el sentido de desestimar pasivos por valor de $ 505.836 858 y advirtiéndole que si no los comprueba, le determinará la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios e igualmente que de conformidad con el informe correspondiente al auto comisorio # 00071 de febrero 11 de 1983, le impondrá sanción por libros.

Si bien el requerimiento, como lo afirma el colaborador fiscal, contiene explicaciones un tanto imprecisas, para la Sala no existe la menor duda que en él se hace referencia al hecho no solo conocido, sino originado en la misma contribuyente, cual fue el atraso en los libros de contabilidad, conocido por la Administración el 11 de febrero de 1983, comunica a la sociedad mediante auto comisorio # 0071 se comisiona a uno de los funcionarios para verificar contablemente el cruce con terceros que fueron individualizados en el oficio respectivo y porque a la sede de la sociedad se trasladó el funcionario comisionado, encontrando que debido al atraso contable le era imposible realizar las investigaciones con terceros propuestas en el oficio. Da también cuenta el requerimiento de la exigencia de la comprobación de los pasivos perfectamente

individualizados con nombre, nit y valor de los acreedores y la advertencia de proceder a la determinación de la renta líquida por el sistema de comparación de patrimonios ante la omisión de su comprobación y de la imposición de la sanción por no tener los libros de contabilidad al día, según lo establecido en los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2821 de 1974 y 56, 57 y 58 del Decreto 3803 de 1982. Entonces, no puede alegarse la inexistencia legal del requerimiento si éste se produjo y cumple requisitos de la ley.

Además, es obligación de los comerciantes, impuesta no solo por las normas tributarias, sino del Código de Comercio, llevar sus registros contables al día, hecho no cumplido por la sociedad conforme dá fe el acta de inspección contable allegada al proceso a solicitud de la actora como parte de los antecedentes administrativos (FI, 18 de la demanda) que no ha sido desvirtuada.

Tampoco puede alegar violación del derecho de defensa, porque aún cuando fuera cierta que el funcionario comisionado para realizar la inspección contable no hubiera solicitado prueba de los pasivos declarados, éstas sí fueron pedidas con ocasión del requerimiento, ante la ausencia de su registro contable. Resultaría un contrasentido que la Administración las pidiera doblemente.

Si en gracia de discusión se admitiera que no hubo traslado del acta de visita, este hecho resulta irrelevante para concretar el hecho irregular contable, porque éste no se origina en el acta de visita sino en la conducta omisiva del contribuyente de obedecer la ley al respecto y tampoco la ley sanciona con nulidad la omisión del traslado del acta de visita.

No prospera entonces el cargo formulado .

SEGUNDO CARGO. VIOLACION DE LA PRESUNCION DE VERACIDAD DE LA DECLARACION DE RENTA.

Con relación a éste cargo observa la Sala que tanto las partes intervinientes como el colaborador fiscal citan parte de la copiosa jurisprudencia de la Sala, que en algunos casos pareciera que se ha incurrido en contradicción , o que la jurisprudencia ha tenido frecuentes innovaciones, razón por la cual estima necesario su análisis frente a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes en el año sub-judice que regulan tanto la actividad del Estado para recaudar los tributos como las garantías concedidas por el legislador al contribuyente de que su denuncio tributario se presuma veraz determinando que lo determinó.

Son importantes para su desarrollo los artículos 38 y 120 numeral 11 de la Constitución Nacional; 30, 32, 33 y 37 de la ley 52 de 1977, 63, 66 y 67 del Código de Comercio que se transcriben para mayor comprensión.

CONSTITUCION NACIONAL

"Artículo 38. La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezcan la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales".

"Para la tasación de impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos".

"Artículo 120.- Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:.....

11- Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes ".

Ley 52 de 1977.

"Artículo 30. La administración tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimento de las normas sustanciales.

Para tal efecto, podrá:

a) Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario;

b) Adelantar las investigaciones que estime conveniente para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados;

c) "Citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios";

"d) **Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;"** (Subraya la Sala)

"e) En general, efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación".

Artículo 32.- La determinación de tributos y la imposición de sanciones

deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos."

"Su idoneidad depende, en primer término de las exigencias que para establecer determinados hechos, preceptúan las leyes tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de unas y otras, de su mayor o menor conexión, con el hecho que trata de probarse y del valor de convencimiento que pueda atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana crítica."

"Artículo 33. Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, **cuando no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija".** (Subraya la Sala)

Artículo 37. La administración podrá ordenar la exhibición y examen parcial o general de los libros, comprobantes y documentos del contribuyente legalmente obligado a llevar contabilidad para verificar la exactitud de las declaraciones o para establecer la existencia de hechos gravables declarados o no."

Código de Comercio

Artículo 63. "Los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público sólamente podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los casos siguientes:

1) Para la tasación de los impuestos a fin de verificar exactitud de las declaraciones;. . . . ."

"Artículo 66. El examen de los libros se practicará en las oficinas o establecimientos del comerciante y en presencia de éste o de la persona que lo represente."

"Artículo 67. Si el comerciante no presenta los libros y papeles cuya exhibición se decreta, oculta alguno de ellos o impide su examen, **se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar** si para esos hechos es admisible la confesión." (Subraya la Sala).

El tenor literal de las normas transcritas permiten inferir:

a) Que por disposición constitucional, para la tasación de los impuestos,

podrá pedirse la presentación de los libros de contabilidad y de los papeles anexos, porque no de otra forma podría exigirse del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa "cuidar de la exacta recaudación de los caudales públicos".

b) En desarrollo de las normas constitucionales transcritas la ley 52 de 1977 en su artículo 30, otorgó a la administración amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el cumplimiento del objeto constitucional .Entre ellos la facultad de exigir del contribuyente o de terceros la presentación de los documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros de contabilidad.

Ninguna norma positiva autoriza a los contribuyentes a negarse - bajo ningún pretexto - para rehuir la exhibición de los documentos o pruebas exigidas por el Estado en ejercicio de su poder de imposición. Por el contrario, conforme al artículo 67 del Código de Comercio, si el comerciante no presenta los libros y documentos exigidos se tendrán como probados en su contra los hechos que la contraparte se proponga demostrar, si para esos hechos es admisible la confesión.

Por lo tanto, no le es lícito al contribuyente escudarse en la presunción de veracidad de su denuncio tributario para negarse a exhibir su contabilidad, porque tal negativa de acuerdo con la ley se traduce en otra presunción contraria, cual es la de tener probados en su contra los hechos que se pretendan demostrar con la inspección a la contabilidad.

Tampoco de la presunción de veracidad de la declaración puede inferirse la obligación de la administración de aceptar sin juicio valorativo las afirmaciones del contribuyente, sino que como claramente se advierte en la sentencia 0654 del 8 de Junio de 1990, la administración está obligada a verificar la realidad o veracidad de los datos en ella consignados , con miras a una exacta y legal tasación del tributo y en desarrollo de tal facultad puede exigir del contribuyente obligado a llevar libros de contabilidad la exhibición de los mismos así como los documentos que soportan los asientos contables.

En el caso sub-judice la administración pretendió verificar la realidad de las operaciones del contribuyente, y para tal efecto ordenó la inspección contable , puesto que el cruce de información arrojaba diferencias sobre los consignados en la declaración encontrando que sobre dichos documentos privados no podían llevarse a cabo la verificación ordenada porque no estaban registradas las operaciones denunciadas ni aparecían los comprobantes o soportes contables. En tal evento, por presunción del artículo 67 del Código de Comercio, transcrito, el hecho se tenía como probado en contra del contribuyente , esto es, que el pasivo declarado no existía , de ahí la necesidad para la sociedad de probar la realidad de los hechos denunciados en su declaración, tal como lo exigió la administración

al formularle el requerimiento.

Precisamente, al contestar el requerimiento podían debatirse y resolverse las divergencias entre la administración y el contribuyente y era el momento preciso para que éste hubiera controvertido el hecho de la irregularidad contable y presentar los documentos soportes de los asientos de contabilidad.

Finalmente, debe agregarse que la jurisprudencia tiene por fundamento la interpretación y aplicación de la ley frente a casos concretos, atendiendo a las modalidades propias de cada contribuyente, su naturaleza jurídica y sus obligaciones particulares frente a la ley tributaria, de ahí que no puede deducirse de la misma su aplicación general a todas las discusiones que se susciten alrededor de una presunción considerada aisladamente.

No prospera entonces el cargo formulado y por tal razón la Sala comparte la sentencia del a-quo, que en este punto habrá de confirmarse.

c) E l apelante auna en su escrito los cargos tercero y cuarto de la demanda relacionados con la violación de los artículos 9º de la ley 145 de 1960 y 98 de la ley 09 de 1983 y 92 del decreto 1651 de 1961.

El recurrente increpa la sentencia manifestando que el único argumento para la no aceptación de la prueba contable se basó en el atraso de los libros de contabilidad como consta en el acta de inspección contable , documento llevado al expediente en forma irregular al no haberse hecho conocer de la corporación demandante con el fin que fuera aceptado o controvertido. Reitera que los libros no estaban atrasados , pero que aceptando el supuesto de que el libro diario y mayor hubieran estado atrasados, ningún aporte nuevo hubiera llevado las cifras registradas en el libro de inventarios y balances ni a la utilización de los comprobantes de soporte , dado el sistema contable de la corporación, tal como lo establecieron los peritos en la prueba decretada por el tribunal. Y que queda en pie la verdad del pasivo relacionado en la declaración de renta con el respaldo del libro de Inventarios y Balances, de los soportes contables, libro del cual se tomó el balance general presentado a la Superintendencia Bancaria y aceptado por esta entidad oficial que también es la base de lo certificado por el revisor fiscal y de lo dicho en el dictamen pericial rendido ante el tribunal.

Armonizando lo expuesto en el punto anterior , es necesario precisar , si en el caso sub-lite era viable la prueba contable presentada para demostrar los pasivos que exigió la administración tributaria .

Cuando la Administración de Impuestos ordenó la inspección contable de la sociedad contribuyente mediante auto comisorio 00071 el 11 de Febrero de 1983, ya estaba vigente la norma de procedimiento contenida en el decreto 2821 de 1974, artículo 15, que estableció para efectos fiscales, la consecuencia

punitiva de la no presentación de la contabilidad y papeles de comercio , cuando la administración lo exija , al señalar enfáticamente, que ya no podrá el contribuyente posteriormente invocarla como prueba. Interpretando estas normas, esta misma Sala , en sentencia del 27 de Noviembre de 1989 con ponencia del doctor Guillermo Chahín Lizcano, dijo que la no presentación de la contabilidad y los comprobantes de orden externo- facturas etc.., dentro del proceso de fiscalización , implica que el contribuyente no puede posteriormente invocarlos como prueba. Porque permitir que el contribuyente se niegue a presentar los documentos soportes y después los presente como prueba determina que la facultad de investigación, pierda su sentido y se convierta en nugatoria.

Por esta razón resultan válidas las afirmaciones del a-quo y del colaborador fiscal en el sentido de no admitir la prueba consistente en la certificación del revisor fiscal, y del peritazgo pues ellas necesariamente se refieren a unos libros de comercio y sus documentos soportes, que por no haber sido presentados oportunamente perdieron validez probatoria frente a la Administración de Impuestos.

De otra parte de acuerdo con el artículo 30 de la ley 52 de 1977, ejercida la facultad de fiscalización mediante el ordenamiento de la exhibición contable , es de entender que con la respuesta al requerimiento el contribuyente tiene la primera oportunidad de probar los hechos económicos que no pudo acreditar en dicha ocasión. No pudiendo entonces aportar ya la prueba contable , sí podía bajo el régimen de libertad probatoria del Código de Procedimiento Civil, acreditar los pasivos con los documentos contentivos de la obligación (contratos de apertura de cuentas de ahorro y certificados de depósito a término expedidos por la Corporación de Ahorro y Vivienda), documentos que estaba obligado a conservar no solo por el término de revisión oficiosa, conforme con lo señalado por el artículo 124 numeral 2 del Decreto 2053 de 1974, sino por el adicional mínimo de 10 años conforme lo exige el artículo 60 del Código de Comercio. Podía así mismo, si los suscriptores fueran comerciantes , probar con la contabilidad de aquellos ; con sus declaraciones de renta y con cualquiera otra prueba suficiente y eficaz para demostrar las deudas a cargo, pues es la propia ley tributaria la que enseña que la determinación de los tributos y la imposición de la sanciones deben fundarse en los hechos que aparecen demostrados en el respectivo expediente por los medios de pruebas señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil en cuanto éstos sean compatibles con aquellos y que para poder ser apreciados por el funcionario, las pruebas deben solicitarse, practicarse y allegarse al proceso regular y oportunamente.

Cabe entonces verificar si la sociedad contribuyente fuera de la prueba contable , que no admitieron por razones legales ni la Administración ni el Tribunal Administrativo, probó o nó los pasivos.

Encuentra la Sala que la única prueba distinta que pretende hacer valer el apoderado de la actora es la existencia del balance que la sociedad presentó ante la Superintendencia encargada de su vigilancia y que según su afirmación, fue aceptada por ésta.

La Sala, ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la eficacia probatoria de dichos balances y en el proceso 2501, actor Inversiones Centro 93, sentencia de septiembre 28 de 1990, con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate, expresó:

> "El balance presentado por la sociedad ante la Superintendencia de Sociedades tiene por objeto que ésta entidad ejerza la inspección y vigilancia impuesta por la ley para este tipo de sociedades, especialmente en cuanto al cumplimento de la ley comercial y su situación económica frente a sus socios y terceros pero en manera alguna prueba la existencia de deudas de la sociedad al final del ejercicio, ni contiene los requisitos exigidos por la ley fiscal para su aceptación, es especial la identificación de cada acreedor, puesto que su presentación es global".

De otra parte, observa la Sala, que este balance se fundamenta en la contabilidad de la sociedad, que como se reitera, por no llevarse como lo ordena la ley, fue desconocida como prueba.

Coincide así el criterio de la Sala con el expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la primera instancia y su colaborador fiscal, razón por la cual la sentencia en este punto también habrá de confirmarse.

Por último considera la Sala que como no se ha demostrado el pasivo no es posible entrar a determinar la renta gravable de la actora por el sistema ordinario, en razón de no haberse justificado el incremento patrimonial planteado por la Administración, razón demás, por la cual la sentencia recurrida habrá de confirmarse.

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

FALLA

Confirmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión en fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahin Lizcano,*

Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado, Secretario.

DECLARACION TRIBUTARIA - Corrección

Las deficiencias del documento tales como que era un formulario diligenciado pero que carece de presentación ante el órgano y oficinas facultadas para ello, convirtiéndose en un simple documento privado que no tiene el requisito de declaración, le restan idoneidad para conducir a la certeza de la presentación en debida forma de la corrección a la declaración inicial, de modo que se pueda afirmar que realmente tenía la virtualidad de sustituir dicha declaración para todos los efectos legales, entre ellos, el subsanar el error cometido en la declaración inicial, lo cual impide consecuentemente entrar a considerar la prueba de las correcciones efectuadas (período fiscal de 1984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., junio catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3417. Actor: Sociedad Siga Ltda. C/ La Nación. - DIN. Apelación sentencia de 14 de septiembre de 1990 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Nulidad y restablecimiento del derecho. Impoventas 1984. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Siga Ltda., Nit. 60.074.837, contra la sentencia de 14 de septiembre de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para pronunciarse de fondo respecto de la demanda instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre las ventas a cargo por el año gravable de 1984.

A. ANTECEDENTES

1.- La sociedad contribuyente presentó declaración anual de ventas por el período gravable de 1984, radicada con el No. 8457 de 3 de mayo de 1985, la cual corrigió posteriormente mediante documentos presentados el 26 de septiembre de 1986, radicados con el No. 7610 (fls. 15 y 17).

2.- La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, profirió la Liquidación de Corrección Aritmética No. 175010 de 7 de abril de 1987, desconociendo la corrección efectuada a la declaración inicial, fijando un mayor valor a cargo e imponiendo sanción por corrección aritmética (fl. 24).

3.- Se decidió el recurso de reconsideración interpuesto (fl. 266) confirmando en su totalidad la Liquidación Oficial. Resolución No. 162002 de 4 de noviembre de 1987 (fl. 26).

4.- La sociedad presentó demanda contra los actos administrativos mencionados aduciendo:

a.- Improcedencia de la Liquidación de Corrección Aritmética y de la sanción, dado que al corregirse la declaración inicial, no existía error aritmético. (fl. 4).

b.- Ausencia de requerimiento especial previo a la liquidación oficial (fl. 4).

c.- La prueba de los ingresos obtenidos por operaciones excluidas, dado que la sociedad al ser intermediaria, sólo cobre el 15% de lo recibido, por concepto de comisión (fl. 7).

5.- El Tribunal en providencia de 14 de septiembre de 1990, se inhibió para conocer el fondo del asunto por considerar que hubo indebido agotamiento de la vía gubernativa dado que "el actor al interponer el recurso de reconsideración, se limitó a argumentar su inconformidad con relación al fondo del negocio, pero no adujo el hecho de la corrección aritmética, que es la pretensión ante esta jurisdicción". (fl. 322).

B. EL RECURSO DE APELACION Y LA OPOSICION

1.- La actora interpone recurso de apelación contra la anterior providencia alegando:

a.- Debido agotamiento de la vía gubernativa dado que al interponerse el recurso de reconsideración, este no podía referirse sino a la liquidación oficial practicada, habiéndose cumplido además los presupuestos procesales (fl. 327).

b.- Inexistencia del error imputado a la sociedad (fl. 327).

2.- La Dirección de Impuestos Nacionales se opone al recurso aduciendo:

a.- Indebido agotamiento de la vía gubernativa por traerse al debate jurisdiccional un hecho no alegado en la vía gubernativa. (fl. 342).

b.- Inadecuada corrección de la declaración inicial, pues "la copia enviada como declaración no se tuvo como tal, por carecer del requisito de recepción como tal, para lo cual la Administración le asigna un número y código de la DIN, impreso por medio de un sello, que además contiene fecha de presentación". (fl. 342).

C. EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Tercera de la Corporación, representada por el doctor Jaime Ossa Arbeláez, solicita revocar la sentencia y en su lugar denegar las súplicas de la demanda por considerar que:

1.- "El hecho de que el demandante exponga nuevas argumentaciones contra el acto cuya nulidad pretende no tiene nada que ver con el debido agotamiento de la vía gubernativa y además no constituye una irregularidad que impide un pronunciamiento de fondo". (fls. 345/346).

2.- No existe modificación de la declaración de ventas pues el formulario aportado para el efecto no reune los requisitos exigidos para tales correcciones (fl. 346).

3.- La ley 9a. de 1983, artículo 89 "no dice que la validez de las **liquidaciones de corrección** está condicionada al hecho de que previamente la Administración le remita al contribuyente aquel requerimiento". (fl. 347)

D. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- LA INHIBICION DEL TRIBUNAL.

Respecto del motivo de la inhibición del a quo, ya se ha pronunciado reiteradamente esta Corporación en el sentido de indicar la posibilidad de aducir ante lo contencioso-administrativo nuevos argumentos no invocados en la vía gubernativa.

Al respecto sostuvo el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en fallo de 20 de junio de 1986 con ponencia del doctor Enrique Low Murtra, lo siguiente:

> "Acoge la Sala lo dicho por el señor Agente del Ministerio Público al referirse a la doctrina de esta Corporación contenida en la sentencia del 18 de marzo de 1976, ya revisada varias veces por esta misma Corporación. Los hechos

que se presentan en la vía gubernativa imponen el marco de la demanda en términos generales; no se aceptan nuevos hechos pero se permite si que el actor traiga mejores argumentos jurídicos; a) una exigencia tan formalista como la que exige el Tribunal no la establece la ley y el intérprete en la aplicación de la norma no puede ir más allá de la ley; b) a ello cabe añadir los argumentos de equidad traídos a colación por el señor Fiscal; c) finalmente no ha dicho la Corporación que no se puedan presentar mejores argumentos en el debate jurisdiccional. Lo que ha rechazado el Consejo es la presentación de hechos nuevos no manifestados en el debate en la vía gubernativa. Una cosa son los hechos, otra cosa los argumentos de derecho".

(En igual sentido: Sentencia de 30 de marzo de 1990, Consejero Ponente Jaime Abella Zárate, Exp. No. 2156 y Sentencia de 3 de agosto de 1990, Consejero Ponente Consuelo Sarria Olcos, Exp. No. 2345).

En el caso sub-exámine se trata precisamente de esa circunstancia, pues si bien se invoca en la demanda un argumento nuevo relativo a la corrección de la declaración de ventas, está, en todo caso, fundamentado en los mismos hechos que sirvieron de base a la discusión administrativa.

La presentación de la declaración anual de ventas por el periodo gravable de 1984; y

La liquidación de Corrección Aritmética efectuada por la Administración respecto de dicha declaración y la imposición de la correspondiente sanción.

Por otro lado, la pretensión es exactamente la misma: La revocación de la liquidación de corrección, y el argumento central, el cual se trata por igual en el recurso de reconsideración (fls. 266/267) y en la demanda (fls. 5 y ss.), aspecto no tomado en cuenta por el Tribunal al decidir, es idéntico: La procedencia de la exclusión, para la determinación del impuesto, de ingresos obtenidos para terceros.

Por las anteriores razones, estima la Sala que el pronunciamiento del a quo debió de ser mérito y por tanto se procederá a revocar su providencia, entrándose en consecuencia a decidir respecto de la cuestión de fondo.

2.- **La corrección de la declaración de ventas.**

Aduce la Administración en el alegato de conclusión ante el Tribunal, posición que corrobora en esta instancia (fl. 342), que no ofrece ninguna validez la corrección a la declaración inicial dado que:

"No se le puede dar el nombre de corrección de la declaración tributaria, a un formulario diligenciado pero que carece de presentación ante el órgano

y oficinas facultadas para ello.

Aquel documento diligenciado pero sin sello de presentación es un simple documento privado que no tiene el requisito de declaración y por lo tanto su valor para aspectos fiscales es en cigras (sic) numéricas cero.

"(. . . . . .)

"De donde podemos concluir que un simple documento escrito que contiene informaciones fiscales pero sin presentación ante la oficina competente, no puede en ningún momento desvirtuar o quitarle el valor probatorio a lo que se denomina declaración tributaria". (fls. 304/305).

Al respecto observa la Sala que efectivamente las deficiencias del documento aducido por la demanda (fls. 16 y 17), anotadas por la Administración le restan idoneidad para conducir a la certeza de la presentación en debida forma de la corrección a la declaración inicial, de modo que se pueda afirmar que realmente tenía la virtualidad de sustituir dicha declaración para todos los efecto legales, entre ellos, el subsanar el error cometido en la declaración inicial, lo cual impide consecuentemente entrar a considerar la prueba de las correcciones efectuadas.

Lo anterior conduce a que al no estar suficientemente probada la adecuada presentación de la corrección sustitutiva a la declaración inicial, no hay elementos suficientes que permitan anular por este aspecto la liquidación oficial y el acto conformatorio posterior, debiéndose negar el cargo propuesto.

3.- **La necesidad de requerimiento especial para la validez de la liquidación de corrección aritmética.**

Por último, en cuanto a la necesidad de que la Administración envíe un requerimiento especial a la contribuyente para que tenga validez la posterior liquidación de corrección, estima la Sala, de acuerdo con el colaborador fiscal, que no está condicionada la validez de este tipo de liquidaciones (de corrección aritmética), por la existencia previa de un requerimiento especial, según los términos de la Ley 9a. de 1983, artículo 89, y por tanto tampoco prospera este cargo.

Por lo anterior, al estimarse procedente un pronunciamiento de mérito, al no ser necesario un requerimiento especial previo a la liquidación de corrección, al no estar probada la presentación en debida forma de la corrección a la declaración de ventas, y por tanto en coincidencia con el concepto fiscal, se habrá de revocar la sentencia inhibitoria impugnada, denegándose en su lugar, las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del

Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia de 14 de septiembre de 1990 proferida en el proceso 6156, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para fallar de fondo.

En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Reconócese personería a la doctora Luz Elizabeth Quintana de Palomino según poder visible a folio 334.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Consuelo Sarria Olcos,* Ausente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/JUICIO EJECUTIVO/CONTRIBUCION DE VALORIZACION

Como consecuencia de la responsabilidad universal de los herederos como continuadores de la persona del difunto, es por lo que procede contra ellos la acción de cobro de las deudas de la sucesión a prorrata de las cuotas que aquéllos se les adjudiquen en ésta (art. 1411 C.C.). Como en las hijuelas números 1 y 2 de la sucesión del causante se le adjudicó en la primera a la señora y en la segunda a los herederos en comunidad, los bienes de la sucesión y a todos los partícipes el pasivo inventariado de la sucesión, igualmente todos deben responder por el saldo a favor del Inval tanto más cuanto el partidor prescindió de confeccionar hijuela de gastos por acuerdo entre los herederos para sufragarlos con los frutos del acervo y con recursos propios.

COMPENSACION-Requisitos.

Es cierto que cuando existen dos créditos recíprocos de un misma especie, puede verificarse respecto de ellos la compensación, pero entre otros requisitos exige el artículo 1775 del Código Civil que ambas deudas sean liquidas y actualmente exigibles. Los ejecutados afirman que el INVAL les adeuda unos intereses que se generaron por la norma en la consignación de la indemnización decretada por la expropiación de unos inmuebles de propiedad de la sucesión, pero no respaldan su afirmación con prueba alguna; en consecuencia por carecer la Sala de la pruebe del crédito a su favor, de su cuantía y exigibilidad no prospera la excepción propuesta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 2108. Actor: Instituto Metropolitano de Valorizaciones de Medellín C/ Sucesión de José Domingo Garcés Naranjo. Jurisdicción Coactiva. FALLO.

Decide la Sala las excepciones propuestas por los apoderados judiciales de los señores: PEDRO, LIGIA Y ALBERTO GARCES TAMAYO y LIBIA RESTREPO DE GARCES, herederos reconocidos los tres primeros y cónyuge sobreviviente la última del señor JOSE DOMINGO GARCES NARANJO, sucesión contra el mandamiento de pago de $5'693.532,46 librado a nombre de la sucesión, por concepto de contribución de valorización determinada en la Resolución 21 expedida el 1o. de Agosto de 1977 por la junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín, como consecuencia de la obra distinguida con el número 276.

El apoderado judicial de la cónyuge sobreviviente LIBIA RESTREPO VIUDA DE GARCES, propone en síntesis las siguientes excepciones:

1a. INEFICACIA DEL TITULO EJECUTIVO

Porque el reconocimiento que le sirve de causa al mandamiento de pago, no expresó desde cuándo el contribuyente real o presunto es deudor de la contribución y de sus intereses, vale decir, desde cuando legalmente se hizo exigible para que precisamente prestara mérito ejecutivo.

2a. COMPENSACION

Que como desde el mes de marzo de 1982, dentro del proceso especial de "expropiación", adelantado contra la sucesión JOSE DOMINGO GARCES NARANJO, se hizo legalmente exigible a cargo de INSTITUTO METROPOLITANO y a favor de la parte demandada, la obligación de efectuar consignaciones de los valores que por concepto de indemnización fueron regulados por los auxiliares de la justicia y esta consignación se hizo mucho más tarde de lo legalmente previsto, excepciona para que se le compense la mora que a ella se le cobra por el tributo de valorización, con los intereses que genera el paga extemporáneo de la indemnización.

Por su parte el apoderado de los herederos ALBERTO, PEDRO Y LIGIA GARCES TAMAYO, invoca las siguientes excepciones:

1a. CARENCIA DE PERSONERIA DE LA PARTE DEMANDADA

Sostiene que como en la Resolución 21 de agosto 1o. de 1977, en virtud de la cual se hizo el derrame de VALORIZACION, aparece gravado el señor JOSE

DOMINGO GARCES NARANJO, cuando éste se había fallecido el 15 de mayo de 1977, y el mandamiento ejecutivo se libró sobre la SUCESION del mismo, se configura la excepción perentoria de carencia de personería sustentiva de la parte demandada que debe comparecer a la notificación del mandamiento de pago con todas las personas obligadas a sufragar la cuestionada valorización.

Agrega además que ha debido hacerse comparecer al proceso a los herederos de IVAN GARCES TAMAYO, heredero también reconocido en la sucesión, y quien igualmente falleció en el curso de proceso en cuestión.

2a. COMPENSACION

Como el apoderado de la cónyuge sobreviviente sostiene que, como las partes en el proceso son recíprocamente deudoras entre sí, como quiera que el INSTITUTO METROPOLITANO DE VALORIZACION DE MEDELLIN, también la adeuda a la sucesión unos intereses que se generaron por la mora en el pago de la indemnización resultante de la expropiación llevada a cabo en contra de la sucesión, se debe efectuar la compensación de éstos con los debidos por sus representados hasta concurrencia de sus valores.

Por último, en defecto de las excepciones propuestas, subsidiariamente pide se disponga la divisibilidad de la obligación de conformidad con lo que se adjudicó en la participación, ordenando al INVAL se elaboren cuentas separadas de acuerdo con las hijuelas de partición, máxime si se tiene en cuenta dice, que los bienes que constituyen las hijuelas y de acuerdo con la partición ya les fueron entregados a los herederos adjudicatarios para que los administren y se beneficien de su productividad.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Reiteradamente ha dicho la Sala que en esta clase de proceso ejecutivos por jurisdicción coactiva, las excepciones que pueden proponerse a la orden judicial de pago están limitadas conforme la segundo inciso del Artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, a los hechos que se presenten con posterioridad a la providencia que sirva de título y que impliquen pago o extinción de la obligación, la indebida notificación al ejecutado o la nulidad de aquella providencia y las excepciones previas que tratan los numerales 1 a 5 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.

Igualmente ha sostenido que como lo dispone el Artículo 561 del mismo estatuto legal "en éste proceso no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa, lo cual apenas es comprensible si se tiene en consideración que la finalidad perseguida en el juicio es la de obligar que se cumpla una providencia ejecutoriada que fue susceptible de discutirse en la vía gubernativa.

No es excepción de las que permite el Artículo 509 en cita la virtual omisión en que se alega se incurrió en la notificación del "mandamiento de pago" porque quien la invoca no es precisamente el afectado.

Por lo demás, observa la Sala:

Que la contribución de valorización en los términos del Artículo 12 del Decreto 1604 de 1966, constituye un gravamen real sobre la propiedad inmueble y en consecuencia goza de los privilegios legales de este tipo de créditos.

Que el artículo 1434 del Código Civil establece que los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos.

Que como consecuencia de la responsabilidad universal de los herederos como continuadores de la persona del difunto, es por lo que procede contra ellos la acción de cobro de las deudas de la sucesión a prorrata de las cuotas que a aquéllos se les adjudiquen a ésta. (Art. 1411 C.C.).

Que como las hijuelas No. 1 y No. 2 de la sucesión del señor JOSE DOMINGO GARCES NARANJO se le adjudicó en la primera a la señora LIBIA RESTREPO DE GARCES y en la segunda a los herederos LIGIA, ALBERTO, PEDRO E IVAN GARCES TAMAYO, en comunidad a éstos últimos, los bienes de la sucesión y a todos los, participes el pasivo inventariado de la sucesión, igualmente todos deben responder por el saldo a deber y favor del Departamento de Valorización Municipal de Medellín tanto más cuando el partidor prescindió de confeccionar hijuela de gastos por acuerdo entre los herederos para sufragarlos con los frutos del acervo y con recursos propios.

Tampoco es procedente hacer distribución proporcional alguna, cuando el mismo partidor de la sucesión no lo hizo (Juzgado 14 Civil del Circuito de Medellín, mayo 10 de 1982).

Bajo los parámetros anteriormente expuestos de las argumentaciones de los defensores resulta viable considerar con el carácter de excepción, solamente la que se refiera a una compensación de créditos.

COMPENSACION

Es cierto que cuando existen dos créditos recíprocos de una misma especie, puede verificarse respecto de ellos la compensación, pero entre otros requisitos exige el artículo 1715 del Código Civil que ambas deudas sean liquidas y actualmente exigibles. Los ejecutados afirman que el INSTITUTO METROPOLITANO DE VALORIZACION DE MEDELLIN les adeuda unos intereses que se generaron por la mora en la consignación de la indemnización decretada por la expropiación de unos inmuebles de propiedad de la sucesión, pero no

respaldan su afirmación con prueba alguna; solicitada por la Secretaría mediante oficio a la entidad deudora, ésta se limitó en la respuesta a informar que "En la Sección Registro Contable del INVAL figuran registrados valores ordenados por el juzgado como indemnización por las expropiaciones adelantadas en la sucesión de José Domingo Garcés Naranjo y el juzgado no discrimina conceptos".

De está respuesta y de las demás enviadas a los oficios remitidos, se pusieron en conocimientos de los apoderados de los ejecutados por la Secretaría de la Sección y corrido el traslado para que las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, éstos no fueron presentados.

En consecuencia por carecer la Sala de la pruebe del crédito a su favor, de su cuantía y exigibilidad no prospera la excepción propuesta.

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

FALLA:

1o. No prosperan las excepciones propuestas.

2o. Costas a cargo de la misma, las cuales se determinarán conjuntamente en la liquidación del crédito.

3o. Continúe la ejecución.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos

La norma del C. C. A. que regula la materia (art. 152) es clara en cuanto a exigir para que sea procedente la medida cautelar, que se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o en escrito separado, lo cual sólo se entiende cumplido cuando de manera clara y precisa se indican los argumentos que específicamente se dirigen a sustentar la suspensión provisional, los cuales no pueden ser los mismos que sirven de fundamento a la pretensión de nulidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., junio catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano*

Referencia: Expediente No. 3470. Actor: Alejandro Rueda Serbousek. Reposición auto de 26 de abril de 1991. Auto.

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por el ciudadano Alejandro Rueda Serbousek contra el auto de 26 de abril de 1991, admisorio de la demanda, en cuanto no se decretó la suspensión provisional de los apartes demandados del Decreto 422 de 1991, reglamentario del Estatuto Tributario.

ANTECEDENTES

1.- Se demandó la nulidad y suspensión provisional de algunos artículos del decreto mencionado, por medio del cual se reglamentó parcialmente el Estatuto Tributario.

2.- Esta Corporación en auto admisorio de la demanda, negó la suspensión

provisional de las normas mencionadas por cuanto no llena la solicitud los requisitos exigidos por el artículo 152 del C. A. A., "ya que el actor se limitó a formular su petición dentro del cuerpo de la demanda sin realizar siquiera la confrontación especial requerida para demostrar que pudiera existir la manifiesta violación predicada". (fl. 18).

3.- El actor interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión en cuanto no decretó la suspensión provisional, aduciendo que "En la demanda claramente se solicitó y sustentó la suspensión provisional, en legal forma habiéndose utilizado en algunos casos el sistema de confrontación de las normas para indicar cuales eran las acusadas y cuales las normas violadas". (fl. 21).

Para decidir se considera:

La norma del C. C. A. que regula la materia (artículo 152), es clara en cuanto a exigir, para que sea procedente la medida cautelar, que se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o en escrito separado, lo cual sólo se entiende cumplido cuando de manera clara y precisa se indican los argumentos que específicamente se dirigen a sustentar la suspensión provisional, los cuales no pueden ser los mismos que sirven de fundamento a la pretensión de nulidad, por cuanto, los elementos de fondo y forma que dan prosperidad a esta acción (incluidos genéricamente los de fondo, en el artículo 84 del C. C. A.) son necesariamente diferentes a aquellos relativos a la suspensión provisional (artículo 152 C. C. A.), pues en este caso son básicamente dos: la solicitud y sustentación expresa (de forma) y la manifiesta infracción en los términos de la norma referida (de fondo), siendo claramente diferenciable por tanto, el análisis procedente en cada caso sin que sea dable el aplicar uno en el caso de otro, debiéndose excluir al momento de decidir la suspensión provisional, aquellas consideraciones que no se deriven directamente de la simple confrontación de las normas.

Lo anterior puede determinar que en un caso específico se declare la nulidad del acto demandado sin que necesariamente con anterioridad se haya suspendido provisionalmente el mismo, y viceversa, que se haya decretado la suspensión provisional, pero que posteriormente se haya desvirtuado la violación que generó dicha suspensión, dadas consideraciones ulteriores que no podían hacerse al momento de decretar la medida cautelar.

Ahora bien, aduce el recurrente que sí sustentó la solicitud, sin embargo al estudiar el libelo de la demanda se observa que sólo aparecen los argumentos tendientes a lograr la anulación del acto acusado, más no los dirigidos a obtener la suspensión provisional, hecho que de por sí denota lo acertado de la medida denegatoria, pero que, en gracia de discusión, lleva a suponer que el memorialista se refería a estos mismos argumentos, pretendiendo hacerlos valer igualmente, tanto para la pretensión de nulidad, como para la de la medida provisional, lo

cual, de acuerdo con lo dicho antes, es inadmisible, por cuanto se trata de dos fenómenos distintos, con distintos requisitos y que por tanto, respecto de los cuales son procedentes diferentes tipos de argumentaciones no confundibles entre sí.

Lo anterior es corroborado por el hecho que las argumentaciones esgrimidas por el actor en la demanda exigen análisis en torno a la contabilidad simplificada y su contemplación o nó en el Estatuto Tributario, a la definición legal o carencia de ella de pequeños y grandes responsables, al alcance de la exclusión del artículo 3o. inciso 3 del Decreto demandado, etc., lo cual es perfectamente viable al momento de decidir de fondo, pero no en esta etapa procesal.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

RESUELVE

CONFIRMASE el auto de 26 de abril de 1991, admisorio de la demanda, mediante el cual se negó la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Consuelo Sarria Olcos,* Ausente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* con aclaración de voto.

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE TIMBRE/CARTA DE CREDITO

La carta de crédito constituía un documento creador de obligaciones y en consecuencia gravado con el Impuesto de Timbre, en principio con la suma de $250, por cuanto nace de cuantía indeterminada; el problema de la posterior determinación de su cuantía final al tiempo de su utilización radicó en que esta podía ser en dinero pagado por el banco, evento en el cual la cuantía quedaba determinada y procedía el ajuste del impuesto inicial de $250 pero si como la ley lo permite no había pago sino giro de letras de cambio u otros documentos que también causan impuesto, no se causaba el citado ajuste sino el correspondiente a los nuevos documentos, pero sucede que tampoco aparece comprobado del informativo la existencia de esos documentos y menos aún el pago del impuesto correspondiente a ellos.

Consejo de Estado.- Sala de lo contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., junio catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2894. Actor: Banco del Comercio. Impuesto de Timbre Nacional. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el BANCO DEL COMERCIO, sucursal Cali, contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 1989, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, negó las peticiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida contra los actos administrativos que determinaron el ajuste en el Impuesto de Timbre Nacional y su correspondiente sanción por cartas de crédito emitidas en los años 1974 y 1975.

ANTECEDENTES

Previa visita de carácter fiscal cuyos resultados quedaron consignados en Actas de fechas 24 de noviembre y 10 del mes de junio de 1975 y 1976 respectivamente, la Sección de Liquidación de Impuestos Indirectos de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, en uso de sus facultades legales a través de la Resolución 003 del 24 de agosto de 1976, reajustó el Impuesto de Timbre Nacional dejado de pagar oportunamente en varias cartas de crédito correspondientes a los años 1974 y 1975, fundamentándose en los Artículos 41 del Decreto 284 de 1974 y 34 numeral 3o. de la Ley 2a. de 1976.

Interpuesto el recurso de reposición contra la decisión oficial, ésta fue resuelto por Resoluciones 1426 de octubre 10 de 1977 y 00162 de mayo 7 de 1985 que desató el grado jurisdiccional de consulta a que estaba sometida aquella.

La primera providencia anuló la Resolución 003 de agosto de 1976. Estimó el fallador que ésta era nula como quiera que al Banco reclamante no se le dió traslado del acta de inspección contable para que presentara los descargos y mas aún dice, se le practicó la liquidación a los cinco días de terminada la visita, con violación de los Artículos 91 del Decreto 1651 de 1961 y 12 del Decreto 2821 de 1974.

La Resolución 0162 de mayo 7 de 1985 proferida por la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica, al resolver sobre la consulta improbó la Resolución sometida a su consideración, porque el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961, en el que se respaldó corresponde al régimen procedimental previsto para el impuesto sobre la renta y no para impuestos indirectos.

Por otra parte consideró acertada la Resolución 003 de 1976, que reajustó el tributo a las cartas de crédito del interior y del exterior por los años 1974 y 1975, por razones que fundamentó el numeral 59 del Artículo 5o. del decreto 284 de 1973, armónico con el 41 del mismo estatuto, y artículo 1408 del Código de Comercio.

La sanción determinada por el incumplimiento de la obligación fiscal la redujo al 100% del valor de aquella en los términos del Artículo 42 de la Ley 2a. de 1976.

Incoada la acción contenciosa la entidad demandante solicita la nulidad de la operación administrativa que fijó el Impuesto de Timbre dejado de pagar y, como restablecimiento del derecho se declara que no está obligada a pagar el impuesto y sanciones en ella determinados y que como consecuencia se ordene la devolución de $7.285.341, consignada en calidad de depósito ante la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, más los intereses comerciales correspondientes.

Sostiene en síntesis el actor:

a.- Que como la Resolución 003 de 1976 se profirió con base en el acta de visita y de ésta no se corrió traslado a la entidad financiera, conforme lo establece el Artículo 91 y 92 del Decreto 1651 de 1961 y 12 del Decreto 2821 de 1974, tanto esta como aquella resultan nulas.

b.- El crédito documentario afirma, nace y se extingue como de cuantía indeterminada, por cuanto el Banco emisor se compromete con el ordenante a pagar a un tercero directamente o a través de un banco corresponsal una determinada suma de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio girados por el beneficiario.

La determinación de la cuantía agrega, se hace a través de un título valor distinto de la carta de crédito, sobre el cual se paga el correspondiente Impuesto de Timbre.

Que las cartas de crédito tanto del interior como del exterior no están gravadas al tenor del decreto 284 de 1973, ni en la legislación anterior. Que fue la ley 2a. la que gravó las cartas de crédito del interior exonerando a las del exterior.

c.- Que las Resoluciones 003 de 1976 y 0162 de 1985, son violatorias del Artículo 26 de la Constitución Nacional, porque en la primera no se precisó sobre qué cartas de crédito se determinó el impuesto y se aplicó la sanción y la segunda adhirió a lo expuesto en la anterior, en relación con el reajuste del Impuesto de Timbre Nacional, hecho que sumado al no habérsele corrido traslado el acta de inspección contable, privó al Banco de ejercitar su derecho de defensa.

d.- Estima igualmente nula de Resolución 0162 de 1985, por cuanto aplicó el Artículo 16 del Decreto 2821 de 1974 y el Artículo 54 de la Ley 2a. de 1976, para sancionar a la empresa. El primero, dice, regula el Impuesto sobre la Renta y la Ley 2a. de 1976 es posterior a la expedición de las cartas de crédito, cuyo impuesto se cuestiona. Afirma que en tal caso ha debido aplicarse el Artículo 115 del Código Penal de 1936, y

e.- Por último alega que se violó el Artículo 48 en concordancia con el Artículo 3o. del Decreto 01 de 1984, por cuanto al notificarse la Resolución 0162 de 1985 no se aplicó el Artículo 45 de aquel estatuto, sino el 38 del Decreto 3803 de 1982, actuación que sostiene, genera la "inoperancia de la decisión administrativa por no poder producir efectos legales".

El Tribunal una vez analizado cada uno de los cargos formulados por la sociedad, con argumentos similares a los expuestos por la Dirección General de

Impuestos Nacionales denegó las súplicas de la demanda.

DE LA APELACION

Insiste el apoderado judicial de la entidad financiera en los argumentos consignados en la demanda y se muestra inconforme porque en la sentencia no se controvirtió la violación del Artículo 26 de la Constitución Nacional que él citó como violado.

Solicita se revoque la sentencia y en su lugar se acojan las súplicas de la demanda.

PARTE OPOSITORA

El apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales solicita se confirme la sentencia apelada. Ratifica los argumentos esgrimidos por la entidad representada al proferir la Resolución que puso fin a la contienda gubernativa.

CONCEPTO FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación en su concepto de fondo igualmente adhiere a lo expuesto por la Dirección General de Impuestos.

Al surtirse la visita contable, dice, con base en la cual se reajustó el Impuesto de Timbre Nacional de las cartas de crédito emitidas en 1974 y 1975, se encontraba vigente el Artículo 27 del Decreto 1222 de 1976, que daba la facultad al contribuyente de formular observaciones y efectuar los descargos de los cuales quedaba constancia en el acta correspondiente.

En el caso de autos, agrega, el Gerente de la entidad crediticia tuvo la oportunidad de intervenir en la elaboración del acta como consta en el citado documento suscrito también por él (fl. 96 antecedentes administrativos) de donde resulta que la Administración no incurrió en violación alguna al no dar traslado de la mencionada acta de visita.

Considera acertada la actuación de la Oficina de Impuestos al dar aplicación al Artículo 41 del Decreto 284 de 1973 que establece en su numeral 3o. que si el valor de un acto, hecho u operación que inicialmente fue indeterminado se determina, es preciso ajustar el Impuesto de Timbre correspondiente.

El numeral 71 del Artículo 5o. cuya aplicación solicita el actor, dice, se refiere a facturas, vales, cuentas de cobro, etc., no gravados ni exentos específicamente en el decreto y las cartas de crédito como documentos privados

constitutivos de obligaciones se contemplaron como gravados.

No considera cierta la afirmación del actor en cuanto a que la determinación de la cuantía por utilización posterior de las cartas de crédito se realiza en documento aparte sobre el cual se liquida y paga el Impuesto de Timbre como quiera que son contratos distintos, que aún cuando tenga una conexión tienen identidad documentaria separada y por ello causan el impuesto independiente.

Tampoco, que las cartas de crédito sobre las cuales se ordenó el reajuste no se hubieran individualizado, toda vez, que en el acta de visita se detalló en forma pormenorizada cada uno de tales documentos, con su número, fecha de expedición, valor impuesto pagado y fecha de registro.

En cuanto a la indebida aplicación del Artículo 16 del Decreto 2821 de 1974 y del Artículo 54 de la Ley 2a. de 1976 y falta de aplicación del Artículo 115 del Código Penal, que argumenta el actor en su defensa, comparte el Ministerio Público lo anotado por el a-quo, las sanciones tributarias no tienen carácter penal como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación y por ende no puede invocarse aquella regulación en materia de prescripción de sanciones.

Y en relación con la indebida notificación de la Resolución 162 de 1985 también es del mismo criterio del Tribunal.

Consecuente con lo anterior solicita la señora Fiscal se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Son dos los puntos principales que debe dilucidar la Sala, primero, el que hace relación a los aspectos procedimentales y el segundo el que se refiere al aspecto de fondo de la controversia.

1.- ASPECTOS PROCEDIMENTALES

a.- Traslado del Acta de Visita

Como repetidamente se ha sostenido durante todo el desenvolvimiento de este proceso, los Artículos 91 y 92 del Decreto 1651 de 1961, son normas de procedimiento para la aplicación de la Ley 81 de 1960, estatuto específico del Impuesto sobre la Renta, no aplicable entonces al Impuesto de Timbre.

Para la época en que se efectuó la visita a la entidad bancaria estaba vigente la Ley 2a. y su Decreto Reglamentario 1222 ambos de 1976, que en su Artículo 27 estatuía: "Durante la práctica de la inspección a que se refiere el ordinal 2o. del Artículo 64 de la Ley 2a. de 1976, el contribuyente podrá formular

observaciones y descargos de los cuales se dejará constancia en el acta correspondiente, sin que haya lugar en ningún caso a dar traslado de esta para tales efectos".

Así que la Administración no incurrió en violación alguna de la ley al no correr traslado del acta de visita, más cuando se encuentra demostrado que el Gerente del Banco tuvo la oportunidad de intervenir en ella para formular sus objeciones y presentar las pruebas correspondientes.

b. Violación del Artículo 26 de la Constitución Nacional

La Sala encuentra que en el acta de visita (fl. 95 Ant. Ad.) quedó claramente consignado y en forma individualizada cada una de las cartas de crédito tanto nacionales como del exterior que dieron origen al reajuste del Impuesto de Timbre que se cuestiona. Se discriminó el número, año, fecha de expedición, valor, impuesto pagado y fecha del registro del pago de timbre, y con base en este documento se profirieron las Resoluciones números 003 de 1975 y 162 de 1985.

De suerte que la falta de discriminación en éstas no impidió a la entidad bancaria conocer los hechos que originaron el mayor tributo que por este concepto se liquidó a su cargo, y por ende ejercitar su derecho de defensa como pretende el actor. En el trámite gubernativo alegó que tales documentos nacen y se extinguen como de cuantía indeterminada, no que desconociera sobre cuales se determinó el gravamen, y aún cuando ante la jurisdicción solicitó inspección judicial para su verificación ésta no se efectuó porque ni los peritos ni el apoderado de la firma se hicieron presentes para la diligencia (fl. 97). De donde resulta improcedente el cargo que por este concepto invoca.

c. Prescripción de la Sanción Impuesta.

Reiterada ha sido la jurisprudencia proferida por esta Corporación sobre la naturaleza jurídica de las infracciones de orden tributario. Ha dicho como bien lo consignó el a-quo que: "La naturaleza de las obligaciones tributarias como la naturaleza de otro tipo de obligaciones derivadas de las relaciones entre la Administración y los particulares, no constituyen por principio contravenciones de naturaleza penal, respecto de las cuales pueda aplicarse la teoría de la prescripción prevista en las contravenciones y las previstas y establecidas en el derecho tributario, y más, ampliamente en el derecho Administrativo General.".

Por esta razón no es aplicable el Artículo 115 del Código penal de 1936 que estatuye que la acción penal prescribe en un año y la sanción en dos, máxime si se tiene en cuenta que en el caso materia de controversia el Decreto 2821 de 1974 (estatuto aplicable a impuestos administrados por la Dirección General) en su Artículo 16 expresamente establece que el término para aplicar las sanciones

prescribe en igual tiempo al establecido para aforar o revisar, y habiéndose aplicado esta dentro del término de aforo resulta oportuna, en los términos del Artículo 54 de la Ley 2a. de 1976, y en consecuencia no existe la indebida aplicación de estas normas que el demandante predica.

d. Indebida notificación de la Resolución No. 0162 de 1985.

Como para el a-quo y el Ministerio Público, también para la Sala las resoluciones que conforman la operación administrativa impugnada estuvieron correctamente notificadas, como quiera que de acuerdo con el Artículo 55 de la Ley 2a. de 1976, establece que las liquidaciones de aforo se notificarán personalmente al interesado o a su representante o apoderado dentro de los diez días siguientes a su fecha y en su defecto se fijará en lugar público de la Oficina Liquidadora, copia de la liquidación por el término de cinco (5) días.

Es cierto que en la Resolución 162 de 1985, se anotó equivocadamente el Artículo 38 del Decreto 3803 de 1982, pero el error no tiene relevancia jurídica toda vez que es el mismo procedimiento y los mismos términos que se fijan en aquella.

La finalidad de estas notificaciones era que la contribuyente se enterara del contenido de las providencias y pudiera interponer las acciones pertinentes contra ellas, como evidentemente lo hizo tanto en la vía gubernativa como ante la jurisdicción.

Por estas razones es improcedente la declaratoria de ineficacia que invoca la demandante porque no se aplicó el artículo 45 del C.C.A.

2. ASPECTOS DE FONDO

Aduce la sociedad reclamante que hubo indebida aplicación de los numerales 59 y 60 del Artículo 5o. del Decreto 284 de 1973, y artículos 34 y 41 del mismo estatuto y falta de aplicación del numeral 71 del Artículo 5o. inicialmente citado, porque con anterioridad a la Ley 2a. de 1976, las cartas de crédito no estaban incluidas dentro de los documentos gravados ni exentos y por ende debían considerarse incluidas dentro del numeral 71 del Artículo 5o. del Decreto 284 de 1973. Y Aún aceptando dice, que estaban incluidas dentro del numeral 59 del mencionado Decreto el único impuesto que se causaría sería de $250, por cuanto el crédito documentario nace y se extingue como de cuantía indeterminada.

Respalda sus afirmaciones en las Circulares números 15561 y 9680 ambas de 1964, proferidas por la Administración de Impuestos, y la última ratificada en el Oficio No. DF-039 de febrero 10 de 1975, documentos que cita y en parte transcribe en la demanda pero que no aporta dentro del acervo probatorio allegado al proceso, y respecto a los cuales la Sala, observa que corresponden a

interpretaciones de normas anteriores al Decreto 284 de 1973.

En los términos del artículo 1408 del Código de Comercio, en concordancia con el Artículo 59 numeral 5o. del Decreto 284 de 1973 la carta de crédito constituía un documento creador de obligaciones y en consecuencia gravado con el Impuesto de Timbre, en principio con la suma de $250., por cuanto nace como de cuantía indeterminada; el problema de la posterior determinación de su cuantía final al tiempo de su utilización radicó en que según el mismo Artículo 1408 del Código de Comercio y el numeral 4o. del Artículo 1409, ibídem, la utilización podía ser en dinero pagado por el banco evento en el cual la cuantía quedaba determinada y procedía el ajuste del impuesto inicial de $250., pero, si como las citadas normas lo permiten no había pago sino giro de letras de cambio u otros documentos que también causan impuesto, no se causaba el citado ajuste sino el correspondiente a los nuevos documentos.

En consideración a la falta de precisión que sobre la materia tuvo la Dirección General de Impuestos Nacionales entonces y a que la Circular No. 10 interpretativa de las normas reguladoras de la misma fue expedida el 25 de marzo de 1976, esto es, con posterioridad a la emisión de las cartas de crédito cuyo impuesto se reajustó (1974 - 1975) y solamente a raiz de la expedición de la Ley 2a. de 1976 que clarificó el tema, podría admitirse que tales documentos nacieron y se extinguieron como de cuantía indeterminada por cuanto la utilización ulterior no consta en ese mismo documento, sino en otros diferentes, gravables éstos según su naturaleza en el artículo 5o. del Decreto 284 de 1973, pero sucede que tampoco aparece comprobado dentro del informativo la existencia de tales documentos y menos aún el pago del impuesto correspondiente a ellos.

La contribuyente si bien es cierto pidió inspección judicial "con el fin de verificar los valores autorizados en las cartas de crédito del interior y exterior emitidos por la sucursal en 1974 y 1975, y verificar si es las mismas cartas de crédito figura el valor final utilizado o si este valor final utilizado figura en documento distinto a la carta de crédito independientemente considerada y si fuere necesario tomar fotocopia auténtica de los mismos" esta diligencia no se verificó, como ya se anotó porque el apoderado de la firma no asistió.

En tales condiciones no es posible acceder a las peticiones formuladas.

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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

Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Consuelo Sarria Olcos,* Ausente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

ACTIVO FIJO-Naturaleza/**IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/BASE GRAVABLE/DEDUCCION**

El carácter de activo fijo no le da el término de posesión del bien dentro del patrimonio, sino su destinación específica. Aun cuando el término de 2 años de posesión del activo, es un elemento que permite en materia de impuestos nacionales el tratamiento que se dará el ingreso, como constitutivo de renta ordinaria o ganancia ocasional, no permite calificar un bien como del activo fijo o del activo corriente. Bien puede un activo fijo permanecer en el patrimonio del contribuyente un corto tiempo, sin que pierda su carácter, o bien puede un activo corriente permanecer un tiempo indefinido dentro de su patrimonio, por falta de demanda u otras circunstancias, sin que tampoco se altere su condición de activo movible. Así mismo, el hecho de que el contribuyente reajuste un bien raíz no permite deducir en principio su carácter de activo fijo. Tampoco la circunstancia de que el activo haya producido ingresos por arrendamiento permite inferir su carácter de activo fijo, pues la producción o ausencia de ingresos es irrelevante para certificar el carácter fijo o movible de un bien.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 2901. Actor: INVERSIONES METROPOLIS LTDA. Apelación sentencia del 3 de Noviembre de 1989 Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento de carácter fiscal. Industria y Comercio 1983. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora, contra la sentencia de 3 de Noviembre de 1989, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "INVERSIONES METROPOLIS LTDA." contra el acta administrativo mediante el cual la Dirección Distrital de Impuestos, le determinó el impuesto de industria y comercio a cargo por la vigencia fiscal de 1983.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó su declaración de impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1983, en la cual se excluyó de la base gravable los ingresos por ventas de bienes inmuebles, que calificó activos fijos.

La Dirección de Impuestos Distritales, previo requerimiento, modificó la liquidación privada presentada por la contribuyente, como consecuencia del desconocimiento de la venta de activos fijos, e impuso sanción por la inexactitud.

Dentro la oportunidad legal prevista. la sociedad INVERSIONES METROPOLIS LTDA., interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación, los que fueron resueltos en la vía gubernativa con confirmación del acto recurrido.

Inconforme, acude la contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos: 33 de la Ley 14 de 1983; 16 ordinal 2o. del Acuerdo 21 de 1983; 20 del Decreto 2053 de 1974; 98 de la Ley 09 de 1983 y 9o. de la ley 145 de 1960.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las súplicas de la demanda al considerar que la venta de inmuebles efectuada por la actora correspondía al desarrollo de su objeto social, según se colige del certificado de la Cámara de Comercio visible a folio 12. Y que en consecuencia las transacciones efectuadas por la sociedad sobre bienes inmuebles sin importar el tiempo de posición debían formar parte de la base gravable.

Como consecuencia, estimó que el hecho de no haber incluido dichos ingresos en la base gravable, se subsane perfectamente dentro de los elementos del artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983, ya que se ve claramente que las bases declaradas por al contribuyente contienen por lo menos datos incompletos.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, al apelar, refuta la sentencia y

manifiesta que como no existe definición legal de activo fijo es preciso aplicar la contenida en el artículo 20 del Decreto Legislativo #2053 de 1974. Y que este en orden de ideas, la apreciación del Tribunal no es correcta por que en la descripción del objeto social de la compañia señala que su actividad fundamental es la de inversión, que consiste en la acción y efecto de invertir, vocablo que significa hablando de caudales, emplearlos, gastarlos o colocarlos en aplicaciones productivas, y que por consiguiente lo que pertenece al giro normal del negocio de la compañía demandante es comprar o adquirir bienes para obtener rendimientos periódicos y no venderlos. Solicita se tengan como pruebas las escrituras públicas que demuestren la posesión del inmueble, el certificado del revisor fiscal y el ajuste de los bienes que solo es propio de los activos fijos.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada a través de apoderado judicial, se opone a las pretensiones del apelante porque los ingresos adicionados a la base gravable no proviene de la venta de bienes que tengan el carácter de activos fijos al tenor de la misma norma invocada por la demanda, artículo 20 del Decreto 2053 de 1974, que utiliza como elemento fundamental para distinguir cuando un inmueble se constituye en activo o cuando en activo movible, el giro ordinario de los negocios, y que jurídicamente, porque así está expresado en el objeto de la sociedad, según consta en el Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, se colige que la firma ordinariamente invierte en bienes inmuebles, los cuales como ha de esperarse han de enajenarse.

Considera no válido el argumento del tiempo de posesión y cita, en contrario, la opinión del tratadista José Ignacio Narváez García, cuando afirma en su obra "DERECHO MERCANTIL COLOMBIANO" Parte General; "el ejercicio constante no implica necesariamente que las operaciones especulativas se repitan en forma incesante, pues las prácticas o costumbres que en algunos ramos o sectores de las actividades económicas, las operaciones suelen reiterarse mas de tiempo en tiempo o en períodos determinados".

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada, porque hecha la remisión obligatoria al certificado expedido por la Cámara de Comercio se observa que el giro ordinario de los negocios de la actora está ubicado dentro de las transacciones de bienes inmuebles y otros, y que el hecho de que ese movimiento comercial de edificaciones o terrenos no opera a diario, no puede catalogarse tampoco como absolutamente esporádico accidental u ocasional para ubicar la transacción como extraña y si se quiere irregular dentro de la actividad normal de la sociedad, de acuerdo con la certera transcripción que la apoderada de la entidad demanda trae sobre el profesor Narváez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental de la apelación no es otro que el de la pretensión de la actora de que los ingresos provenientes de la enajenación de bienes inmuebles, con término de posesión, dentro de su activo, superior a un año, se excluyan de la base gravable para efectos de la tasación del gravamen de industria y comercio ya que considera, que de acuerdo con el artículo 20 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, constituyen activos fijos inmovilizados los bienes corporales, muebles o inmuebles y los corporales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente. Que además sobre esta clase de activos es sobre los únicos que se permite el reajuste del costo, para efectos fiscales, ajuste que la sociedad efectuó, y que además su tiempo de posesión fue superior a un año.

Observa la Sala que según consta el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que corresponde a un extracto del documento de constitución de la sociedad, ésta tiene por objeto: "la inversión de sus haberes en bienes inmuebles, acciones, títulos de deuda pública, certificados de depósito a término, títulos de deuda privada autorizados por la Comisión Nacional de Valores, cuotas de interés social susceptibles de producir ingresos periódicos o valorizaciones" y aún cuando no lo dice el certificado de la Cámara de Comercio debe entenderse que estas inversiones se hacen con ánimo especulativo dado el carácter comercial de la sociedad.

No es posible, con base en el mismo certificado determinar la periodicidad de las enajenaciones de la sociedad, pues la contribuyente no aportó el documento de constitución que hubiere permitido hacer tal deducción del objeto social y su desarrollo y así mismo, precisar, si la compra y enajenación de bienes inmuebles es un acto que corresponde al giro ordinario de los negocios de la sociedad, o si, como lo afirma la sociedad contribuyente, correspondió a la enajenación de bienes raíces que la sociedad tenia exclusivamente con carácter de activo fijo.

Pues realmente, este carácter de activo fijo no le da el término de posesión del bien dentro del patrimonio, sino su destinación especifica. Aún cuando el término de 2 años de posesión del activo, es un elemento que permite determinar en materia de impuestos nacionales el tratamiento que se dará al ingreso, como constitutivo de renta ordinaria o ganancia ocasional, no permite calificar un bien como del activo fijo o del activo corriente. Bien puede un activo fijo permanecer en el patrimonio del contribuyente un corto tiempo, sin que pierda su carácter, o bien un activo corriente permanecer tiempo indefinido dentro de su patrimonio, por falta de demanda u otras circunstancias, sin que tampoco se altere su condición de activo movible.

Así mismo, el hecho de que el contribuyente reajuste un bien raíz no

permite deducir en principio su carácter de activo fijo, pues de conformidad con la ley fiscal nacional, que alude el apoderado judicial de la actora, en el año de 1983, se expidió el Decreto Legislativo 236 de 1983, cuyo artículo 11 permitió precisamente el incremento o reajuste de terrenos que forman parte de las existencias del acto movible contribuyente.

Tampoco la circunstancia de que el activo haya producido ingresos por arrendamiento permite inferir su carácter de activo fijo, pues la producción o ausencia de ingreso es irrelevante para certificar el carácter de fijo o movible de un bien, por el contrario existen bienes movibles que se dan en arrendamiento con opción de compra, que encuadernan precisamente dentro del giro ordinario del negocio y son por lo tantos activos movibles.

No obstante considera la Sala que de los certificados expedidos por las Cámara de Comercio y por el revisor fiscal de la sociedad, en donde se hace constar el carácter de activo fijo de los bienes enajenados, sobre los cuales se efectúa el ajuste fiscal permitido por la ley para activos fijos, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 236 de 1983, según consta en los documentos autenticados que acompañó la actora con ocasión de los recursos por la vía gubernativa y que obren a folios 88, 89 90 y 124 permiten inferir el carácter de activo inmovilizado de los inmuebles vendidos, y en consecuencia los ingresos recibidos por dicha enajenación, deben excluirse de la base gravable del impuesto de industria y comercio, de acuerdo por lo establecido por los artículos 33 de la Ley 14 de 1983 y 16 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá.

Por las anteriores consideraciones habrá de revocarse la sentencia apelada en cuanto confirma los actos acusados, que a su vez deberán ser anulados por haber gravado ingresos provenientes de la enajenación de activos fijos, en contravención a normas superiores que los excluyen del gravamen.

A título de restablecimiento del derecho habrá de confirmarse la liquidación privada presentada por la sociedad INVERSIONES METROPOLIS LTDA. NIT 60507303 por el año gravable de 1983, vigencia 1984 que consta de los siguientes factores:

CONCEPTO	BASE	TARIFA	IMPUESTO
Ingresos por actividad de servicios	$ 14.400.000	6%	$ 57.600
Impuesto de avisos	$ 57.600	15%	$ 8.640
Parágrafo transitorio artículo 115 Acuerdo 21 de 1983	$ 14.400.000	1%	$ 14.400
	TOTAL IMPUESTO		$ 80.640

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

FALLA:

1) REVOCASE la sentencia apelada

2) ANULANSE la liquidación oficial #63165 del 26 de Febrero de 1986 y la Resolución No. 878 del 28 de julio de 1986 originarias de la Dirección de Impuestos Distritales y la Resolución No. 201 del 29 de Diciembre de 1986 proferida por la Junta Distrital de Hacienda.

3) FIJASE en la suma de OCHENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS ($80.640) el valor total del Impuesto de Industria y Comercio, avisos y transitorio que por el año gravable de 1983, corresponde pagar a la sociedad INVERSIONES METROPOLIS LTDA. NIT 60507303, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* -Ausente-, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

APORTES PARAFISCALES/SENA-Aportes

Los aportes se causan sobre la nómina mensual de salarios cuyo pago se presume como correspondiente a un contrato de trabajo a no ser que se demuestre una causa jurídica distinta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3145. Actor: Gomez Cajiao y Asociados Compañia Limitada C/ Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA". Autoridades nacionales. FALLO.

Se decide el recurso de apelación que interpuso la sociedad actora CAJIAO Y ASOCIADOS CIA. Y LTDA. contra la sentencia de 4 de octubre de 1986 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que negó la súplica de la demanda tendientes a obtener la anulación de las Resoluciones 3919 de agosto 22 de 1983 y 1806 de noviembre 7 de 1984 (confirmatoria) expedidas por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA".

ANTECEDENTES PRINCIPALES

Como resultado de una visita e investigación realizadas por funcionarios del SENA a las oficinas de la compañía demandante estableció un faltante en los aportes obligatorios de 2% con relación a los pagos que la compañía calificó de subcontratos. Al no aceptar las pruebas ni explicaciones de la empresa reajustó los aportes en $870.335. por la vigencia de 1980 y en $224.987 la de 1981.

La demanda ante el Tribunal consideró violadas las siguientes dispo-

siciones: Artículo 5o, Ley 58 de 1963; Artículo 127 del Código sustantivo del Trabajo; Artículo 824 del Código de comercio y 27 del Código Civil que fueron las analizadas en la sentencia y se insiste en la apelación.

La sentencia apelada no acogió el concepto de la Fiscal basado en la incompetencia del SENA para la vigilancia y control de los aportes, que según ella correspondía a las Cajas de Compensación Familiar y los Inspectores del Trabajo (Dcto, 1521/57, Art, 30) por no haber sido alegado por la empresa demandante. Por otra parte no consideró establecida la violación alegada e insuficiente el certificado expedido por el Contador por referirse a aspectos no estrictamente contables y carecer además, de comprobación el registro de los libros en la Cámara de Comercio.

En el recurso de apelación al actor se aprovecha de los argumentos de la Fiscal ante el Tribunal y pide que se acojan. Por otra parte insiste en que la presunción del Código de Trabajo (Art. 24) en cuanto a la configuración del contrato de trabajo cuando se dan sus tres componentes, tiene aplicación restringida a las relaciones laborales, más no se extiende a otros campos como el administrativo o tributario y, en cambio. en éste las declaraciones de renta se presumen verídicas debiendo aceptarse los informes en ellas consignados, refiriéndose a la naturaleza de subcontratos y no de salarios, sobre lo cual el SENA reajustó los aportes. Además presentó certificación de la Cámara de comercio sobre registro de los libros de contabilidad.

El Fiscal Primero ante esta Corporación opina que la sentencia debe confirmarse puesto que el actor no logró la presunción de que los pagos correspondían a contratos de trabajo, es decir a prestación de servicios sin subordinación, libres e independientes (Art. 20 Dcto, 2127/45). Además la certificación del Contador Público que sucintamente dice que los pagos obedecen a contratos diferentes a los de carácter laboral, resulta insuficiente, fuera de que en un segunda inspección ocular a la empresa se constató que la mayoría de los pagos cuestionados se refieren a mano de obra y en contadas ocasiones a ensayos y pruebas.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Como se deduce de la relación de antecedentes la controversia se contrae a determinar si algunas de las cantidades pagadas por la demandante, según ella, a título de subcontratos, en realidad, lo son o, por el contrario, según las investigaciones del SENA constituían salarios sobre los cuales se causa el aporte patronal del 2% conforme a la Ley 58 de 1963.

Sea lo primero afirmar la competencia del SENA para efectuar los ajustes a los aportes como el que se debate en este proceso, competencia que se deduce en primer lugar de la naturaleza de lo aportes reestablecidos por el

artículo 5o. de la Ley 58 de 1963 sobre la nómina mensual de salarios de ciertas empresas, cuyo destino se bifurca en el 4% para el subsidio familiar y el 2% para el SENA. Ambos son recaudados por las cajas de Compensación Familiar, entidades privadas encargadas de la administración y pago del subsidio familiar, pero los recursos correspondientes al SENA forman parte de su patrimonio que es público y cuya vigilancia y control le corresponde. Por ello su estructura administrativa está adecuada a tales funciones como puede observarse desde el Capítulo III del acuerdo 41 de 1969 contentivo de sus Estatutos y el mérito ejecutivo que se les dió a las Resoluciones de la Dirección General y la facultad de exigirlos por medio de los jueces (Art. 24 Dcto. 3123/68).

En cuanto al tema central, la Sala considera que las pruebas aportadas por el actor en realidad resultan insuficientes para comprobar su real vinculación jurídica con quienes dice fueron subcontratistas y no empleados. Pues, ciertamente el artículo 824 del Código de Comercio consagra el principio de la consensualidad para obligarse a los comerciantes entre sí, salvo los casos de solemnidad legal.

Pero es de observar en primer lugar que la sociedad demandante, que es comercial en su forma por ser de naturaleza de las limitadas, tiene por objeto social "prestación de servicios de ingeniería y asesoría técnica en todo lo que se relacione con la ingeniería" actividades, conforme el Artículo 23 del Código de Comercio no constituyen actos mercantiles y en segundo lugar, si como lo afirmó en el proceso, se trato de servicios contratados con personas independientes quienes se encargan por su cuenta y riesgo de determinados trabajos o labores específicos que nunca se identificaron, ni respecto a los contratistas se presentó ninguna prueba que acreditara su carácter de profesionales independientes o comerciantes, para deducir la operancia del Artículo 824 del Código del Comercio.

De todo ello resultaba por lo menos de incierta aplicación el invocado Artículo 824 del Código de Comercio y en cambio, cabe la consideración de que si no se trataba de contratos de trabajo, sino de otra índole, por lo menos para efectos probatorios entre las partes y ante terceros deberían constar por escrito y el respectivo documento sometido a Impuesto Nacional de Timbre, ya que solamente están exentos los documentos contentivos de contrato de trabajo, más no los de prestación de servicios a otro título (Ley 2a./76, Arts, 14 y 26 numeral 38).

Los respectivos documentos contentivos de tales contratos además servirían de soporte contable a los cuales bien hubiera podido hacer referencia al Contador en su certificación. Pero esta última producida en forma sucinta, como lo observó el Fiscal Primero, carece de elementos explicativos para ofrecer credibilidad por sí sola, máxime si se tiene en cuenta que la falta de relación laboral con el beneficiario de pago, no es un elemento estrictamente contable, a menos que se dedujera, como ya se observó, de un documento que le hubiera

servido de soporte a los respectivos asientos contables. Pero nada de ello se estableció en el proceso.

Tampoco puede ser aceptable la argumentación basada en la presunción de veracidad que, ampara las declaraciones de renta, puesto que dicha presunción tiene efectos y aplicación únicamente en el campo tributario.

Examinada en su conjunto la situación legal y probatoria de este proceso, en donde la actora no estableció en forma alguna la vinculación con los beneficiarios de pagos por mano de obra por contratos que no fueran de índole laboral, es necesario concluír que la presunción establecida por el SENA de que se trató de salarios sometidos a aportes a su favor, fue correcta y no desvirtuada por la demandante, siendo procedente, en consecuencia, mantener el fallo de la primera instancia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este proceso.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* -ausente-, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

TITULO EJECUTIVO/CONTRATO DE SEGURO-Prueba/POLIZA DE SEGURO/MANDAMIENTO DE PAGO/DOCUMENTO PRIVADO-Copia

El seguro es un contrato solemne que se perfecciona y prueba por un documento llamado "póliza", no siendo admisible la simple copia para fundamentar en ella el cobro cuando de letras o pagarés se trata.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3154. Actor: La Nación contra Seguros Universal S.A. "ASCOMA LTDA". Jurisdicción coactiva. -AUTO-.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la ejecutada contra el auto de mandamiento de pago dictado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales de fecha 13 de diciembre de 1989.

ANTECEDENTES

El Juzgado ejecutor con base en las resoluciones números 113, 114, 115 y 116 del 29 de junio de 1988, debidamente notificadas y ejecutoriadas, remitidas por la Administración de la Aduana de Santa Marta, mediante las cuales declaró plenamente demostrando el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en las Pólizas números 385, 387, 388 y 390 del 22 de abril de 1988, libró orden de pago por vía ejecutiva de jurisdicción coactiva por valor de $16'688.057, a favor del Tesoro Nacional y en contra de la compañia de SEGUROS UNIVERSAL S.A.

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión judicial, la entidad demandada propone se revoque que el mandamiento de pago y en su lugar se condene al demandante el pago de perjuicios sufridos por la aseguradora.

Adujo entonces la compañía afectada, que las Resoluciones números 112. 113, 114, 115 y 116 de junio 29 de 1988 expedidas por la Administración de la Aduana de Santa Marta que ordenaron hacer efectivas las pólizas de cumplimiento 385, 387, 388 y 390 de abril de 1988 fueron revocadas por la resolución 2896 de julio 13 de 1988, por cuanto en ésta la Dirección General de Aduanas, al resolver sobre la solicitud de prórroga, ordenó la exportación de la mercancía, cuya importación temporal autorizó la sociedad "ASCOMA LIMITADA", dentro del término de noventa (90) días comprendidos entre el 24 de agosto de 1988 y el 2 de enero de 1989; agrega además, que al expediente no se allegaron las pólizas en original sino en simples fotocopias, lo que considera inaceptable habida cuenta que tales documentos se encuentre en poder de la entidad demandante.

Por último estima que las pólizas garantizaban que "indemnizará al ASEGURADO hasta el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada", sin embargo dentro del expediente no reposa prueba alguna de la Nación Aduana Nacional hubiera sufrido perjuicio por el supuesto incumplimiento, y por el contrario la ejecución sí ha perjudicado a la empresa aseguradora por lo que solicita además resarcir con cargo a la parte actora.

Resuelto el recurso incoado, al 9 de julio de 1990, el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales mantuvo en firme el auto del 13 de diciembre de 1989, en consideración a que la Resolución 2896 de 1988, no derogó las Resoluciones números 112, 113, 114, 115 y 116 del 29 de junio de 1988, por cuanto ello se negó la prórroga de la importación temporal solicitada, por haberse formulado por fuera del término concedido por el Artículo 3o. literal b) del Decreto 2377 de 1986 y en la Instrucción No. 006 del 14 de abril de 1987, esto es, no se decidió sobre la validez o vigencia de aquéllas.

El plazo comprendido entre el 24 de agosto de 1988 y el 2 de enero de 1989, dijo el juzgado, fue el término concedido para que se reexportara la mercancía so pena de su decomiso. Por ende no puede entenderse como lo hace el recurrente como un prórroga de la importación temporal.

Y en cuanto a las copias de las pólizas de cumplimiento las califica de idóneas por estar autenticadas por funcionario públicos.

En memorial sustentatorio de la apelación interpuesta subsidiariamente ante esta jurisdicción, el apoderante de la sociedad demandada insiste en que las pólizas aportadas al proceso, por encontrarse en fotocopia no pueden prestar mérito ejecutivo. Se fundamenta en el Artículo 268 del Código de Procedimiento Civil.

Afirma que las Resoluciones como integrantes del título ejecutivo perdieron fuerza ejecutoria por haber desaparecido los hechos que le sirvieron de base, vale decir, por haberse decretado el incumplimiento de los términos para reexportar cuando en realidad la Dirección General de Aduanas había otorgado noventa días para efectuar la reexportación de la maquinaria y equipo objeto de la importación temporal.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Principalmente se trata de establecer si las fotocopias de los documentos que se aducen como título ejecutivo, por encontrarse autenticados por funcionario público, son aptas para proferir el mandamiento de pago como afirma el Juzgado o si por el contrario deben desestimarse.

Como el recurso de apelación que se tramita se surte en efecto devolutivo y ante la jurisdicción sólo se allegan a copias del expediente, la Sala acepta como cierto que son copias de los actos administrativos y de las pólizas de cumplimiento las que se allegaron al proceso, porque es el mismo Juez quien al confirmar su decisión lo dice. Anota: "...si bien los actos administrativos y las pólizas de cumplimiento que conforman el título ejecutivo fueron allegados al proceso en copias, no es menos cierto que se encuentran debidamente autenticadas por funcionario público en cumplimiento de su deber, lo cual le da presunción de legalidad y autenticidad, hasta que se demuestre lo contrario en proceso de tacha de falsedad de documento".

Procede entonces analizar si estas fotocopias jurídicamente pueden servir de fundamento para librar el mandamiento ejecutivo en cuestión. De conformidad con el Artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, las partes deberán aportar el original de los documentos privados cuando estuvieren en su poder, autorizando hacerlo en copia en los caso específicos enumerados en la misma norma.

Y el artículo 1046 del Código de Comercio establece: "El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza. Deberá redactarse en castellano, ser firmado por el asegurador y entregarse, en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición".

Consecuente con tales disposiciones es claro para la Sala que para que se pueda admitir la aportación de copia de documento privado, deberá tipificarse alguna de las hipótesis previstas en la primer disposición en cita y ninguna de ellas se da en el caso que se controvierte, como quiera que no se trate de documento que se hubiere protocolizado, ni que forme parte de otro proceso, ni de aquellos cuyo original no se encuentre en poder del demandante. Por otra parte no se alega ni menciona ningún hecho que justifique la aportación en

fotocopia que se hizo.

El seguro es un contrato solemne en los términos de los Artículos 1036 al 1047 del Código del Comercio y se perfecciona y prueba un documento llamado "póliza", no siendo admisible la simple copia para fundamentar en ella el cobro cuando de letras o pagarés se trata, tal como lo ha sostenido en otras ocasiones la Sala (Exp. 2799, septiembre 7/90 y otros).

En mérito de lo expuesto el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Revócase al auto de mandamiento de pago de 13 de diciembre de 1989 dictado en estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen, Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Guillermo Chahin Lizcano, Héctor Julio Becerra*, Conjuez, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado, Secretario.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA / OBLIGACION TRIBUTARIA

Siendo la regla de la responsabilidad individual por la obligación tributaria, la excepción sobre la responsabilidad solidaria la refirió la ley no a las sociedades vigentes o en actividad, sino a las disueltas. Este era y sigue siendo el sistema legal con relación a los socios y sociedades de responsabilidad limitada regularmente formadas con relación a las obligaciones de ejercicios anteriores a 1987, pues a partir de éste, el legislador a la par que desmontó la llamada "doble tributación" (de sociedad y socio) estableció en cambio la responsabilidad solidaria de los socios a prorrata de su interés social y durante el tiempo en que lo fueron.

TITULO EJECUTIVO / EXCEPCIONES/ RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

No es válida la "vinculación de los socios" hecha o decretada directamente en el mandamiento de pago, sin que previamente en un acto susceptible de recursos, se hayan configurado los presupuestos de hecho y de derecho de su responsabilidad solidaria con la deuda de otro contribuyente determinada esta en una liquidación oficial. La trascendencia de las anteriores observaciones en el campo de las excepciones es evidente puesto que siendo necesario un acto especial de la Administración en el que declare y cuantifique la obligación del responsable indirecto, por solidaridad, garantía o caución, acto que es diferente a la liquidación oficial o la privada, debe existir y constar en el expediente para que sea procedente dictar el mandamiento de pago.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., junio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3132 y 3142. Actor: Juan Guillermo Angel Mejía. Autoridades Nacionales. Fallo.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Ministerio de Hacienda contra la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 6 de julio de 1990 en el juicio No. 1195 promovido por el señor JUAN GUILLERMO ANGEL MEJIA, contribuyente del registro de Pereira. Igualmente se decide recurso de apelación que en igualdad de circunstancias interpuso la Administración contra la sentencia dictada el 6 de julio de 1990 proferida con relación al señor IVAN ENRIQUE GOMEZ VALENCIA en el juicio No. 1190.

Estos dos juicios fueron acumulados mediante Auto del 15 de febrero de 1991 por ser idénticos en su contenido, motivación y pretensiones.

Las demandas tuvieron por finalidad obtener la declaratoria de nulidad del mandamiento de pago dictado el 12 de septiembre de 1988 por la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira por razón de las deudas de Impuestos sobre la Renta y Ventas a cargo de la sociedad DACAR LTDA., según reconocimientos anteriores a julio de 1986 en cuantía de $6.037.089., vinculando a cinco socios dentro de los cuales se encuentran los demandantes JUAN GUILLERMO ANGEL MEJIA e IVAN ENRIQUE GOMEZ VALENCIA de conformidad con el Artículo 3o. de la Ley 52 de 1977. La solicitud de anulación se extendió a las Resoluciones Nos. 01 y 076 del 2 de enero y 13 de marzo de 1989, respectivamente, mediante las cuales se rechazó de plano el escrito de excepciones presentado por los socios de DACAR LTDA., por no estar contemplados en la ley como tales, ordenando continuar el proceso ejecutivo contra los mismos.

Al decir de la Fiscalía, el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia de julio 6 de 1990, declaró la nulidad de las dos Resoluciones acusadas y, en su lugar, resolvió declarar probada la excepción propuesta y continuar la ejecución contra la sociedad DACAR LTDA. Se basa en que las obligaciones tributarias que se cobran por jurisdicción coactiva corresponden al período gravable "enero-febrero de 1986 otros anteriores" y que por tanto, en lo referente a la posible solidaridad de los socios, se debe acoger lo dispuesto en la Ley 52 de 1977. Que una vez determinado el impuesto a cargo de la sociedad no surge automáticamente la responsabilidad solidaria del socio pues se requiere que se trate de impuestos generados en período posterior a la disolución de la sociedad y que el socio recibía algo en la liquidación de aquella. Y que mientras estos supuestos fácticos no sean conocidos, no puede predicarse que haya responsabilidad solidaria y por tanto los actos que determinan el tributo a cargo de la sociedad, no son por sí solos título ejecutivo frente al socio.

En el recurso de apelación la entidad demandada sostiene que el procedimiento seguido en el ejecutivo contra la citada sociedad y la vinculación a los socios fue legal. Critica la sentencia porque la disolución se efectuó no en 1983 sino en noviembre de 1988 dos meses después de notificado el mandamiento de pago y si la hubo en 1983 no se comunicó a la administración como es deber conforme al artículo 232 del Código de Comercio de dar aviso a todos los acreedores sociales.

La apelante, para justificar el cobro solidariamente con los socios, se apoya en el Artículo 353 del C. de Co. porque lo que se cobra es el impuesto a cargo de la sociedad y obviamente no hay liquidaciones a cargo de los socios y no hay prueba de que no hubieran dejado de percibir alguna suma en la liquidación como lo afirma sin respaldo al actor.

Para la Fiscalía a cargo de la Doctora Olga Lucía Zuluaga de Vásquez, es claro que por tratarse en ese caso de deudas anteriores a 1987, no es aplicable la Ley 75 de 1986 que estableció la solidaridad de los socios como compensación a la desgravación por razón de sus aportes y participaciones y que en consecuencia, es preciso dar aplicación al Artículo 3o. de la Ley 52 de 1977 según el cual dicha solidaridad se predica de los socios en el evento de la disolución de la compañía y hasta por el monto de los recibido en la liquidación. Dentro de este enfoque afirma que "también está probado, **por afirmación del demandado,** que la sociedad estaba disuelta; e igualmente que cuando se libró el mandamiento de pago vinculado a los socios -12 de septiembre de 1988- no se había registrado la escritura de liquidación hecho que tuvo cumplimiento el 23 de noviembre del mismo año" (Subraya la Sala).

Concluye que fue acertada la actuación de la Administración al vincular a los socios, por encontrarse la sociedad, "según su propia afirmación", disuelta desde 1983.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

1.- RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS POR LA DEUDA FISCAL DE LA SOCIEDAD.

En materia de responsabilidad del contribuyente por los impuestos a su cargo ha sido regla general de nuestra legislación la de establecer la responsabilidad directa por su pago.

La Ley Fiscal (Art. 5o. Dcto. 2053/74) señala como sujeto pasivo del gravamen a las sociedades de responsabilidad limitada, sin perjuicio de los que le corresponde pagar a sus socios por sus aportes y participaciones.

En principio es la sociedad la única deudora de los impuestos liquidados

a su cargo y tratándose de compañías formadas regularmente, con todos los requisitos legales, responde con la totalidad de su patrimonio. En las sociedades de responsabilidad limitada los socios no respondieron en el pasado por las deudas de la sociedad puesto que la de ellos está limitada al monto de sus aportes, los cuales quedan involucrados en el patrimonio social.

La solidaridad es una excepción a la regla de la indivisibilidad de las obligaciones. Por ello siempre debe ser expresa y es de interpretación restrictiva.

En materia de Impuesto sobre la Renta el Decreto 1651 de 1961 contempló en el Artículo 104 algunos casos de "responsabilidad solidaria" dentro de los cuales se destaca la de los socios respecto de las obligaciones de las sociedades de hecho, pero no la estableció sobre los socios de las compañías regularmente formadas, conservando así la independencia de la sociedad y sus socios, fincada en el artículo 353 del Código de Comercio.

Con posterioridad, la Ley 52 de 1977 avanzó en la materia y distinguió los responsables directos de los indirectos y renovó las normas sobre responsabilidad solidaria, estableciendo en el literal b) del artículo 3o. la de "los socios de sociedades disueltas hasta concurrencia del valor recibido en la liquidación social".

Se observa, como lo anotó el a-quo, que en esta época de nuestra legislación siendo la regla la de la responsabilidad individual por la obligación tributaria, la excepción que consagró se refirió no a las sociedades vigentes o en actividad, sino a las disueltas, con el objeto de evitar que por este medio de extinción de la sociedad el Estado fuera burlado, pero limitándola en cabeza del socio hasta el valor recibido en la liquidación del haber social.

Este era y sigue siendo el sistema legal con relación a los socios y sociedades de responsabilidad limitadas regularmente formadas con relación a las obligaciones de ejercicios anteriores a 1987, pues a partir de éste, el legislador a la par que desmontó la llamada "doble tributación" (de sociedad y socio) estableció en cambio la responsabilidad solidaria de los socios a prorrata de su interés social y durante el tiempo en que lo fueron, pero se repite, este sistema rige respecto a las liquidaciones de 1987 y siguientes (Art. 26 Ley 75/86). Este es el origen y significado de los Artículos 793 y 794 del Estatuto Tributario.

2. EL TITULO EJECUTIVO RESPECTO AL RESPONSABLE IN SOLIDIUM

Siendo la regla la responsabilidad directa y la excepción la indirecta por solidaridad, el título ejecutivo en uno y otro caso debe estar ajustado a las peculiaridades de la fuente de la obligación.

El artículo 828 del Estatuto Tributario señala en primer lugar como títulos

ejecutivos a las liquidaciones privadas y las oficiales ejecutoriadas en los ordinales 1o. y 2o. y solamente respecto a ellas volvió a autorizar "la certificación del Administrador de Impuestos o su delegado sobre la existencia y el valor de las liquidaciones privadas u oficiales", que había suprimido el Artículo 68 del Decreto 01 de 1984.

Respecto a los demás títulos ejecutivos no es procedente la certificación del Administrador sino que la obligación debe constar en el documento original o auténtico que la establezca, como sucede con las garantías y cauciones (ordinal 4) que suponen la expedición de un acto de la Administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas.

Algo semejante sucede con las obligaciones cuando nacen indirectamente en razón de la solidaridad prevista en la ley: las liquidaciones a cargo del contribuyente o deudor principal no cobijan en forma automática a los deudores solidarios. Respecto a éstos la administración debe producir un acto en el que examine las circunstancias de hecho y derecho, constate los presupuestos previstos en la ley y determine individualmente lo que corresponda a cada deudor solidario, (por ejemplo la época y proporción en que una persona fué socia y la cuantía que le corresponde).

Estos actos son los títulos que están comprometidos en el numeral 3o. del Artículo 828 del Estatuto Tributario cuando indica como tales "los demás actos de la Administración de Impuestos debidamente ejecutoriados, en los cuales se fijan sumas líquidas de dinero a favor del fisco nacional".

En consecuencia, no es válida la "vinculación de los socios" hecha o decretada directamente en el mandamiento de pago, sin que previamente en un acto susceptible de recursos, se hayan configurado los presupuestos de hecho y de derecho de su responsabilidad solidaria con la deuda de otro contribuyente determinada ésta en una liquidación oficial.

La trascendencia de las anteriores observaciones en el campo de las EXCEPCIONES es evidente: siendo necesario un acto especial de la Administración en el que declare y cuantifique la obligación del responsable indirecto, por solidaridad, garantía o caución, acto que es diferente a la liquidación oficial o la privada, debe existir y constar en el expediente para que sea procedente dictar el mandamiento de pago. Respecto a aquella no es válida la "certificación" de la Administración y menos aún su establecimiento en el mismo mandamiento de pago con una simple orden de "vinculación".

En consecuencia, la inexistencia de tal acto cabe dentro de la excepción prevista en el numeral 7o. del Artículo 831 del Estatuto Tributario como "la falta del título ejecutivo. . . . .".

3. EL CASO QUE SE CONTROVIERTE.

Dentro del criterio anteriormente expuesto se puede concluir que le asistió la razón a los socios ejecutados cuando, frente al mandamiento de pago alegaron la excepción de "inexistencia del título ejecutivo", y, en cambio, se equivocó la Administración al "rechazar de plano el escrito" en el que la presentaron.

Es evidente que tanto el mandamiento de pago que "vinculó" a los socios demandantes, en forma directa sin acto previo que determinara su responsabilidad solidaria por la deuda fiscal de la sociedad, fué violatorio del Artículo 828 del Estatuto Tributario invocado por la demanda y las Resoluciones 01 y 076 de 1989 que rechazaron de plano la excepción de falta de título, fueron violatorias del Artículo 831 ibídem, también invocado por el actor.

En cuanto al régimen aplicable a los socios, diferente en razón de si al momento de expedir al mandamiento -septiembre 12 de 1988- la sociedad se encontraba vigente o en estado de disolución, la Sala se inclina por la primera posibilidad con base en las siguientes consideraciones:

a. Ciertamente los actores alegaron desde un principio que la sociedad se había disuelto por pérdida de su capital en 1983 pero aunque esta afirmación no les favorecía totalmente, la verdad es que nunca la comprobaron.

b. La Administración de Impuestos de Pereira, contrariando o soslayando la orden del Tribunal (auto admisorio) no remitió todos los antecedentes administrativos y por ello no puede conocerse el texto de la Escritura Pública No. 4980 de noviembre 23 de 1988, Notaría 3a. de Pereira que por las distintas referencias que hay de ella, contiene la liquidación de la cuenta final de DACAR LTDA. y que fué producida dos meses después de notificado el mandamiento de pago.

c. La consecuencia desde el punto de vista probatorio es que la Administración no estableció, ni consta en el expediente, que por haber sido disuelta la sociedad antes de septiembre de 1988 no le era aplicable el régimen de responsabilidad solidaria a sus socios conforme al literal b) del Artículo 3o. de la ley 52 de 1977.

d. La Sala no comparte el enfoque contrario deducido por su colaboradora Fiscal de la afirmación del demandado, como prueba de la disolución del ente social. No era posible aceptar "su propia afirmación" porque la disolución por ser reforma del contrato social necesariamente debe cumplir con el requisito de la publicidad para que produzca efectos ante terceros; la única causal de disolución que opera de plano por ministerio de la ley, es la del vencimiento del término previsto para la duración del contrato, pero todas las demás requieren escritura y registro en la Cámara de Comercio (Arts. 218, 219 y concordantes del C. de Co.).

En el caso que se resuelva no se ha mencionado tal causal, sino la pérdida de capital, o sea, que requería de tales formalidades que, no se acreditaron.

Por lo dicho, la Sala concluye que no era aplicable el literal b) del Artículo 3o. de la Ley 52 de 1977 a los socios de DACAR LTDA. y menos aún era procedente vincularlos directamente en el mandamiento de pago, siendo procedente la excepción de inexistencia del título planteada por los actores JUAN GUILLERMO ANGEL MEJIA e IVAN ENRIQUE GOMEZ VALENCIA.

Lo anterior conduce a la confirmación de la sentencia apelada, pero como ésta anuló los actos acusados en forma total, la Sala debe limitar los efectos de esta anulación únicamente a los actores mencionados, puesto que los demás socios ni son representados por éstos, ni consta actividad alguna de ellos ante esta jurisdicción.

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

MODIFICANSE las sentencias del 6 de julio de 1990 del Tribunal Administrativo de Risaralda -Expedientes Nos. 1190 y 1195- en las que declaró la nulidad de las Resoluciones 01 del 2 de enero y 076 del 13 de marzo ambas de 1989, de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira en el sentido de que la nulidad allí decretada favorece únicamente a los socios JUAN GUILLERMO ANGEL MEJIA, con C.C. No. 10.058.108 de Pereira e IVAN ENRIQUE GOMEZ VALENCIA con C.C. No. 17.115. 674 de Bogotá.

CONFIRMASE en todo lo demás.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* ausente, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA - Requisitos /**ANEXOS / NORMA LOCAL / PRUEBAS** -Oportunidad / **FALLO INHIBITORIO**

Pretender que con simple transcripción de la supuesta norma de alcance no nacional que hace el demandante se de por probada es desconocer el principio consagrado en el artículo 174 del C.P.C., según el cual las pruebas requieren ser regular y oportunamente allegadas al proceso. No puede pretenderse que ante el desconocimiento del artículo 141 del C.C.A., por el hecho de no haberse detectado previamente al auto admisorio de la demanda se amerite fallo de fondo, porque se trata de una nulidad del proceso que se hubiere saneado, sino de la falta de un requisito esencial cuya ausencia impide jurídica y físicamente la confrontación del acto acusado con la norma superior que se dice violada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. junio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente No. 2966. Actor: INDUSTRIAS QUIMICAS Y PETROLERAS "INDUPETROL LTDA". Apelación sentencia del 27 de octubre de 1.989, Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Industria y Comercio 1.983. -FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la demandada contra la sentencia del 27 de octubre de 1.989, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló el juicio de restablecimiento de derecho intentado por la sociedad INDUSTRIAS QUIMICAS Y PETROLERAS "INDUPETROL LTDA", contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de industria y comercio por la vigencia fiscal de 1.983.

ANTECEDENTES

La actora presentó declaración de industria y comercio correspondiente a sus operaciones en el municipio de Bogotá el 26 de abril de 1.983 bajo el registro No. 0905786, declaró el total de los ingresos y se determinó privadamente el impuesto.

La Dirección de Impuestos Distritales, practicó liquidación oficial el 31 de Marzo de 1.986, incrementando el impuesto, como consecuencia de haber aplicado la tarifa impositiva al total de los ingresos brutos consignados por la actora.

La contribuyente interpuso los recursos gubernativos contra dicha liquidación alegando entre otros, la nulidad de la liquidación por carencia de requerimiento, visita y falta de explicación sumaria.

Mediante Resolución No. 1341 de octubre 24 de 1.986, se resolvió el recurso de reposición, con modificación de la liquidación impugnada, se estableció la base gravable excluyendo los ingresos fuera de Bogotá y eliminando el impuesto de avisos, pero no revisó la base gravable especial por no ser la oportunidad legal.

Mediante Resolución 267 de Julio 23 de 1.967, la Junta Distrital de Hacienda el revocar la apelación modificó la resolución apelada haciendo mas gravosa la situación de la contribuyente, al establecer nuevamente el impuesto de avisos.

Inconforme la sociedad, acude en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación, del Acuerdo 21 de 1.983 los artículos 47 y 64, del Código Contencioso Administrativo; artículos 3o. y 6o.; del Código de Procedimiento Civil, artículos 152, numeral 9o., 174, 178, 187, 305, 313 y 321; del Código Civil artículo 2144; de la Constitución Nacional, artículo 26; y de la Ley 14 de 1.983 el artículo 33 parágrafo 3o.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al conocer de la demanda, encontró que la actora señaló como violadas normas de carácter local, que no acompañó a la demanda lo que hizo imposible su confrontamiento, para determinar su transgresión por lo cual se inhibió para conocer de los aspectos del acto administrativo que supuestamente vulneraban el Acuerdo 21 de 1.983. Sólo accedió al estudio de las violaciones de las normas de carácter nacional y en especial, aplicando el principio de la reformatio in pejus consideró que la Administración al conocer el recurso de apelación en la vía gubernativa debió

contraerse a revisar los aspectos de inconformidad del apelante y por ello no le era permitido revivir el impuesto de avisos en su perjuicio, máxime cuando el tributo no estaba relacionado con los demás puntos objeto del recurso y por lo tanto no se configura contradicción en la decisión, en consecuencia modificó la liquidación total.

LA APELACION

A) De la Actora

Considera improcedente el fallo inhibitorio ya que si bien incurrió en incumplimiento de la formalidad, de acompañar la legislación local, transcribió los normas invocadas y que ni el demandado, ni el agente del Ministerio Público, ni el Magistrado conductor del proceso advirtieron la irregularidad en su momento, por lo que para la época del fallo la deficiencia había quedado saneada según lo dispuesto en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Alega que de acuerdo al principio de la eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias, y que las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a solicitud de parte, seguidamente solicita la revocación del punto uno de la sentencia y reitera los argumentos expuestos en la demanda en contra del acto administrativo.

b) De la Demandada

No comparte la decisión del Tribunal con relación a la "reformatio in pejus", pues el Acuerdo 21 de 1.983 en su artículo 70, prohibe a la Administración desmejorar la situación del contribuyente establecida en la liquidación oficial, es decir, que es este último acto administrativo el que fija el límite a la Administración y por encima del cual, no puede imponer mayores cargos al recurrente. Dice que habiendo sido interpuesto el recurso en vigencia del Acuerdo 21 de 1.983, debe darse preferencia a dicha normatividad, por lo que no cabe la violación del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil citada por el libelista, ya que prevalece la norma especial y como no puede realizarse su confrontación con el texto del acuerdo, por no haber sido allegado al proceso, por la actora se hace necesario que se deseche el cargo propuesto.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa que se debe revocar el numeral 1o. de la sentencia apelada, confirmar el segundo y revocar así mismo el numeral 3o., porque en primer lugar al proceso se adjuntó fotocopia del Acuerdo 21 de 1.983 de manera irregular, con fecha de autenticación de diciembre 18 de 1.989 o se a con posterioridad a la sentencia de primer grado, sin que mediara providencia alguna que legalizara su ingreso, y

que realmente el artículo 137 del Decreto 01 de 1.984, señala los requisitos que debe contener una demanda ante la Jurisdicción Contenciosa.

Dice que el artículo 151 del Decreto 01 de 1.984, señala que "si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deben acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticados, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente. Y si durante el proceso no se adjuntó el acto local, respecto del cual se hacia absolutamente indispensable la confrontación solicitada, el Tribunal no tenía forma jurídica de hacer pronunciamiento accediendo a las súplicas de la demanda, justamente por la ausencia de la prueba del acto quebrantado, por lo que la sentencia debió ser denegatoria y no de inhibición y por lo tanto debe revocarse. Que en cuanto a la cita de las otras disposiciones de carácter nacional y en especial las referentes al reconocimiento del silencio administrativo positivo no prosperan los cargos de no reconocimiento, toda vez que la demanda se limita a la simple remisión al artículo 42 del Código Contencioso Administrativo, sin concretar argumentación alguna.

Que tampoco se quebrantó el debido proceso por falta de publicidad porque el proceso administrativo se rituó con conocimiento de la parte interesada quien tenía expedito el camino para estudiarlo y examinarlo.

Con relación a la falta de notificación del auto que decretó la suspensión del proceso en la vía gubernativa, está de acuerdo con el fallo y así mismo con el cargo de violación por omisión del requerimiento.

Concluye con relación a la modificación de la base gravable e impuesto de avisos, que como la motivación del quebrantamiento de la norma superior por parte del acto administrativo se hace con relación al Acuerdo 21 de 1.983, cuya confrontación no es posible es dable concluir que no se demostró el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Pruebas de las normas jurídicas de alcance no nacional.

El artículo 141 del Código Contencioso Administrativo dispone "si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente". Es decir que la ley trata las normas de carácter local como hechos sujetos a prueba y frente a esta categórica disposición, no es dable al juzgador cambiar la necesidad de demostración en hecho probado.

Pretender que con simple transcripción de la supuesta norma que hace el demandante se dé por probada, es desconocer el principio consagrado en el

artículo 174 del Código de Procedimiento Civil aplicable al proceso contencioso administrativo, según el cual las pruebas requieren ser regular y oportunamente allegadas al proceso. Esta norma de procedimiento no admite interpretación distinta de la que fluye de su contexto literal, porque de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

Entonces no puede pretenderse que ante el desconocimiento del artículo 141 del Código Contencioso Administrativo, por el hecho de no haberse detectado previamente el auto admisorio de la demanda se amerite fallo de fondo, porque no se trata de una nulidad del proceso que se hubiere saneado, sino de la falta de un requisito esencial cuya ausencia impide jurídica y físicamente la confrontación del acto acusado con la norma superior que se dice violada.

En consecuencia la sentencia apelada en cuanto declara la inhibición para fallo de fondo por imposibilidad de hacer la comprobación necesaria que permita configurar la efectiva violación del ordenamiento superior, merece confirmación.

Con relación a la confrontación del acto acusado con normas nacionales superiores individualizadas en la demanda, conviene precisar que dichas disposiciones se aplican únicamente a la falta de una regulación especial que la representante de la entidad demandada alega se encuentran en el Acuerdo 21 de 1.983, pero al igual que la demandante, invoca el acuerdo sin allegar válidamente la prueba auténtica de su existencia, razón por la cual tampoco puede determinarse que la sentencia recurrida al dar aplicación a la norma de alcance nacional desconoció la norma local no probada.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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

Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* ausente, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO / LIQUIDACION OFICIAL /REQUERIMIENTO ESPECIAL

Si los procedimientos son aquellos parámetros de obligatorio cumplimiento para la Administración y administrados y si las normas locales reguladoras del impuesto de Industria, Comercio y Avisos en el Distrito Especial exigen no solo objeciones claras y precisas por parte de la Administración, debidamente fundamentadas, sino principalmente una correspondencia entre estas objeciones y los puntos que serán objeto de modificación al efectuar la liquidación oficial, indudablemente para la Sala, la Administración Distrital no cumplió en esta oportunidad con dichos requisitos, ya que las diferencias entre el requerimiento y la liquidación no son simplemente cuantitativas, como argumenta a su favor la Administración, sino de carácter cualitativo, por cuanto la sociedad no solicitó en su declaración deducciones y/o exenciones por valor ni siquiera aproximado al cuestionado, ni se objetaron en el requerimiento los ingresos obtenidos fuera del Distrito Especial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., junio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación 2969. Apelación sentencia del 23 de Febrero de 1990 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de restablecimiento del derecho contra la operación administrativa de liquidación del impuesto de industria y comercio por el año de 1983, vigencia de 1984. Actor: Distribuidoras Unidas Limitada. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial del Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia de 23 de Febrero de

1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al fallar en primera instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad DISTRIBUIDORAS UNIDAS LTDA., contra la operación administrativa que le fijó el impuesto Distrital de Industria y Comercio del año gravable de 1983, vigencia de 1984.

ANTECEDENTES

La sociedad "Distribuidoras Unidas Ltda.", cuyo domicilio social está ubicado en la ciudad de Bogotá, D. E., tiene a su vez oficinas o agencias en Ibagué, Neiva, Yumbo, Pereira, Soledad, Barranquilla, Santa Marta, Valledupar, Cartagena y Montería.

Al presentar su declaración de Industria y Comercio del año gravable de 1983 correspondiente al Distrito Especial de Bogotá, dedujo de los ingresos brutos totales obtenidos en el año, el ingreso alcanzado en municipios diferentes a Bogotá.

La Dirección de Impuestos Distritales, requirió a la sociedad, para que aclarara y presentara las pruebas que demostraran su derecho a deducciones por valor de $549.436.636. Y posteriormente en la liquidación oficial No. 63415 de 26 de Febrero de 1986 rechazó la disminución del ingreso por ventas en otros municipios por valor de $723.533.398; aportes patronales por $12.904.000 e impuso una sanción por inexactitud por $2.945.760.

Tanto en la Resolución No. 955 de 1o. de Agosto de 1986 de la Dirección Distrital de Impuestos, como en la Resolución No. 045 de 13 de Febrero de 1987 de la Junta Distrital de Hacienda, la Administración Distrital modificó parcialmente la liquidación oficial inicial, aceptando las deducciones correspondientes a aportes patronales y el ingreso obtenido en Yumbo (Valle), y disminuyendo proporcionalmente la sanción por inexactitud.

LA DEMANDA

La petición fundamental de la demanda busca que se acepte la deducción de la totalidad de los ingresos brutos realizados en municipios distintos a Bogotá, tal como lo dispone el artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983.

También objeta el acto de liquidación oficial y afirma que se incurrió en violación de normas de procedimiento que dan lugar a la nulidad del mismo, por cuanto en la liquidación oficial se rechazaron deducciones diferentes a las inicialmente cuestionadas en el requerimiento oficial, habiéndose incurrido en violación del parágrafo del artículo 47 del Acuerdo 21 de 1983 y por haberse negado la prueba pericial solicitada en la sustentación del recurso de apelación, en contra de los dispuesto en el numeral 6o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente afirma, a manera de conclusión que ante la manifiesta violación de la ley, tanto sustancial como procedimental, se debe decretar la nulidad de la liquidación oficial y de las Resoluciones Administrativas y determinar los impuestos de Industria, Comercio y Avisos de la sociedad, por el ejercicio de 1983 y correspondientes al Distrito Especial de Bogotá, realizando previamente la deducción de los ingresos obtenidos fuera de él, prescindiendo igualmente de aplicar sanción por inexactitud. Lo anterior con el fin de lograr el restablecimiento del derecho quebrantado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, encontró acertados los planteamientos tanto de la demanda como del Fiscal de esa Corporación, sobre la nulidad de la liquidación oficial por irregularidades en el requerimiento oficial, agregó que al existir una interrelación entre el requerimiento y la liquidación, cuando dicha relación se quebranta se da la nulidad del acto de liquidación, extensiva igualmente a los que posteriormente se han pronunciado sobre éste.

Al prosperar en su integridad la nulidad de la actuación, consideró innecesario el análisis de los demás cargos de la demanda, relativos a la nulidad por no decretar las pruebas solicitadas, al rechazo de deducciones y aplicación de sanción por inexactitud y procedió a efectuar una nueva liquidación de impuestos, ordenando la devolución de los impuestos pagados en exceso por la sociedad, por la anualidad fiscal de impuesto de Industria, Comercio y Avisos en cuestión.

LA APELACION

La representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, apela de la anterior decisión afirmando que en cuanto la norma del Acuerdo Distrital que sirvió de base al a quo para declarar la nulidad de la actuación se refiere a que no deben modificarse en la liquidación oficial **aspectos** no contemplados previamente en el requerimiento, no se está refiriendo en forma alguna al concepto de **cuantía** que fue lo modificado entre una y otra actuación. La limitación que tiene la Administración hace relación al **concepto** objetado, pero no a la cuantía de los mismos. Cuestiona igualmente los pagos que tuvo en cuenta el Tribunal para establecer el saldo a favor que se ordenó devolver a la contribuyente.

Al descorrer el traslado de instancia, solicita un pronunciamiento inhibitorio, por ausencia en la demanda, del requisito exigido en el numeral 4o. del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Sexta de la Corporación solicita confirmación de la sentencia. En

su opinión las diferencias que se presentaron entre el requerimiento y la liquidación oficial, no obedecieron a simples errores de transcripción, siendo evidente por el contrario, el quebrantamiento del nexo existente entre la liquidación privada, el requerimiento y el acto de la liquidación oficial.

Considera obstinada la conducta de las autoridades distritales, cuando al conocer de los recursos de la vía gubernativa, mantuvieron la liquidación oficial. Debe extenderse ahora los efectos de la nulidad a los actos que la confirmaron.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como en otras oportunidades ha precisado la Sala, planteadas en una demanda cargos que hagan relación a vicios en que incurrió la Administración en el procedimiento seguido para expedir sus actos, estos deben ser analizados en primer lugar, pues su procedencia podía originar la nulidad de la actuación y haría innecesario el pronunciamiento sobre los aspectos de fondo debatidos.

Tratándose en el presente caso de una actuación cumplida por las autoridades del Distrito Especial de Bogotá y relativa a la determinación del impuesto de Industria, Comercio y Avisos en dicha localidad, deberá analizarse si la Administración Municipal al proferir los actos de la actuación demandada, se ajustó a las normas del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá, estatuto que regula los procedimientos aplicables a este impuesto, o si, como se afirma en la demanda, violó dichas directrices.

El Capítulo IV del mencionado Estatuto Municipal, que trata sobre "ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS" hace referencia a las facultades de investigación tributaria, requerimiento, determinación del impuesto, etc., mencionando igualmente las características de las liquidaciones oficiales.

En su artículo 42 dispone que el contribuyente se debe requerir por una sola vez con respecto a cada declaración de Industria y Comercio, para que aclare situaciones o demuestre la exactitud de los datos informados, "debiendo indicar (la Administración) los puntos que se propone modificar, con explicación de las razones en que se sustenta". A su vez el parágrafo del artículo 47 del mismo Acuerdo 21 de 1983, limita las modificaciones que se efectúen en las liquidaciones oficiales a aquellos aspectos de la liquidación privada objetados en el requerimiento o en un cuestionario de visita.

Por otra parte, la base gravable de este impuesto municipal está constituída por los ingresos netos obtenidos en el desarrollo de la actividad industrial, comercial o de prestación de servicios en el Distrito Especial de Bogotá, previa la disminución de aquellos conceptos consagrados como exentos por el legislador local y unas muy pocas deducciones expresamente señaladas. (Artículos 5o. y 16

del Acuerdo 21 de 1983). De manera separada y para distinguirlo de los anteriores, se encuentra el concepto de ingreso "no sujeto" a impuesto en Bogotá para actividades comerciales y de servicio, constituído por los ingresos obtenidos en otros municipios. (Artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983).

De la información suministrada por la actora al presentar su declaración de Industria, Comercio y Avisos del año gravable de 1983 y en la cual tuvo su origen el requerimiento No. 262 de 25 de Septiembre de 1985, se establece que del total de ingresos obtenidos por ella dentro y fuera de Bogotá, excluyó un valor de $1.065.351 correspondientes a ingresos obtenidos fuera del Distrito Especial de Bogotá, solicitando expresamente en la Columna E del formulario oficial deducciones por $12.904.000 por aportes Patronales y de $3.360.000 por venta de activos fijos, es decir que, aquellos ingresos percibidos fuera de Bogotá no se declararon, ni se solicitaron como exención - Columna D ni como deducción - Columna E.

Conforme a la norma municipal, que regula el procedimiento, el requerimiento tiene dos connotaciones diferentes: es la oportunidad de la Administración de expresar de una manera formal y concreta los puntos que se propone modificar, fundamentando razonablemente sus objeciones y es la oportunidad para el particular de estar sobre aviso de dicha intención administrativa, con la oportunidad de aclarar o probar los hechos, según el caso. Pero es principalmente el marco de la actuación oficial, pues no podrán efectuarse en la liquidación modificaciones diferentes a aquellas contempladas en el requerimiento.

En el requerimiento No. 262 de 25 de Septiembre de 1985, basado, según los antecedentes administrativos, en la información suministrada por la contribuyente en su declaración de Industria, Comercio y Avisos, se lee en la parte pertinente:

> "Específicamente deberá responder lo relacionado con las deducciones y/o exenciones que por valor de **$549.436.636,** usted ha efectuado en su liquidación privada, correspondiente al año gravable de 1983".

Concretó así la Administración Distrital su objeción, a exenciones y/o deducciones, por un valor determinado. Pero como bien lo manifestó la actora en la respuesta al requerimiento, hecho que surge igualmente de la revisión del formulario oficial, dicho valor no coincide con las únicas deducciones solicitadas por dicho año, correspondientes a aportes patronales y ventas de activos fijos, por valor de $16.264.000.

Si los procedimientos son aquellos parámetros de obligatorio cumplimiento para Administración y administrados y si las normas locales reguladoras del impuesto de Industria, Comercio y Avisos en el Distrito Especial exigen no solo objeciones claras y precisas por parte de la Administración, debidamente

fundamentadas, sino principalmente una correspondencia entre estas objeciones y los puntos que serán objeto de modificación al efectuar la liquidación oficial, indudablemente para la Sala, la Administración Distrital no cumplió en esta oportunidad con dichos requisitos, ya que las diferencias entre el requerimiento y la liquidación no son simplemente cuantitativas, como argumenta a su favor la Administración, sino de carácter cualitativo, por cuanto como ya se demostró, la sociedad no solicitó en su declaración deducciones y/o exenciones por valor ni siquiera aproximado al cuestionado, ni se objetaron en el requerimiento los ingresos obtenidos fuera del Distrito Especial.

En consecuencia, como la deducción que pudo estar cuestionada dentro de la cifra señalada en el requerimiento - aportes patronales - fue aceptada en la Resolución No. 045 de la Junta Distrital de Hacienda, pero se mantuvo en la liquidación oficial y en las resoluciones posteriores al desconocimiento de partidas - ingresos obtenidos fuera del Distrito Especial - las cuales no fueron objetadas en el requerimiento, es necesario concluir que no cumplió la Administración con las obligaciones procedimentales a su cargo, dando lugar, como en su oportunidad lo señaló el Tribunal, a la nulidad de la liquidación oficial y de las resoluciones que la mantuvieron parcialmente.

Sostiene la entidad apelante, en forma por demás imprecisa, que los pagos tomados por el Tribunal para configurar el saldo que ordenó devolver a la contribuyente, no corresponden todos al año discutido. Pero sobre este aspecto hay evidencia suficiente, a través de los recibos de pago y del análisis que de los mismos hace la sociedad, para concluir que esta pagó la totalidad de impuestos y sanciones establecidos en la Resolución 045 de febrero 13 de 1987, de la Junta Distrital de Hacienda y que fue correcto el saldo que ordenó devolver el Tribunal.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/DEDUCCION/ RETENCION EN LA FUENTE

Las comisiones pagadas en el exterior a personas naturales extranjeras residentes fuera del país a personas jurídicas con domicilio social también fuera del mismo, no son gravables en Colombia con Impuesto de Renta y por ende, son deducibles sin necesidad de retención en la fuente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., junio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3187. Actor: Tejidos Unica S. A. Impuestos (Retención en la Fuente). Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que contra la sentencia del 22 de junio de 1990 profirió el Tribunal Administrativo de Caldas en relación con la demanda instaurada por TEJIDOS UNICA S.A., sociedad anónima con domicilio en Manizales, contra actos de la Administración de Impuestos Nacionales de la misma ciudad que liquidaron a su cargo $3.321.423. por concepto de retenciones en la fuente dejadas de practicar.

La acción se limita a la retención de Impuesto de Renta y el de Remesas sobre comisiones pagadas al exterior ($2.705.201 y $486.936) por haber aceptado su responsabilidad sobre otros conceptos que también fueron glosados por la Administración.

ANTECEDENTES

Con base en una visita de funcionarios de la Administración de Impuestos Nacionales ésta le atribuyó a la compañía demandante el incumplimiento parcial de sus obligaciones con relación a las retenciones en la fuente. Concretamente sobre las que debía practicar con relación a pagos en el exterior por concepto de comisiones por ventas de sus mercancías.

La Administración concretó su cargo en la Resolución 088 de abril 3 de 1986 la que fue recurrida y, confirmada mediante Resolución 621 de diciembre 18 de 1986, esta fue remitida a la Dirección de Impuestos Nacionales para que surtiera la apelación subsidiariamente interpuesta. La Dirección de Impuestos observó que a la fecha no era procedente dicho recurso (Art. 70 Dcto. 3803/82), por lo cual devolvió el expediente a su oficina de origen.

La demanda (agosto 18/88) fue aceptada y aunque el concepto fiscal fue favorable a la actora, el fallo fue adverso "no por ausencia de un derecho fiscal de la sociedad", sino por carencia de prueba.

El planteamiento de la demanda, en síntesis consistió en el siguiente razonamiento:

- El artículo 47 de la Ley 9a. de 1983 ordena hacer retención en la fuente sobre los pagos que constituyan rentas sujetas a impuesto en Colombia, pues si no lo causa carece de sentido la retención, que es un anticipo al impuesto.

- Las sociedades extranjeras solamente tributan sobre su renta de fuente nacional (Dcto. 2053/74, Art. 13, inc. 2o.) y las naturales extranjeras cuando no tienen su residencia en el país.

- El artículo 14 numeral 5o. del mismo Decreto 2053 de 1974 considera de fuente nacional las rentas de trabajo, (sueldos, comisiones, honorarios y otras) cuando el trabajo o la actividad se desarrolla dentro del país.

- Las comisiones pagadas o abonadas por la sociedad a favor de comisionistas extranjeros (personas naturales y jurídicas) en razón de la promoción de sus productos en el exterior, no se consideran para ellos de fuente nacional, luego no se causa la retención en la fuente sobre tales pagos.

Al no causarse Impuesto sobre la Renta sobre tales comisiones, tampoco se causa el complementario de Remesas y por tanto no había obligación de retener por ninguno de los dos conceptos.

Aunque consideró que el asunto era de interpretación legal adujo como prueba la misma acta de inspección de los funcionarios y una certificación de la Revisora Fiscal, cuya calidad acreditó.

El apoderado de la Administración se opuso alegando que sí se trataba de un aspecto probatorio y "no se ha probado que los pagos efectuados correspondan a comisiones efectuadas en el exterior y por personas naturales o jurídicas residentes en el exterior".

La sentencia, sin acoger el concepto de su colaborador Fiscal, quien estuvo de acuerdo con el actor, negó las pretensiones, como ya se dijo, por considerar no probados los hechos en que se apoyó la demandante.

La Fiscalía Sexta ante esta corporación solicita la confirmación de la sentencia apelada pero con otro enfoque: parte de la base de que los pagos efectuados al exterior fueron solicitados como deducción en su declaración de renta de 1984. En consecuencia, para gozar del beneficio de no tener que efectuar retención, debía probar las circunstancias de todo tipo que la liberaran de esa obligación.

El Artículo 64 del Decreto 2053 de 1974 establecía los requisitos para tener derecho a la deducción por pagos al exterior y dentro de ellos se destaca que tratándose de comisiones por venta de mercancías, estas no podían exceder de un determinado porcentaje, establecido cada año por el Ministerio de Hacienda, para efectos de ser deducible sin necesidad de retención. Como estas circunstancias no fueron comprobadas, aunque acepta como válido el certificado del Revisor Fiscal, conceptúa que por estas razones diferentes a las esgrimidas por el Tribunal, no puede aceptarse.

Con motivo de la apelación alega la sociedad adicionalmente que, dado nuestro régimen de cambios controlado por el Banco de la República conforme al Decreto 444 de 1967, la sociedad debió probar ante este todas las condiciones para poder efectuar los giros al exterior y no es justificable que para la discusión de los impuestos se repita la misma probanza.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En primer lugar la Sala debe en esta ocasión apartarse del concepto de su colaboradora Fiscal, porque el enfoque de ella desde el punto de vista del desconocimiento de la deducción de comisiones al exterior por falta de retención en la fuente, que es uno de los requisitos para su aceptación según el Artículo 64 del Decreto 2053 de 1974, además de ser completamente nuevo en este debate que ya concluyó, no corresponde a los antecedentes administrativos, puesto que la actuación de la Administración desde el Auto comisorio (fl. 1) estuvo centrada en la verificación del cumplimiento de las obligaciones de la empresa materia de RETENCIONES EN LA FUENTE y se desconoce si en la liquidación de revisión del año de 1984 le rechazaron o nó las deducciones por los pagos que no se encontraron soportados con retención. Las cantidades asignadas a cargo de la compañía corresponden a la retención dejada de pagar: 40% por Impuesto de

Renta y 12% por Remesas. Por ello en este caso resulta improcedente el análisis del Artículo 64 del Decreto 2053 de 1974 que se refiere a la deducción.

Para la Sala el planteamiento teórico en que se fundamenta el señor apoderado de la compañía actora de acuerdo con el régimen tributario nacional: las comisiones recibidas en el exterior por personas naturales extranjeras residentes en el exterior o por compañías extranjeras en razón de la promoción y colocación de mercancías nacionales, no están sometidas al Impuesto sobre la Renta en Colombia y, consecuencialmente tampoco al complementario de Remesas.

Este concepto se deduce claramente de lo dispuesto por los Artículos 11 y 13 del Decreto 2053 de 1974 y por el 14-5 del mismo, según los cuales las rentas de trabajo se consideran de fuente nacional, cuando la actividad se desarrolla dentro del país.

También es un concepto claro desde la expedición de la Ley 38 de 1969 (Art. 3o.) que los pagos exentos en cabeza del beneficiario o hechos a entidades no sometidas a impuesto, no causan retención en la fuente, lo cual es apenas una consecuencia obvia de la naturaleza de la retención como anticipo al impuesto.

Puede agregarse que la limitación a determinados porcentajes fijados anualmente por el Ministerio de Hacienda a que alude el Artículo 64, inciso 4o., literal b), tiene por justificación la deducibilidad sin retención en la fuente, lo que hacía necesario poner un límite para evitar con ellos excesos reales o ficticios en la deducción por estos conceptos.

En cuanto al aspecto probatorio, lo primero que se debe observar es que las actuaciones oficiales gozan de una presunción de legalidad y de ser realizadas de buena fe. Juzgada con este criterio el Acta de inspección a los libros y documentos de la empresa, puede afirmarse que en ella misma quedaron establecidos dos hechos: el pago al exterior y el concepto del pago, puesto que así fué consignado indiscutiblemente por los inspectores, quienes además distinguieron varios conceptos de pagos tales como honorarios, intereses y fletes y en materia de comisiones diferenciaron las causadas sobre ventas en el país, de los pagos en el exterior.

También debe considerarse que los inspectores tenían el encargo oficial de practicar la "inspección a los libros de contabilidad, nóminas, recibos, documentos relacionados con retención en la fuente" como expresamente se consignó en el Auto comisorio 495, de tal suerte que una afirmación como la de que tal pago correspondía a comisiones por ventas, pagadas en el exterior, debe suponerse respaldada no sólo porque así lo indiquen los asientos en los libros de contabilidad sino en el resto de documentación y archivo de la compañía.

El acta se supone que refleja fielmente tanto los libros como los documen-

tos materia de la inspección, mientras no sea objetada por alguna de las partes. En consecuencia, su valor probatorio debe ser igual tanto para la Administración como para el contribuyente.

Establecidos por este medido tanto el hecho del pago como el concepto, debían considerarse, en principio, como ciertos y susceptibles de complementación por otros medios, como sucedió en este proceso con la certificación de la Revisoría Fiscal de la sociedad. No siendo objetable la prueba, se consideran también aceptables las pretensiones de la demandante.

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

FALLA

Revócase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas el 22 de junio de 1990, objeto del recurso de apelación. En su lugar declárase la nulidad del cobro por concepto de Retenciones en la Fuente hecho a la sociedad TEJIDOS UNICA S.A. hasta por la cantidad de TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA Y SIETE PESOS M/CTE. ($3.192.137) hecho en la Resolución No. 088 del 3 de abril de 1986 dictada por la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales y la Resolución No. 624 de diciembre 18 de 1986 en cuanto la confirmó.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente, *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LIBROS DE CONTABILIDAD -Pérdida /**CARGA DE LA PRUEBA / CONTRIBUYENTE** -Obligaciones

La contribuyente ante la pérdida de sus libros de contabilidad estaba obligada a informar en oportunidad el hecho a la Agencia Gubernamental y no esperar, como sucedió en el caso, a que se le notificara el auto que ordenaba la inspección contable; también, a probar que estaba exenta de culpa y que no obstante las medidas razonables adoptadas para precaverse, el suceso tuvo características de irresistible o de imprevisible. La pérdida de los libros de comercio no exonera ni releva al contribuyente de probar los costos, deducciones y pasivos exigidos por la Administración, por otros medios, máxime cuando la sociedad estando obligada a rehacer sus libros, con base en sus archivos, documentos expedidos por terceros, etc., no lo hizo durante más de un año.

CONFISCACION -Prohibición /**OBLIGACION FISCAL**

La confiscatoriedad está prohibida por el artículo 34 de la Constitución Nacional, pero no están comprendidas dentro de esta norma las multas o sanciones que se derivan del incumplimiento de las obligaciones que la ley fiscal asigna a los administrados. Por otra parte, la obligación fiscal que en un momento dado puede resultar elevada en aquella injusta por su monto o falta de causa jurídica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. junio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3029. Actor: CARONI LTDA. IMPUESTO RENTA - FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Administración de Impuestos Nacionales, dependencia de la Dirección General de Impuestos, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 7 de mayo de 1.990, la cual resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda formulada por la sociedad CARONI LTDA., dirigida contra los actos administrativos que fijaron el Impuesto de Renta y complementarios a su cargo por el período gravable de 1.982.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previa visita de inspección realizada sobre los libros de la sociedad, Requerimiento Especial 0013 del 5 de marzo de 1.985, y ampliación a éste, número 003 del 11 de junio del mismo año, la Administración de Impuestos Nacionales practicó la Liquidación de Revisión 099 de septiembre 11 de 1.985. Rechazó ésta, compras solicitadas por valor de $5.590.849, y gastos generales varios por la suma de $1.470.638., por falta de soportes y facturas en la contabilidad unos, y otros porque las pruebas allegadas para su comprobación eran fotocopias de facturas sin autenticar y certificados sin reconocimiento de firmas.

Igualmente desestimó el pasivo propuesto pro $2.565.939 porque los certificados que aportó como respaldo no podían calificarse como pruebas documentales.

Interpuesto el recurso de reconsideración contra la decisión gubernativa, éste fue fallado por Resolución 0043 notificada personalmente el 22 de julio de 1.987. Estimó la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso, que ante la no presentación de los libros ni de los soportes o comprobantes de la contabilidad de la empresa, (como consta en el acta de inspección contable practicada el 24 de octubre de 1.984) la contribuyente en consideración a que estaba a su cargo la prueba de los costos, gastos, y pasivos desestimados, debió presentar en aquella oportunidad todos los documentos conducentes, no esperar a que finalizara la inspección para solicitarlos como prueba con otras relacionadas con terceros y menos exigirle a la Administración que la practicara.

Tampoco aceptó la aplicación del costo presunto invocado por la empresa con fundamento en el inciso 2o. del artículo 31 del Decreto 2053 de 1.974, porque el rechazo de las compras se efectuó por falta de requisitos legales no porque se desconociera el costo o porque el informado no correspondiera al real.

Esto es, confirmó la liquidación oficial.

Agotada la vía gubernativa demandó la actora ante la Jurisdicción, la nulidad de los actos administrativos que determinaron el Impuesto sobre la Renta y complementarios liquidados a cargo de la sociedad, por el año gravable de 1.982, y se declara en firme la liquidación privada o subsidiariamente se practique una nueva liquidación.

Afirma el apoderado judicial que, oportunamente el 13 de septiembre de 1.983, vale decir, un año y cinco días antes de practicarse la visita contable, el Gerente de la firma denunció en la Comisaría Departamental de Permanencia, la sustracción de los libros de la Compañía, así como de sus comprobantes (anexa fotocopia fl. 119), y que fotocopia de este denuncio se presentó ante los funcionarios de impuestos, de suerte que en defecto de aquellos era pertinente decretar las pruebas que solicitó para probar las partidas desestimadas, como quiera que éstas eran conducentes.

Transcribe el Artículo 15 y hace alusión al 21 ambos del Decreto 2053 de 1.974, los cuales establecen, el primero, el procedimiento para determinar la renta líquida y el segundo, el método para depurar el costo de los activos movibles, para concluir como ilegalmente se rechazó el 50% de las compras, el 94% de los gastos y el 75% de los pasivos.

Por último se refiere a la transgresión de los Artículos 31 y 34 de la Ley 52 de 1.977, el 21 del Decreto 825 de 1.978 y los artículos 30 y 34 de la Constitución Nacional, quebrantamiento que hace consistir en el hecho de que la Administración no practicó las pruebas que le solicitó la empresa tanto al dar respuesta al requerimiento especial como al interponer el recurso de reconsideración y en la falta de espíritu de justicia de los funcionarios que tasaron los impuestos a cargo de su representada. No tuvieron en cuenta la capacidad económica de la sociedad, por lo que en síntesis afirma, la obligación tributaria resultó confiscatoria.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá, declaró la nulidad de la operación administrativa y en firme la liquidación privada presentada por la firma.

Se violó el debido proceso dice, se atentó contra la defensa de la sociedad, porque si ésta con la copia auténtica del denuncio penal demostró la pérdida de sus libros de contabilidad y sus soportes, la Administración Tributaria estaba obligada a practicar las pruebas que aquella le solicitó a fin de establecer la idoneidad de la declaración de renta.

LA APELACION

La abogada apelante de la Administración de Impuestos y su coadyuvante

de la Dirección General de Impuestos, no están de acuerdo con la sentencia porque:

a. La pérdida de los libros de comercio no se justificó con la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, ni tampoco la sociedad dió aviso oportuno de aquella a las autoridades de impuestos.

b. Ante la pérdida de los libros de contabilidad y la falta de reconstrucción de los mismos, la contribuyente estaba obligada de acuerdo con el Artículo 15 del Decreto 3803 de 1.982, a acreditar las compras, los gastos generales y los pasivos que solicitó en el denuncio fiscal.

c. La Liquidación de Revisión 099 de septiembre 11 de 1.985 y la Resolución 043 de 1.986 que desató el recurso interpuesto contra aquella, se profirieron dentro de los términos previstos por la ley, so pretexto de nulidad de la operación administrativa impugnada, no pueda el-quo, agrega, declarar en firme la liquidación privada y menos un silencio administrativo positivo.

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Tercero de la Corporación, Doctor Jaime Ossa Arbeláez conceptúa que la sentencia apelada debe revocase y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

Contrariamente a lo que sostiene el Tribunal, opina que las autoridades de impuestos no violaron el Artículo 26 de la Constitución Nacional, ni le impidieron a la firma contribuyente ejercitar su derecho de defensa. Primero, porque no es cierto que el Gerente de la empresa hubiera presentado copia auténtica del denuncio de la pérdida de los libros, lo que presentó dice, es una fotocopia, un tanto ilegible, de un supuesto "DENUNCIO VERBAL FORMULADO POR OTTO CARO NIÑO", ante la Comisaría Departamental de Permanencia de Duitama, fotocopia en la que aparece un anotación del Notario Primero del Círculo de Duitama según la cual "esta reproducción coincide con el original, copia, fotocopia que tuve a la vista". Esto es, no demuestra ésta que la copia que tuvo "a la vista" sea auténtica o corresponda al original del denuncio, ni probó la "fuerza mayor o caso fortuito" en los términos que la define el Artículo 64 del C.C., subrogado por el 1o. de la Ley 95 de 1.890, por cuanto la desaparición de la caja que contenía los libros de contabilidad, no prueba por sí solo un "imprevisto" imposible de resistir.

Segundo, porque está demostrado dentro del expediente que a la firma sí se le dió la oportunidad de probar los hechos que son materia de controversia y las pruebas que pidió a la Administración que practicara a más de calificarlas inconducentes no podían suplir la falta de los comprobantes contables.

Por otra parte la sociedad para probar las compras, los gastos generales

y los pasivos rechazados, dice en síntesis, presentó certificaciones que no son más que simples afirmaciones expuestas sin ninguna formalidad y carente de autenticidad como quiera que no hay pruebas que demuestren que fueron tomadas de documentos originales, y en relación con los pasivos anexó certificaciones expedidas por los señores Otto y Luis Caro Niño, y Gonzalo Tiria González, en las que estos manifiestan que aquélla les debía a 31 de diciembre de 1.982, determinadas cantidades de dinero.

El señor Fiscal para llegar a las afirmaciones que se resumen realizó un pormenorizado análisis de las relaciones de beneficiarios, de las facturas y certificaciones presentadas y el tratamiento que les dio en su oportunidad la Administración, para concluir como ya se dijo, en que la actuación de ésta no incurrió en causal de ilegalidad.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Como para el a-quo también para la Sala es claro que la demanda no es un modelo de técnica procesal, pero admite que aún cuando en desorden y en forma no muy concreta se encuentra expresado el concepto de transgresión, es decir, se entrevé el cumplimiento del requisito de orden formal previsto en el numeral 4o. del Artículo 137 del C.C.A. y que en resumen la inconformidad radica en el hecho de que la Administración no hubiera practicado las pruebas que le solicitó la firma, al dar respuesta al requerimiento especial y al presentar el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial.

Identificado así el aspecto de fondo, la Sala comparte el criterio del Ministerio Público. La contribuyente ante la pérdida de sus libros de contabilidad estaba obligada a informar en oportunidad el hecho a la Agencia Gubernamental y no esperar, como sucedió en el caso, a que se le notificara el auto que ordenaba la inspección contable; también, a probar que estaba exenta de culpa y que no obstante las medidas razonables adoptadas para precaverse, el suceso tuvo características de irresistible o de imprevisible.

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sostenido con fundamento en el Artículo 15 del Decreto 3803 de 1.982, que la pérdida de los libros de comercio no exonera ni releva al contribuyente de probar los costos, deducciones y pasivos exigidos por la Administración, por otros medios, máxime cuando la sociedad estando obligada a rehacer sus libros, con base en su archivos, documentos expedidos por terceros etc., no lo hizo durante más de un año, lapso comprendido entre la pretendida virtual pérdida y la inspección contable que se le decretó, como la misma actora lo admitió.

Bajo estos parámetros era pues la sociedad la que estaba obligada a probar y no la Administración a través de la práctica de pruebas que la contribuyente le solicitó. Pruebas éstas que, por lo demás, de haberse decretado

resultarían inócuas e inconducentes unas, e incompletas otras, para respaldar las partidas que se pretendía probar, si se tiene en cuenta que de la inspección ocular a extractos bancarios o de la microfilmación o fotocopias de cheques girados, no se puede establecer plenamente la realidad de las compras, ni la certeza de las deducciones y menos aún la existencia de los pasivos para los cuales el Estatuto Fiscal requiere una comprobación especial. (Art. 124 del Dcto. 2053/74).

Y en cuanto a que se oficiara a los beneficiarios de los egresos para que éstos expidieran constancias o declararan sobre los pagos que efectuó la sociedad, no aparece dentro de los antecedentes administrativos allegados al proceso, que la sociedad hubiera suministrado las direcciones de aquéllos como lo anunció en la respuesta al requerimiento especial.

La Administración con base en las respuestas al requerimiento especial y a su ampliación y en los documentos probatorios aportados admitió unas y desestimó otras de las partidas que solicitó comprobar porque, las certificaciones y fotocopias de las facturas aportadas como respaldo carecen de autenticidad y las que adjuntó para acreditar los pasivos, independientemente de otros documentos son insuficientes para probarlos, de suerte que la dependencia oficial no violó en manera alguna el derecho de defensa al no decretar y practicar las pruebas solicitadas ; por el contrario, actuó dentro de las prevenciones que establece la ley.

CONFISCATORIEDAD

La liquidación fiscal que se cuestiona, corresponde a las sanciones que originaron el cumplimiento de las obligaciones tributarias, mas no exactamente al impuesto que generaron las bases gravables.

Así pues, si bien es cierto que teórica y doctrinariamente se ha sostenido que los tributos no pueden alcanzar tal, magnitud hagan ilusorio el derecho de propiedad que ampara la Constitución Nacional en el Artículo 30, no lo es menos, que las consecuencias que se derivan del quebrantamiento de las normas que los regulan, no pueden quedar cobijadas dentro de los mismos parámetros, porque los impuestos no son penas.

La confiscatoriedad está prohibida por el Artículo 34 de la Constitución Nacional, como bien lo afirma el demandante, pero no están comprendidas dentro de esta norma las multas o sanciones que se derivan del incumplimiento de las obligaciones que la ley fiscal asigna a los administrados.

Por otra parte, como reiteradamente también lo ha sostenido la sala, la obligación fiscal que en un momento dado puede resultar elevada es aquella injusta por su monto o falta de causa jurídica, hecho que no es el que tipifica en

el caso, por cuanto las sanciones que se liquidaron tuvieron su fundamento en la ley y su monto total está dado por tres factores independientes en los que incurrió simultáneamente la sociedad y le generaron sanciones por extemporaneidad en la presentación de la declaración, inexactitud en la misma y además, defectos en los libros de contabilidad.

Obrando en consecuencia, procede revocar la sentencia apelada y confirmar la actuación administrativa.

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

FALLA

Revócase la sentencia apelada que dictó el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá el 7 de mayo de 1.990 (expediente #8326). En su lugar, confírmase los actos por medio de los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso, determinó el Impuesto de Renta, complementarios y sanciones a cargo de la sociedad "CARONI LTDA.". por el año gravable de 1.982 (liquidación de Revisión No.099 del 11 de septiembre de 1.985 y Resolución No. 043 dictada el 15 de julio de 1.987).

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

PERIODO DE FISCALIZACION - Suspensión/ **REQUERIMIENTO ESPECIAL / LIQUIDACION DE REVISION** - Término.

El término de suspensión de los dos años que tiene la Administración para revisar la declaración tributaria se cuenta a partir de la fecha de notificación del requerimiento especial, la cual se debe entender surtida en la fecha de introducción al correo de la copia del acto administrativo. Dado que el mencionado plazo es de meses, el primero y últimos días del mismo, deberán tener un mismo número, al tenor del artículo 67 inciso 2. C.C. y por ende termina este lapso a la medianoche del 5 de julio de 1983 por cuanto se inició el 5 de abril de 1983.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., junio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano*

Referencia: Expediente No. 3428. Actor: Sociedad Marina Mora de Echeverri y Cía. Ltda. C/ La Nación. Apelación sentencia de 19 de noviembre de 1990 del Tribunal Administrativo de Antioquia. Nulidad y restablecimiento del derecho. Imporrentas 1980. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Marina Mora de Echeverri y Cía., Ltda., Nit. 90.903.660, contra la sentencia de 19 de noviembre de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda instaurada contra los actos administrativos que fijaron el impuesto sobre la renta a cargo por el período de 1980.

ANTECEDENTES

1.- La Administración de Impuestos de Medellín previo requerimiento especial No. O-AIRB002263 de 1983 notificada el 5 de abril de 1983 (fl. 4), profirió la Liquidación de Revisión No. 1674 de 22 de julio de 1983 mediante la cual se determinó el impuesto a cargo en $787.323.oo (fl. 9).

2.- Se interpuso recurso de reconsideración aduciendo principalmente que la liquidación oficial fué proferida por fuera del término de dos años exigidos para practicar la revisión por la Ley 9a. de 1983 (fl. 77, antecedentes).

3.- La Administración en Resolución 0524 de 30 de agosto de 1985, confirmó la decisión impugnada por considerar básicamente que su pronunciamiento se produjo dentro de dicho término legal, dada la suspensión de tres meses durante el plazo para la respuesta al requerimiento especial, consagrada por el Decreto 3803 de 1982, artículo 22 (fl. 10).

4.- La sociedad contribuyente interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los anteriores actos administrativos aduciendo el vencimiento del término para revisar, aún contando el período de tres meses de suspensión, indicando que él vencía el 4 de julio de 1983, es decir, un día antes de la fecha en que se entendió notificada la liquidación oficial (fls. 16/ss.)

5.- El Tribunal en sentencia de 19 de noviembre de 1990, negó las súplicas de la demanda por considerar que la liquidación oficial fue notificada dentro del término legal para ello, dado que hecho correctamente el cómputo, dicho término vencía precisamente el día 5 de julio de 1983, y no el día anterior como lo afirma la demandante (fls. 33/34).

6.- La sociedad actora interpone recurso de apelación contra la anterior providencia aduciendo básicamente que el lapso para revisar venció el día 4 de julio de 1983, por cuanto el día 5 de julio de 1983, hechas debidamente las cuentas, era el primer día del cuarto mes (fls. 37 y ss.).

7.- La Fiscalía Sexta de la corporación representada por la doctora Ana Margarita Olaya de Obando, solicita la confirmación de la sentencia impugnada por considerar, de acuerdo con el Tribunal, que el plazo vencía el día 5 de julio de 1983 (fls. 83 y ss).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se comparte en esencia el concepto de la colaboradora fiscal, por ende la decisión reflejará dicha concordancia.

En efecto:

1.- La discusión gira en torno al cómputo del plazo de tres meses fijado por las normas vigentes para la fecha de expedición del requerimiento especial (Decreto 3803 de 1982, artículo 22, literal a) en concordancia con el artículo 17 ibídem), durante el cual se suspende el término de dos años que tiene la administración para revisar la declaración tributaria (Ley 9 de 1983, artículo 75).

2.- Dicho término se cuenta a partir de la fecha de notificación del requerimiento especial (Decreto 3803, artículo 39), la cual se debe entender surtida en la fecha de introducción al correo de la copia del acto administrativo, en este caso, el 5 de abril de 1983 (ver sellos de Adpostal Medellín al reverso y anverso del requerimiento especial, fl. 4).

3.- Dado que el mencionado plazo es de meses, el primero y último días del mismo, deberán tener un mismo número, al tenor del artículo 67, inciso 2o. C. C., como afirma con acierto el a-quo, y por ende termina ese lapso a la medianoche del 5 de julio de 1983 (artículo 67, inciso 1o. ibídem, artículo 59 C. R. P. M.) por cuanto se inició el 5 de abril de 1983, según se vió.

4.- Ahora bien, toda vez que al momento de la suspensión, restaban 17 días para el vencimiento del término para revisar (del 6 al 22 de abril inclusive), se cuentan dichos 17 días a partir del día siguiente inclusive, al de la terminación de la suspensión, prolongándose por tanto hasta el día 22 de julio de 1983, fecha en la cual, a la medianoche se vencía el término referido.

5.- Como quiera que la Administración notificó la liquidación de revisión el día 22 de julio de 1983, (ver sello de Adpostal Medellín en esa liquidación a fl. 9 reverso), se encontraba dentro del término legal para revisar, gozando en consecuencia de dicha atribución, por lo que no acompaña la razón al demandante cuando impugna tal circunstancia.

6.- En consecuencia, se comparte al respecto la decisión del tribunal, debiéndose confirmar, como efectivamente se harán.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 19 de noviembre de 1990, proferida en el proceso 20.341, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda.

Reconócese personería a la doctora Melba Cecilia Cadavid Yepes (fl. 72).

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ADMINISTRACION DE IMPUESTOS / COMPETENCIA FUNCIONAL / COMISION / REQUERIMIENTO ESPECIAL / LIQUIDACION DE REVISION

La expedición del requerimiento y la liquidación de revisión, atribuida en principio respectivamente a los Jefes de las Secciones de Auditoría Externa y Liquidación o quienes hicieran sus veces " de acuerdo con los decretos de planta de personal existentes" quedó finalmente a cargo de los Jefes de la División de Auditoría y Liquidación o de "quienes hagan sus veces o sus delegados". Es palmario que la expresión "quienes hagan sus veces", traduce la obvia alternativa a que era viable recurrir en el evento de Administraciones de Impuestos carentes de Divisiones, o aun Secciones o Grupos, por no haberse establecido tales unidades en el articulo 73 del Decreto 074/76 o los decretos de planta de personal existentes entonces, y que la vía indicada era la comisión. En virtud de la comisión, el ejercicio de la función deja de ser necesariamente coincidente con la titularidad del cargo, particularmente en administraciones que, como la de Manizales, no estaban dotadas de la totalidad de las unidades específicas comunes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. junio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3085. Apelación sentencia de 21 de marzo de 1,990 del Tribunal de Caldas, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron el impuesto de renta y complementario por el año gravable de 1.983. Actor: Guillermo Castro. FALLO

Conoce la Sala del recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpuso el contribuyente, señor Guillermo Castro, el actor, contra la sentencia de 21 de marzo de 1.990, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el juicio de restablecimiento promovido respecto del requerimiento especial No. 031 de 25 de junio de 1.985, la liquidación de revisión No. 120 de 26 de febrero de 1.986 y la resolución No. 076 de 12 de Junio de 1.987, actos expedidos por las unidades de auditoría externa , liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales, dentro del proceso de fiscalización, determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1.983.

ANTECEDENTES

Con base en acta de inspección, surtido el trámite del requerimiento, la Administración, mediante el acto liquidatorio, modificó el ítem de renta de la liquidación privada, por adición de ingresos no declarados, en suma de $11.152.614, y aplicó las sanciones por inexactitud y falta de libros de contabilidad.

Por su lado, la providencia que dirimió recurso gubernativo, confirmó la actuación reclamada, desestimando la argumentación referente a la nulidad de ésta por la presunta incompetencia de los funcionarios y la indebida determinación de la base imponible.

LA DEMANDA

La formulación de cargos es, en resumen, así:

1. **Nulidad del requerimiento especial.**

Las secciones de auditoría externa, dependencias de las divisiones de auditoría en las Administraciones de Impuestos, disponían de facultad para producir el requerimiento especial o su ampliación y practicar liquidaciones oficiales o confirmar las privadas (Decreto 074 de 1.976, 73 d); Decreto 2218 de 1.978, 10, 14).

Pero los artículos 9o. del Decreto 398 de 1.983 y 89 de la Ley 9a. del mismo año, fijaron esas atribuciones exclusivamente en los Jefes de las citadas Divisiones.

Por otro aspecto, no provisto el cargo de Jefe de División en una Administración dada, no hay funcionario que pueda desempeñarlo, pues nadie puede hacer las veces de un funcionario inexistente, a menos que se haga la provisión, o se supla la ausencia de titularidad mediante encargo, delegación o comisión.

Con todo, tanto la provisión como el encargo, son privativos del Presiden-

te de la República; la delegación debe hacerla quien ejerza el cargo como titular, o haga las veces de éste; y la comisión, tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción, debe recaer en un funcionario escalafonado en la carrera administrativa y requiere la aprobación conjunta del Jefe del Organismo donde se presta el servicio y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil y no constituye provisión de empleo (Constitución Nacional, 62,120; Código de Régimen Político y Municipal, 243, 250; Decreto 1153 de 1.978, 1o., 4o.; Decreto 1950 de 1.973, 34, 76 c), 79, 92, 95; Decreto 2400 de 1.968, 22).

Como a tiempo de notificarse el requerimiento en cuestión, el funcionario que lo expidió no era Jefe de División, ni tenía encargo o delegación, sino que obraba por comisión del Administrador de Impuestos, pero sin estar escalafonado en la carrera administrativa y sin que el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil hubiera impartido su aprobación, o la comisión constituyera provisión de empleo, el requerimiento es nulo e impide la fijación del crédito fiscal, por incompetencia de dicho funcionario, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 de la ley 52 de 1.977, en conexión con el 89 de la ley 9a. de 1.983, y el artículo 57, numeral 1o., de la citada ley 52.

2. Nulidad de la liquidación de revisión.

En términos de los expresado antes, habiéndose radicado la competencia para liquidar en los Jefes de las Divisiones de Liquidación, por virtud de lo prescrito en el artículo 89 de la Ley 9a. de 1.983 que las creó, y debiendo proveerse el cargo donde no lo había, conforme a los artículos 39 del Decreto 1950 de 1.973 t 1o., 2o y 4o. del Decreto 1153 de 1.978, por el Presidente de la República, a quien compete crear, suprimir o fusionar empleos, y no por el Administrador de Impuestos que, si bien puede comisionar, carece de facultad para proveer cargos por este medio o fijar competencias atribuidas por la ley a otros cargos, al liquidador, que dijo actuar como "Jefe de la Sección de Liquidación", pero que era, realmente, Jefe de la Sección de Auditoría Externa, no tenía competencia para el discutido efecto ni, de suyo, para delegarla, por lo que la usurpó.

Si era comisionado, debió decirlo. Aún así, la comisión no le generaba empleo ni competencia, ya que no se puede comisionar para ejercer un cargo inexistente, ni podía ejercer las funciones de un superior jerárquico, salvo por encargo o delegación conferidos por quien tuviera facultad para ello, ni como funcionario de carrera que era, contaba con la autorización del Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

3. "Determinación anómala de la base imponible".

La adición del ingreso declarado, se basó en informes escritos suministrados por empleados, asesores, administradores o representantes de diversas loterías del país, ninguno de los cuales acreditó, sin embargo, ser funcionario

público ni revisor fiscal o contador de la respectiva entidad.

Tratándose de meros informes y no de certificados, en materia que refería aspectos contables, los mismos, si bien tenían el carácter de testimonios, carecían de efecto probatorio (Decreto 1651 de 1.961, 79, 80, 81; Ley 52 de 1.977, 32; Ley 145 de 1.960, 9o; Ley 9a. de 1.983, 98).

LA SENTENCIA APELADA

De la alegada nulidad del requerimiento especial , el a-quo sostiene, en síntesis, que según el artículo 42 de la Ley 52 de 1.977, el requerimiento no comporta caracteres del acto definitivo, por no concurrir los presupuestos del artículo 50 del Decreto 01 de 1.984 y no estar, por tanto, sujeto al mismo control jurisdiccional previsto en el artículo 84 ib., y que, aún estándolo, la causal de incompetencia esgrimida no daría lugar a un pronunciamiento anulatorio, por no ser de las taxativas del artículo 57 de la citada Ley 52, disposición que solo contempla, como vicio procesal el acto en cuestión, su omisión total, o la pretermisión del plazo para su respuesta, según lo habría definido la Sala en sentencias de 18 de septiembre de 1.981 y 9 de marzo de 1.987, dictadas en los procesos 6512 y 1143 , respectivamente.

Halla, asimismo, que el Decreto 681 de 21 de marzo de 1.980, invocado por la resolución del recurso gubernativo en materia de la estructura de la planta de personal de la Dirección General Impositiva, "era perfectamente confrontable con la realidad disposicional" de la época, pues si bien establecían ahí, entre otras divisiones, la de auditoría de que habla la demanda, para ninguna se había creado, en cambio, el cargo de Jefe, habiendo optado el decreto por señalar, como autoridad máxima de tales Divisiones, a los respectivos Jefes de la Sección.

La falta de provisión del cargo, pues, no implicaría que el requerimiento no se pudiera producir "sin la previa solución del kafkiano enredijo de posibilidades e imposibilidades de creación o no creación del cargo", supuesto que, adicionalmente, del artículo 89 de la Ley 9a. de 1.983, también citado en la aludida providencia, surge que quien haga las veces de Jefe de Sección, en las Divisiones , tenía facultades para cumplir el controvertido encargo de requerir, así el funcionario no ostentara precisamente el indicado cargo de Jefe de División, ya que cumplía tareas que, "ratio (sic) materias", incumbían a éste. Ello, en virtud de la "plenitud hermética del derecho", que permitiría, "de un supuesto normativo determinado, derivar la solución para un conflicto planteado.....".

La cuestionada función sería, igualmente , susceptible de ejecutarse por comisión, como facultad expresa "del Decreto 74 de 1.976, literal i) (sic), tal como lo cita la División de Recursos Tributarios (...), (pues, de otro modo), ante la aparente pretermisión en torno a la denominación de Jefe de Auditoría por la ley,

habría de entenderse que las no pocas Administraciones Seccionales, en las cuales esa específica denominación del cargo que anota el nulidisciente (sic), carecen de ella, hallaríanse falta e irrevocablemente convocadas a una doble, contradictoria e insuperable paradoja jurídica: no poder expedir requerimiento especial, lo que conllevaría a fortiori a (sic) la imposibilidad de practicar una liquidación de revisión (...) y de expedir ese requerimiento, como preparación a una posible liquidación oficial, a (sic) la nulidad obligada de ella, por la falta de ese funcionario.....".

De otro lado, que si (como lo resaltó la oficina de recursos tributarios) la facultad de los administradores de impuestos para comisionar la función, fuera controvertible, "lo sería a través de la indesconocible instancia jurisdiccional, como que la presunción de su expedición y validez, secundum lege, solo es desvirtuable por ministerio de la constitución de este país, por un acto jurisdiccional de anulación, que no es materia de súplica en el presente proceso.....".

Sobre la presunta nulidad de la liquidación de revisión, apunta que el ejercicio de la función liquidadora, por funcionario distinto del señalado en la demanda, se formaría antinormativo y derivaría en la usurpación también denotada, si en la nomenclatura de la planta de personal de la Administración Seccional existiera el cuestionado cargo, esto es, el de Jefe de la División de liquidación.

Pero que como el Decreto 681 de 1.980 no estableció dicho cargo, carecerían de fundamento los supuestos de hecho que el actor entiende realizados.

Por otro aspecto, que el artículo 89 de la Ley 9a. de 1.983, de que se sirva aquél como "arquitraba argumental", no podía referirse a Administraciones de Impuestos que, como la de Manizales, carecían del cargo específico, ni tenerse por norma creadora del mismo, pues su campo de regulación era otro, como que previó que la función de que se habla se desempeñase por "quienes hagan sus veces" o "sus delegados".

Así las cosas, la comisión conferida al liquidador, mediante resolución No. 13 de 28 de Enero de 1.986 del despacho del administrador, habría constituido instrumento jurídico suficiente para el fin propuesto, por emanar de un funcionario que, según el Decreto 074 de 1.976, disponía de facultad para comisionar, aparte de que el acto comisorio, dotado de presunción de legalidad por ministerio constitucional, solo era desvirtuable en su obligatoriedad y ejecutividad por sentencia jurisdiccional que declarase su nulidad, y de que, no obstante lo dispuesto por los decretos 1950 de 1.973 y 2400 y 2074 de 1.968 en materia de la especie y procedencia de la comisión, del citado decreto 074 de 1.976, especial en la órbita impositiva, dictado por el Presidente de la República en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, revestía a los administradores

de impuestos de facultades para autorizar "comisiones internas y externas", por lo cual, la comisión discutida debí entenderse conferida "secundum legem".

Por lo que hace a la determinación de la base gravable, dice, para empezar, que la formulación del cargo no consulta la técnica, por la forma interrogativa que la distingue. Asimismo, que los "informes" en que basó la Administración la adición del ingreso declarado, son "testimonios", conforme a la valoración que de los mismos hace el artículo 36 de la Ley 52 de 1.977, cuya idoneidad probatoria no se enerva porque no provengan de funcionario público, revisor fiscal o contador, que, en las normas de las leyes 145 de 1.960 y 9a. de 1.983 que cita el demandante, es condición propia de "certificados", constituyendo, además, punto en el que, "la Sala carece de elementos de normación jerárquica que la determinen a negar el valor testimonial por la misma ley fijado a las informaciones de terceros, porque no obran en el expediente las certificaciones signadas por contador público.....".

Por lo demás, encuentra que los informes, "con equivalencia de deposición testimonial", fueron conocidos y controvertidos por el contribuyente en el proceso de determinación del impuesto, habiéndose observado, pues, respecto de los mismos, los principios de publicidad y contradicción, como lo sostuvo el funcionario que dirimió la reclamación entonces promovida y cuyos razonamientos manifiesta compartir, sin que, en modo alguno, se hubiera desvirtuado dicha probanza.

EL RECURSO DE APELACION

El recurrente se reafirma en la tesis de que la competencia no deriva de la comisión, sino del cargo, y que éste se legitima por el nombramiento que haga quien tiene la atribución para ello, según el artículo 120, numeral 5o., de la Constitución.

Niega, por tanto, que el Administrador de Impuestos de Manizales dispusiera la facultad para ordenar, por comisión, que un funcionario ejerciera las funciones de otro, pues, en su entender, el artículo 76, letra j), del Decreto 074 se 1.976, citado en la sentencia, no habla de la "asignación de funciones" para ninguna comisión, ni, de otro lado, la "delegación del ministro", cita en el texto dicho, que se predicaría de todas las funciones ahí descritas, aparece siquiera mencionada en los actos del administrador.

Y aunque concede que el artículo 78 ib. autoriza la asignación de funciones, en el evento de la ausencia temporal o absoluta de algún funcionario, mientras se provee la vacante, no encuentra que las respectivas providencias se hubieran motivado en tal sentido.

En los demás aspectos, el recurso se contrae a los términos esenciales de

la demanda, relativos a la incompetencia de los funcionarios auditor y liquidador.

No obstante, habiéndose afirmado en apartes procedentes del recurso que, según lo probado, a tiempo de la expedición del requerimiento y la liquidación impugnados, el funcionario auditor, no escalafonado en carrera, el liquidador, funcionario de carrera, y un tercer funcionario, Gabriel Angel Narváez, ostentaban simultáneamente, en su orden , como titulares y por comisión del administrador, respectivamente, los cargos de jefe de las secciones de auditoría interna y de auditoría externa, jefe de las secciones de auditoría externa y liquidación y jefe de las secciones de liquidación y auditoría interna, el actor modifica sus planteamientos originales, en el sentido de que el último de los citados funcionarios, por desempeñar, como titular, el cargo de jefe de la sección de liquidación , era el competente para ejecutar "las funciones indicadas en el artículo 89 de la Ley 9a. de 1.983", esto es, para lo que aquí concierne, practicar la liquidación de revisión atacada, en cuyo caso, sería nulo el acto producido por quien suscribió ésta como jefe de liquidación, por comisión, ya que el titular, Gabriel Angel Narváez, no había delegado sus funciones.

LOS ALEGATOS

La parte demandada, por conducto de apoderado, sostiene, en lo fundamental, lo siguiente:

De conformidad con el artículo 89 de la Ley 9a. de 1.983, la competencia para expedir la liquidación de revisión pertenece al jefe de la división de liquidación, pero es delegable, de modo que, en el caso de autos, habiéndose surtido la delegación en legal forma, sin prueba que la desvirtúe, son irrelevantes los cargos de violación esgrimidos sobre el particular.

Aunque el actor asimila las nociones de "delegación" y "comisión". debe entenderse por ésta, según el Diccionario de la Real Academia, la "orden y facultad que una persona de por escrito a otra para que ejecute algún encargo o negocio"; y, por aquella, "dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por dignidad, u oficio, para que haga sus veces, o conferirle su representación". Así que ninguna relación tiene con el proceso de determinación al impuesto, en cuanto a la competencia, las normas sobre la comisión citada en la demanda y el recurso.

No estaría de más, sin embargo, destacar que la carrera administrativa fue suspendida desde 1.976 hasta la expedición de ley 13 de 1.984 y el Decreto Reglamentario 513 del mismo año, en que se autorizó la incorporación gradual de los funcionarios públicos, pero antes de que el beneficio cobijara a la Dirección de Impuestos, el Decreto 1290 de 1.988 la excluyó definitivamente, junto con otras dependencias.

En cuanto a los ingresos adicionados, el contribuyente no negó la

realización de éstos, ni aportó prueba alguna contra lo demostrado por la Administración, que obró con sujeción a los artículos 30 y 36 de la Ley 52 de 1.977 y 74, 80 y 81 del Decreto 1651 de 1.961, aparte de que siendo materia del recurso contencioso solo la cuestión atañedera a la alegada incompetencia, no hay discusión acerca de la idoneidad de la prueba testimonial recogida por la Administración.

La parte demandante se abstuvo de otras alegaciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Tras destacar, como punto único de la apelación, la pretendida incompetencia de los funcionarios que produjeron el requerimiento especial y la liquidación oficial, la señora Fiscal Sexta de esta Corporación estima que, en cuanto toca con el primero de tales actos, no procede el pronunciamiento anulatorio impetrado, toda vez que la expedición del mismo, "por funcionario incompetente" no es causal de las taxativamente contempladas en el artículo 57 de la Ley 52 de 1.977.

Y en lo que respecta a la liquidación, que no habiendo creado el Decreto 681 de 1.990, para la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales, una división de liquidación, ni menos el cargo de jefe de ésta, la función debía ser ejercida, de conformidad con el artículo 89 de la Ley 9a. de 1.983 por quien hiciera las veces de aquél, o su delegado, que no era otro que el jefe de la sección de liquidación de la susodicha Administración Seccional, cargo contemplado concretamente en el artículo 3o, letra e), del Decreto 2218 de 1.978, así el funcionario obrara en comisión.

Sobre el particular, pone de relieve la facultad de que disponen los administradores de impuestos, según el artículo 76, literal j), del Decreto 074 de 1.976, para otorgar comisiones internas, en orden a la organización de sus oficinas y una mejor prestación del servicio, con autorización del Ministerio de Hacienda, que, "al parecer", fue concedida por resolución No. 02358 de 1.983 según lo dicho en la providencia que puso término a la vía gubernativa.

Pero que, de cualquier manera, "si lo que pretende el apelante es desconocer el acto administrativo por medio del cual se confirieron las diferentes comisiones al interior de la Administración de Manizales, ha debido impugnarlo y probar que la decisión contenida en él era contraria a la ley, por no existir delegación del Ministerio de Hacienda.....".

Pide en conclusión, confirmar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema de la competencia de los dos funcionarios responsables de

la expedición del requerimiento y la liquidación acusados, se suscitó en la inexistencia en la Administración de origen, de los respectivos cargos de Jefe de División, y en la imposibilidad de la suplencia de éstos por medios distintos de la provisión, encargo, delegación o comisión.

Es hecho probado, por lo que se desprende de las certificaciones de folios 4 a 6 del cuaderno principal, suscritas por el Administrador de Impuestos Nacionales de Manizales, que los funcionarios en cuestión obraron, en su orden. como Jefes de las Secciones de Auditoría Externa y Liquidación , con arreglo a sendas comisiones autorizadas por resoluciones 143 de 27 de mayo de 1.985 y 013 de 28 de enero de 1.986, del despacho del Administrador, no obstante ser titulares, en el mismo orden, de las Jefaturas de Sección de Auditoría Interna y Auditoría Externa.

De otro lado, como incluso lo admite el apelante, según los artículos 3o., letra e), y 10, letra i), del Decreto 2218 de 1.978, 1o. y 2o. del Decreto 2562 de 1.978 y 89 de la Ley 9a. de 1.983, la práctica de los discutidos actos, atribuidos en principio, respectivamente, a los Jefes de las Secciones de Auditoría Externa y Liquidación, o quienes hicieran las veces, "de acuerdo a los decretos de planta de personal existentes", quedó, finalmente, a cargo de los Jefes de Divisiones de Auditoría y Liquidación, o de "quienes hagan sus veces o sus delegados".

Es palmario que la expresión "quienes hagan sus veces", traduce la obvia alternativa a que era viable recurrir en el evento de Administraciones de Impuestos carentes de Divisiones, o aún de Secciones o Grupos, por no haberse establecido tales unidades en el artículo 73 del Decreto 074 de 1.976 o los decretos de planta de personal existentes entonces, y que la vía indicada era la comisión, por así estar previsto ello en los artículos 1o. y 2o. del citado Decreto 2562 de 1.978 con arreglo a las atribuciones específicas de los Administradores de Impuestos, contempladas en el artículo 76, literal j), del decreto 074 de 1.976.

En efecto, que en determinadas circunstancias la normatividad vigente faculta a un funcionario para que, por comisión, "haga las veces" de otro, no supone imprescindiblemente la preexistencia de éste o del cargo en el respectivo organismo, pues, en tal caso, evidentemente sobraría la previsión legal; a más de que en ninguna parte de la disposiciones aplicables se prescribe un requisito tal. Pero tampoco del hecho de la preexistencia del cargo del funcionario se colige la improcedencia de que un comisionado acceda al ejercicio de la función que el titular no ejerce.

Es que la comisión, según se la concibe en el artículo 75 del Decreto 1950 de 1.973, no tiene por fundamento la índole u objetividad del empleo, sino el hecho de una función prefijada en la ley que se debe ejecutar, inexorablemente, por el organismo que la tenga a su cargo, a través de las Unidades y Funcionarios de que el mismo disponga. Se trata, por otro aspecto, de la situación administra-

tiva de un funcionario, compelido, por disposición de autoridad competente, al ejercicio, o de las funciones propias de su cargo en lugar de diverso habitual, o de "actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular.....".

En virtud de la comisión, el ejercicio de la función deja de ser necesariamente coincidente con la titularidad del cargo, particularmente en administraciones que, como la de Manizales, no estaban dotadas de la totalidad de las unidades específicas comunes.

Ahora bien, incuestionablemente el acto de otorgamiento de la comisión es sustancialmente diferente de los que se profirieron dentro del proceso de fiscalización, determinación y discusión de los tributos, como que es la causa eficiente de éstos; luego, no siendo acto demandado en el presente juicio, que es rogado, no cabe un pronunciamiento de mérito en torno a las circunstancias que rodearon su expedición, como acertadamente se dice en los actos acusados, el fallo recurrido y el concepto fiscal.

Debe, por tanto, mantenerse la decisión del a-quo en todas sus partes.

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 en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LIQUIDACION DE CORRECCION / ERROR ARITMETICO

Como su nombre lo indica la corrección aritmética no tiene finalidad distinta a la de enmendar los equívocos resultantes de operaciones matemáticas y en general confusiones de orden numérico que no alteran de fondo los datos básicos declarados. Se efectúa de oficio o a petición del contribuyente y no agota la facultad para revisar el que goza la agencia gubernamental. El concepto de la derogatoria tácita del artículo 38 de la Ley 52 de 1.977 se refuerza con la consideración de que el tratamiento a los errores aritméticos fue modificado en el Decreto 3803 de 1.982 en varios aspectos; funcionario competente, el procedimiento, el concepto, etc., en forma tal que puede entenderse que la nueva regulación no era compatible con la que traía la Ley 52 de 1.977 sobre la misma materia.

AMNISTIA DE REQUERIMIENTO -Efectos.

La amnistía de Requerimiento Especial solicitada con fundamento en los artículos 54 de la Ley 75 de 1.986 y 6 del Decreto 260 de 1.987, impedía la práctica de la Liquidación de Revisión pero no afectó la Liquidación de Corrección, pues son dos actos administrativos independientes, aunque no por eso dejan de estar interrelacionados. No son ciertas las aseveraciones en el sentido de que la jurisdicción carecía de materia para pronunciarse fundamentándose en el par 3o. del art. 54 de la Ley 75 que ordena a la Administración, que cumplidas las exigencias requeridas para obtener el beneficio se de por terminado el proceso y se ordene el archivo del expediente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3149. Actor: VIMODERNAS S.A. IMPUESTO DE RENTA - FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de abril de 1.990, la cual resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda formulada por la sociedad VIMODERNA S.A. dirigida contra los actos administrativos que fijaron el Impuesto sobre la Renta y complementarios correspondiente al período gravable de 1.984.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

EL 20 de marzo de 1,986 la Administración de Impuestos practicó la liquidación de corrección aritmética No. 275019 sobre la privada que con la declaración de renta presentó la sociedad por el año gravable de 1.984; este acto fue confirmado por la Resolución No. 262010 de enero de 1.988.

La corrección consistió en que a los ingresos declarados en el renglón del formulario $221.027.199) le restó los dividendos declarados ($11.735.172) y a la base resultante $209.292.927, le aplicó el porcentaje del 2% para determinar una renta presentiva sobre ingresos de $ 4.185.840, suma a la cual adicionó los dividendos abonados a la empresa por el año en cuestión ($11.735.172) sin afectarlos previamente con los costos, como lo prevé el Artículo 4o. del Decreto 353 de 1.984, como quiera que ni en la declaración de renta, ni en sus anexos aquellos fueron afectados con costo o deducción alguna, ni en el memorial del recurso de reconsideración la firma aclaró cuales fueron los costos imputables al citado ingreso.

Agotada la vía gubernativa demandó la actora ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta y complementarios por el año 1.984. Como restablecimiento del derecho pidió la práctica de una nueva liquidación sobre los factores declarados y la devolución de lo pagado en exceso sobre la nueva liquidación así como la condena al reconocimiento de intereses en los términos del Artículo 177 del C.C.A.

Insiste primero el reclamante en que, como la sociedad durante el trámite gubernativo se acogió al beneficio de la AMNISTIA DE REQUERIMIENTO ESPECIAL, consagrada en los Artículos 54 de la Ley 75 de 1.986 y el 6 del Decreto 260 de 1.987, por el año gravable de 1.984, se debe aceptar la solicitud formulada en tiempo y exonerar de las sanciones e intereses correspondientes.

De otra parte agrega, que como la liquidación de corrección aritmética está limitada a los tres casos que específicamente señala el Artículo 24 del

Decreto 3803 de 1.982 y en ninguno de estos errores aritméticos incurrió la empresa, la renta presuntiva estuvo bien declarada, y el hecho de haber informado en el renglón 118 ningún valor positivo como dividendo obtenido en 1.984, se explica porqué los ingresos percibidos por este concepto, fueron afectados previamente con los costos y gastos imputables a ellos por valor de $31.092.419., lo que dió como resultado final un valor neto de dividendos igual a cero.

Citó como disposiciones violadas las siguientes: Artículos 31, 32 y 33 de la Ley 52 de 1.977, Artículos 24 y 46 del Decreto 3803 de 1.982, Artículo 4o. Decreto 353 de 1.984; Artículo 117 de la Ley 9a. de 1.983, Artículo 54 de la Ley 75 de 1.986 y su reglamentario Artículo 6o. del Decreto 260 de 1.987.

El Tribunal Administrativo accedió a las súplicas de la demanda. Encontró que la liquidación de corrección practicada por la agencia fiscal, no encaja dentro de los hechos enumerados por el Artículo 24 del Decreto 3803 de 1.982, como error aritmético, de donde resultan ilegales los actos administrativos impugnados por ostensible violación de aquella. Determinó un nuevo valor de impuesto y ordenó devolver los impuestos pagados en exceso con "los intereses a que haya lugar".

LA APELACION

La apoderada judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, solicita se revoque la sentencia apelada y en su defecto se denieguen las súplicas de la demanda.

En alegato de conclusión se muestra en desacuerdo con la sentencia proferida por el a-quo porque:

a. La Administración sí se pronunció sobre la solicitud de AMNISTIA; la declaró mediante la Resolución 00160 del 23 de mayo de 1.988 y en tal virtud la infracción de los Artículos 54 de la Ley 75 de 1.986 y 6 de su reglamentario 260 de 1.987 no se dió, en cuyo caso la jurisdicción contenciosa debía cesar en su actividad y proceder a desestimar las súplicas de la demanda por carencia de materia para pronunciarse, por disposición del parágrafo 3o. del Artículo 54 de la Ley 75 de 1.986.

b. No es cierto que la Administración haya extralimitado los alcances del Artículo 24 del Decreto 3803 de 1.982, y que el Artículo 38 de la Ley 52 de 1.977 en que sustentó su actuación, estuviere derogado por la época. Esta disposición dice, no contradice al primero y en su segunda parte que se encuentra vigente por cuanto no fue incluido dentro de las derogatorias expresas del Artículo 89 del Decreto 3803 de 1.982, complementa la institución del "error aritmético". De tal suerte que la Administración tenía

la facultad para efectuar la corrección de las deducciones y costos autorizados en el Artículo 17 de la Ley 9a. de 1.983 y 4o. del Decreto 333 de 1.984.

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez, en su concepto de fondo adhiere a lo expuesto por el a-quo. Para que haya error aritmético dice, "se requiere que el contribuyente realice operaciones aritméticas con valores ciertos y que anote como resultado final un dato equivocado" y en el caso que se debate lo que ocurrió fue que, se omitió adicionar a la renta presuntiva determinada sobre los ingresos, el valor de los dividendos.

Solicita entonces se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

1. ERROR ARITMETICO

Son dos las liquidaciones oficiales que normalmente la ley tributaria faculta a la Administración de Impuestos Nacionales practicar, por un mismo período gravable: la "liquidación de corrección de errores aritméticos" y la "liquidación de revisión".

La primera está establecida por los casos que taxativamente señala el Artículo 24 del Decreto 3803 de 1.982, a saber:

"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.

b) Cuando al aplicar las tarifas respectivas, anota un valor diferentes al que ha debido resultar.

c) Cuando no obstante haber indicado correctamente las cifras relativas a descuentos, retenciones o anticipos, anota como saldo a cargo o a favor, un valor equivocado del impuesto resultante.

Esto es, como su denominación lo indica, esta liquidación no tiene finalidad distinta a la de enmendar los equívocos resultantes de operaciones matemáticas y en general confusiones de orden numérico que no alteran de fondo los datos básicos declarados. Se efectúa de oficio o a petición del contribuyente y no agota la facultad para revisar de que goza la agencia gubernamental.

En cambio la liquidación de revisión, se practica para modificar sustancialmente y por una sola vez las liquidaciones privadas; por eso, mientras que para corregir errores aritméticos no se requiere el cumplimiento de requisi-

tos previos, para la de revisión es necesario enviar el requerimiento especial que contenga todos los puntos que se propone modificar, con explicación de las razones en que se sustenta, so pena de nulidad.

En el caso concreto que se cuestiona, la enmienda que efectuó la Administración a la liquidación privada presentada por la contribuyente, como lo sostiene el a-quo y también el Ministerio Público, no corresponde a la de un "error aritmético" en los términos que lo define el precitado Artículo 24 del Decreto 3803 de 1982. La adición que de los dividendos declarados por $11.735.172, se efectuó a la renta presuntiva determinada sobre los ingresos, afecta notoriamente un dato básico, como quiera que es componente importante en la determinación de la base imponible.

No puede aceptarse como pretende el apelante, que sea ésta una "corrección de un porcentaje o una cantidad que haciendo sido prefijadas por la ley sin dejar libertad para modificarlos o exederlos, se hubiere omitido o modificado", porque a más de que no es éste precisamente el caso que se tipifica en el debate, la norma que autorizaba esta modificación, Artículo 38 de la Ley 52 de 1977, si bien no fue derogada expresamente por el Artículo 89 del Decreto 3803 de 1982 como afirma el reclamante, si lo fue tácitamente por los Artículos 24 y 25 de aquel estatuto, como la misma Dirección General de Impuestos Nacionales lo admite en su libro "IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN COLOMBIA", compilación cronológica de normas vigentes del Impuesto sobre la Renta, complementarios y procedimiento, editado en 1984. Este concepto de la derogatoria táctica se refuerza con la consideración de que el tratamiento a los errores aritméticos fue modificado en el Decreto 3803 de 1982 en varios aspectos: el funcionario competente, el procedimiento, el concepto, etc. en forma tal que puede entenderse que la nueva regulación no era compatible con la que traía la Ley 52 de 1977 sobre la misma materia.

2.- AMNISTIA, LEY 75 DE 1986

La amnistía de "REQUERIMIENTO ESPECIAL" solicitada por la sociedad con fundamento en los Artículos 54 de la Ley 75 de 1986 y 6 del Decreto 260 de 1987 y concedida por Resolución 0160 del 23 de mayo de 1988, si bien es cierto hace relación a los impuestos del año gravable de 1984 impidió la práctica de la LIQUIDACION DE REVISION pero no afectó la LIQUIDACION DE CORRECCION, pues como antes se anotó son dos actos administrativos independientes, aunque no por eso dejan de estar interrelacionados.

De suerte que tampoco son ciertas las aseveraciones del apelante en el sentido de que, la jurisdicción carecía de materia para pronunciarse fundamentándose en el parágrafo 3o. del Artículo 54 de la misma Ley 75 que ordena a la Administración, que cumplidas las exigencias requeridas para obtener el beneficio se de por terminado el proceso y se ordene el archivo del expediente.

La empresa reclamante en su demanda solicita, a más de la nulidad, se

le restablezca su derecho, así que si la jurisdicción se abstuviera de atender las súplicas de aquella, quedarían en firme los citados actos administrativos determinantes de la liquidación de corrección aritmética que impugna.

Por las anteriores razones no hay lugar a modificar la sentencia apelada pero conviene aclarar que los intereses que se ordenan devolver en la parte resolutiva, son los corrientes que ordena el Artículo 140 del C. C. A., y no los del Artículo 177 del mismo, por ser la primera norma especial aplicable en el juicio de impuestos.

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

FALLA

Confírmase la sentencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 20 de abril de 1990 en el juicio No. 6204 a nombre de la sociedad "VIMODERNAS S.A.", identificada con el NIT 60.028.713 y correspondiente al Impuesto sobre la Renta y complementarios de 1984.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente, *Guillermo Chahin Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SECCION

QUINTA

CONGRESISTA- Inhabilidades/ **AUTORIDAD CIVIL / AUDITOR**

> **La autoridad implica la potestad del mando y el ejercerla por determinación de la ley sobre la generalidad de las personas, y autoridad política la que ejercen los que gobiernan y mandan ejecutar las leyes. Ni de las funciones establecidas para el cargo de Auditor Especial, ni de las actividades que ejerció efectivamente, puede deducir la Sala que el representante elegido ejerció durante los seis meses anteriores a su elección, "Jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva".**

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos/ **FUNDAMENTOS DE DERECHO/ DEMANDA ELECTORAL** -Interpretación/ **DEMANDA ELECTORAL** - Ineptitud

> **La excepción de inepta demanda debido a la incorrección formal del escrito con el cual se introduce esta acción especial, tiene su fundamento, además, en que se precise en estos juicios electorales, cuáles son las normas constitucionales y legales vigentes, que se consideren violadas, y que se expresen así mismo, las disposiciones de superior jerarquía que erigen en causal de nulidad o de inelegibilidad los hechos u omisiones presentados como sustento de la pretensión. El juez al interpretar la demanda, no le es dable situar la controversia en terrenos distintos a los expresados en la demanda, ni alegar por su propia cuenta las disposiciones que se consideren violadas, para sustituir las normas derogadas que incluyan en los escritos demandatorios.**

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991)
Consejero Ponente : Dr. José Joaquín Camacho Pardo.

Referencia: Expedientes Acumulados Nos. 0389 y 0396, Unica Instancia. Actores: Alberto Rodríguez Pardo y Oscar Arboleda Palacio.

Se deciden en una sola sentencia, los juicios promovidos mediante apoderado, radicados con los números 0389 y 0396, en los cuales, como quedó dicho en la providencia que decretó su acumulación' "se demanda la nulidad del acto declaratorio de la elección del señor Humberto Saldarriaga Carmona, de una parte, y de la otra la de Leonidas Gallego Romero y Carlina Restrepo Ruiz, como Representante a la Cámara, principales los dos primeros y suplente el último, por la circunscripción electoral de Antioquia, para el periodo 1990-1994".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

A - El señor Alberto Rodríguez Pardo, mediante apoderado, ha presentado a esta Sección del Consejo de Estado, una demanda para que se decrete la nulidad del Acuerdo No. 6 de 31 de mayo de 1.990, originario del Consejo Nacional Electoral' "en cuanto declara elegido Representante a la Cámara por la circunscripción de Antioquia y para el periodo constitucional 1.990-1994, al ciudadano Humberto Saldarriaga C. del Partido Social Conservador".

Ha pedido igualmente que, como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad de la elección hecha en favor del señor Humberto Saldarriaga C. como Representante a la Cámara, en las elecciones del 11 de marzo de 1990 y se cancele la respectiva credencial, para que "se comunique al Presidente de la Honorable Cámara de Representantes, al Gobernador del Departamento de Antioquia y al Presidente del Consejo Nacional Electoral, para los efectos legales pertinentes". (folio 193).

Los hechos y omisiones en los cuales el actor funda su derecho, se hallan expuestos en la demanda, en los términos que siguen:

Mediante el Acuerdo No. 6 de 31 de mayo de 1990, se hizo por la Corte Electoral, el escrutinio y la declaración de elección de Representantes, Senadores y Diputados por el Departamento de Antioquia, para el periodo constitucional 1.990-1.994, habiendo sido declarado elegido y expedida su correspondiente credencial como Representante a la Cámara, el doctor Humberto Saldarriaga Carmona, quien de otra parte, "fue funcionario de la Contraloría Departamental de Antioquia, desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 19 de febrero de 1990, en el cargo de Auditor Especial".

Lo anterior quiere decir que, las funciones ejercidas por el doctor Saldarriaga, según se precisan en la demanda, fueron las previstas para el cargo de Auditor Especial en el Decreto 002304, de 4 de noviembre de 1986, entre las cuales está la función básica de "planear, organizar, dirigir y controlar las actividades de Auditoría y del funcionamiento administrativo de su oficina".

Las demás funciones específicas de este funcionario especial de la Contraloría Departamental, entidad esta a la cual corresponde la vigilancia de la gestión fiscal del Departamento y de los municipios de Antioquia, aparecen copiadas en la demanda y corresponden a la descripción que de las mismas se hace en el Decreto antes mencionado, cuya copia auténtica obra en el proceso, a los folios 64 a 192 del expediente.

Como disposiciones Constitucionales y Legales, infringidas por el acto acusado, cita el libelista las siguientes: artículos 2, 10, 20, 63, 108 y 190 (inciso segundo) de la Constitución Nacional, lo mismo que el artículo 223-5 del C.C.A..

Admitida esta demanda, dentro del término de fijación en lista, el demandado señor Humberto Saldarriaga C. la contestó y designó como su apoderado al doctor Jesús Vallejo Mejía, quién alegó de conclusión.

Cabe anotar que el actor, solicitó así mismo, en el escrito introductorio de esta acción, la suspensión provisional del acto acusado, al considerar que en la controvertida elección del doctor Saldarriaga como Representante a la Cámara, se da de manera ostensible la causal de inelegibilidad establecida en el artículo 108 de la Constitución Nacional.

La anterior medida precautelar le fue denegada al demandante por el señor Consejero sustanciador, con fundamento en las razones expuestas en el auto admisorio de la demanda.

B - El ciudadano Oscar Arboleda Palacio, por intermedio de apoderado presentó demanda contra el mismo acto administrativo electoral que fue demandado en el otro proceso, en este caso para solicitar de la Sala, la declaración, en primer término que "es nula la reclamación adicional resulta por el Acuerdo No. 6 de 1990 por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos durante los escrutinios generales de las elecciones de 11 de marzo" y, en segundo término, para que se declare la nulidad de la elección de los señores Leonidas Gallego Romero y Carlina Restrepo Ruiz, como Representantes a la Cámara, principal y suplente respectivamente, por la circunscripción electoral del Departamento de Antioquia, para el periodo constitucional 1.990-1994.

De los hechos y omisiones en los cuales el actor apoya la acción, puede hacerse la síntesis que sigue:

El día 11 de marzo de 1990, se realizaron en todo el territorio Nacional las elecciones populares para integrar las Corporaciones Públicas y, en la circunscripción electoral de Antioquia, los escrutinios generales se realizaron como lo ordena la ley, a partir del día 18 de marzo de 1990.

Pero, según la precisión que de los cargos hace el accionante, "tanto el

cómputo de votos, las actas de escrutinio, los registros electorales y pliegos, como el acto acusado cuya nulidad impetro, se hallan viciados por graves y ostensibles violaciones al sistema electoral determinado por la Constitución Política y las leyes de la República, si se tiene en cuenta que durante los escrutinios administrativos, se computaron actas y pliegos afectados de nulidad por desconocimiento de expresas disposiciones legales; se incurrió en errores aritméticos que deben ser corregidos, se impetraron extemporáneamente los recursos; "y amparándose en presuntos errores aritméticos, se desconocieron resultados contenidos en documentos electorales válidos, como lo es el acta final de escrutinio cometieron otras irregularidades que la ley califica de nulidad....." (folio 407.)

El anterior escrutinio general de supuestas irregularidades, observadas por el demandante en el proceso electoral, lo desarrolla éste más adelante, en una relación de "cargos o acusaciones" que detalla en este escrito, en las páginas 408, 409 y 410 del expediente.

Al mismo tiempo con la demanda, pero en escrito separado, el libelista solicita la suspensión provisional del acto acusado, pretensión ésta que le fue denegada, al no poderse decidir, desde el inicio de este juicio electoral, la presunta violación del acto acusado, de la norma constitucional invocada por dos motivos distintos, como supuestamente quebrantada.

La parte actora cita en la demanda, como disposiciones violadas, el articulo 20 de la Constitución Nacional, el artículo 223 del C.C.A., pero en cuanto a esta última norma, "dispone que las actas de escrutinio de jurados de votación y de toda Corporación son nulas en los siguientes casos... cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación del artículo 42 de esta ley (Ley 92 de 1985, hoy artículo 192 del Código Electoral Decreto 2241 de 1.986)....".

Esta demanda fué contestada por el doctor Clímaco Giraldo, a quien los demandados Leonidas Gallego Romero y Carlina Restrepo Ruiz, le otorgaron poder especial.

El señor apoderado, en escrito que se lee a los folios 431 a 452 del proceso respectivo, se opone a que se declare la nulidad del acto acusado, al mismo tiempo que propone las excepciones de inepta demanda, por falta de sus requisitos formales y la excepción que el incidentalista denomina como "la demanda de los hechos y las pruebas del proceso y de los textos legales.".

C - La señora Fiscal Séptimo de la Corporación emite su concepto de fondo sobre el mérito de las demandas que dieron origen a la formación de estos procesos acumulados, en el escrito que obra en el expediente No. 0389 a los folios 329 a 346.

En vista ritual, la distinguida colaboradora de esta Sala, llega a la

conclusión final de que las dos demandas "deben recibir despacho desfavorable" y deben declararse no probadas las excepciones propuestas dentro del juicio 0396.

Las razones expuestas por la Fiscalía para arribar a la anterior conclusión, habrá de sintetizarlas la Sala así:

1) En primer lugar, sostiene la Fiscalía, en relación con el proceso No. 0389 que, si bien es cierto que el señor Humberto Saldarriaga C, declarado elegido como Representante a la Cámara por el acto acusado, ejerció las funciones de Auditor Especial de la Contraloría del Departamento de Antioquia, durante los 6 meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara por esa circunscripción electoral, también lo es que, las funciones principales de dicho cargo, no implican el ejercicio de ninguna "jurisdicción o autoridad civil" de que trata el artículo 108 de la Constitución Nacional.

Lo anterior, por cuanto la jurisprudencia ha definido la autoridad civil (dice la señora Fiscal) "como aquella en que el Estado tiene poder de orden, dirección o imposición sobre los ciudadanos ya para los fines previamente privados de su mutua convivencia ya para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo." (folio 336).

Por lo anterior, después de analizar las funciones básicas, asignadas por la ley al Auditor Especial de la Contraloría, que no son otras que las de "planear, organizar, dirigir y controlar las actividades de la Auditoría, en la institución a la cual ha sido asignado", llega a la conclusión final de que, "no se prevé el ejercicio de la autoridad civil", ni aún en el caso de que fuera viable su intervención en juntas por delegación expresa del Contralor, por cuanto en estos casos "la jurisprudencia ha establecido que cuando se trata de cuerpos colegiados, no puede hablarse de tal ejercicio por parte de uno de sus miembros porque las decisiones de estos entes son tomadas en forma plurispersonal lo cual le quita cualquier posibilidad de considerar una decisión de una Corporación como ejercicio de autoridad civil por parte de uno de sus integrantes..." (folio 338).

2) En relación con el proceso electoral 0396, comienza la vista fiscal por estudiar las excepciones propuestas por el demandante diciendo que la demanda no es inepta, no obstante los defectos que a primera vista se advierten en dicho escrito, por cuanto se trata de una acción pública de nulidad, cuya demanda puede presentarse a nombre propio o por interpuesta persona y, de otra parte, porque en ese documento establece con claridad, cuales son las personas que se consideran demandadas.

Al solicitar que se declare como no probadas las excepciones propuestas, la Fiscalía se refiere al Fondo del negocio, para solicitar que se despachen negativamente las pretensiones de la demanda. Sostiene, a este propósito, que la parte actora "plantea como primero y segundo cargo la violación del artículo

20 de la Constitución Nacional'" por cuanto considera que, "hubo extralimitación en el ejercicio de sus funciones por parte del Consejo Nacional Electoral, al resolver una petición extemporánea, mientras omitió dicho ejercicio por cuanto no ordenó contar unos votos a pesar de no coincidir las actas de escrutinio municipal con el documento correspondiente....".

Pero agrega que el artículo 20 de la Carta establece "una responsabilidad personal de los empleados públicos cuando no cumplen sus funciones o lo hacen en forma indebida, que no es precisamente el objeto de este negocio y que por si mismo no genera la nulidad de un acto." de donde se deduce en la vista fiscal, como conclusión final, que las supuestas irregularidades alegadas, "no aparecen establecidas como causal de nulidad", por lo que, en tales condiciones, "se deduce fácilmente que la misma Constitución (el artículo 20) no es aplicable al presente caso ." (folio 392)

Conocidos los planteamientos hechos en las demandas, estudiados los distintos elementos de juicio recibidos en los procesos con el carácter de prueba, lo mismo que las alegaciones de las partes y el concepto de la Fiscalía; y, de otro lado, surtidos los trámites procesales sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que se considera legal, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

a) EL PROCESO No. 0389

Son partes en esta actuación, el señor Alberto Rodríguez Pardo, en cuya representación accionó y alegó de conclusión el doctor Clímaco Giraldo Gómez y, como demandado el doctor Humberto Saldarriaga Carmona, quien contestó la demanda y alegó de conclusión, representado por el doctor Jesús Vallejo Mejía

Este juicio fue iniciado mediante demanda presentada el 9 de julio próximo pasado, con la siguiente finalidad principal:

Obtener la declaración de nulidad de la elección hecha el 11 de marzo de 1990, en favor del señor Humberto Saldarriaga C. como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Antioquia, para el periodo 1.990-1.994.

El acto administrativo demandado, está contenido en el Acuerdo No.6 de 31 de mayo de 1990, originario del Consejo Nacional Electoral y cuya copia auténtica obra a los folios 3 a 58 del expediente.

Los hechos en los cuales se funda esta demanda, en cuanto a éstos trata del desempeño del cargo público de Auditor de la Contraloría, durante el término de los 6 meses anteriores a su elección, los considera la Sala, clara y nítidamente

acreditados en el proceso, por lo que, no existiendo ninguna duda de la situación de hecho, en el aspecto antes referido corresponde decidir la cuestión de derecho y, para tal fin, se toma en cuenta lo siguiente:

Los fundamentos jurídicos de esta acción, según los argumentos del actor, contenidos en la demanda y en el alegato de conclusión, pueden resumirse así:

El demandante parte de la base de que, conforme al artículo 108 de la Constitución Nacional, no pueden ser elegidos como miembros del Congreso Nacional, sino 6 meses después de haberse desvinculado del servicio público, los empleados públicos que, en razón de sus funciones, hayan ejercido durante ese lapso, jurisdicción o autoridad civil, política o militar en la circunscripción electoral respectiva.

Sostiene el accionante que, en esta situación de inelegilibidad estaba el doctor Saldarriaga, cuando fue elegido como Representante a la Cámara, conforme a los siguientes hechos que considera demostrados en este informativo:

> "Fue declarado elegido Representante ala Cámara por el Acuerdo No. 6 de 1.990 del Consejo Nacional Electoral aquí acusado "no obstante que "fue funcionario de la Contraloría Departamental de Antioquia desde el 8 de febrero de 1.989 hasta el 19 de febrero de 1990 en el cargo de Auditor Especial." (folio 194).

Lo anterior, para el accionante indica que, la elección como Representante a la Cámara se produjo, teniendo en cuenta la fecha del acto acusado, antes de haber transcurrido el término de 6 meses del retiro del doctor Saldarriaga del cargo que desempeñó en la Contraloría Departamental, empleo este desde el cual, en opinión del demandante, se ejerce autoridad civil; por lo que, en las anteriores condiciones, no reunía el Representante elegido las calidades constitucionales exigidas por el artículo 108 de la Constitución Nacional, toda vez que se configura una de las causales de inelegibilidad, establecidas en el precepto superior antes mencionado.

Ahora bien, el problema jurídico de fondo aquí planteado, consiste en definir, si el doctor Saldarriaga en razón de su investidura oficial, de Auditor Especial de la Contraloría de Antioquia, ejerció "jurisdicción o autoridad civil, política o militar en la circunscripción electoral respectiva", 6 meses antes de su elección como Representante a la Cámara.

Para el demandante no existe la menor duda de que la respuesta a este interrogante tiene que ser afirmativa, por las razones de orden jurídico que más adelante serán objeto de análisis. Para el demandado esto no ocurrío así, no obstante aceptar que desempeñó el empleo indicado en la demanda, durante el tiempo y por la época que precisan las pruebas traídas a este proceso por la parte

actora. De esta misma opinión es la señora Fiscal colaboradora de esta Sala, pues en su vista de fondo llega a la conclusión de que, " no se prevé el ejercicio de la autoridad civil, en el desempeño del cargo en estudio".

Y, de otra parte, el Consejo de Estado ha estudiado esta temática, en algunos procesos electorales parecidos al que es objeto de examen, por lo que en la interpretación del sentido y alcances del artículo 108 de la Constitución Nacional, para precisar si es aplicable al caso controvertido, tendrá en cuenta las consideraciones hechas por esta Corporación en esos casos ya sentenciados, partiendo de la base de que los soportes jurídicos de las decisiones jurisdiccionales no siempre deben ser iguales, porque los casos que resuelven no son siempre virtualmente los mismos.

En este orden de ideas, se tiene que el actor sostiene que el cargo de Auditor Especial de la Contraloría Departamental de Antioquia, "lleva implícito el ejercicio de autoridad o sea el poder de mandar u ordenar, disponer, prohibir o sancionar de acuerdo con la ley y dentro de los obvios límites de la competencia" y, de otro lado, dice el demandante, no debe perderse de vista que el Auditor Especial compromete directamente la función fiscalizadora que se le asigna al Contralor General, pues al operar como un representante del Contralor en la respectiva institución, certifica las reservas presupuestales, disponibilidad del mismo orden para la apertura de créditos, traslados y adiciones al presupuesto de la entidad y a los planes y acuerdos periódicos de gastos. Fiscaliza el adecuado aprovechamiento de auxilios, aportes o subvenciones que reciba la entidad y refrendan los contratos que celebra la entidad cuando sea de su competencia y lleva un registro de éstos y de las cauciones exigidas, de manera que permita comprobar su vigencia....." (folio 199).

Así pues, para el actor, no hay "duda entonces que la función de Auditor Especial implica, así mismo, la función de mando de que habla la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues la dirección de la Auditoría Especial lleva ínsito el poder de administración que le da vida a los planes y a la organización fiscalizadora a su cargo. . . . ." (folio 200).

En el alegato de conclusión, el señor apoderado del actor concreta las razones de orden jurídico expuestas en la demanda, para llegar a la conclusión final de que el demandado, "por haber ejercido el cargo de Auditor Especial de la Contraloría General del Departamento de Antioquia, 6 meses antes del 11 de marzo de 1990, no podía ser elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Antioquia para el periodo 1.990-1.994, por estar incurso en la causal de inelegibilidad prevista en la parte final del inciso segundo del artículo 108 de la Constitución Nacional." (folio 305).

Por su parte, el doctor Humberto Saldarriaga, Representante a la Cámara por virtud del acto acusado, por intermedio de apoderado, en síntesis dice, tanto en el escrito de contestación de la demanda, como en el alegato de conclusión:

Sostiene que el Auditor Especial de la Contraloría de Antioquia, de acuerdo al reglamento interno de esa dependencia, "no ejerce poder alguno de jerarquía sobre sus colaboradores más cercanos y por consiguiente, no es exacto hablar como lo hace el manual de funciones de cargos que estén bajo su autoridad", pues, según el artículo 5 de dicho reglamento, "el orden jerárquico de la Contraloría es la siguiente:

Contralor General, Contralor Auxiliar, Secretario General, Directores, Jefes de División, Jefe de Sección, Asistente y Superior." "y es que, a través de dichos niveles y orden descendente se trasmiten las ordenes, conservando siempre el conducto regular y la línea de autoridad. " (folio 225.)

Agrega que " el poder de mando de los Auditores Especiales está restringido al funcionamiento interno de la oficina respectiva, pues las órdenes vienen desde el Contralor por la línea jerárquica que indica el reglamento interno....." (folio 226).

En el alegato de conclusión de la demanda, el demandado observa lo siguiente:

> "Todo el debate a resolver por el Honorable Consejo de Estado gira en torno de si efectivamente el cargo referido de Auditor Especial de la Contraloría Departamental de Antioquia conlleva el ejercicio de autoridad civil, pues en caso negativo no puede prosperar la demanda. Una lectura atenta de esta última conduce inexorablemente a concluir que el actor no ha suministrado ningún argumento de peso, así sea relativo para sustentar jurídicamente sus pretensiones....." (folio 294).

De otra parte, en orden a precisar, en la práctica cuales fueron las actuaciones que cumplió el demandado como Auditor Especial de la Contraloría, durante los 6 meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara el doctor Saldarriaga solicitó certificaciones a su superior jerárquico, las cuales una vez producidas fueron incorporadas al proceso con el carácter de prueba y estos documentos en lo pertinente dicen:

> "....el doctor Humberto Saldarriaga Carmona..., laboró en esta División de la Contraloría General de Antioquia, en el cargo de Auditor Especial ante la Secretaria de Obras Públicas Departamentales, desde el 2 de febrero de 1989 hasta el 24 de septiembre del mismo año y ante la Secretaría de Educación y Cultura desde el 25 de septiembre de 1989 hasta el 19 de febrero de 1.990...." (folio 247 y aparece suscrita por el Jefe de División de Auditoría y Finanzas de la Contraloría General de Antioquia).

El documento del folio 252 del expediente, en lo pertinente dice:

> ".....le manifiesto que el señor Contralor General del Departamento,

delega y ha delegado para actuar en juntas, comités u a cualquier otro órgano colegiado, al Secretario General, Contralor Auxiliar, Directores o Jefes de División. En el caso en estudio, no se le concedió al doctor Humberto Saldarriaga Carmona ninguna autorización por parte del Contralor General para que le representara en ninguna junta, comité etc." (este documento lo firma el señor Secretario de la Contraloría).

La Sala, después de analizar las alegaciones de las partes, con fundamento en el criterio adoptado por el Consejo de Estado, que ha sido inalterable, con las obvias diferencias de redacción de los fallos, respecto de la interpretación del artículo 108 de la Constitución, pero también con apoyo en la lógica, para decidir toma en cuenta lo siguiente:

Están en el proceso acreditados debidamente los hechos en los cuales se funda la demanda, por cuanto es verdad procesal, en primer lugar, que el demandado fué elegido como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento de Antioquia y, en segundo término, está también demostrado que ejerció las funciones de Auditor Especial de la Contraloría Departamental hasta el día 19 de febrero, es decir, dentro del lapso previsto por la Carta Política, para que se configure la inhabilidad.

Así pues, la situación de hecho está demostrada claramente en el proceso, por lo que la cuestión de derecho, consistirá en precisar si el empleo oficial que desempeño el Representante elegido, y las funciones que efectivamente ejerció en desempeño del mismo, implican el ejercicio de autoridad civil en la circunscripción electoral de Antioquia, como lo sostiene el demandante reiteradamente en el escrito introductorio de esta acción electoral, para saber si efectivamente, la causal de inelegibilidad está establecida en la citada norma general de la Constitución Nacional, está configurada.

Ahora bien, para decidir este aspecto de fondo de la controversia, piensa la Sala que deben tenerse en cuenta, en primer lugar, que el origen de esta inhabilidad, en opinión de muy autorizados tratadistas de derecho constitucional, es en síntesis el siguiente:

Para el profesor Alvaro Copete L. esta inhabilidad temporal que vicia de nulidad la elección de Senadores, Representantes y Diputados, busca conseguir "la independencia política de los Congresistas y evitar que los funcionarios investidos de autoridad y jurisdicción usen de ella para lograr su elección....." (lecciones de Derecho Constitucional Colombiano página 145).

En tanto que, para el doctor Luis Carlos Sáchica, tratadista y profesor de la materia en varias universidades, de lo que se trata es de impedir que los funcionarios, "cuyo cargo lleve autoridad o jurisdicción, cuando no se hayan separado del cargo, con anterioridad de un año o 6 meses, a la fecha de la elección, para impedir que su condición privilegiada se refleje en el resultado electoral,

frente a los candidatos que no gozan de la misma prerrogativa...." (Constitucionalismo Colombiano págs. 173 y 174).

Y, para el doctor Jacobo Pérez Escobar, también conocido tratadista especializado en esta disciplina del derecho público, las inhabilidades temporales, por razón del desempeño de ciertos cargos, tiene por objeto, "evitar que unos candidatos se coloquen en situación de privilegio frente a los demás, porque el ejercicio de los expresados cargos, les permiten no solo ejercer una amplia influencia en el electorado, sino montar un aparato que les sirva de ayuda para conquistar electores, en detrimento de los aspirantes que no cuentan con los mismos medios de acción...." (Derecho Constitucional Colombiano, Quinta Edición, publicada en febrero de 1.991 pág. 367).

Así pues, el artículo 108 de la Constitución Nacional reformado por el artículo 32 del Acto Legislativo No. 1 de 12 de diciembre de 1.968, establece, para un grupo de funcionarios entre los cuales están los **Contralores Departamentales,** una inhabilidad de un año después de que han cesado en el ejercicio de las funciones públicas, para ser elegidos como miembros del Congreso o de las Asambleas Departamentales, en tanto que esta misma inhabilidad, disminuida temporalmente hasta la mitad, la mantiene, no para los demás empleados públicos en general, sino para quienes hayan ejercido durante ese lapso procedente (6 meses), "Jurisdicción o autoridad civil, política o militar en la circunscripción electoral respectiva."

Se trata de precisar entonces, si el elegido Representante a la Cámara doctor Humberto Saldarriaga C., cuya validez de su elección se cuestiona en este juicio, aprovechando la situación excepcional que le ofrecía el cargo administrativo por él desempeñado, tenía la oportunidad, desde esa posición, de "ejercer mando o poder de decisión civil, "en perjuicio de los demás aspirantes a la Cámara por esa circunscripción electoral, quienes no disponían de estas prerrogativas de la burocracia, puestas al servicio de su aspiración electoral.

La Sala piensa, en relación con el análisis de este tema, que esta Corporación tiene bien definido en su jurisprudencia, sin que se observe cambio importante alguno, cual es el sentido y alcances de la inhabilidad establecida en el artículo 108 de la Constitución Nacional, acerca de la integración de los dos grupos funcionariales allí mencionados.

En efecto, en relación con el segundo grupo que es el que interesa al caso en examen, ha dicho lo siguiente:

> "A partir de 1.986 el Constituyente estimó necesario estatuir la prohibición de que determinados funcionarios públicos que ejercen autoridad directa y personal sobre toda la Nación o una parte de ella sean designados miembros del Congreso Nacional o de las Asambleas Departamentales, por el justificado temor de que pongan las influencias oficiales o las fuerzas morales

o materiales del poder al servicio de sus candidaturas, ejerciendo así cierta presión o aún coacción sobre los electores, como lo dicen los autorizados comentadores José María Samper y Tulio Enrique Tascón."

"Considera el Constituyente que solamente cuando ha transcurrido cierto tiempo desde cuando cesa el empleado en el ejercicio de sus funciones es que desaparecen los motivos de la prohibición y la inhabilidad deja de existir...." (Anales del Consejo de Estado, sentencia de 17 de junio de 1,975, Consejero Ponente doctor Gustavo Salazar T., primer semestre 1.975, Nos. 445 y 446, pags. 403 y ss.)

El anterior fallo expresa que no existe la menor duda acerca de los funcionarios que integra el primer grupo, puesto que, "el Constituyente lo relaciona nominal y taxativamente", en tanto que, no sucede lo mismo con los empleados que pertenecen a la segunda categoría, por cuanto en este grupo, "es necesario indagar y precisar, en cada caso, si están investidos de función jurisdiccional o si sus actos se pueden calificar de mando o autoridad para que los cobije la prohibición..." (pág.405 de la sentencia antes transcrita.)

De suerte que, de lo que se trata con estas causales de inhabilidad, como lo dicen los tratadistas que han quedado citados, es de evitar que los funcionarios que tengan poder de mando civil, jurisdiccional o militar, pongan estas prerrogativas al servicio de sus intereses electorales y en detrimento de quienes no tienen esta misma disponibilidad de influencia y aspiran a ser favorecidos en las votaciones populares.

Es claro que la inhabilidad que cobija el segundo grupo no puede referirse a todos los funcionarios públicos que lo integran, sino aquellos empleados que como lo ha dicho el Consejo de Estado, cumplen actividades en beneficio de la comunidad que "comprenden la posibilidad de ejercer mando o poder discrecional, civil, político o militar....".

Por lo anterior, el primer ponente de este juicio, doctor AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, al precisar lo que se entiende por el ejercicio del mando o poder de decisión civil, en la providencia por medio de la cual no accedió a suspender provisionalmente el acto acusado, transcribe los siguientes apartes del fallo electoral proferido en los expedientes acumulados 895, 897 y 899, del cual fue ponente el honorable Consejero doctor CARMELO MARTINEZ CONN:

" Como lo ha dicho ya esta Corporación, la autoridad implica la potestad del mando y el ejercerla por determinación de la ley sobre la generalidad de las personas, y autoridad política la que ejercen los que gobiernan y mandan ejecutar las leyes. Ampliando más estos conceptos podría decirse que la autoridad civil es aquella que en el Estado tiene el poder de orden, dirección o imposición sobre los ciudadanos, ya que para los fines puramente privados de su mutua convivencia, ya para el cumplimiento de las obligaciones

esenciales del mismo. La autoridad civil lleva implícita la potestad de mando o de imperio que tiene su expresión más clara, característica y acentuada en el ejercicio del poder ejecutivo, sin que ello impida que en otros campos de la actividad estatal hayan también funcionarios que queden envueltos dentro de la órbita de lo que se conoce como autoridad civil", (Sentencia de junio 7 de 1989. Exp. No. E-0292).-

Con fundamento en todo lo que hasta aquí se ha dicho, bien se advierte que, durante los 6 meses que antecedieron a la elección de Representante a la Cámara, el Doctor Saldarriaga ejerció en la Contraloría Departamental de Antioquia el cargo de Auditor Especial, en comisión en las Secretarias de Obras Públicas y Educación del Departamento de Antioquia, según consta en la prueba documental que obra en este expediente. Pero, ni de las funciones establecidas para dicho cargo en el Decreto No. 002304 de 4 de noviembre de 1986, del Contralor General del Departamento, cuya copia auténtica obra en autos, ni de las actividades que ejerció efectivamente, conforme a lo probado, pues está visto que no fue delegado por el Contralor para representarlo en juntas o comités (folio 252), puede deducir la Sala que, en realidad, el Representante elegido en estas circunstancias, ejerció durante los seis (6) meses anteriores a su elección, "jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva.".

Al llegar al conclusión final de que, en este caso, no se configura la inhabilidad objeto de análisis, se considera que en este juicio no se destruyó la presunción de legalidad que le asiste al acto electoral acusado por lo que, en estas condiciones, habrá de denegarse las pretensiones de la demanda.

b) **EL PROCESO No. 0396**

Demanda presentada por el doctor Oscar Arboleda Palacio, por intermedio de apoderado.

Consta en esta actuación que el demandante, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción pública electoral, impetró ante esta Corporación, la nulidad de "la reclamación adicional" que con ese mismo título aparece relacionada y resuelta, por vía de apelación, en el Acuerdo demandado, lo mismo que la nulidad de dicho Acuerdo en cuanto "declara la elección de Senadores, Representantes y Diputados y se ordena expedir las respectivas credenciales". Así mismo, solicita que se invaliden "los registros electorales o actas de escrutinio de jurados de votación o de cualquier otra Corporación", que hayan dado origen a la declaración de elección antes mencionada.

Simultáneamente con la demanda pero en escrito separado, presentó el actor solicitud de suspensión provisional del acto acusado, la cual le fue negada por improcedente, según las razones expuestas en el auto que admitió esta

demanda

Conforme a los poderes especiales que obran a los folios 429 y 430 del expediente, se reconoció al doctor Clímaco Giraldo Gómez como apoderado de los demandados y, en su carácter, dicho profesional intervino en el juicio, dándole contestación a la demanda (folios 431 a 452) y, alegando de conclusión, por medio del escrito que obra a folios 306 a 314 del expediente 0389.

También se reconoció con en este juicio como apoderado sustituto, en representación de la parte actora, al doctor Carlos Castellanos Pulido, quien alegó de conclusión por medio del escrito que obra a folios 315 a 325 del expediente 0389.

Los hechos u omisiones en los cuales el actor apoya esta acción, aparecen parcialmente transcritos en esta providencia, en el acápite de antecedentes procesales, en tanto que, acerca de las disposiciones supuestamente quebrantadas, cabe anotar que el libelista invoca únicamente el artículo 20 de la Constitución Nacional y el artículo 223 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con la Ley 96 de 1985 y el artículo 192 del Código Electoral, en su numeral 11, no obstante que, para la fecha en que supuestamente ocurrieron los hechos objeto de examen, las anteriores normas de jerarquía legal, habían sido modificadas por la ley 62 de 1988, artículo 17, disposición esta en la cual no aparece la causal de nulidad alegada por la parte actora.

De otra parte, el señor apoderado sustituto, en su alegato de conclusión, sostiene, a su turno, que el acto acusado se expidió, "en abierta violación" de los artículos 224 y 225 del Decreto 01 de 1984, sin advertir que las normas en cita habían sido modificadas por el artículo 69 de la ley 96 de 1985.

El señor apoderado de los demandados, tanto en el escrito, de contestación de la demanda como en su alegato de conclusión, hace, en síntesis, las siguientes precisiones:

Que se opone" a todas y cada una de las declaraciones solicitadas por el actor" contra la elección de sus poderdantes.

Que la demanda es inepta (excepción) por falta de sus requisitos formales, en cuanto no designa con claridad a las partes, ni se sabe "a ciencia cierta" quien es el demandado, ni comprende" a todos los litisconsortes necesarios ". ni "hay la precisión exigida por los artículos 137-2 y 138 del C.C.A., respecto de lo que se demanda ....." (folio 434, expediente No. 0396).

En el alegato de conclusión ya mencionado, dice que los hechos y omisiones que se consignan en la demanda, " no están erigidos en causal de nulidad, pues también en este aspecto fue desafortunado el actor al invocar y transcribir como

fundamento de la acción, el antiguo texto del artículo 223 del C.C.A., que perdió vigencia y fué sustituído por el artículo 17 de la ley 62 de 1988....". Y, para concluir, el señor apoderado de los demandados, pide a este despacho que' se abstenga de pronunciar sentencia de mérito y que, en su lugar, se profiera providencia inhibitoria" (folios 312 y 313 del expediente No. 0389).

Así pues, la primera cuestión que debe analizar la sala, es la excepción de inepta demanda, propuesta por el señor apoderado de los demandados, por cuanto si ésta se considera probada y tiene por tanto fundamento sólido en el proceso, esta circunstancia inhibirá al Juez Administrativo, para analizar el tema objeto de este debate, en orden a producir una decisión de fondo.

Inicialmente, al admitirse esta demanda, se dijo, en síntesis, que este escrito podía interpretarse, no obstante sus deficiencias de orden técnico, por cuanto esta acción es pública y, toda vez que se trata de un juicio especial de nulidad de un acto administrativo de carácter electoral, en el cual el magistrado conductor del proceso entiende que por disposición de la ley debe tener como demandados a todos los ciudadanos que resulten elegidos por el acto electoral impugnado, a quienes de otro lado, se les notifica el auto admisorio de la demanda.

Conviene anotar que la excepción de inepta demanda debido a la incorrección formal del escrito con el cual se introduce esta acción especial, tiene su fundamento, no solo en cuanto dicho documento omita la designación correcta de las partes o no se precise en él quien es el demandante, ni se determine exactamente lo que se demanda y los actos administrativos cuya nulidad se impetra. Es necesario además que se precise en estos juicios electorales, cuales son las normas constitucionales y legales vigentes, que se consideren violadas y que se expresen así mismo, las disposiciones de superior jerarquía que erigen en causal de nulidad o de inelegibilidad, los hechos u omisiones presentados como sustento de la pretensión, por cuanto que, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo, "no toda contravención se encuentra erigida en nulidad para los actos electorales. Ellas no pueden establecerse jurisprudencialmente, sino que deben ser objeto de una consignación taxativa del precepto legal. Si, como se ha visto la nulidad establecida por el artículo 4o. de la ley 7a de 1932, desapareció con la reforma introducida por el artículo 5o. de la ley 187 de 1936, el Consejo no puede ahora, por vía de interpretación o de doctrina, aplicarla por su propia cuenta.....", (Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de noviembre 7 de 1960, Consejero Ponente doctor Guillermo González Charry, Anales Nos 392 a 396 pág. 639).

Así mismo, esta Sala Electoral ha sostenido que, "no le es dado al Juez modificarle la demanda al accionante salvo norma expresa en cuanto que le permita fallar extra o ultra petita. "Y, la anterior precisión la hizo después de insistir en que, "esta jurisdicción es esencialmente rogada, ello implica que el Juez debe limitarse a resolver lo pedido por el actor en el libelo para lo cual tan solo puede tener en cuenta las normas invocadas como violadas en la demanda y el concepto de su violación expresado por el demandante. No puede en

consecuencia el Juez Administrativo fallar extra o ultra petita, ni tener en cuenta, para decidir disposiciones constitucionales o legales distintas de las citadas por el accionante o conceptos de violación de la norma superior, distintos de los expresados en el libelo...." (Sentencia de 10 de julio de 1989, expediente No. 0314, Consejero Ponente doctor MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ).

Suficientemente claros quedan, pues, en el anterior pronunciamiento de esta Sala, los límites de la actuación del Juez Administrativo al interpretar la demanda, en cuanto que no le es dable situar la controversia en terrenos distintos a los expresados en la demanda, ni alegar por su propia cuenta las disposiciones que se consideren violadas, para sustituir las normas derogadas que se incluyan en los escritos demandatorios. El Juez, en realidad en orden a producir la decisión de fondo, debe limitarse a analizar y definir las causas de nulidad que le proponen los demandantes en el texto de la demanda, pues ésta y su contestación constituyen los límites dentro de los cuales debe cumplirse su actividad falladora.

En este orden de ideas, bien se advierte que el artículo 20 de la Constitución Nacional invocado en la demanda como norma superior supuestamente quebrantada, establece que los particulares solo responden por infracciones a la Constitución y a las Leyes, en tanto que las autoridades responden por las mismas causas y" por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de las normas".

Es así como, la extralimitación de funciones, se ha considerado como una conducta funcionarial, violatoria de la ley que la establece y, la omisión en el ejercicio de la función pública, consiste en una falta de diligencia o de actuación oportuna en el funcionario, que requiere la plena y expresa consagración en la ley para que pueda ser sancionada, según el principio conocido de que no existe sanción sin ley que previamente la establezca.

Y, la invocación de la causal 11 del artículo 192 del Código Electoral que se refiere al error cometido al sumar los votos consignados en los documentos electorales, en la fecha en que ocurrieron los hechos que le dieron origen a la formación de este proceso, no era causal de nulidad de los documentos electorales, ni tampoco se presentó la demanda, toda vez que era y es simplemente causal de reclamación, que tiene un procedimiento administrativo de análisis y decisión ante el Consejo Electoral y sus delegados, quienes tienen ahora "plena competencia para apreciar cuestiones de hecho y derecho, ante las reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos, los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituídos....."

Por lo anterior, no se considera posible dictar una resolución judicial que decida sobre el fondo de esta controversia, por cuanto, estando demostrada la ausencia de uno de los presupuestos procesales como lo es la demanda en forma,

sin el cual no puede desarrollarse válidamente ningún proceso ni dictarse providencia jurisdiccional de mérito, resulta procedente y legal el pronunciamiento inhibitorio.

La sala ha adoptado esta misma decisión en otras oportunidades en las cuales se cita en la demanda disposiciones derogadas, como sucedió cuando sentenció el proceso correspondiente No. E-0291, mayo 12 de 1989 Consejero Ponente Doctor AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, decisión esta que en lo pertinente razona así:

> "Sin embargo, en el caso de autos no se trata de un simple obstáculo removible de oficio en aras de la eficacia de la administración de justicia, puesto que el hecho de haber invocado en la demanda una disposición legal derogada, como fundamento de derecho de las pretensiones, constituye ausencia del requisito previsto en el numeral 4o., art. 137 del C.C. A.- En efecto, el art. 224 invocado lo derogó expresamente el artículo 73 de la ley 96 de 1985, siendo acertado por ese aspecto el proveido del a-quo en cuanto encontró probada la excepción de inepta demanda, teniendo en cuenta la imposibilidad de encaminar una decisión judicial de fondo, con fundamento en disposición inexistente.- Además, la circunstancia de que el numeral 10 de aquella disposición del decreto 01 de 1984, hubiera sido reproducida en parte en el numeral 11 del art. 42 de la ley 96 en cita, no permite tener como invocada esta disposición por el hecho de que el art. 223 del C.C.A., modificado por el art. 65 de la ley 96 aludida hubiera consagrado como causales de nulidad ". . . . . cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el art. 42 de esta ley", como que ello equivaldría a corregir los fundamentos de derecho de la demanda en aspecto sustancial, lo que en modo alguno le es permitido al juzgador en aras de sus poderes interpretativos.-
>
> Igual cosa cabe decir de la indicación general de la ley 96 de 1985, constituida por 74 normas, sin determinar claramente cuál o cuáles de sus disposiciones infringió el acto acusado. Ello implica la falta de un requisito necesario para la conformación de la relación procesal, que podía y debía el juez examinar antes de admitir la demanda, pero que a la hora presente no permite decisión distinta a la de una sentencia inhibitoria por falta de un presupuesto procesal de aquella.- Esta falta del requisito aludido se vé agravada por la ausencia de explicación del concepto de violación, que menos es dable suplir al juzgador infiriéndolo de los hechos de la demanda, que aunque son fundamento de la causa petendi atañen al aspecto fáctico, no al jurídico de la pretensión, respecto del cual el actor debe plantear con claridad y precisión sus objeciones al acto acusado".

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y de acuerdo en parte con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la ley,

FALLA

PRIMERO: Niéganse las súplicas de la demanda presentada en el proceso No. 0389, por intermedio de apoderado, por el señor Alberto Rodriguez Pardo.

SEGUNDO: Inhíbese la Sala para emitir pronunciamiento de mérito, por ineptitud sustancial de la demanda, conforme a las observaciones hechas en la parte motiva, en relación con el proceso No. 0396.

TERCERO: Devuélvanse los documentos originales a la oficina de origen, aportados en la etapa probatoria.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase. Archívese el Expediente.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutierrez Velásquez, Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara Gonzalez de Barliza, Miguel Viana Patiño,* Conjuez,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PUBLICACION- Prueba/**NULIDAD PROCESAL-**Improcedencia- **PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS.**

Se trajeron a los autos los periódicos editados localmente, en los cuales aparecían publicados los edictos. Tal equivocación hubiese sido trascendental si solamente el edicto hubiese aparecido en las ediciones de Bogotá, pero no fue así; está probada su publicación en ediciones de circulación nacional. El demandante quiso cumplir a cabalidad con sus obligaciones procesales y con los objetivos o fines de las publicaciones, los cuales, en ningún instante, fueron afectados por razón de haberse cumplido su publicidad tanto en la edición nacional, como en la local de cada periódico. Se considera inconveniente que con el pretexto de respetar la formas, se desconozcan y sacrifiquen las finalidades que tuvo en mente el legislador al concebir la norma.

NOTIFICACION POR EDICTO/PUBLICACION

Cuando en el artículo 233 del C.C.A. se habla de notificación "mediante edicto que durará fijado cinco (5) días en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos (2) periódicos", no puede hablarse de una oración compuesta subordinada, porque ambas frases tienen su propio sentido, sin depender una de la otra; de manera que el plazo para "fijar" en la primera oración, no puede imponerse como subordinante sobre el verbo "publicar" de la segunda, pues se comprende que a pesar de tratarse de un sujeto gramatical común, las conductas verbales del mismo son distintas e independientes entre ellas, respecto del término de cinco días expresamente fijado para la primera. Dicho plazo no tiene aplicación en lo referente a la publicación en prensa del edicto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- (Sala de Decisión) Bogotá, D. E., diez (10) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor José Joaquín Camacho Pardo*

Referencia: Expediente No 0373. Recurso de Súplica. Actor: José Guillermo Castro Castro.

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de súplica interpuesto por el doctor José Libardo López Montes como apoderado del doctor Adalberto Ovalle Muñoz contra el auto interlocutorio proferido en Sala Unitaria, fechado el 18 de Febrero del presente año, en virtud del cual no se decretó la nulidad procesal impetrada por el recurrente.

LA SOLICITUD DE LA NULIDAD.

Alega el incidentalista que en el proceso bajo estudio se debe declarar la nulidad resultante de "la ausencia de notificación del auto admisorio de la demanda" y, como secuela de dicha declaratoria, proceder a la terminación del proceso y el archivo del expediente. El sustento legal de su petición lo deduce de los numerales 8 y 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 233 del C.C.A., por considerar que no se notificó el auto admisorio del libelo ciñéndose a las formalidades consagradas en esa disposición.

Los cuestionamientos que el abogado recurrente formula frente a la actuación procesal cumplida para efectuar la notificación del auto admisorio de la demanda, se reducen, en síntesis, a los siguientes:

a) El edicto no se publicó dentro del término de cinco días establecido por el artículo 233 del C.C.A., para la fijación del mismo en Secretaría.

b) El edicto no fue legalmente publicado porque los periódicos en los que apareció, no eran de amplia circulación en la "respectiva circunscripción electoral."

c) La publicación del edicto no fue adecuadamente demostrada porque al proceso se trajeron ejemplares de los periódicos que no circularon en el departamento del Cesar.

Como consecuencia de lo expresado concluye el cuestionante que la notificación por edicto no se cumplió, originando una nulidad procesal y recaba, por consiguiente, la finalización del proceso por abandono, así como el archivo del expediente.

EL AUTO OBJETO DEL RECURSO.

Se sostiene en el interlocutorio bajo examen , dictado por el ponente, que no hay lugar a la declaratoria de nulidad y a esa conclusión se arriba, con las siguientes consideraciones.

En cuanto al plazo para efectuar la publicación, considera que el artículo 233 del C.C.A., no establece que el mismo deba ser común con el determinado para la fijación del edicto en Secretaría es decir, de cinco días. Ningún criterio interpretativo permite llegar a esa conclusión. De otra parte, se afirma que la finalidad del edicto es la de conseguir la notificación del auto que admite la demanda, con el objeto de que quienes directamente tengan interés en el proceso, puedan intervenir, según su conveniencia en el mismo. Por lo demás se dice en la providencia objeto del recurso, que el término para cumplir con las publicaciones es común al señalado para comprobarlas. No prosperó por este aspecto el cargo de nulidad.

Respecto de la circulación que tienen los periódicos "El Tiempo" y "El Espectador" en la circunscripción electoral del Cesar, se consideró en el auto recurrido que la supuesta limitación o restricción circulatoria de esos periódicos en aquel departamento carece de demostración. Por el contrario, se toma como un hecho suficientemente conocido y casi que notorio, el cubrimiento nacional que tales medios de información poseen, inclusive en el departamento del Cesar. No prosperó la nulidad sobre este cargo.

En relación con la promulgación que se hizo del edicto en las ediciones locales de los periódicos mencionados, ejemplares que fueron aportados por el apoderado del actor que llevarían, en principio, a tener como no probada la publicación oportuna, se estima en el proveído suplicado, que la omisión, así considerada, no alcanzó a configurar la nulidad planteada porque , en virtud de una prueba dispuesta oficiosamente por el sustanciador del negocio, fue posible establecer que en los mismos periódicos y para las mismas fechas de las ediciones locales, el edicto también se había publicado en las entregas nacionales, valga decir, en las que también llegaban al departamento del Cesar. Se concluyó entonces que la finalidad de la norma sobre notificación mediante la publicación en prensa del edicto se había obtenido y, como consecuencia, denegó por esta razón la nulidad impetrada.

CONSIDERACIONES

En cuanto corresponde a la notificación cuyo cuestionamiento originó este incidente de nulidad, observa la Sala:

Dispone el artículo 233 del C.C.A., en la parte que interesa a este proveído.

"Si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende. En este caso, se les notificará mediante edicto que durará fijado 5 días en la secretaría y, se publicará por una sola vez, en 2 periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral.

Si el demandante no comprueba la publicación en la prensa dentro de los 20 días siguientes a la notificación al ministerio público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente".

Como antes se anotó, al tenor de los pedimentos del incidentalista y lo consignado en el auto suplicado, la cuestión a decidir, en esta oportunidad, se concreta a los siguientes puntos: el término para hacer la publicación en la prensa; el ámbito de circulación de los periódicos El Tiempo y El Espectador y, por último, si al allegar, equívocamente, la parte actora, los ejemplares de la edición local de los mencionados medios informativos, fueron satisfechas las condiciones consagradas en la norma transcrita.

En lo pertinente al término durante el cual deben efectuarse las publicaciones del edicto, sostiene el recurrente que es de cinco días, comunes con el de fijación en la Secretaría, conclusión a la que arriba con criterio estrictamente personal. Así lo interpreta la Sala toda vez que la disposición en comento no permite tal entendimiento, si se toma en consideración que la disposición aludida consagra dicho término para la fijación del edicto, sin hacer referencia expresa o tácita alguna, sobre la cual deducir que en el mismo plazo de fijación deben hacerse las publicaciones en la prensa.

Estima el incidentalista que la disposición referida "...es una sola oración compuesta de dos partes unidas por una ' y '...". En efecto, en el texto legal: "...mediante edicto que durará fijado cinco (5) días en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos (2) periódicos...", se puede afirmar la existencia de una sola oración integrada por dos oraciones, a saber, la primera: "...edicto que durará fijado cinco (5) días en la Secretaría..." y, segunda: "...se publicará por una sola vez dos (2) periódicos...". Pues bien, este tipo de oraciones establecen entre ellas relaciones encaminadas a complementarse. La intensidad de dicha relación puede ser mayor o menor, según la independencia que cada oración conserve respecto de las demás.

Ahora bien, la unión y relación entre tales oraciones se cumple mediante las conjunciones y estas pueden ser, según el caso, coordinantes o subordinantes, según que unan o relaciones sin establecer dependencia entre aquellas, vale decir, que conserven su individualidad en independencia en las primeras, o bien por el contrario, señalan una dependencia, en forma tal que la oración dependiente, para ser comprensible, requiere de los dicho en la oración dependiente, para ser

comprensible, requiere de los dicho en la oración principal, en las segundas.

De acuerdo con lo anterior se concluye que son oraciones coordinadas aquellas que tienen un sentido completo y son subordinadas las que su sentido está sometido la principal o subordinante. En este orden de ideas, en la norma que se estudia, no puede hablarse de una oración compuesta subordinada porque ambas frases tienen su propio sentido, sin depender una de la otra. Sólo tienen en común el mismo sujeto: edicto, y el elemento de enlace, o sea, la conjunción copulativa ' y '. En lo demás son independientes. Precisamente de tal independencia resulta la posibilidad de tomarlas por separado, porque cada una es independiente y porque el plazo para "fijar" en la primera oración, no puede imponerse como subordinante sobre el verbo "publicar" de la segunda, pues se comprende que a pesar de tratarse de un sujeto gramatical común, las conductas verbales del mismo son distintas e independientes entre ellas, respecto del término de cinco días expresamente fijado para la primera. Dedúcese de lo anterior que dicho plazo no tiene aplicación en lo referente a la publicación en prensa del edicto.

Por lo demás, esta ha sido criterio de interpretación de la Sala en anteriores oportunidades, entre otras, la transcrita en autos, fechada el 5 de septiembre de 1.986 con ponencia del honorable Consejero doctor SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ, en el curso de la cual, en varias oportunidades expresamente se acepta que el término de publicación del edicto corresponde al de comprobación de tales publicaciones, entendimiento lógico y jurídico que se comparte en esta ocasión. No hay lugar a revocar el auto suplicado por este motivo.

Ahora bien, en lo relacionado con la circulación de los periódicos El Tiempo y El Espectador de la circunscripción electoral del Cesar, la Sala comparte íntegramente lo expresado en el auto objeto del recurso. En efecto, de una parte, aseverar en este proceso que los aludidos medios informativos no circulan en ese departamento, como pueden circular otros periódicos de la región, no pasa de ser una afirmación huérfana de prueba, y , por lo mismo, inaceptable. De otra parte, es bien sabido, que El Tiempo y El Espectador son dos periódicos de cubrimiento nacional y que, por consiguiente llega a todas las regiones del país, incluído, desde luego, el departamento del Cesar. Se concluye, entonces, que tampoco por esta razón es viable la revocatoria del auto impugnado.

El último motivo de cuestionamiento se refiere al valor probatorio que merecen los periódicos allegados a los autos por la parte demandante, considerando que los mismos corresponden a las ediciones locales, de circulación limitada a Bogotá y, por consiguiente, de imposible conocimiento para los interesados en el departamento del Cesar. Ciertamente el incidentalista logró demostrar en este proceso que los periódicos El Tiempo y El Espectador traídos por el demandante el 29 de junio de 1.990, es decir, dentro del término legal de veinte días consagrado en la norma, no tenían circulación nacional, no llegaban al departa-

mento del Cesar. Así las cosas pudiera pensarse que las publicaciones del edicto se realizaron en contra de la regulación legal comentada. Sin embargo, no puede mirarse esta situación en forma tan superficial y con un criterio tan simplista que origine inmediatamente su nulidad.

En efecto, un primer aspecto que debe considerar la Sala, guarda relación con el comportamiento asumido por el demandante frente a sus obligaciones probatorias en el proceso y concretamente frente a la parte final del artículo 233 del C.C.A. que sanciona con la terminación del proceso "por abandono" cuando el actor no comprueba en término la publicación.

Se podría sostener que en el caso bajo estudio el demandante debe ser sancionado por abandono?. Sin duda, la respuesta sería afirmativa si el actor no hubiere desarrollado las actividades necesarias para que la publicación del edicto se cumpliera conforme a la disposición aludida, como en efecto lo hizo y se acreditó procesalmente. Porque la estricta realidad enseña que la notificación al Ministerio Público que cumplió el 12 de junio de 1.990 (folio 55 vto.) y que los 20 días para demostrar la publicación se cumplían el 13 de julio del mismo año, de donde se deduce, que al publicarlo el 26 de junio y entregar los periódicos el 20 del mismo mes, demostró el actor el interés suficiente en aportar los medios probatorios que le correspondían. Mal podría entonces sancionarse por abandono un comportamiento a todas luces activo como el demostrado por la parte demandante.

Que se presentó una equivocación involuntaria y explicable es una evidencia procesal. El apoderado del actor trajo a los autos los periódicos editados localmente, en los cuales aparecían publicados los edictos. Tal equivocación hubiese sido trascendental en este juicio si solamente el edicto hubiese aparecido en las ediciones de Bogotá. Pero no fue así. Está suficientemente comprobado en el expediente que el mismo día 26 de junio de 1.990 en las ediciones de circulación nacional fue también publicado el mismo edicto. Lo anterior lleva a la conclusión que el único error apreciable en este trámite de publicidad consistió en haber entregado los ejemplares locales y no los de cubrimiento nacional.

Hasta dónde, entonces, puede entenderse que esa entrega equivocada, de unos periódicos de circulación local conteniendo el edicto, alcance a constituir la falta de notificación del auto admisorio de la demanda?. Considera la Sala de Decisión de extremo formalista y por demás severo tal entendimiento. En efecto, desde cualquier punto de vista que se mire lo actuado, se llega a la conclusión cierta y precisa de que, en todo momento, el demandante quiso cumplir a cabalidad con sus obligaciones procesales y con los objetivos o fines de las publicaciones, los cuales, en ningún instante, fueron afectados por razón de haberse cumplido su publicidad tanto en la edición nacional, como en la local de cada periódico. Esto significa, que así se hubiese entregado cada ejemplar editado localmente, y no nacionalmente, los derechos de defensa de quienes

podían ser destinatarios del edicto no fueron lesionados en lo más mínimo, pues para la misma fecha los periódicos El Tiempo y El Espectador circularon en la circunscripción electoral del Cesar.

Es decir, que si lo pretendido con la notificación del auto admisorio de la demanda mediante la publicación del edicto en la prensa es dárselo a conocer a los posibles interesados con miras a garantizarles un debido proceso para que puedan ser oídos, puedan ejercer el derecho de defensa oponiéndose a las actuaciones de sus adversarios, o impugnando las decisiones del juzgador, cree la Sala que ambas garantías constitucionales, de defensa y debido proceso, han sido a cabalidad respetadas en esta tramitación. En consecuencia con lo anterior, la Sala respalda el criterio plasmado en el auto recurrido en cuanto encontró cumplida la finalidad buscada por el Legislador.

Alude el recurrente a la providencia de la Sala Contenciosa Electoral calendada el 5 de septiembre de 1,986, de la que fué ponente el doctor Simón Rodríguez Rodríguez y en la cual se dispuso la terminación del proceso por abandono. Frente a la mencionada decisión, considera la Sala, que si bien, el caso allí contemplado es parecido al que ahora se estudia, no por ello debe tener idéntica definición toda vez que en este proceso se dan situaciones de hecho y de derecho no apreciadas, porque no se daban, en el juicio a que se hace alusión.

En efecto, en aquel caso las publicaciones del edicto se cumplieron en término; no obstante, la parte actora allegó los periódicos correspondientes con posterioridad al vencimiento del plazo establecido por la ley. Esa fue la razón fundamental para que se hubiese declarado la terminación del proceso por abandono. En el asunto que se examina los hechos sucedieron de diferente manera porque el demandante sí trajo oportunamente las publicaciones al expediente. Realmente la diferencia entre uno y otro caso radica en el comportamiento procesal de la parte demandante. Con razón suficiente podía pensarse y entenderse que al permitir la preclusión del plazo establecido para demostrar las publicaciones, el interesado, es decir, el actor, descuidó y abandonó el juicio que adelantaba, al abstenerse de cumplir con la carga probatoria que sólo a él correspondía.

Se afirma que la situación actual no es idéntica a la relacionada por el recurrente en razón a que se presentan dos aspectos no dados en aquella oportunidad. Uno de ellos hace relación con la conducta procesal del actor. En efecto, en este juicio sí desplegó la actividad que le correspondía, es decir, comprobó mediante las respectivas publicaciones en prensa la realidad de las mismas, dentro del término legal. Otra cosa fue que, en razón de una justificada y explicable confusión, en lugar de allegar los periódicos de circulación nacional, presentó los de cubrimiento local. Esta equivocación, sin duda alguna ausente de malicia y sí plena de buena fe, sin embargo no impidió la notificación edictal, puesto que, en los mismos periódicos y para la misma fecha, el edicto pudo ser conocido en las ediciones nacionales de los diarios mencionados.

De otra parte, y este es el otro aspecto que hace diferente este juicio, se dio la decisión oficiosa del consejero sustanciador para que se incorporaran a los autos los ejemplares de El Tiempo y El Espectador correspondientes a las ediciones nacionales de tales medios informativos. Obviamente, fueron aportados después de precluído el término para el efecto. Empero, no fue por inercia del actor, fue por un sano propósito del orientador del negocio encaminado a establecer procesalmente la verdad material de lo acontecido.

Cabe en esta oportunidad aludir a la providencia del 7 de septiembre de 1978, de la Sala Civil de la Corte, con ponencia del doctor Alberto Ospina Botero, en la cual se expresaron los siguientes conceptos de perfecta aplicación en el caso bajo estudio:

> "De otro lado, como la misión de la justicia es lograr la demostración plena de la verdad respecto de los intereses en conflicto a ella sometidos, no puede perderse de vista que cuando los litigios ofrecen deficiencias en el aspecto probatorio, el principio inquisitivo que hoy orienta la legislación procesal en lo atinente a pruebas, le señala como obligación al juzgador emplear los poderes oficiosos para decretar todos los elementos de convicción que a su juicio considere convenientes para verificar los hechos alegados por las partes, **como también completar las formalidades de que carecen algunas pruebas o depurarlas de las irregularidades que ostenten.** La misión del juez en este campo no es precisamente la inactividad sino la actividad, en procura de lograr la verdad material de lo controvertido. Fue este el sano propósito que tuvieron en cuenta los redactores del actual estatuto procesal, siguiendo las modernas corrientes del derecho probatorio." (Subrayas fuera de texto).

Por lo demás, se considera inconveniente que con el pretexto de respetar las formas, me desconozcan y sacrifiquen las finalidades que tuvo en mente el Legislador al concebir la norma. Precisamente la doctrina, la jurisprudencia y los ordenamientos procesales modernos, tienden a reducir los motivos de nulidad en el proceso, poniendo fin al uso judicial, ya en decadencia, de calificar como nulidades lo más intrascendentales errores y las más superficiales irregularidades en el procedimiento, que solo llevan en la mayoría de los casos, a dilatar innecesariamente la definición de los litigios en perjuicio de las partes e impidiendo la aplicación oportuna de la justicia.

Por último, recuerda la Sala el criterio de interpretación de las normas procesales plasmado en el artículo 4o. del ordenamiento procesal civil, aplicable por remisión expresa en esta jurisdicción, según el cual, se debe "tener en cuenta que el objeto de los procedimientos de la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.....". orientación legal tenida en cuenta, muy de cerca, en el presente asunto, la cual guarda estrecha relación con el precepto contenido en el artículo 1o. numeral 84 del Decreto 2282 de 1.989, según el cual, la nulidad de

carácter procesal se puede entender como saneada si "..... a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa ".

En consecuencia con lo expresado, estima la Sala que el recurso de súplica no debe prosperar y, por consiguiente, no revocará el auto recurrido.

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

RESUELVE

Confirmar el auto de fecha 18 de febrero de 1.991, por el cual no se declaró la nulidad impetrada por el señor apoderado del doctor Adalberto Ovalle Muñoz.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

RECLAMACION ELECTORAL-Causales/**NULIDAD ELECTORAL**-Improcedencia

El funcionamiento de mesas de votación "en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley" y la carencia de menos de tres (3) firmas de los jurados en dos (2) ejemplares de las actas de escrutinio, dejaron de ser causales de nulidad, alegables en los procesos electorales de competencia de la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo. Y como los motivos o causales de nulidad son taxativos de interpretación restrictiva, no es posible admitir como tales las causales de reclamación.

PROCESO ELECTORAL/PRUEBAS/DICTAMEN PERICIAL-Valor probatorio

Es dentro del proceso contencioso electoral que debe ordenarse la prueba que demuestre el voto consignado en las urnas por una persona que utilizó cédula indebidamente inscrita, prueba que no puede ser otra distinta que la pericial. No es posible confundir la actividad administrativa a la cual está sometido el proceso electoral desde la preparación de las elecciones hasta la declaratoria definitiva de elección, con el proceso judicial electoral que se rige por normas del C.C.A. Los informes técnicos, originados en prueba técnica no ordenada por autoridad judicial, como prueba anticipada ni como prueba en proceso judicial, carecen de valor probatorio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., once (11) de Abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: Dr. Jorge Penen Deltieure.

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 0395 y 0397. Actores: Hernán Francisco Andrade Serrano y Carmen Garzón Freyle y Hernando Iguarán.

Se procede a dictar sentencia de única instancia en estos procesos acumulados, originados en sendas demandas presentadas por Hernán Francisco Andrade Serrano a nombre propio y Carmen Garzón Freyle y Hernando Iguarán, por intermedio de apoderado, para obtener la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 04 de 31 de mayo de 1990, del Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró elegidos Senadores y Representantes por la Circunscripción Electoral de la Guajira para el período constitucional 1990 a 1994.

ANTECEDENTES

1.- El demandante Hernán Francisco Andrade Serrano hace las siguientes peticiones:

"PRIMERA: Que es nula la decisión contenida en el Acuerdo numero (sic) 04 de 31 de mayo de 1990, proferido por el H. Concejo Nacional Electoral, mediante la cual se declaran elegidos Senadores y Representantes por la circunscripción electoral de la Guajira para el período constitucional 1990-1994.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se practique nuevo escrutinio general de los votos emitidos válidamente para Senado y Cámara de Representantes en las elecciones celebradas el 11 de marzo de 1990, en el departamento (sic) de la Guajira, excluyendo del mismo los registros correspondientes a los Corregimientos de ROCHE, POZOHONDO, TABACO, HATONUEVO, CARRETALITO, OREGANAL, GUAYACANAL, PAPAYAL, SAN PEDRO Y LAGUNITA del municipio (sic) de BARRANCAS, y de aquellos cuya nulidad también (sic) se hubiere demostrado en el curso del proceso.

Igualmente como consecuencia del nuevo escrutinio se cancelarán las credenciales ilegalmente expedidas el día 7 de junio de 1990 y se expidan las que resulten del nuevo escrutinio.

TERCERA: Que lo resuelto por esa H. Corporación se comunique al Consejo Nacional Electoral, al señor Registrador Nacional Del Estado Civil, al señor Ministro de Gobierno, al Presidente del Senado y de la Cámara (sic) de Representantes, al señor Gobernador del Departamento (sic) de la Guajira, y demas (sic) autoridades para efectos de su cumplimiento.".

Como normas violadas invoca los artículos 2, 10, 172 y 180 de la Constitución Nacional, 1, 2, 77, 78, 142 y 192 del Código Electoral, 1 y 223 del Código Contencioso Administrativo y el Decreto 51 de 1986.

Como causa de las peticiones invoca los siguientes hechos:

Para efectos de la celebración de las elecciones de 11 de marzo de 1990, en el Departamento de la Guajira, como en el resto del país, se abrieron inscripciones para que los ciudadanos no integrantes del censo electoral de las distintas "....localidades y municipios..." por ser titulares de cédulas no inscritas, pudieran hacerlo a fin de elegir "...los representantes de la Nación y de las regiones y localidades .". En el municipio de Barrancas, Guajira, tanto en la cabecera municipal como en sus corregimientos, se abrieron tales inscripciones. En dicho municipio "...en especial en los Corregimientos de ROCHE, POZOHONDO, TABACO, HATONUEVO, PAPAYAL, SAN PEDRO, CARRETALITO, OREGANAL, GUAYACANAL Y LAGUNITA,..." se acercaron millares de personas "a los puestos de inscripción previamente señalados por las autoridades electorales presentando cédulas de ciudadanía de las que no eran titulares, suplantando en el acto de inscripción a las personas titulares de los documentos de identificación", con lo cual se permitieron los requisitos legales establecidos por el acto de inscripción.. Tales personas "...estamparon en el formulario E-3....., su impresión dactilar en unos casos, y signos o señas no constitutivos de huella dactilar que no permiten la identificación del elector". Por esa razón la Registraduría Nacional del Estado Civil, previo cotejo técnico dactiloscópico practicado por sus funcionarios, con apoyo en lo dispuesto en los artículos 78 del Código Electoral y 1o. del Decreto 51 de 1986 expidió la Resolución No. 1010 del 10 de marzo de 1990, invalidando la inscripción de 470 cédulas para sufragar en los Corregimientos de Roche y Pozohondo, Resolución que fué aclarada por la No. 1679 de mayo 8 de 1990, artículo 1o., en el sentido de que las inscripciones invalidadas se refieren a los mencionados Corregimientos de Roche y Pozohondo, no a la cabecera municipal.

No obstante la invalidación de las inscripciones, éstas "....conformaron en su totalidad la lista de sufragantes, formularios E-14" de todas y cada una de las mesas que funcionaron en los mencionados Corregimientos, lo que dió lugar a que ".... sufragaran fraudulentamente" más de 130 personas, lista que incluye en las páginas 9 a 15 de la demanda y que involucra las mesas de votación Nos. 02 a 08 del Corregimiento Roche, así como las mesas 01 a 05 del corregimiento Pozohondo.

También ocurrió algo similar en los Corregimientos de Tabaco, Papayal, San Pedro, Hatonuevo, Carretalito, Oreganal, Guayacanal, por lo que el Jefe de la División de Cedulación hizo llegar al Registrador Nacional del Estado Civil con oficio 2751 de abril 20 de 1990, ".... copia auténtica del oficio 2749 de la misma fecha...", comunicando los resultados de los cotejos técnicos dactiloscópicos de las huellas impresas en los formularios E-3 con los de las tarjetas decadactilares que reposan en los archivos de la Registraduría Nacional, comprobando la inscripción irregular de cédulas. Por esa razón mediante las Resoluciones 1535 de abril 27 y 1789 "...de mayo de 1990" la Registraduría Nacional anuló 1050 inscripciones, muchas personas de aquellas cuya inscripción de cédulas fue anulada

sufragaron en los mencionados Corregimientos. Incluye la lista de esas personas en las páginas 18 a 41 de la demanda (fls. 54 a 77 del cuaderno No. 1 del expediente), que afectan las mesa 01 a 012 del Corregimiento de Tabaco, 01, 02 y 03 del corregimiento de Carretalito, 03 y 04 del Corregimiento de Papayal, 01, 02 y 03 del Corregimiento de San Pedro, 01, 02 y 03 del Corregimiento de Oreganal, y 01 a 014 del Corregimiento Hatonuevo. De acuerdo con los oficios 2998 de mayo 8 de 1990, 2991 de la misma fecha, 2993 de mayo 9 de 1990, los cotejos técnicos dactilocópicos indican que hubo 3100 inscripciones que no fue posible hacer cotejo porque "....las señas estampadas en el formulario E-3, no constituyen impresión dactilar", según expresión del demandante, 1050 inscripciones cuyas inscripciones dactilares no fue posible cotejar "...por no haber aparecido" a la fecha de la prueba correspondiente tarjeta decadactilar y 1500 inscripciones en las que no coinciden o no corresponden las huellas con las que obran en los archivos de la Registraduría. Y para la fecha de presentación de la demanda aún se pretendía hacer la verificación respecto de más de 1000 inscripciones,

La totalidad de las personas irregularmente inscritas "...conformaron las listas de sufragantes, formulario E-14, cada una de las mesas de votación que funcionaron en los Corregimientos del Municipio de Barrancas". En las páginas 45 a 106 de la demanda incluye la relación de personas "...que no eran aptas para votar " en los ya citados Corregimientos "...por no haber estampado en debida forma su impresión dactilar en el formulario E-3...". Cita las mesas así: Carretalito, zona 01, mesas 02 y 03, Hatonuevo mesas 01 a 014, Oreganal mesas 01, 02 y 03, Lagunita mesa 01, Tabaco mesas 01 a 012, Roche mesas 01 a 08, Pozohondo mesas 01 a 05, Guayacanal mesas 01 y 02, San Pedro mesas 01 y 02.

Concluida la votación, los jurados hicieron el conteo de los votos y elaboraron las actas de escrutinio (formulario E-17) en tres ejemplares "...correspondientes a cada una de las 84 mesas que funcionaron en el Municipio de Barrancas, que fueron firmadas en su mayoría por los miembros de los jurados de votación". Sin embargo, falta la firma de los miembros del jurado de votación en las Nos. 07 a 011 del Corregimiento de Hatonuevo, 09 del Corregimiento de tabaco, 04 del corregimiento de Papayal y 08 de la Cabecera Municipal de Barrancas. En el municipio de Uribia el Registrador Municipal determinó por Resolución No. 005 de febrero 24 de 1990 que las tres mesas de votación asignadas al Corregimiento El Cardón estarían ubicadas y funcionarían "...frente a la Corregiduría". Esta ubicación les fue notificada a los jurados de votación el 27 de febrero de 1990, sin embargo, el día de las elecciones ". . . .sin previa autorización del Registrador Municipal de Uribia, ..." fueron trasladadas al Colegio Jesús de la Buena Esperanza ". . . .distante varios kilómetros del despacho de la Corregiduría. El mismo Registrador con oficio "...00090 de abril 2 de 1990" certificó " que las elecciones se realizaron en el citado colegio que queda situado al lado de la Corregiduría El Cardón".

El mismo Registrador de Uribia por medio de la "Resolución 03 de febrero

de 1990", determinó donde debían funcionar las mesas de votación del Corregimiento de Bahía Honda, señalando para ello la ubicación de las mismas frente a la Corregiduría. Pese a ello, las cuatro mesas autorizadas para sufragar en dicho corregimiento fueron trasladadas sin autorización previa del Registrador "ni de autoridad competente" a Guai, localidad distante diez kilómetros del lugar primeramente indicado. Según certificación, contenido en oficio "00098 de abril 11 de 1990", del precitado Registrador Municipal, las mesas fueron trasladadas y funcionaron en un colegio público situado al frente de la casa del señor Melcíades García.

Ese traslado inusitado, inconsulto y sorpresivo implicó que "...cuando los habitantes de los Corregimientos de EL CARDON Y BAHIA HONDA conocían el lugar previamente fijado, les cambiaron de sitio donde podían ejercer el derecho al sufragio".

"..., durante los escrutinios municipales de Barrancas, se impugnaron las actas de instalación y escrutinio de varias mesas de votación de ese lugar, por no cumplir con el requisito del número de firmas exigidas por nuestra legislación electoral".

Durante los escrutinios municipales se hicieron numerosas reclamaciones con fundamento' "...en la existencia de numerosas inscripciones inválidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante Resolución No. 1010 de marzo 10 de 1990, que hicieron parte del listado de sufragantes del municipio de Barrancas y que condujo a que numerosas personas no aptas para votar, lo hicieran en los comicios del 11 de marzo sin que los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal resolvieran las reclamaciones presentadas, las cuales fueron resueltas en el curso de los escrutinios departamentales. Al efecto los delegados expidieron las Resoluciones 01, 08, 09 de fecha 18 de marzo , 015 y 016 del 19 de marzo. Apeladas estas Resoluciones, el Concejo Nacional Electoral tramitó los recursos de la audiencia pública que tuvo lugar el 20 de abril de 1990, con intervención de las partes interesadas. El Concejo Nacional Electoral , mediante Acuerdo No, 04 de 31 de mayo de 1990, notificado el 7 de junio, resolvió los recursos en cuestión, para lo cual tuvo a la vista los formularios E-17 carentes de las firmas exigidas, y los oficios Nos. 2749 y 2751 de la División de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil "...sobre el número de personas cuya impresión dactilar fue estampada al momento de la inscripción (formulario E-3) no corresponde a la del titular de la cédula que reposa en los archivos de la misma Registraduría, así como el número de inscripciones que no fue posible el cotejo técnico dactiloscópico por no haberse estampado.....la impresión dactilar en debida forma".

2.- Los demandantes Carmen Garzón Freyle y Hernando Iguarán hacen las siguientes peticiones:

PRIMERA: Se declare la nulidad del Acuerdo No. 04 de mayo de 1990 en

cuanto por dicho acto el Consejo Nacional Electoral declaró elegidos Senadores y Representantes por la Circunscripción Electoral de la Guajira para el período de 1990 a 1994 "por no haber computado para tal declaratoria los votos emitidos en la totalidad de las mesas que funcionaron en los corregimientos de ROCHE, POZOHONDO, TABACO, HATONUEVO, CARRETALITO, GUAYACANAL, PAPAYAL, SAN PEDRO Y LAGUNITA del municipio de BARRANCAS, así como los sufragios depositados en la mesa número 08 de ese mismo municipio y en la totalidad de las mesas que funcionaron en los corregimientos de EL CARDON Y BAHIA HONDA del municipio de Uribia.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene y lleve a efecto la práctica de un nuevo escrutinio general de los votos emitidos válidamente para Senado y Cámara de Representantes el día once (11) de marzo de mil novecientos noventa (1990), en la circunscripción electoral de la Guajira, excluyendo de dicho escrutinio los sufragios de que tratan los registros correspondientes a los corregimientos de ROCHE, POZOHONDO, TABACO, HATONUEVO, CARRETALITO, OREGANAL, GUAYACANAL, PAPAYAL, SAN PEDRO Y LAGUNITA del municipio de Barrancas, así como los depositados en la mesa número 08 de ese mismo municipio y en la totalidad de las mesas que funcionaron en los corregimientos del EL CARDON Y BAHIA HONDA del municipio de Uribia.

TERCERA: Que como consecuencia del nuevo escrutinio se ordene la cancelación de las credenciales ilegalmente expedidas el día siete (7) de junio de mil novecientos noventa (1990) y la expedición de las que resulten del nuevo escrutinio.

CUARTA: Que lo resuelto por el Honorable Consejo de Estado se comunique al Concejo Nacional Electoral, y a los señores Registrador Nacional del Estado Civil, Ministro de Gobierno, Presidentes del Senado de la República y de la Cámara (sic) de la Guajira, y a las restantes autoridades correspondientes a fin del cumplimiento de la decisión adoptada.".

Como normas violadas citan los artículos 2, 10, 172, 180 de la Constitución Nacional, 1, 2 ,77, 78, 142 y 192 del Código Electoral y 1 y 223 del Código Contencioso Administrativo así como el Decreto 51 de 1986.

La demanda fue corregida oportunamente (fls. 99 a 147 del cuaderno No, 1 del expediente) para precisar el concepto de la violación y, mediante un cuadro las mesas cuya votación se pide anular para efectos de un nuevo escrutinio; también para transcribir jurisprudencia de la Sección Quinta del Concejo de Estado sobre ponencia del consejero Doctor Amado Gutiérrez Velásquez en el proceso No. 0338.

El señor representante legal de los demandantes Carmen Garzón Freyle

y Hernando Iguarán invoca como causa de las peticiones, los mismos hechos aducidos por el demandante Doctor Hernán Francisco Andrade Serrano en el proceso 0395, que ha quedado relatados en el acápite anterior y que de manera resumida son: con miras a la celebración de los comicios que tuvieron lugar el 11 de marzo del año próximo pasado para elegir senadores, representantes, etc., etc., en el Departamento de la Guajira, concretamente en el municipio de Barrancas, se llevaron acabo inscripciones para darle oportunidad a los ciudadanos de ejercer su derecho al sufragio en la mencionada localidad. Esa circunstancia fue aprovechada por un gran número de personas para inscribir cédulas sin ser los titulares de las mismas, hecho que dió lugar a que la Registraduría Nacional del Estado Civil expidiera las resoluciones Nos. 1010 del 10 de marzo de 1990 invalidando la inscripción de 470 cédulas en los Corregimientos de Roche y Pozohondo, 1535 del 27 de abril y "....1789 de mayo del mismo año" anulando 1050 inscripciones en los Corregimientos Tabaco, Papayal, Hatonuevo, San Pedro, Carretalito, Oreganal y Guayacanal. Igualmente la Registraduría Nacional comprobó con sus técnicos en dactiloscópicas que 3100 inscripciones fueron anuladas al no haber sido posible cotejar con las huellas de las tarjetas decadactilares que allí reposan la impresión dactilar estampada en los formularios E-3 de inscripción, porque tal impresión fue mal estampada. Que aún al momento de presentar la demanda, La Registraduría Nacional lleva "...a cabo la búsqueda de las tarjetas o matrices decadactilares que permitan el cotejo de más de MIL (1000) inscripciones ". Que a pesar de la invalidación de inscripciones hecha por la Registraduría Nacional, sufragaron en tales mesas 2600 personas portadoras de cédulas "...correspondientes a las inscripciones irregulares y espúreas de que antes se ha hablado, porque debe indicarse que las 4620 falsas e ilegales inscripciones conformaron las listas de sufragantes o formularios E-14, viciando el resultado electoral contenido en las actas de escrutinio de las mesas que funcionaron en los corregimientos mencionados.".

Además, "...algunas de las Actas de instalación y Escrutinio de los jurados de votación, formulario E-17, carecen de la firma de algunos de los miembros del jurado, de tal manera que no puede sostenerse que lo fueron por lo menos de tres (3) de sus miembros, ...", lo que ocurrió concretamente en las mesas Nos. 7 y 11 del Corregimiento de Hatonuevo, 09 del corregimiento de Tabaco, 04 del corregimiento de Papayal y 08 de la cabecera del municipio de Barrancas.

En los corregimientos el Cardón y Bahía Honda, del municipio de Uribia, aunque el Registrador Municipal mediante Resoluciones 05 y 03 del 24 de febrero de 1990 señaló el lugar donde deberían estar ubicadas las mesas de votación el 11 de marzo, tres mesas de El Cardón fueron trasladadas "...al Colegio de Jesús de la Buena Esperanza, distante varios kilómetros de la Corregiduría, frente a la cual debían funcionar ", y cuatro mesas del segundo de los mencionados Corregimientos fueron trasladadas "...a un lugar denominado GUAI, distante más de diez (10) kilómetros del sitio oficial ", que lo era en frente de la Corregiduría.

Se refiere el demandante a lo sucedido con las reclamaciones presentadas durante los escrutinios municipales, los escrutinios departamentales y finalmente en el Concejo Nacional Electoral, cita las distintas resoluciones proferidas por las diferentes autoridades administrativas electorales, para así mostrar su desacuerdo con algunas de tales decisiones.

En la corrección de la demanda hace referencia a los mismos hechos, aunque amplía algunos de los siguientes puntos de la demanda inicial.

3.- Los señores Rodrigo Dangon Lacouture, Zoila Curbelo Bernier, Senador el primero y Senadora suplente la segunda, Lorenzo Solano Peláez y Guillermo Curiel Sierra, Representantes a la Cámara, por intermedio del mismo apoderado contestaron oportunamente ambas demandas en los mismos términos "...por ser idénticas sus pretensiones, hecho y fundamentos jurídicos".

Afirman que los hechos fundamento de la demanda se presentan de manera incompleta, no correspondiendo "...entera y cabalmente a la verdad", porque "...se omiten u ocultan procesos importantes relacionados directamente con las elecciones realizadas el 11 de marzo de 1990 en la Circunscripción Electoral de la Guajira, desde luego para justificar las pretensiones de los interesados "y distorsionar en perjuicio de los demandados el resultado de las elecciones para Congreso "...en aquella significativa región del país".

Indica el apoderado de los demandados que en el municipio de Barrancas, correctamente en los corregimientos de Roche, Pozohondo, Tabaco, Hatonuevo, Carretalito, Oreganal, Guayacanal, San Pedro, Papayal y Lagunita, aunque se desarrollaron normalmente las elecciones se quiere "...persuadir al H. Consejo de Estado y a la Ciudadania en general sobre hechos dolosos, fraudulentos, delictivos". Se predican "...vicios en la inscripción de los ciudadanos para concluír afirmando, equivocadamente que todos y cada uno de los registros electorales del municipio mencionado son falsos o apócrifos o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación, de conformidad con la causal 2a. de nulidad consagrada en el artículo 223..." del C.C.A.

Manifiestan los demandados que el proceso de inscripción de las cédulas de ciudadanía "...de suyo complejo.." es anterior a la realización de los comicios, que dicho proceso tiene su ritualidad conforme a las disposiciones vigentes y debe hacerse "...hasta 30 días antes de la fecha en la cual se realizan las elecciones". Y que la votación aunque es concomitante es independiente de la inscripción, de manera que hecho presente el sufragante a los jurados de votación compete verificar si aparece "...en las lista parciales de sufragantes o el la de inscritos..." y autorizar "...la emisión del voto". Tal cosa ocurrió el 11 de marzo de 1990 en la Guajira, concretamente en el municipio de Barrancas y sus Corregimientos e Inspecciones de Policía. Allí, en las correspondientes mesas de votación, los titulares de las respectivas cédulas concurrieron físicamente y fueron autorizados para sufragar por los jurados. En consecuencia, "...no hubo, pues, suplan-

tación de las personas puesto que éstas se identificaron ante los funcionarios electorales debidamente".

Que posteriormente ".... los candidatos derrotados por amplias mayorías han pretendido oscurecer la realidad no obstante que la elección fue limpia, democrática y libre", para lo cual "... vinculan las inscripciones anteriores con los registros electorales o actas de escrutinio, siempre con el ánimo de negarle validez a estos últimos". Afirman los demandados que el acta de escrutinio "...es el documento público que prueba que las elecciones se realizaron los mismo que los resultados". Que los ciudadanos que sufragaron es porque figuraban en la lista parcial de sufragantes y, por ello, estaban en su derecho de votar. Si los jurados se lo hubieran impedido habrían incurrido en delito. Consecuentemente, "..los elementos que sirvieron para la formación de las actas de escrutinio eran auténticos y en ningún caso falsos o apócrifos. Si alguna irregularidad o anomalía anterior a las elecciones, realizadas y verificadas durante las inscripciones ocurrió, por lo menos aconteció 30 días antes; pero no afecta ni podía afectar la autenticidad del voto emitido en la urna". Si se demuestra que "...hubo irregularidad en las inscripciones los funcionarios electorales deberán responder por su conducta" pero, en ningún caso, su responsabilidad podría ser transmitida a los jurados de votación.

Respecto a lo dispuesto por la resolución No, 1010 de marzo 10 de 1990, que invalidó la inscripción de 470 cédulas para sufragar en los corregimientos Roche y Pozohondo, los demandados afirman:

> "... Ignoramos si esa providencia fué notificada pero sabemos, eso sí, que fué transmitida a Riohacha, capital de la Guajira, por Fax el mismo día de las elecciones; o sea el 11 de marzo, a los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil a las 10:30 a.m., aproximadamente, y que éstos hicieron lo propio en las horas del medio día al Registrador Municipal del Estado Civil de Barrancas por conducto de la Alcaldía. De tal manera que no hubo noticia de la invalidez de estas inscripciones en los corregimientos de Roche y Pozohondo el día de las elecciones. Lo anterior significa que los jurados de votación de dichos corregimientos obraron correctamente al autorizar la votación de los ciudadanos que aparecieron en las listas de inscritos. Conviene anotar que en otros corregimientos, por haber trascendidos (sic) días antes de las elecciones versiones alarmantes, Dactiloscópicas comisionados especialmente por la Registraduría Nacional del Estado Civil colaboraron en el momento de la elección misma al confrontar en presencia de los mismos jurados de votación la huella del ciudadano que pretendía votar, por lo cual sólo sufragaron aquellos cuya huella coincidía con la que apareció en el formulario E-3, sin que se hubiese presentado ninguna dificultad con la cédula de ciudadanía. Si posteriormente el día 11 de marzo, a solicitud de gente interesada, como lo probaremos en este juicio, la Registraduría Nacional expidió otras Resoluciones e invalidó numerosísimas inscripciones, la decisión no podría tener un

carácter retroactivo, tanto más si los signos o rasgos de las huellas no permitían la identidad del elector. Esta prueba carecer de valor por deficiencias sólo atribuibles a funcionarios de la Registraduría. Consumada la elección en forma perfectamente legal, desconocerla sería un absurdo porque, además, contradice la cronología electoral".

Sobre los cargos que hacen las demandas "...a las elecciones en el Cardon y Bahíahonda, Municipio de Uribía, son suficiente para desvirtuarlas las certificaciones de los respectivos delegados del Registrador Nacional del Estado Civil.".

Y en cuanto a la insuficiencia de firmas en algunas de las actas de escrutinio, hecho que aducen las demandas, indican los demandados: "...alegar ante la jurisdicción contencioso administrativo la insuficiencia de firmas en algunas actas de escrutinio (formulario E-17) es francamente un error de distracción mental porque tal hecho no está erigido en causal de nulidad sino de reclamación para ante los funcionarios de la organización electoral".

4.- Vencido el término probatorio, las partes alegan de conclusión, así:

a.- Los demandantes Carmen Garzón Freyle y Hernando Iguarán Romero, luego de reiterar el objeto de la demanda, la razón de la inconformidad con la declaratoria de elección acusad, los fundamentos fácticos de las pretensiones y los fundamentos jurídicos, afirman que con la prueba acompañada a la demanda y la aportada posteriormente al proceso por disposición del despacho, están demostrando los cargos.

Con las copias auténticas de las Resoluciones Nos. 1010 de marzo 10 de 1990 y 1679 de mayo 8 del mismo año, la Registraduría Nacional del Estado Civil, está probado que fue invalidada la inscripción de 470 cédulas en los corregimientos Roche y Pozohondo. Con la copia auténtica de la Resolución 1535 de abril 27 de 1990 está demostrado que la Registraduría Nacional del Estado Civil invalidó 1050 inscripciones de cédulas en los Corregimientos Tabaco, Papayal, San Pedro, Hatonuevo, Carretalito, Oreganal y Guayacanal también del municipio de Barrancas. Con los oficios Nos. 4587 y 4613 del 22 y 27 de junio, respectivamente, y 4687 de julio 4 del mismo año está demostrado que la Registraduría Nacional no pudo hacer el cotejo dactilar respecto de 3100 inscripciones efectuadas en los formularios E-3 en el Municipio de Barrancas.

Con la copia auténtica de la Resolución No. 4829 de noviembre 19 de 1990 está probado que la Registraduría Nacional del Estado Civil anuló la inscripción de gran número de cédulas en el Departamento de la Guajira, inscripción llevada a cavo con miras a las elecciones realizadas el 11 de marzo del año próximo pasado.

La anulación de inscripciones que hizo la Registraduría Nacional del

Estado Civil tiene su fundamento en el cotejo dactiloscópico llevada a cabo por expertos de dicha entidad en base en las huellas estampadas al momento de la inscripción en los formularios E-3 y las que figuran en las correspondientes tarjetas decadactilares de los archivos de identificación de la misma Registraduría Nacional. Copias auténticas de las últimas tarjetas, de los formularios E-3 y del resultado del cotejo que obran en el proceso y demuestran lo que con ellas se pretende probar, es decir, que hubo inscripción de cédulas con violación de lo dispuesto en el artículo 78 del Código Electoral y que con cédulas indebidamente inscritas se votó en las mesas de los Corregimientos ya citados por lo cual todos y cada uno de los registros electorales correspondientes a dichas mesas fueron conformados con elementos falsos o apócrifos. Está demostrado que 2450 personas sufragaron en el Departamento de la Guajira con cédulas irregularmente inscritas, de las 5108 irregularmente inscritas, número este que aumento a raíz de un "...último cotejo técnico dactiloscópico practicado por la Registraduría Nacional del Estado Civil" en las mesas 02, 9 , 10, 11, y 13 de Hatonuevo, 01, 02 y 03 de Oreganal, 03 y 06 de Papayal, 01, 02, 03 ,04, 05 y 06 de Pozohondo, 06 de Roche y 01 a 012 de Tabaco.

La prueba testimonial aportada por la parte demandada "...prueban lo aseverado en la demanda en relación con las maniobras contra la pureza de los sufragios, la irregularidad en las inscripciones, los intentos de suplantación, dobles votaciones, etc., etc., "que se presentaron en el Municipio de Barrancas y en sus Corregimientos. No otra cosa se desprende, dice el demandante, de las declaraciones de los delegados del Registrador y de los dactiloscopistas de la Registraduría Nacional.

Se afirma en el alegato de conclusión que el Legislador de 1986 no tuvo el deseo de acabar "...con el principio de la pureza electoral, que no hace relación a aspectos meramente formales sino de manera particular a los relacionados con algo tan caro a la humanidad como es el querer, la voluntad de los asociados que concurren a las urnas. Para una democracia es necesario no solo el hecho que los administrados escojan por el sistema de votación a sus representantes, sino también que esa escogencia lo sea real y verdadera y no se vea empañada por procedimientos tramposos y deformadores del querer social.

"Predicar entonces que el nuevo legislador (sic) ha preferido el fraude a la "pérdida del voto emitido" es desconocer el espíritu moral y ético de nuestras instituciones y resucitar el siglo ha desterrado, maquivelismo (sic) del pasado.

"Lógicamente la vigencia del principio que destierra el fraude y rechaza las prácticas inmorales no puede confundirse con aquel postulado que eleva a norma sustancial aquella que castiga el más mínimo alejamiento de los rituales procedimentales.

"No, los dos principios siguen coexistiendo de tal manera que el de la

pureza, castiga con la nulidad todo lo falso y apócrifo, las trampas y procedimientos que buscan destruir la verdad y el querer libre de los electores, y el segundo, vela porque no se antepongan exigencias procedimentales a esa verdadera y libre expresión de voluntad.

"Y es que en casos como el de la falsedad de las inscripciones nos encontramos desde ese momento con las huellas de un querer torcido, de una voluntad de quebrantamiento del deseo ciudadano, de una intención dañina y perversa que generalmente va acompañada de otras muestras tales como la posesión de múltiples cédulas por parte de unas pocas personas, la utilización de cédulas ajenas, la concentración de virtuales electores, etc.

"Por tanto, pues, debe concluirse que no puede admitirse que la configuración de listas de sufragantes con inscripciones falsas y el sufragio de los falsamente inscritos en las votaciones sean hechos innanes e indiferentes al derecho electoral, si no por el contrario, conductas que merecen el escudriñamiento (sic) de la verdad electoral y la sanción legal de anulación de los sufragios así emitidos.

"Ahora bien, en el caso de los corregimientos de Barrancas, dicen los autos que no solo presentó la falsa o dolosa inscripción de que se ha hecho mención en este inscrito que además se presentó el sufragio por más (sic) de 2400 personas irregularmente inscritas. Pero ahí no se detuvo el asunto pues existen pruebas que demuestran que en los distintos corregimientos del municipio se presentaron múltiples tentativas de distintas formas del fraude electoral, concentración de electores, etc... No podemos aún terminar de decantar en nuestro pensamiento ese mensaje de los dactiloscopistas de la Registraduría Nacional del Estado Civil quienes denunciaron como una conducta atentoria de los derechos humanos el manejo de la población indígena el 11 de marzo de 1990.

"De otra parte, es necesario señalar que no puede creerse que en los casos de glosas fundadas en inscripciones falsas exista una pretendida aplicación retroactiva del acto que anula la inscripción, por cuanto se olvida que el acto electoral declaratorio de la anulación no es constitutivo y creador sino reconocedor de una situación ilegal anterior."

Luego de reproducir apartes de la demanda sobre el tema de la causal de nulidad del numeral 2o, del artículo 223 del C.C.A. afirma que las actas de escrutinio de las mesas de votación de los corregimientos del municipio de Barrancas se encuentran viciadas de nulidad "...por la manifiesta falsedad en los elementos que conformaron los registros electorales correspondientes a esas localidades", porque existe falsedad en los formularios E-3 de personas inscritas, formularios que sirvieron para la formación de los registros correspondientes a dichas mesas. No puede "...aceptar la votación emitida en unas mesas en donde el censo electoral fue conformado con documentos falsos o adúlteros, maniobras en la que solo intervinieron el particular o particulares que hicieron ilegal

inscripción sino el funcionario o funcionarios electorales que permitieron el hecho ilegal así como aquellos que no pusieron en conocimiento la decisión de anular la inscripción o inscripciones ilegales.

"Igualmente, cómo podría admitirse la validez de los resultados electorales en donde los jurados de votación permitieron el sufragio de personas ilegalmente inscritas, con documentos falsos o que no correspondían a los inscritos.

"De igual manera cómo puede no excluirse del cómputo de la votación los sufragios emitidos en mesas cuyo censo y lista fueron conformados con inscripciones apócrifas y falsas.".

Invoca, transcribiéndola, la sentencia proferida por esta Sección Quinta del Consejo de Estado el 19 de febrero de 1990 en el expediente 0338 en lo que hace relación a la aplicación del principio de la eficacia del voto, en cuanto se refiere a la interpretación de las normas electorales. Concluye pidiendo se acceda a las peticiones de la demanda.

b.- Por su parte el representante legal de los demandados, luego de transcribir las peticiones de la demanda y hacer referencia de la causa de éstas, avoca de manera concreta a los puntos de éstas, así:

b.a.- **Falsedad de los Registros**

Sobre la base de que "....la demanda plantea la falsedad o apocrifidad de los registros electorales (léase actas de escrutinio de los jurados de votación) o de los elementos que sirvieron para la formación de los precitados registros electorales del Municipio de Barrancas", afirma que las actas de escrutinio son documentos públicos auténticos "que los demandantes no han tachado de falsedad" como también lo son las listas parciales de sufragantes y los registros de votantes, base para determinar los resultados en las actas de escrutinio de los jurados de votación, y agrega: "No se ve de qué manera pudiera comprobarse esta imaginaria falsedad".

Respecto de "...un presunto cotejo dactiloscópico, realizado, tal vez, de manera extrajudicial, a petición interesada" su autenticidad no está demostrada en el proceso electoral y fue hecho "a espaldas o hurtadillas de la parte demandada". Es la clásica prueba inidónea, producida, según los desviados designios de la parte demandante, fuera de las previsiones de la ley".

Los testimonios del Alcalde del Municipio de Barrancas y los de los Delegados Departamentales demuestran que en el Departamento de la Guajira "las elecciones transcurrieron pacíficamente, con la plenitud de las garantías por parte de las autoridades electorales y gubernamentales. Sin violencia, ni fraudes...".

b.b.- **Inscripciones**

El proceso de inscripción de cédulas es complejo y se realiza con anterioridad a las elecciones. De acuerdo con "las disposiciones vigentes" el ciudadano se hace presente, se identifica con la cédula, se registre e imprime la huella del dedo índice, todo ello en el formulario E-3. Y para "los efectos del control electoral, la legislación prevé que ésta puede hacerse hasta 30 días antes e los comicios", de manera que los formularios E-3 de inscripción son remitidos a la Registraduría Nacional que con base en ellos "incorpora la cédula en el censo electoral" con lo cual concluye el proceso de inscripción.

b.c.- **Votaciones**

La votación aunque "independiente pero concomitante con la inscripción es diferente es sus desarrollos mismos y opera así: reunidos e instalados los miembros de los jurados, declararan abierta la votación. a medida que los sufragantes se hacen presentes el jurado verifica que la cédula aparezca en las listas parciales de sufragantes y si ello es así autoriza "la emisión del voto". Una vez introducido el voto o papeleta en la urna o en el tarjetón "previo señalamiento".

En el Municipio de Barrancas y en sus Corregimientos o Inspecciones de Policía, la votación ocurrió "en forma normal, tranquila" en la forma indicada. De manera que no hubo "...suplantación de las personas puesto que estas se identificaron ante los funcionarios electorales debidamente, tal como lo certifican y declaran en el juicio dactiloscopistas de la Registraduría Nacional del Estado Civil presentes el día de las elecciones en la Cabecera y Corregimientos del Municipio de Barrancas".

b.d.- **Impugnaciones**

No obstante "...que la elección fue limpia, democrática y libre "los candidatos derrotados han pretendido desconocer el resultado, para lo cual "...vinculan las inscripciones anteriores para los registros electorales o actas de escrutinio, siempre con el ánimo de negarle validez a estos últimos.".

b.e.- **Actas de Escrutinio**

Son documentos públicos que prueban la realización de las elecciones y sus resultados. El escrutinio consiste al que al concluir las elecciones los jurados "...abren la urna, cuentan los sobres, extraen las papeletas de votación, separan las partes correspondientes a las distintas Corporaciones, cuentan los votos y, en armonía con dicho cómputo, registran en el acta el resultado. Esto fue lo que ocurrió en el Municipio de Barrancas por lo que el contenido del formulario E-17 "corresponde exactamente a la verdad consignadas en las urnas". Quienes votaron figuraban en la lista parcial de los sufragantes o en la de inscritos, por manera que tenían derecho a sufragar, y los jurados de votación actuaron correctamente al permitirles sufragar. Consecuentemente, los elementos que sirvieron para la formación de las actas de escrutinio eran auténticos, no falsos

o apócrifos, y si existió alguna irregularidad con anterioridad a las elecciones con ocasión de la inscripción de cédulas, ésto ocurrió 30 días y antes no puede afectar "la autenticidad del voto emitido en la urna ni tampoco en el acta de escrutinio". Si hubo errores en el proceso de inscripción, "deberán responder disciplinaria y penalmente por su conducta" los funcionarios electorales, pero jamás la responsabilidad de éstos podría ser transmitida a los jurados de votación. Por lo demás, las listas parciales de los sufragantes y las de los ciudadanos inscritos estaban cobijadas por la presunción de legalidad.

5.- El Ministerio Público

El Señor Fiscal Octavo del Consejo del Estado en su concepto de fondo pide "...se declare la nulidad del acto administrativo demandado en los dos procesos acumulados, excluyendo los votos depositados ilegalmente, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, ordenándose la práctica de un nuevo escrutinio con el fin de determinar si es del caso de anulación o anulaciones de las credenciales expedidas".

Para llegar a esta petición el señor Agente del Ministerio Público se refiere someramente a las irregularidades "....que se dice se presentaron..." relacionadas con el Municipio de Barrancas hubo inscripción irregular de cédulas de ciudadanía, consistente en que "...personas que no eran las titulares de las cédulas de ciudadanía" suplantaron a éstas estampando en el formulario E-3 "...su impresión dactilar en unos casos y en otro signos o señales no constitutivos de huella dactilar". Que la Registraduría Nacional por esa razón "...invalidó la inscripción de numerosas cédulas para sufragar, en algunos Corregimientos de Barrancas".

Que a tenor del artículo 78 del Código Electoral "la inscripción de cédulas exige la presencia del ciudadano, por que las inscripciones se llevaron a cabo, según las probanzas allegadas, carecen de valor y los votos que se hubiesen depositado en los casos previstos en los dos expedientes acumulados, están afectados de nulidad, porque el artículo 78 del Código Electoral así lo establece y tal inscripción es importantísima para poder sufragar. Si la inscripción fue completamente ilegal, los votos que se depositaron con base en ellas (sic), son nulos de conformidad con el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 62 de 1988".

Finalmente el señor Representante del Ministerio Público afirma:

"En virtud de autos proferidos en los dos procesos acumulados, durante el curso de los mismos, se efectuó examen (sic) técnico a los formularios E-3 de los ciudadanos inscritos para las elecciones del 11 de Marzo de 1990. Pertenecientes al Municipio de Barrancas (Guajira) y sus Corregimientos, presentandose (sic) inconsistencia con sus respectivas fotocopias auténticas de las Tarjetas Decadactilares, en algunos casos no se pudo hacer el

cotejo técnico y en otros, comprende nombres de ciudadanos inscritos cuyas tarjetas alfabéticas no aparecieron al momento de realizar la búsqueda en el archivo. Se comprobó que las impresiones del índice en el formulario E-3 de los ciudadanos relacionados en algunos casos no corresponden con las impresiones tomadas en las respectivas Tarjetas Decadactilares (sic); en otros casos no se efectuó el cotejo técnico porque en el momento de buscarse las Tarjetas alfabéticas (sic), no aparecieron en el archivo alfabético.

Del examen (sic) hecho por los dactiloscopistas que obran en los dos procesos referidos se llega a la conclusión que en algunas inscripciones hechas en el Municipio (sic) de Barrancas y sus corregimientos a que se refieren en los procesos no fueron hechas personalmente por los titulares de las respectivas cédulas de ciudadanía, pues las impresiones puestas en el formulario E-3 el índice derecho no corresponde (sic) a las impresiones dactilares tomadas en las respectivas tarjetas decadactilares. Por tanto tales inscripciones son inválidas y por consiguiente, son anulables aquellos votos depositados (sic) en las mesas de votación correspondientes con base en tales cédulas irregularmente inscritas.

De acuerdo con lo anterior, está demostrada la falsedad, en algunos casos, de los elementos que sirvieron para formar los Registros Electorales correspondientes a lás (sic) mesas en las que se depositaron votos con inscripciones irregularmente hechas, y por ende tales votos son inválidos.

En los procesos acumulados obran las listas de sufragantes, en donde aparecen los números de las cédulas de ciudadanía de cada uno de los votantes como también las listas del Registro de Votantes, en donde se encuentran los apellidos y nombres de los votantes con sus respectivas cédulas de ciudadanía, por lo que se puede determinar que ciudadanos votaron en forma irregular por lo cual su voto es inválido y qué ciudadanos votaron legalmente porque su cédula de ciudadanía fue inscrita legalmente.".

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado en estos procesos acumulados, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1ra.- La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente conforme a lo dispuesto en los artículos 128, 4 y 231 del C.C.A. para conocer y decidir estos procesos en única instancia.

2a.- Los demandantes en ambos procesos coinciden en pedir la nulidad del Acuerdo No. 04 de fecha Mayo 31 de 1990, en cuanto el H. Consejo Nacional Electoral declaró elegidos Senadores y Representantes para la Circunscripción

Electoral del Departamento de la Guajira para el período Constitucional 1990-1994, y se ordene la práctica de nuevo escrutinio.

Coinciden igualmente en fundamentar su pretensión en los siguientes hechos:

a.- Porque para hacer la declaratoria de elección de Senadores y Representantes se tuvo en cuenta la totalidad de los votos depositados en las mesas que funcionaron en los Corregimientos Roche, Pozohondo, Tabaco, Hatonuevo, Carretalito, Oreganal, Guayacanal, Papayal, San Pedro y Lagunita del municipio de Barrancas, en las cuales afirman, buena parte de la votación se hizo por personas con cédulas irregular o indebidamente inscritas, inscripciones que fueron oportunamente anuladas por la Registraduría Nacional del Estado Civil la víspera de los comicios mediante Resolución No. 1010.

b.- Porque para hacer la declaratoria de elección se tuvieron en cuenta actas de instalación y escrutinio de los jurados de votación en las mesas 08 de la cabecera del Municipio de Barrancas, 07 y 11 del corregimiento de Hatonuevo, 09 del Corregimiento de Tabaco, y 04 del Corregimiento de Papayal del mismo Municipio de Barrancas que "...carecen de la firma de algunos de los miembros del jurado, de tal manera que no puede sostenerse que lo fueron por lo menos de (3) tres de sus miembros".

c.-Porque para la declaratoria de elección de Senadores y Representantes se tuvieron en cuenta los votos depositados en las mesas de votación de los Corregimientos El Cardón y Bahía Honda, no obstante que tales puestos de votación fueron trasladados a lugares o sitios distintos a los señalados en su oportunidad por el Registrador Municipal de Uribia mediante las resoluciones correspondientes.

3a.- Como normas violadas citan: Artículos 2, 10, 172 y 180 de la Constitución Nacional; Artículos 1, 2, 77, 78, 142 y 192 del Código Electoral; Artículos 1 y 223 del Código Contencioso Administrativo y Decreto 51 de 1986.

4a.- A cada uno de los procesos se incorporó abundante documentación con el objeto de probar que hubo votación fraudulenta en las mesas 01 a 12 del corregimiento de Tabaco, 01, 02 y 03 del corregimiento de San Pedro, 01, 02 y 03 del corregimiento de Oreganal, 01 a 14 del Corregimiento de Hatonuevo; 02 y 03, Zona 1 del Corregimiento de Carretalito; 01 del Corregimiento Lagunita; 01 a 08 del corregimiento Roche, 01 a 05 del corregimiento Pozohondo; 01 y 02 del corregimiento de Guayacanal, del Municipio de Barrancas, fraudulenta porque se hizo con base en cédulas indebida o irregularmente inscritas. Se aportaron fotocopias debidamente autenticadas de las listas de sufragantes (formulario E-14), de registros de votantes (formulario E-15), de listas de inscritos (formulario E-3). Se incorporó también copia al carbón y en reproducción mecánica o fotocopia de la Resolución No. 1010 del 10 de marzo de 1990 (Expediente 397,

cuaderno No. 1, Fls 239 a 246 y Expediente 395, cuaderno No. 2, fls. 301 a 311), por medio de la cual el Registrador Nacional del Estado Civil en uso de las atribuciones que se desprenden de los artículos 78 del Código Electoral y 1o. del Decreto 51 de 1986, invalidó la inscripción de 447 cédulas y dispuso enviar copia al Registrador Municipal del Estado Civil de Barrancas "para que comunique a las respectivas mesas de votación la lista de cédulas excluidas con las que no se podrá sufragar, de conformidad con el inciso 2o. del artículo 85 del Código Electoral en concordancia con el artículo 9o. de la ley 6a. de 1990".

También de la Resolución No. 1679 del 8 de mayo de 1990 (Expediente 0397, cuaderno No. 1, fl. 249) en cuyo artículo 1o., que es único, se aclara el 1o. de la Resolución No. 1010, que acaba de citarse, "...en el sentido de que donde aparece del Municipio de Barrancas (cabecera), debe figurar "Del Municipio BARRANCAS-Corregimiento Roche".

De igual manera se arrimaron a los expedientes fotocopias autenticadas de la Resolución No. 4829 del 19 de noviembre de 1990, (Expediente 0397, cuaderno No. 1, fls. 475 a 507), que anuló la inscripción de 28 cédulas en la Cabecera del Municipio de Barrancas, 25 en el Corregimiento de Carretalito, 4 en el Corregimiento de Guayacanal, 274 en el Corregimiento Hatonuevo, 98 en el Corregimiento Oreganal, 18 en el Corregimiento Papayal, 223 en el Corregimiento de Pozohondo, 310 en el Corregimiento Roche, 35 en el Corregimiento San Pedro, 600 en el Corregimiento Tabaco, para un gran total de 1615 inscripciones invalidadas. Estas mismas Resoluciones Nos. 1010, 1535 y 1689 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, invalidando inscripciones, aparecen incorporadas en fotocopias auténticas en el cuaderno No. 2 del expediente 395.

Por lo que hace al cumplimiento del artículo 2o. de la Resolución No. 1010 del 10 de marzo, existe prueba documental y testimonial en el sentido de que fue transmitida por telefax a la Delegación de la Registraduría Nacional en Riohacha el día 11 de marzo y recibida entre las 11:30 a.m. y 12 m. del mismo día y retransmitida al delegado del Registrador en el Municipio de Barrancas quien, al parecer, las recibió a las 12:30 p.m.. No fue posible precisar si tal copia llegó o no manos de las autoridades electorales en los Corregimientos de este Municipio, mencionados por los demandantes en la forma anotada en esta Providencia. En efecto, al folio 251 del expediente 397 aparece original de certificación suscrita por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en la Circunscripción Electoral de la Guajira, en el sentido de que la dicha Resolución 1010 de marzo 10 de 1990, "...fue recibida por fax en esta delegación el día 11 de marzo a las 10:15 a.m. hasta las 10:21 a.m. y la recibió en el Municipio de Barrancas el señor Registrador Encargado Fredy José Torres Deluque personalmente del Fax de la Alcaldía el 11 de marzo de 1990, a las 11:03 a.m. ". Esta certificación fue expedida en Riohacha el 24 de julio de 1990. El mismo documento se encuentra en el expediente 395 en reproducción mecánica autenticada. A los folios 153 a 159 del cuaderno No. 4 del expediente 395 aparece

el Acta de Audiencia a que dió lugar la recepción de declaración del señor José Guillermo Martínez, en la cual éste afirmó que como Delegado Departamental del Registrador Nacional le consta que el 11 de marzo de 1990 "...aproximadamente a las diez o diez y quince de la mañana" se recibió la Resolución No. 1010 de la Registraduría Nacional "...en la cual invalidaban aproximadamente de 400 a 450 inscripciones". Cuando se le preguntó si la citada Resolución fue conocida en los Corregimientos Roche y Pozohondo manifestó: "No tengo conocimiento si los jurados de votación alcanzaron a recibir oportunamente dicha Resolución, ya que como lo dije anteriormente la Delegación la recibió pasadas las diez de la mañana e inmediatamente se informó al Registrador Municipal de Barrancas...". En el mismo sentido depuso el señor Arnaldo Marquez Galué según acta de Diligencia de Audiencia Pública incorporada a los folios 404 a 408 del expediente 397. Dijo: "...El 11 de marzo de 1990 estaba desempeñando de Delegado del Registrador Nacional del Estado Civil en la Circunscripción Electoral de la Guajira. En este estado de la diligencia se hace presente el Doctor Dionisio Gómez Rodado como representante judicial de los demandantes en el proceso. Continúa el declarante. A la altura más o menos de las dos y cuarto del once de marzo recibimos de la Registraduría Nacional del Estado Civil una llamada telefónica que nos comunicaba que por vía de telex se nos iba a pasar una circular o resolución en efecto tomamos las medidas correspondientes al recibo de esa comunicación minutos después llegó por esa vía la Resolución 1010 de 10 de marzo de 1990 concerniente a la invalidación de unas cuatrocientas y pico de cédulas inscritas concernientes al Municipio de Barrancas Guajira. Inmediatamente mi homólogo o sea el otro delegado y yo tomamos la iniciativa de llamar al Alcalde Municipal de Barrancas señor José Vicente Belardineli para solicitarle su colaboración para efecto de trasmitir por vía telex el contenido de la Resolución precipitada y así se hizo porque el señor Alcalde hizo las comunicaciones pertinentes al Registrador Municipal de Barrancas para que por medio de algunos de sus empleados o colaboradores se presentaran a la Alcaldía Municipal a recibir el contenido de la susodicha Resolución. Al respectivo Registrador Municipal de Barrancas se le impartió la orden de distribuir el contenido de esa Resolución en las mesas de votación que allí funcionaban, aclaro que la precitada Resolución en esos momentos no aclaraba o distinguía a qué Corregimientos, Inspecciones correspondía esas cédulas inválidas porque tal disposición en esos momentos no lo había establecido. .....Desconozco el procedimiento que haya seguido el Registrador Municipal de Barrancas con respecto a la distribución o reparto de esa circular en los distintos Corregimientos e Inspecciones de Policía del Municipio de Barrancas. ..... La Resolución 1010 de marzo 10 de 1990 fue aclarada por acto posterior de la Registraduría Nacional pero no hago memoria del número de la resolución aclaratoria ni de la fecha de su expedición ni del momento o día que llegó a la Delegación de la Guajira esa comunicación no lo recuerdo. Precisamente cuando llegó la aclaración de la mencionada Resolución fue cuando se conoció el lugar a que correspondían esas cédulas invalidadas, nunca antes de los comicios del 11 de marzo ni diez días después del mismo.".

Como del "CONSIDERANDO" de las tantas veces citadas Resolución No.1010 de 10 de marzo de 1990, se deduce que la invalidación de inscripciones de cédulas "para sufragar en las elecciones de 1990 en la Cabecera del Municipio de BARRANCAS (La Guajira) y del CORREGIMIENTO DE ROCHE en el mismo Municipio", tuvo su apoyo en cotejos técnicos dactiloscópicos practicados por la División de Cedulación de la Registraduría Nacional "...correspondientes a las listas de ciudadanos inscritos para sufragar en las elecciones de 1990 en la cabecera del Municipio de BARRANCAS (La Guajira) y el CORREGIMIENTO DE ROCHE del mismo Municipio", los demandantes aportaron como prueba (Expedientes 397, cuaderno No. 1, fls. 353 y 354) copia auténtica de los resultados de los cotejos técnicos dactiloscópicos sobre formularios E-3 de inscritos en los corregimientos de Papayal, Tabaco, San Pedro, Hatonuevo, Carretalito, Oreganal, Guayacanal y Lagunita del Municipio de Barrancas, y pidieron se obtuviera de la Registraduría Nacional "...copia auténtica de los resultados de los cotejos técnicos dactiloscópicos que a la fecha no se han podido practicar por no haber aparecido la tarjeta decadactilar y que figuran bajo el título NO ALFABETICAS en el cuadro anexo al oficio 2993 de mayo de 1990".

Igual cosa ocurrió en el expediente 395 (fls. 205 y 206), en términos más o menos similares.

Listado de las cédulas cuya inscripción fue anulada por medio de la resolución No. 1010 de 10 de marzo de 1990 y de las inscripciones invalidadas con posterioridad al 11 de marzo, fecha de los comicios, así como copias fotostáticas debidamente autenticadas de las correspondientes tarjetas decadactilares que sirvieron para los cotejos dactiloscópicos obran en los cuadernos Nos, 6 a 22 del expediente 395, también en el cuaderno No. 5 del expediente 397 aparece copia al carbón, autenticada, con el listado de cédulas inscritas en los Corregimientos Tabaco, Hatonuevo, Papayal, San Pedro, Oreganal, Carretalito y Guayacanal, con un "CONCEPTO" en el sentido de que "la impresión del índice derecho del formulario E-3, no corresponde a las impresiones tomadas en la tarjeta decadactilar", correspondiente a cada uno de los titulares del documento de identidad. En este último cuaderno aparecen incorporadas fotocopias autenticadas de la Resolución No. 1535 de abril 27 de 1990 por medio de la cual se anulan inscripciones en el Municipio de Barrancas, y listados tabulados (fls. 235 a 243) que informan sobre el número de los cotejos realizados, imposibles cotejos técnicos, no alfabéticas y no correspondientes a reseña.

Las copias al carbón de los listados elaborados con base en el resultado del cotejo llevado a cabo por los funcionarios de la División de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil fueron recibidos con copias al carbón, autenticadas, del oficio No. 1955 del 7 de marzo de 1990, enviado por la jefe de la citada División de Cedulación al Registrador Nacional del Estado Civil, con el siguiente texto:

"De acuerdo a lo solicitado en el oficio sin número de Febrero 12 del año en

curso, firmado por los señores José Soto Berardinelli y Pedro Fonseca Gómez, procedente de Barrancas (La Guajira) me permito informarle lo siguiente: Efectuados los cotejos técnicos dactiloscópicos de las tarjetas decadactilares, que reposan en los archivos de la Registraduría Nacional, con los formularios E-3, inscritos en el Departamento de la Guajira, Corregimientos Roche y Pozohondo, para las elecciones de las Corporaciones Públicas y Alcalde de 11 de marzo de 1990, dieron los resultados que se adjuntan en hojas separadas.".

Remitiendo el resultado de otros cotejos con oficio 2991 de mayo 9 de 1990 el Registrador Nacional del Estado Civil, la Jefe de la División de Cedulación de la misma Registraduría dice:

"La suscrita Jefe de la División de Cedulación de la Dirección Nacional de Identificación, certifica que los dactiloscopistas EMMA GIRALDO DE L., SANTIAGO PARRA ROA, MANUEL BARRAGAN, MARIA CRISTINA SALAZAR, SAUL GARCIA Y LUZ MARIA PERALTA, practicaron examén (sic) sobre los formularios E-3 correspondientes a los inscritos en el Departamento de la Guajira, Municipio de Barrancas Corregimientos de Guayacal y Lagunita y como consecuencia de ese examén (sic) entregaron a esta División, en 4 hojas útiles que aparecen rubricadas por mí, el resultado del cotejo técnico que comprueba que la lista de ciudadano que allí aparecen, se inscribió irregularmente porque "la impresión del índice derecho del formulario E-3 no corresponde a las impresiones tomadas en la tarjeta decadactilar".".

Al folio 1C del cuaderno número 16 del Expediente 395 aparece documento suscrito por los Dactiloscopistas Irma S. Herrera o., Luz Marina Peralta F., María C. Salazar C., Elvira Bautista P., Víctor S. García P., Nelcy Cortés de P., María T. Gómez de M., María E. Giraldo de L., Manuel Barragán, Julia I. Rojas de V., Elvia Valero de M., Nelly Muñoz M., José A. Duarte Ruiz y Julia Báez Rocha, Jefe de División de Cedulación. Este documento está encabezado con la siguiente leyenda:

"LOS SUSCRITOS TECNICOS DACTILOSCOPISTAS DE LA DIVISION DE CEDULACION DE LA DIRECCION NACIONAL DE IDENTIFICACION DE LA REGISTRADURIA NACIONAL, CERTIFICAMOS: QUE EFECTUADOS LOS COTEJOS TECNICOS DACTILOSCOPIOS DE LAS IMPRESIONES TOMADAS EN EL FORMULARIO E-3, DE CIUDADANOS INSCRITOS PARA LAS ELECCIONES DE CORPORACIONES PUBLICAS Y DE ALCALDE DEL 11 DE MARZO DE 1990, CORRESPONDIENTES AL MUNICIPIO DE BARRANCAS (GUAJIRA) Y SUS CORREGIMIENTOS, CON LAS RESPECTIVAS TARJETAS DECADACTILARES QUE REPOSAN EN LOS ARCHIVOS DE LA ENTIDAD, ARROJARON EL RESULTADO QUE SE ENVIA EN LISTADOS SEPARADOS.".

Al folio 8 del cuaderno No. 9 del Expediente 397 aparece documento original, suscrito por los señores José Guillermo Martínez y Humberto Tapias Sánchez, certificando:

> "Que en el Municipio de Barrancas durante las elecciones del 11 de marzo de 1990, funcionaron 84 mesas de votación, para los cuales fueron designados 672 jurados de Votación, en donde podían votar todos los ciudadanos que figuraban en las listas de sufragantes, las que estaban conformadas por los ciudadanos inscritos y los que figuraban en el censo electoral de 1988. Dada en Riohacha, a solicitud del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, a los (13) trece días del mes de septiembre de mil novecientos noventa (1990).-".

También, como pruebas aportadas por los demandantes, están fotocopias (reproducción mecánica) de las Resoluciones con las que los delegados del Consejo Nacional Electoral Resolvieron reclamaciones y recursos invocados en su oportunidad por los demandantes o sus representantes y por otras personas interesadas en el resultado electoral. Fls. 225 a 295 (Expediente No. 397, cuaderno No. 1). En este expediente como en el No. 395 está incorporado también como en fotocopias auténticas el Acuerdo No. 4 de 1990 del Concejo Nacional Electoral, cuya nulidad se impetra en estos procesos, acto administrativo en el que consta que fueron decididas las reclamaciones y recursos que a lo largo del desarrollo del proceso administrativo electoral (escrutinios municipales, departamentales y la actuación del Concejo Nacional Electoral) propusieron personas interesadas, incluidos los demandantes. Consta en esa documentación que se hicieron reclamaciones por los mismo hechos y motivos invocados por los demandantes en estos dos procesos como causales de nulidad, en la forma y términos relatados en acápites anteriores de esta providencia judicial.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme, constante y reiterada, en el sentido de que el proceso originario en el uso de la acción pública electoral de que trata el C.C.A., para que prospere la nulidad fundamentada en el hecho de haberse depositado votos con respaldo en cédulas indebidamente inscritas, valga decir, sin el lleno de los requisitos en la forma señalados en el artículo 78 del Código electoral, es indispensable demostrar, individualizando, es decir, probando caso por caso, la votación fraudulenta. Conclusión lógica de ese pensamiento reiterado del Concejo de Estado, es que es dentro del proceso contencioso electoral que debe ordenarse la prueba que demuestre el voto consignado en las urnas por personas que utilizó cédula indebidamente inscrita, prueba que no puede ser otra distinta a la pericial, es decir, al dictamen dado por peritos designados por el funcionario judicial conductor del proceso en la forma establecida por el Código Judicial en sus artículos 233 y ss., o mediante informe técnico, como lo autoriza el artículo 243 ibídem, en la forma y términos señalados en esta norma.

Y en estos procesos sobre cuyas pretensiones decide hoy esta Sección del

Consejo del Estado, esa clase de prueba no existe porque no fue pedida por ninguno de los demandantes. Sea ésta la oportunidad para insistir en señalar que no es posible confundir la actividad administrativa a la cual está sometido el proceso electoral desde la preparación de las elecciones hasta la declaratoria definitiva de elección con el proceso judicial electoral que se rige por normas del Código Contencioso Administrativo distintas de las que este mismo Estatuto contiene para los procesos de simple nulidad. Lo que implica que la ritualidad del proceso electoral es totalmente independiente de la actividad administrativa electoral a que acaba de hacerse mención. El mismo Código Contencioso Administrativo remite para el aspecto de los procesos de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa al Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

"TITULO XXI-PRUEBAS-PRUEBAS ADMISIBLES.-

ART. 168.- En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterio de valoración.".

Por manera que toda decisión que deba proferirse en los procesos que corresponde adelantar a las Corporaciones que integran la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, que lo son el Concejo de Estado y los Tribunales Administrativos, debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas la proceso, como lo dispone el artículo 174 del C. de P.C., siendo medios de prueba "la declaración de parte, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez', según el texto del artículo 175 ibídem. Así, pues, las decisiones que deban proferirse en los procesos incoados en uso de la acción pública electoral deben tener respaldo en pruebas oportunamente pedidas y decretadas, practicadas dentro del mismo proceso, en los términos y formalidades propios y, finalmente, deben ser oportunamente allegadas a los autos. Toda esta preceptiva que rige la ritualidad del proceso judicial corresponde al contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional que consagra la garantía conocida como "del debido proceso", que no es otra cosa que el derecho de toda persona de residente en el territorio nacional a ser juzgada por el juez correspondiente y conforme a "la plenitud de las formas propias de cada juicio", formas estas que para toda clase de actuaciones judiciales, y aún para las puramente administrativas y policivas, incluyen el derecho de defensa, derecho este que a su vez incluye el llamado principio de contradicción, que se refiere, principalmente, al derecho de las partes a conocer oportunamente la prueba para poder convertirla, impugnarla o tacharla en su momento.

En estos dos procesos, como bien lo indica ala Resolución No. 1010 de 10 de marzo de 1990, proferidas por el Registrador Nacional del Estado Civil, así

como las otras resoluciones por medio de las cuales el mismo funcionario, con base en el artículo 78 del Código Electoral anuló inscripciones de cédulas para las elecciones a Corporaciones Públicas celebradas el 11 de marzo de 1990, los informes -no dictámenes- que como resultado de cotejos de huellas dactilares rindieron los dactiloscopistas de la Registraduría a la Jefe de la División de Cedulación de la misma entidad, y que ésta traslado al Registrador Nacional, estaban destinados a respaldar, como en efecto ocurrió, una actuación puramente administrativa propia del Registrador Nacional, consiste en dar aplicación al citado artículo 78, como se dijo.

Se trató, cierta e indudablemente de un procedimiento administrativo, encaminado a cautela la pureza electoral en el Municipio de Barrancas, Guajira, anterior y totalmente ajeno a las posteriores actuaciones judiciales desencadenadas por el uso de la acción pública electoral, como es el caso de estos procesos que inició, adelantó y hoy decide la Sección Quinta, por competencia, al proferir esta sentencia.

De ahí que esos informes técnicos, que se originaron en prueba técnica no ordenada por autoridad judicial, como prueba anticipada ni como prueba en proceso judicial, carecen de valor probatorio.

Y si la actuación administrativa que culminó con la Resolución No. 1010 de 10 de marzo de 1990 no logró su finalidad, puesto que no se produjo la desincorporación de cédulas indebidamente inscritas de la LISTA DE SUFRAGANTES (formulario E-14) correspondientes a las respectivas mesas de votación del Municipio de Barrancas, es cuestión ajena a los procesos judiciales y al proceso mismo de la votación que se realizo el 11 de marzo de 1990. No debe olvidarse que la inscripción de cédulas con miras a la integración del censo electoral es tarea de las autoridades administrativas electorales anterior al proceso puramente electoral consiste en la instalación de los jurados de votación, apertura de las urnas, votación y escrutinio municipal. Y como lo pone de presente el Representante Legal de los demandados en sus alegatos, no pueden confundirse estas etapas, hasta el punto de pretender que los documentos en los que consta la inscripción de cédulas para fines electorales sean elementos falsos o apócrifos que hayan servido para la formación del registro electoral, entre otras razones por que el registro electoral al que se refiere el numeral 2 del artículo 223 del C.C.A. en cita, está conformado por el registro de votantes (E-15), los votos depositados y el acta de instalación y escrutinio (E-17). Y si, como sucedió, con anterioridad a la apertura de la votación el día de los comicios, la lista de sufragantes correspondientes a cada una de las mesas de votación no fue modificada, es evidente que a los jurados de votación no les quedó alternativa distinta a la de permitirles sufragar a quienes con ese objeto se hicieron presentes exhibiendo la cédula de ciudadanía. El único requisito era, para esos efectos, que la cédula apareciera en la lista y correspondiera al sufragante. Al respecto, hay prueba testimonial abundante (fls. 427 a 471), que demuestra que en varios corregimientos del Municipio de Barrancas y en la Cabecera de la

misma localidad, funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (dactiloscopistas), colaboraron haciendo cotejos de huellas en casos en los que al momento de votar hubo duda en cuanto a si la persona era realmente la titular del documento de identidad. Y sabemos, por los mismos declarantes y por documentos elaborados por esos mismos funcionarios de la Registraduría, que en muchos casos fue necesario retener esas cédulas a personas que de acuerdo con el resultado del cotejo dactiloscópico no eran los titulares de las mismas.

Lo que no ofrece dudas, conforme ha cuanto se ha indicado y a la prueba incorporada en los expedientes judiciales, es que al momento de la votación en el municipio de Barrancas y los Corregimientos a que se refieren las demandas, los jurados de votación cumplieron con su deber al permitir el voto a quienes conforme a la correspondiente lista de votantes podían hacerlo, porque esa era su función.

No es la primera vez que esta Sección Quinta del Concejo del Estado se pronuncia sobre el tema del valor probatorio en los procesos electorales de informes o dictámenes destinados a producir los efectos de que trata el tantas veces citado artículo 78 del C.E., es decir, de apoyo al Registrador Nacional del Estado Civil para anular inscripciones. En oportunidad anterior se adujeron razones suficientes para desechar tales informes o dictámenes, por lo que a continuación se transcriben apartes pertinentes de la providencia proferida el 15 de febrero del año en curso en el expediente radicado bajo el número 502, sobre proyecto del H. Consejero Doctor Miguel González Rodríguez:

> "En cuanto hace relación a las mesas demandadas y anuladas en la sentencia del a-quo (1, 2, 3, 5, 6 y 8 del Corregimiento de Mateogómez, municipio de Cereté), el actor expresa que, por violación de los artículos 9o. de la Ley 6a. de 1990, 78 del Código Electoral y 1o. del Decreto 51 de 1986, se desconoció el sistema del cuociente lectoral (sic) adoptado en el artículo 172 de la Constitución, razón por la cual se configura la causal cuarta de nulidad del artículo 223 del C.C.A. - La violación se dió, en razón de que ejercieron el sufragio, en ellas, personas a quienes la propia Registraduría Nacional les había anulado su inscripción en los registros correspondientes, mediante acto administrativo expedido el día anterior a las elecciones.
>
> El a-quo como, se ha visto, aceptó ese planteamiento, con salvamento de voto de uno de los magistrados, y declaró la nulidad de los votos depositados en esas mesas.
>
> Sobre ese particular, es decir, el haber sufragado ciudadanos que habían sido excluidos del registro electoral correspondiente por la Registraduría, en razón de tratarse de inscripciones irregulares, o sea, generalmente inscripciones realizadas, por quienes resultan no ser los reales titulares de los documentos de identificación (sic), la Sala permite observar lo siguiente:

a) La presunción de legalidad del acto administrativo no puede servir para desconocer la que ampara otro acto administrativo, vale decir, la presunción de legalidad de la resolución expedida por la Registraduría Nacional, no puede servir para desconocer la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo por medio del cual se hace una declaratoria de elección. b) Tampoco se puede anular un acto administrativo por esta jurisdicción por supuesta o real violación de otro acto administrativo; se necesita que la contradicción se presente entre el acto administrativo y una norma de derecho colocada en una escala superior dentro de lo que se conoce como la pirámide Kelseniana.

c) El fundamento del acto administrativo, cuando es un dictamen o informe técnico de una entidad oficial, por no cumplir con los requisitos de publicidad y contradicción, respecto de las personas contra las cuales se va hacer valer _los elegidos popularmente- , no es medio probatorio aportado de manera regular al proceso, que pueda ser tenido como tal y considerado por el juez en el momento de dictar sentencia. Especialmente, cuando no es posible determinar si es un dictamen o informe técnico debidamente técnico debidamente motivado, y claro, preciso y detallado, que racionalmente llevara a la autoridad administrativa, en este caso la electoral, a adoptar su decisión, o cuando aparece ese dictamen o informe pero no cumple esas exigencias.

d) Según lo dispuesto en el art. 9o. de la Ley 6a. de 1990 subrogatorio del artículo 85 del decreto 2241 de 1986 (C.E.), la Registraduría Nacional, previo concepto favorable del Consejo Nacional Electoral, fijará el número de ciudadanos que podrán sufragar en las distintas mesas de votación, y elaborará, para cada mesa, las listas de cédulas aptas para votar en las cabeceras municipales, corregimientos e inspecciones de Policía donde funcionen mesas de votación.

Si después de elaboradas las listas se cancelaren o excluyeren una o más cédulas, el correspondiente Registrador del Estado Civil o su Delegado enviarán a las respectivas mesas de votación la lista de cédulas con las que no se puede sufragar.

De acuerdo con esa disposición, se tiene que: 1o. el Registrador del Estado Civil puede por medio de resolución o acto administrativo, ordenar la cancelación o exclusión de una o más cédulas inicialmente autorizadas para con ellas sufragar en determinada mesa o mesas de votación, en razón de irregularidades que se encuentre en la diligencia de inscripción; 2o. ese acto o resolución tiene que expedirse y comunicarse, como es apenas lógico, antes del día en que deban efectuarse las elecciones y, en manera alguna, según el sentir de la Sala, se puede proferir después realizadas de realizadas las elecciones, por cuanto, de un lado carecería de objeto práctico en cuanto hace a esas elecciones, aún cuando podría tenerlo para las elecciones

futuras, y, por cuanto de otro, daría lugar a suspicacias por parte de las personas interesadas en la elección ya realizada; en otras palabras, debe quedar claro que el acto administrativo expedido por el señor Registrador del Estado Civil, con fecha posterior a la de una elección, sólo tendrá efectos jurídicos para el futuro, es decir, para las subsiguientes elecciones; si así no se expresa, se debe dar aplicación al principio general de derecho, según el cual la ley y el acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales no tiene efectos retroactivos, sino para el futuro, lo cual no quiere decir que los votos emitidos en una mesa, previa inscripción 'irregular de ellos, no tenga unas consecuencias jurídicas; en otras palabras, que el hecho no se puede invocar para impugnar jurisdiccionalmente los escrutinios y declaratoria de elección realizadas antes de la expedición del acto administrativo de cancelación o exclusión de esas cédulas, o después de su expedición, pero sin que se le diera cumplimiento por la respectiva autoridad de la Registraduría, como en el caso en estudio.

Ahora bien; volviendo al caso sub lite, encontramos que realmente mediante resolución 1012 de marzo 10 de 1990, expedida por Registraduría Nacional del Estado Civil (fls. 12 y 13 del exp.), se invalidó la inscripción de una serie de cédulas que se habían inscrito para votar con ellas en el corregimiento Mateogómez del Municipio de Cereté, con las cuales, al parecer, se ejerció el derecho al sufragio en las mesas anuladas por el a-quo. La resolución no tuvo cumplimiento, por consideraciones diferentes (fue expedida un día antes de las elecciones y probablemente no había ya tiempo para realizar el registro de sufragantes, formulario E-14, nuevamente, excluyendo las cédulas mal escritas). Se realizó, entonces, el certamen electoral el día 11 de marzo de 1990 con base en el formulario E-14 que no se rehizo.

Lo indicado, para la Sala, era formular la acción electoral de invocación de la causal 2a. del artículo 17 de la ley 62 de 1988 (falsedad en los elementos que sirvieron para la formación del registro electoral) y probarla con dictamen pericial o informe técnico de oficina pública, demostrando la inscripción o inscripciones irregulares o fraudulentas y el ejercicio del sufragio por quienes se inscribieron irregular o dolosamente,.

No podía, como se hizo en este proceso, formularse el cargo con fundamento en la causal 4a. del art. 17 de la ley 62 de 1988 (haberse computado los votos válidos con desconocimiento o violación del sistema del cuociente electoral adoptado por la Constitución y la Ley), por cuanto como se ha dicho por la Sala en otras ocasiones y se reitera en sentencia de esta misma fecha, ponencia del Consejero que redacta la presente, cualquier vicio o irregularidad que se presente en el proceso electoral, no configura la causal de nulidad precitada; para que ello suceda, es indispensable que se hayan computado los votos emitidos en una elección, en donde se trate de elegir dos o más personas, por un procedimiento diferente al determinado en el art.

172 de la Constitución Política y en la ley que lo desarrolla es decir, al mecanismo previsto para garantizar la representación proporcional de los partidos, independientemente de si los votos que se tengan en cuenta para declarar el resultado, son válidos o no. Si no lo son, otra u otras serán la causal o causales de nulidad que se deben invocar, pues de lo contrario, sobrarían las normas que consagran esos hechos como causal de nulidad. El fin de la normatividad contenida en el art. 172 de la Carta, se dijo allí, no es establecer qué debe entenderse por votos válidos y cuáles no lo son, sino consagrar el sistema que se debe utilizar en Colombia para garantizar la representación proporcional de los partidos en las corporaciones públicas y en otras dependencias.

Por ello, es decir, por cuanto, de un lado, el cargo tenía que fundarse en .la causal 2a. y probarse, y no con la copia autenticada de la resolución de invalidación de las inscripciones por la Registraduría, sino con prueba pericial o informe técnico preciso, claro motivado o fundamentado plenamente controvertido por las partes en el proceso, y no podía fundarse, como ya se dijo, en la causal 4a., como se hizo, no entiende la Sala como pudo el Tribunal, integrado con dos jueces y no de sus magistrados, llegar a la conclusión mayoritaria de que los votos y el acto administrativo acusado son nulos, de acuerdo con el art. 223 del C.C.A. -sin especificar la causal que se configuraba-, si se tiene en cuenta que ni se configuraba la causal 4a. del art. 223 del C.C.A. invocada, ni se podía tener en cuenta la no invocada, o sea, la' segunda del mismo artículo, por tratarse de una jurisdicción rogada; y, por cuanto de otro, el acto administrativo del Registrador Nacional del Estado Civil, como se ha dicho, no puede conducir ineluctablemente a la demostración de los hechos invocados - falsedad o apocrificidad (sic) de los elementos que sirvieron para la formación del registro electoral -, en razón de que ni es posible anular un acto administrativo por supuesta o real contradicción con otro de la misma naturaleza, ni la pericia o el informe técnico que hayan servido de fundamento a un acto administrativo para adoptar la decisión de invalidar unas inscripciones de unas cédulas aparece aportada al proceso, y de haberse realizado ello se trataría de una prueba no controvertida por las partes y, en especial, por aquella contra la cual se pretende hacer valer."

En esta oportunidad la Sala reitera el criterio consignado en la providencia transcrita.

Si para esta Jurisdicción resulta imposible que los resultados de un acto administrativo, como al parecer lo es la Resolución No. 1010 del 10 de marzo de 1990,. del Registrador Nacional del Estado Civil, afecte un resultado electoral consolidado mediante los resultados de escrutinio reconocidos y aceptados por el Consejo Nacional Electoral mediante otro acto administrativo, aún menos podrían afectarle actos de la Registraduría Nacional posteriores a la celebración de las elecciones del 11 de marzo de 1990. No se oculta la inseguridad que para

un sistema electoral base de la democracia significaría el que decisiones administrativas posteriores a los comisiones alteraran el resultado de los mimos.

Por lo expuesto, habrá de declararse que no prospera el cargo que al respecto formularon los demandantes con base en la nulidad de que trata el numeral 2 del artículo 223 del C.C.A., modificado por los artículos 65 de la Ley 96 de 1985 y 17 de la Ley 62 de 1988.

5a.- Como quedó consignado en la 2a. consideración de esta providencia, los demandantes también piden la declaratoria de nulidad del acto demandado, porque para hacer la declaratoria de elección de Senadores y Representantes elegidos para la Circunscripción de la Guajira para el periodo 1.990 a 1994, se computaron los votos emitidos en las Mesas 08 de la Cabecera del Municipio de Barrancas, 07 y 11 del Corregimiento Hatonuevo, 09 del Corregimiento Tabaco y 04 del Corregimiento Papayal del citado Municipio por carecer ".... de la firma de algunos de los miembros del jurado de tal manera que no puede sostenerse que lo fueron por lo menos de tres (3) de sus miembros". Igualmente, porque para esa declaratoria de elección se tuvieron en cuenta los votos depositados en las Mesas de Votación de los Corregimientos El Cardón y Bahía Honda, no obstante que las mesas o puestos de votación funcionaron en lugar distinto al señalado oportunamente, mediante la correspondiente Resolución, por el Registrador Municipal de Uribia.

Para resolver, respecto de estos dos cargos es necesario transcribir, a continuación, el artículo 223 del C.C.A., modificado por los artículos 65 de la Ley 96 de 1985 y 17 de la Ley 62 de 1988. Norma esta que señala las causales o motivos de nulidad de las actas de escrutinio "....de los jurados de votación y de toda corporación electoral".

"Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda Corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación

3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.

5. Cuando se computen a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.

6.- Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio sino los votos del candidato o los candidatos en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición".

También se transcribe de la misma forma el artículo 227 del C.C.A. que consagra la llamada "acción pública electoral" tendiente a obtener la anulación, rectificación, modificación, adición o revocación de los actos de las corporaciones electorales por los motivos consignados en el mismo artículo.

"Podrá cualquier persona ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos de las corporaciones electorales para que se anulen o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de esas corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos."

Del contenido de los artículos transcritos, cuyo sentido es tan claro que no permite apartarse de su tenor literal " a pretexto de consultar su espíritu," ni contiene "... expresión oscura..." alguna (art. 27 C.C.), que de pie para una interpretación que deba hacerse recurriendo a la intención o espíritu claramente manifestados en la ley ..." o en la historia fidedigna de su establecimiento...", no se desprende causal de nulidad por los motivos aducidos por los demandantes en la forma anotada.

En cambio, de la lectura de la Ley 62 de 1988, artículo 17, se aprecia que al subrogar el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, que a su vez había subrogado el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, eliminó como causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral "..... los eventos previstos en las causales de reclamación" de que trata el artículo 42 de la Ley 96 de 1985, que refundió en uno solo los artículos 152 de la Ley 28 de 1979 y 31 de la Ley 85 de 1981, para consagrar los motivos o causales de reclamación alegables durante los escrutinios, causales de reclamación que aparecen hoy descritas en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral.

Pues bien, en esta última norma aparecen descritas como causales de reclamación, entre otras, las siguientes:

" Decreto 2241 de 1986.

Art. 192.- El Consejo Nacional Electoral o sus Delegados tiene plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos y apreciando como pruebas para resolver únicamente los documentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones que se les formulen con base en las siguientes causales:

1a. .....

2a. .....

3a. Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos.

.....".

Respecto de esta causal 3a. de reclamación, se aclara que la ley 6a. de 1990 por medio de su artículo 11, la modificó en el sentido de que las actas de escrutinio firmadas por menos de tres (3) de los jurados sean dos (2) y no cuatro (4) ejemplares de ellas.

Consecuencia de lo anterior es que el funcionamiento de mesas de votación "... en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley" y la carencia de menos de tres (3) firmas de los jurados en dos (2) ejemplares de las actas de escrutinio, motivos de reclamación por parte de los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos ante el Concejo Nacional Electoral o sus Delegados, durante los escrutinios dejaron de ser causales de nulidad, alegables en los procesos electorales de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a partir de la vigencia de las citadas Leyes 96 de 1985 y 62 de 1988. Y como los motivos o causales de nulidad son taxativos y de interpretación restrictiva, conforme a conocidos principios de derecho procesal que no es del caso repetir, no es posible admitir como tales en estos procesos electorales las causales 1a. y 2a. de reclamación definidas en el artículo 192 del Código Electoral, que corresponden exactamente a los motivos alegados por los demandantes en la forma que ha quedado descrita.

Tampoco prosperan los cargos formulados en este sentido, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Si, como quedó anotado, no se demostró con los medios probatorios idóneos la votación con cédulas indebidamente inscritas en las mesas individualizadas

por los demandantes, ni los motivos de reclamación invocados por ellos constituyen causales de nulidad en el proceso originado en la acción pública electoral, es necesario concluir que no está probada la violación de los artículos 2, 10. 172 y 180 de la Constitución Nacional; 1, 2, 77, 78, 142 y 192 del Código Electoral; 1 y 223 del Código Contencioso Administrativo y el Decreto 51 de 1986, citados por los demandantes. Por consiguiente, con la expedición del Acuerdo No. 04 del 31 de mayo de 1990, por medio del cual el Consejo Nacional Electoral declaró elegidos, entre otros, a Senadores y Representantes por la Circunscripción Electoral del Departamento de la Guajira, para el periodo 1990 a 1994, no se contrario ninguna de tales disposiciones constitucionales legales.

Finalmente, la Sala no entiende muy bien cómo el señor Agente el Ministerio Público en su concepto de fondo afirma que "en virtud de autos proferidos en los dos procesos acumulados, durante el curso de los mismos se efectuó examen técnico a los formularios E-3 de los ciudadanos inscritos para las elecciones del 11 de marzo de 1990.", cuando lo cierto es que, como quedó demostrado párrafos atrás, en ningún momento en estos procesos se decretó como prueba experticio grafológico porque ninguno de los demandantes lo pidió. Posiblemente el señor Fiscal Octavo confundió los cotejos dactiloscópicos hechos por funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil en actuación puramente administrativa que, como también quedó explicado en esta providencia sirvieron de respaldo al Registrador Nacional para expedir la Resolución No. 1010 del 10 de marzo de 1990, y algunas otras con posterioridad, para dar aplicación al artículo 78 del Código Electoral.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Quinta, en desacuerdo con el Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- Deniéganse todas las súplicas de las demandas que dieron origen a los procesos a los cuales se refiere esta sentencia.

2o.- En firme esta decisión, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha, diez (10) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo. Secretario.

TITULO EJECUTIVO

En los actos examinados constan obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles. Su exigibilidad radica en su firmeza, circunstancia que las hace ejecutivas y ejecutorias; el hecho de encontrarse demandadas ante la justicia contenciosa administrativa no les enerva este carácter que la ley les imprime por haber sido expedidas con el cumplimiento de los requisitos exigidos para su existencia y que sólo pierden en los eventos consagrados en el artículo 66 C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá D.E. diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctora Clara González de Barliza.*

Referencia: Expediente No. 0018. Actor: LA NACION C/BANCO CENTRAL HIPOTECARIO. APELACION DE AUTO.

Para que conozca del recurso de apelación subsidiario al de reposición interpuesto contra el mandamiento pago, ha llegado al Consejo de Estado procedente del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, el expediente contentivo del juicio que por jurisdicción coactiva adelante la Nación contra el Banco Central Hipotecario.

ANTECEDENTES

Por proveído de fecha 6 de marzo de 1.990, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del Banco Central Hipotecario

(Sección de Ahorro y Vivienda) por la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON DIEZ CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($52.954.892.10), más las costas que se causaren (fls. 78 y 80).

Adujo como recaudo ejecutivo las Resoluciones números 02007 (sic) del 22 de enero. 0568 del 23 de febrero, 0569 de la misma fecha, 0716 del 4 de marzo, 1180 del 19 de abril, 1181 de la misma fecha, 2448 del 5 de julio, todas de 1.988, 0588 de 1 de marzo y 1302 del 26 de abril, las dos de 1.989 y las confirmatorias números 2256 del 23 de febrero, 2377 del 28 de junio de 1.985; 1193 del 14 de abril, 3268 del 5 de octubre y 3074 del 21 de septiembre, todas de 1.989 (folio 78), por las cuales la Superintendencia Bancaria impone y confirma sanciones pecuniarias "por haber presentado excesos de pasivos para con el público".

El 17 de abril de 1.990 el juzgado del conocimiento notifica el anterior proveído al apoderado general del ejecutado (f.87).

Por documento fechado el 30 de marzo del mismo año, el señor apoderado general confiere poder especial a un profesional del derecho (f.88) quien en escrito visible a folio 89 interpone recurso de "reposición y en subsidio el de apelación contra el auto de mandamiento de pago de marzo 6 de 1.990".

Por auto calendado el seis (6) de noviembre de 1.990 el Juzgado ejecutor al resolver el recurso de reposición mantuvo en firme el proveído recurrido (f.191).

En este estado llegó el negocio a conocimiento del Consejo en donde tramitado en legal forma el recurso de apelación subsidiaria interpuesto, procede a decidirlo previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Razonó así el a-quo al resolver el recurso de reposición:

El hecho de estar demandadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca las Resoluciones que sirvieron de título ejecutivo al mandamiento de pago, no le quita la fuerza ejecutoria a los citados actos administrativos, pues, estas adquieren firmeza agotada la vía gubernativa y son suficientes por sí mismos para que la Administración adelante las diligencias para su ejecución.

En cuanto a la solicitud de suspensión del proceso por presentarse el fenómeno de la prejudicialidad, sostiene que aún no se dan los presupuestos señalados en el art. 171 del Código de Procedimiento Civil, en razón de que el proceso no se encuentra en el estado de dictar sentencia.

En relación con la caución prestada manifiesta que ella es una medida

que tiende a garantizar el cumplimiento de la obligación discutida.

Como el recurso de apelación no fue sustentado ante el Consejo de Estado, cabe entenderlo soportado en los términos aducidos en el recurso de reposición, sintetizados así:

Las providencias que sirven de título ejecutivo se encuentran demandadas en acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en todos los procesos, con excepción del 90D-6183, se prestó caución mediante pólizas expedidas por compañías de seguros.

Por lo anterior, las Resoluciones de la Superintendencia Bancaria que imponen las multas y que sirven de título ejecutivo no contienen obligaciones actualmente exigibles al Banco.

"Prestada la caución, la exigibilidad de la multa queda condicionada a la decisión que adopte el Tribunal".

Plantea como petición subsidiaria la suspensión del proceso, llegada la oportunidad legal "por existir una prejudicialidad al tenor del C. de P. C."

Se observa:

La ejecutividad de un acto tiene que ver con su eficacia, es el principio de que el acto perfeccionado produce efectos, su exigibilidad deviene del cumplimiento de todos los requisitos que se relacionan con la existencia del acto.

Su ejecutoriedad es la posibilidad de la Administración, otorgada por la Ley de ejecutar por sí misma el acto.

La ejecución es el medio procesal por el cual se hace efectivo el acto, presume un acto administrativo definido, válido y perfecto.

En nuestro ordenamiento un acto es firme cuando contra él no procede recurso alguno, cuando los recursos interpuestos se han decidido, cuando no se interpongan recursos o cuando se renuncie expresamente a ellos, cuando haya lugar a la perención, cuando se acepten los desistimientos (art. 62 C.C.A.).

Los actos ejecutivos y ejecutorios son suficientes para que la Administración pueda ejecutarlos (art. 64 del C.C.A.).

De otro lado, de conformidad con el numeral 1o. del art. 68 del Código anteriormente citado, prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, entre otros, "todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier

orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la Ley".

Ahora bien, en las Resoluciones números 2256 de 11 de julio de 1.989, confirmatoria de las números 0207 de 22 de enero y 0568 y 569 de 23 de febrero, todas de 1.988, 2377 de 28 de junio de 1.988, confirmatoria de las números 0716 de 4 de marzo, 1180 y 1181 de 19 de abril todas de 1.988, 1193 de 14 de abril de 1.989, confirmatoria de los números 2488 de 5 de junio de 1.988, 3268 de 5 de octubre de 1.989, confirmatoria de la 0588 de 1 de marzo de 1.989 y la 3074 de 21 de septiembre de 1.989 confirmatoria de la 1302 del 26 de abril del mismo año, constan obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles.

En efecto, su exigibilidad radica en su firmeza circunstancia que las hace ejecutivas y ejecutorias; el hecho de encontrarse demandadas ante la justicia contenciosa administrativa no les enerve este carácter que la ley les imprime por haber sido expedidas con el cumplimiento de los requisitos exigidos para su existencia y que sólo pierden en los eventos consagrados en el art. 66 del C.C.A.: "1) Por suspensión provisional; 2) Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho; 3) Cuando al cabo de cinco (5) años de estar firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; 4) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto; 5) Cuando pierdan su vigencia".

De otro lado, la caución prestada para garántizar el cumplimiento de la obligación controvertida en la jurisdicción en lo contencioso administrativo, en nada incide en la exigibilidad de la misma pues, ella no deja de ser una simple garantía del pago.

En cuanto a la petición de la suspensión del proceso, como acertadamente lo afirman el a-quo y el señor apoderado de la ejecutada, solo en el momento procesal señalado en el inciso 2o. del art. 171 del Código de Procedimiento Civil, esto es, cuando el proceso que deba suspenderse se encuentra en estado de dictar sentencia, es procedente la medida.

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

RESUELVE

Confírmase el mandamiento de pago de fecha 6 de marzo de 1.990, dictado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales a favor de la Nación y en contra del Banco Central Hipotecario (Sección de Ahorro y Vivienda) por la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON DIEZ CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($52.954.892.10).

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Oficina de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL / CADUCIDAD / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION/ -Facultades

Cabe pensar en todas las consecuencias de la excepcional atribución que la norma otorgó a la Procuraduría General, para entender por qué no puede estar vigente en lo que hace a la posibilidad de que proponga la acción de nulidad, contra los actos de elección o nombramiento de funcionarios públicos, sin limitaciones temporales. Ese organismo de vigilancia administrativa sí puede y debe exigir en cualquier tiempo que los nominadores de funcionarios públicos ilegalmente nombrados, subsanen esa situación por las vías que la ley establece, pero cuando pretenda que se lo haga por la vía contencioso electoral debe incoar la acción antes de producirse la caducidad de ésta, pues de no obrar en esa oportunidad deberá rechazarse la demanda o declararse la caducidad tan pronto se lo advierta.

ACCION ELECTORAL -Requisitos /**PRESUPUESTO MUNICIPAL /COMPETENCIA FUNCIONAL.**

Aunque por regla general en los procesos de nulidad que versan con las elecciones o nombramientos de orden municipal, la certificación presupuestal constituye requisito del proceso, no para acreditar la cuantía del petitim, porque este carece de la misma, sino para determinar, ab initio, si el proceso ante el Tribunal es de única o de primera instancia, tratándose, como en este asunto, de contencioso por elección de alcalde, la competencia deviene no del monto del quantum presupuestal sino de la misma ley.

ACCION ELECTORAL/ ACTO DE NOMBRAMIENTO

Yerra la apoderada cuando entiende que por la vía general de la acción de nulidad son atacables los nombramientos que se hagan dentro de la administración pública. Ello no corresponde a la realidad, cuando es la ley la que señala expresa y concretamente la vía del contencioso de nulidad electoral para buscar la invalidación de esa clase de actos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E. veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0515. Apelación de la sentencia de 14 de diciembre de 1.990, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Luis Claver Pérez Montoya.

Tramitada la segunda instancia en legal forma y no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto y sustentado por el actor, en este proceso que en ejercicio de la acción pública electoral promueve en representación de la Procuraduría General de la Nación, encaminado a obtener las siguientes pretensiones:

"PRIMERA.- Que es nulo el acto electoral contenido en el Acta de fecha 13 de marzo de 1.990, por medio del cual la Comisión Escrutadora del Municipio de Vergara, declaró elegido como Alcalde Popular de dicho municipio al señor MIGUEL ANGEL GUERRA CASTAÑEDA, para el período 1.990-1.992.

"SEGUNDA.- Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene cancelar la respectiva credencial que lo acredita como Alcalde de Vergara.

"TERCERA.- Que se comunique tal decisión al señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca y a las autoridades de la Registraduría Municipal de Vergara, para los fines legales pertinentes" (fl. 1).

ANTECEDENTES

I.- Los fundamentos de la acción:

En criterio del demandante, el acto acusado es violatorio del artículo 1o. de la Ley 49 de 1.987, parágrafo 2o., literal e), que consagra entre las causales de inhabilidad para ser elegido alcalde popular, el haberse desempeñado como empleado oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección.

Que por mandato de esa disposición, el señor Miguel Angel Guerra Castañeda se encontraba inhabilitado para ser elegido Alcalde del municipio de Vergara, habida consideración que el elegido no renunció y se retiró con tres meses de antelación del empleo público de Asistente de la Subgerencia Administrativa de la Caja de Vivienda Popular, empresa industrial y comercial del Distrito Especial de Bogotá, en la que se desempeñó desde el 24 de mayo de 1.989 hasta el 31 de enero de 1.990, en virtud de nombramiento que se le hizo mediante Resolución de Gerencia No. 165 de 24 del citado mes de mayo.

La demanda fue presentada el 27 de julio de 1.990, esto es, caso tres meses después de la notificación en estrados del acto impugnado, por lo que el accionante aduce como excepción a la regla general de caducidad de la acción electoral en veinte (20) días, lo dispuesto en el artículo 9o. del Decreto Legislativo 2898 de 3 de noviembre de 1.953, elevado al rango de legislación permanente en virtud del artículo 1o. de la Ley 141 de 6 de abril de 1.961, a cuyo mérito, "....en cualquier tiempo -estima el actor-, la Procuraduría podrá pedir a quien corresponda la declaratoria de nulidad de todo nombramiento que se hubiere hecho contra la ley".

Con fundamento en lo normado por los artículos 152 del C.C.A., modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1.989, y 230 del mismo código, modificado por el 66 de la Ley 96 de 1.985, reclamó también la suspensión provisional del acto demandado.

El Tribunal del conocimiento, por auto de 6 de agosto de 1.990, admitió la demanda y negó la medida precautelar impetrada.

II.- La parte demandada:

Por conducto de apoderado, el señor Miguel Angel Guerra Castañeda contestó la demanda, oponiéndose a "....todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte actora, por existir caducidad de la acción y carencia de fundamentos legales para declarar la nulidad de la elección popular de alcalde"; lo primero; porque el Decreto de Estado de Sitio 2898 de 1.953, adoptado como Ley en 1.961, "...dejó de tener vigencia desde la expedición de las normas especiales contenidas en la Ley 78 de 1.986 que desarrolla el Acto Legislativo No.1 de 1.986, en cuyo artículo 28 se consagra como término de caducidad de la acción electoral el de veinte (20) días contados a partir de la fecha de declaratoria de la elección; también, porque así lo dispone el artículo 7o. de la Ley 14 de 1.988, por la cual ... se establecen las competencias para los juicios electorales contra la elección de alcaldes....".

Lo segundo, por cuanto la inhabilidad contemplada en el artículo 1o. de la Ley 49 de 1.987, parágrafo 2o. inciso 2o. literal e), que modificó el literal e) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1.986, se refiere únicamente a quien haya desempe-

ñado empleo oficial, dentro de los tres meses anteriores a la elección, en el territorio del mismo municipio donde se promueva su elección.

III.- La sentencia recurrida:

Mediante sentencia de 14 de diciembre de 1.990, bajo la consideración de que el término de caducidad para impugnar el acto de declaratoria de elección de Alcalde del municipio de Vergara transcurrió a partir del 14 de marzo de 1.990 hasta el 18 de abril del mismo año, descontados los días inhábiles o de vacancia, concluyó el a-quo que, "...la demanda no ha debido admitirse con base en el inciso 3o. del artículo 143 del C.C.A., subrogado por el artículo 26 del Decreto-Ley 2304 de 1.989, porque la acción había caducado". "Lo anterior -reza la parte motiva del fallo cuestionado-, conlleva a aceptar los planteamientos de la Agencia Fiscal y de la contestación de la demanda, encontrándose esta Corporación inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo".

IV. Los fundamentos del recurso:

El actor, en oportunidad, interpuso apelación contra la sentencia inhibitoria referenciada, para que esta Corporación "...proceda a decidir de fondo el caso planteado". En sustentación del recurso expresa:

"El artículo 9o. del Decreto Legislativo No,. 2898 de 3 de noviembre de 1.953 'por el cual se crea un cargo en la Procuraduría General de la Nación', dispone:

"La Procuraduría podrá, **en cualquier tiempo**, exigir la comprobación de las condiciones personales determinadas en la ley para el ejercicio de un cargo, siempre que no hubieren sido previamente calificadas. Igualmente deberá pedir a quien corresponda, **en cualquier tiempo**, la declaratoria de nulidad de todo nombramiento que hubiere sido hecho contra la ley" (Subrayas del transcriptor).

"La norma antes transcrita fue adoptada como ley en virtud del artículo 1o. de la Ley 141 de 6 de abril de 1.961, del siguiente tenor literal:

"Adóptanse como leyes los Decretos Legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución, desde el 9 de noviembre de 1.949 hasta el 20 de julio de 1.958, en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores".

Citas apartes de la sentencia de 24 de marzo de 1.988, proferida en el proceso electoral No. 137 sobre un caso similar al que ahora interesa, con ponencia del H. Consejero doctor Simón Rodríguez Rodríguez, que en lo principal reza:

"...El anterior Código Contencioso Administrativo, o Ley 167 de 1.941 preveía un plazo de diez (10) días para el ejercicio de la acción electoral, tratárase de impugnación de actos de elección o de actos de nombramiento (artículo 209).

"Como excepción a la regla general anterior, dispone el Decreto Extraordinario de Estado de Sitio No. 2898 de 1.953, elevado al rango de legislación permanente por la Ley 141 de 1.961 que, como antes se dijo, **en cualquier tiempo** la Procuraduría podrá pedir a quien corresponda la declaratoria de nulidad de todo nombramiento que se hubiere hecho contra la ley (Subrayas de la transcripción).

"...Con posterioridad, la Ley 28 de 16 de mayo de 1.979 'por la cual se adopta el Código Electoral' amplió a veinte (20) días el término de diez (10) días del artículo 209 de la Ley 167 de 1.941, que se ha mantenido y ha subsistido a través de la legislación posterior que se ha ocupado de la materia electoral como son el Decreto-Ley 01 de 1.984 (artículo 136, inciso final), la Ley 85 de 21 de diciembre de 1.981, la Ley 96 de 21 de noviembre de 1.986, el Decreto-Ley 2241 de 15 de junio de 1.986 y la Ley 14 de 21 de enero de 1.988, artículo 28 (sic).

"Es decir que toda la reglamentación posterior a la caducidad de diez (10) días del anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1.941) ha consistido en extender a veinte (20) días aquél plazo, manteniendo como regla general este lapso dentro del cual es dable ejercer la acción electoral y sin que de otro lado, haya habido texto expreso que provea a la supresión del tiempo ilímite de caducidad del Decreto 2898 de 1.953.

"Antes por el contrario y a este último respecto debe notarse que la Ley 25 de 20 de diciembre de 1.974 'por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y régimen disciplinario y se dictan otras disposiciones' derogó expresamente del Decreto 2898 de 1.953 sus artículos 2o., 5o., 6o. y 10o., dejando a salvo el artículo 9o. objeto del presente examen, lo que reafirma la voluntad del legislador de preservarlo".

V.- Las alegaciones de la parte demandada:

Dentro del término de traslado de las partes, la representante judicial del demandado solicita se confirme por esta Corporación la sentencia de primer grado objeto de alzada, "...por hallarse ajustada a derecho..." pues, "...tienen claro el apoyo en la caducidad de la acción electoral....".

Igualmente aduce que las pretensiones de la demanda se encauzan equivocadamente por dos vías procesales diferentes, excluyentes, contradictorias y no acumulables: la simple acción de nulidad consagrada en el artículo 84

del C.C.A., y la acción de nulidad electoral a que se refiere el artículo 227 del mismo ordenamiento, la primera tramitable mediante el procedimiento ordinario y la segunda como proceso especial, aquella ejercitable en procura de la nulidad de todos los actos de la administración, incluidos los nombramientos ordinarios para el ingreso al servicio público en empleos de libre nombramiento y remoción y los nombramientos en período de prueba o en provisionalidad para los empleos de carrera, conforme a las previsiones de los Decretos 2400 de 1.968 y su Reglamentario 1950 de 1.973, y la última que se ejerce como acción pública en procura del mantenimiento o restablecimiento del orden jurídico, de la legalidad democrática ante los actos de elección popular, de contenido puramente político. La primera ejercitable en cualquier tiempo, sin sujeción a lapsos de caducidad; la segunda que caduca inexorablemente en veinte (20) días, como bien lo declaró en la sentencia recurrida el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

De otro lado, advierte la parte demandada, carece de apoyo legal la pretensión del accionante y recurrente, "...por cuanto no dió cumplimiento al artículo 141 del C.C.A., de aportar el texto legal de las normas distritales que prueben la naturaleza de la entidad denominada Caja de Vivienda Popular para establecer su carácter oficial y por ende la clase de vínculo que unía a Miguel Angel Guerra Castañeda con la misma, hecho este que ha sido probado....".

VI.- El concepto fiscal:

La señora Fiscal Séptima colaboradora considera que : "...la providencia de primera instancia debe revocarse para estudiar de fondo el negocio y denegar las súplicas de la demanda". Lo primero, por compartir los planteamientos expuestos por el Consejo de Estado en sentencia de la Sala Electoral fechada a 24 de marzo de 1.988 que cita el actor; lo segundo, por estimar que siendo la Caja de Vivienda Popular del Distrito Especial de Bogotá una empresa creada y regulada por una norma de alcance no nacional, como se deduce de lo alegado en la demanda, el texto de la misma en copia debidamente expedida debió arrimarse oportunamente al proceso, lo que no se hizo, no pudiendo, entonces, "....establecerse la naturaleza de la entidad en la cual laboraba el señor Guerra y, por ende, no puede estudiarse si el mencionado candidato se desempeñaba como empleado oficial dentro del término previsto en la norma y, por lo mismo, estaba incurso en la inhabilidad alegada". (Fl. 96 fte).

Para resolver,

SE CONSIDERA

El primer aspecto a dilucidar, con ocasión del recurso interpuesto por la parte actora contra la sentencia inhibitoria, es el relacionado con la alegada intemporalidad que asiste a la Procuraduría General de la Nación para ejercitar la acción electoral, en procura de la declaratoria de nulidad de los actos de

elección o nombramiento hechos contra la ley.

No obstante que el libelo demandatorio contiene aparte especial referido al tema, para sustento de la alegada oportunidad de la acción, donde se afirma que el Decreto Extraordinario de Estado de Sitio 2898 de 1.953, elevado al rango de legislación permanente por la Ley 141 de 1.961, contempla una excepción a la regla general de que la acción electoral caduca en veinte (20) días, lo cierto es que el señor colaborador fiscal del a-quo, cuando rindió concepto de fondo, y la Corporación de primera instancia con oportunidad del fallo inhibitorio cuestionado, no hicieron alusión a esa materia de suyo importante en el debate.

El apelante es del criterio que el artículo 9o. del Decreto 2898 de 1.953 conserva plena vigencia, lo que avala acudiendo a sentencia del Consejo de Estado de fecha 24 de marzo de 1.988, proferida en asunto electoral radicado al número 137, con ponencia del H. Consejero doctor Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se sostiene que la reglamentación posterior sobre la materia no consagra texto expreso que provea a la supresión del tiempo ilímite de caducidad estatuido en la advertida norma, resultando así, evidencia clara de la voluntad del legislador de preservarlo.

Más, tampoco carece de sentido la posición de quienes, como la parte demandada, afirman que el artículo 9o. del Decreto 2898 de 1.953 sufrió derogatoria por virtud de la posterior expedición de una legislación especial en materia electoral, integrada fundamentalmente por la ley 96 de 1.985, "...Por la cual se modifican las leyes 28 de 1.979 y 85 de 1.981, el Código Contencioso Administrativo, se otorgan unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones..."; el Decreto 2241 de 15 de julio de 1.986, "por el cual se adopta el Código Electoral"; la Ley 78 de 30 de diciembre de 1.986, "por la cual se desarrolla parcialmente el acto legislativo número 1 de 1.986 sobre elección popular de alcaldes y se dictan otras disposiciones"; y la Ley 14 de 21 de enero de 1.988, "por la cual se integra la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en forma permanente integrada por cuatro consejeros , se establecen las competencias para los juicios electorales contra la elección de alcaldes y se dictan otra disposiciones", ordenamientos en los que se prevé, en lo que interesa al caso sub-judice, el término de caducidad de la acción electoral y la derogatoria expresa de las disposiciones legales electorales anteriores a la Ley 28 de 1.979.

No se hizo excepción en esa derogatoria de "...todas las disposiciones legales electorales anteriores a la Ley 28 de 1.979.." dispuesta en los artículos 74 de la Ley 96 de 1.985 y 218 del Decreto Ley 2241 de 1.986, a lo preceptuado en el artículo 9o. del Decreto 2898, para decir que, salvo lo que ella prevé , la regla general es que el término de caducidad de la acción electoral es el inexorable de veinte (20) días contados a partir del siguiente al de la notificación o confirmación del acto de elección o nombramiento. Por el contrario, el art. 73 del citada Ley 96 de 1.985 derogó "...también las demás disposiciones que sean contrarias a esta

ley...", entre las cuales, como es lógico, está la que apartándose de la uniforme y especial determinación del tiempo de caducidad de la acción de nulidad electoral, en lo que reviste diferencia fundamental con la acción de simple nulidad del Art. 84 del C.C.A., consagraría situación de privilegio a favor de la Procuraduría General de la Nación, entidad para la cual vendría a ser no caducable.

A reafirmar esta última posición contribuye la filosofía o espíritu del derecho electoral, cuyos cánones establecen la normativa de la elección política como instrumento de conformación de las instituciones democráticas. Es la elección política, en efecto, medio privilegiado de atribución de la autoridad pública y de legitimación de su ejercicio.

Producida aquella y obtenido un resultado incontrovertible, se produce la adhesión espontánea de la comunidad a las decisiones de quienes la gobiernan, suscitándose la obediencia tranquila y la armonía social. Con razón el Abate Sieyes decía en la convención francesa, que votamos por lo que nos une y no por lo que nos divide.

Declarada la elección como culminación del escrutinio, si existe inconformidad con su resultado por estimárselo fraudulento, cabe ejercitar la acción electoral para decidir acerca de las objeciones que contra aquél se propongan con apoyo en normas legales. Concluido el proceso con sentencia de mérito o no demandando oportunamente el acto declaratorio de la elección, desaparece toda posibilidad de proponer el contencioso y el título del elegido se torna incontrovertible con el allanamiento de las voluntades ciudadanas a esa situación. Para que ese resultado no se dilate y pronto queden despejados los motivos de inconformidad se dispuso que el proceso electoral sea compulsivo, de términos improrrogables para dictar sentencia, de trámite incidental restringido y con oportunidades únicas y limitadas para pedir y practicar pruebas.

Como resulta lógico, la caducidad de la acción tiende al mismo objeto: que prontamente se resuelvan las contenciones que pudiera suscitar la inconformidad con el escrutinio. Sería inconveniente, aún más, en extremo dañino, prolongar indefinidamente la posibilidad de iniciar el proceso, como también la de demorar su trámite, por cuanto el fallo vendría a proferirse cuando el período del elegido ha terminado: ello sería contrario al tranquilo y pacíficamente aceptado ejercicio de la autoridad.

En otras palabras, sin el reducido término que prevé la ley para el ejercicio de la acción de nulidad electoral y la celeridad que imprime al respectivo proceso, la institucionalidad misma naufragaría en la desobediencia ciudadana, originada en las dudas abrigadas en cuanto a la legitimidad del título de los elegidos para gobernar o legislar.

Qué sería, por ejemplo, de la tranquilidad pública y de la estabilidad

política de una Nación, donde a cualquier tiempo pudiera demandarse la nulidad de la elección de su primer mandatario, o la de los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular, o la de los alcaldes de las principales ciudades.

Posiblemente la demanda del acto de elección de alcalde de un pequeño municipio no tiene repercusión fuera de los límites del ente territorial -aunque sí se daría la desconfianza y la duda de los pobladores para con su gobernante. Entonces, cabe pensar en todas las consecuencias de la excepcional atribución de la norma otorgó a la Procuraduría General, para entender por qué no puede estar vigente en lo hace a la posibilidad de que proponga la acción de nulidad, contra los actos de elección o nombramiento de funcionarios públicos, sin limitaciones temporales. Ese organismo de vigilancia administrativa si puede y debe exigir en cualquier tiempo que los nominadores de funcionarios públicos ilegalmente nombrados, subsanen esa situación por las vías que la ley establece, pero cuando pretenda que se lo haga por la vía del contencioso electoral debe incoar la acción antes de producirse la caducidad de ésta, pues de no obrar en esa tan pronto se lo advierta. Y si, como en el caso sub-judice, se llega hasta la etapa de proferir sentencia, habrá el juzgador de declarar su inhibición para fallar de mérito.

De otra parte, es claro que el actor se equivocó flagrantemente cuando fundamenta la acción en los artículos 82, 83, y 84 del C.C.A., por cuanto la ley establece expresamente y de manera concreta la acción pública y objetiva que corresponde al tipo de acto administrativo que se ataca: la acción electoral regulada en los artículos 227 y siguientes del C.C.A., también citados por el demandante en incorrecta simultaneidad con las antedichas.

Yerra igualmente la señora apoderada de la parte demandada, cuando entiende que por vía general de la acción de nulidad del artículo 84 del C.C.A. son atacables los nombramientos que se hagan dentro de la Administración Pública.

Ello no corresponde a la realidad, cuando es la ley la que señala expresa y concretamente la vía del contencioso de nulidad electoral para buscar la invalidación de esa clase de actos.

Por último, y porque a ello se hace alusión en la sentencia recurrida, es importante advertir que aunque por regla general en los procesos de nulidad que versan con elecciones o nombramientos del orden municipal la certificación presupuestal constituye requisito del proceso, no para acreditar la cuantía del petitum, porque este carece de la misma, sino para determinar, ab initio, si el proceso ante el Tribunal es de única o de primera instancia, tratándose, como en este asunto, de contencioso por elección de alcalde, la competencia deviene no del monto del quantum presupuestal sino de la misma ley (Artículo 29 de la Ley 78 de 1.986).

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Conten-

cioso Administrativo, Sección Quinta, parcialmente acorde 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

Confírmase por los motivos expuestos, la sentencia de 14 de diciembre de 1.990, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se declaró inhibido para pronunciarse de fondo sobre la pretensión de nulidad del acto calendado el 13 de marzo de ese mismo año, mediante el cual la Comisión Escrutadora del municipio de Vergara declaró elegido, como Alcalde Popular, al señor Miguel Angel Guerra Castañeda para el período 1.990-1.992.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL - Interpretación **/ACCION ELECTORAL / PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS**

Por sobre el excesivo formalismo de las normas procesales debe primar el principio de carácter público de la acción, que se traduce en la posibilidad de demandas carentes de la técnica exigida para la confección de aquellas encaminadas a poner en marcha otra clase de acciones. Por ello el rigorismo de la interpretación literal de las normas de procedimiento debe ceder en el caso de las demandas de carácter electoral y así garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial mediante el ejercicio de la acción pública electoral.

ALCALDE-Inhabilidades **/ AUTORIDAD CIVIL / SECRETARIO DE GOBIERNO/ INSPECTOR DE POLICIA / FUNCION DE POLICIA**

La subordinación a que están sometidos los inspectores de policía municipal, obliga a pensar en que para su manejo, en lo que a funcionamiento de las inspecciones en cumplimiento del deber de los inspectores se refiere el Secretario de Gobierno ejercita actos que implican autoridad civil, pues suponen obediencia al superior.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá D.E. veintiseis (26) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Referencia: Expediente No. 0516. Actor: EUDOXIO CESAR PRADO PAREDES.

No observando motivo de nulidad que afecte la validez de la actuación, la Sección Quinta del Consejo de Estado procede a decidir el recurso de apelación

invocado por la parte demandada contra la sentencia del H. Tribunal Administrativo del Cauca que declaró "...nula la elección del Alcalde del Municipio de Guapi -Cauca -, para el período 1.990 a 1.992.

ANTECEDENTES

1.- Las demandas

Mediante sendas demandas, que dieron lugar a procesos posteriormente acumulados, los Abogados Eudoxio Cesar Prado Paredes y Gonzalo Delgado López, en ejercicio de la acción pública electoral pretenden la nulidad del acto que declaró elegido Alcalde del Municipio de Guapi, Cauca, al señor Iván Alfonso Izquierdo Grueso.

El primero de ellos pide "las siguientes o similares DECLARACIONES:"

"1.- Que es nula la elección de IVAN ALFONSO IZQUIERDO GRUESO, como Alcalde de Guapi Cauca, para el período constitucional 1.990-1.992 y nulos los actos que así lo declaren, por cuanto en la elección efectuada el 11 de marzo de 1.990 resultó ganadora una persona inhabilitada para el ejercicio del cargo de Alcalde Municipal de Guapi de acuerdo con el mandamiento expreso del art. 1 Par 2 de la Ley #49 de 1.987.

En virtud de la previsión del Art. 229 del C.C.A., el acto de mandato esta (sic) individualizado y consta en la certificación de la Registraduría Municipal del Estado Civil de Guapi, Cauca, de fecha marzo 22-90 y que adjunto al presente libelo, por cuanto el Acta General de escrutinio (sic) correspondiente a los comisios (sic) para Alcalde y Corporaciones Públicas, llevadas a cabo en el Municipio de Guapi el 11 de marzo de 1.990, no expresa ni declara la elección, ni hay certificación distinta que lo haga, de todas formas preciso que el contenido de la pretensión es la nulidad de la elección de IVAN ALFONSO IZQUIERDO como Alcalde de Guapi Cauca, para el período constitucional 1.990-1.992, individualizada en la certificación que aportó o en documento idóneo (sic) que a petición del Honorable Tribunal se expida por la autoridad competente en el caso de no considerar apta la certificación para efectos de la demanda, por cuanto afirmó bajo la gravedad del juramento que habiéndolo solicitado a la Oficina pertinente el documento expedido es el aportó (art. 25 Decreto 2304 de octubre 7-89).

2.- Que como consecuencia de la nulidad anterior, previo el procedimiento legal, se haga una nueva declaración de alcalde electo por la Circunscripción electoral (sic) de Guapi Cauca para el período 1.990-1.992, por las autoridades competentes (sic), se ordene la cancelación de la credencial expedida al Sr. IVAN ALFONSO IZQUIERDO GRUESO, como Alcalde de Guapi y en su lugar se proceda de acuerdo con al mandato legal.

3.- Que las anteriores novedades se comuniquen a quienes deben conocerlas, mediante oficios que deberán dirigirse y enviarse al Presidente del Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus delegados para el Departamentos del Cauca, al Sr. Ministro de Gobierno, al Sr. Gobernador del Cauca, al Sr. Presidente de la Asamblea Departamental del Cauca, al Sr. Presidente del Consejo de Estado y el Sr. Presidente del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca". (Fls. 1 y 2 , cuaderno No. 1, Expediente No. 3032).

A su vez, el Abogado Gonzalo Delgado López pide "...se profieran las siguientes equivalentes DECLARACIONES:"

"PRIMERO.- Que es nulo el ACTO ADMINISTRATIVO correspondiente al acta parcial de escrutinio de los votos para Alcalde Municipal del Municipio de Guapi, Departamento del cauca, correspondiente a las elecciones que para tal efecto se realizaron el 11 de marzo (sic) de 1.990, acta suscrita el día 14 de marzo de 1.990, y que declaró electo como Alcalde del Municipio de Guapi al señor IVAN ALFONSO IZQUIERDO GRUESO.

SEGUNDO.- Que consecuente con la anterior declaración y como obvia determinación se declare como Alcalde electo del Municipio de Guapi, Departamento del cauca, al señor ALONSO OCHOA LEMOS, mayor y vecino de Guapi, para el período 1.990 a 1.992, y que, en tal virtud, se ordene a las autoridades electorales la expedición de la correspondiente credencial en favor del señor ALONSO OCHOA LEMOS, y se levante el acta que lo declare como Alcalde electo para el Municipio de Guapi para el período legal ya fijado". (Fls. 1 y 2, cuaderno No. 1, Expediente No. 3041).

2.- CONTESTACION DE LAS DEMANDAS.

A las demandas dio contestación el mismo representante legal del demandado , quien se opone a las declaraciones de la demanda por estimar que el señor Iván Alfonso Izquierdo Grueso no estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde del Municipio de Guapi. Acepta que ocupó el cargo de Secretario de Gobierno en la forma indicada por los demandantes pero niega que en el desempeño de éste hubiera ejercido "autoridad política y civil". Afirma que corresponde al demandante probar "...fehacientemente que dicho cargo, en ese Municipio y exclusivamente en ese que constituye la Circunscripción Electoral donde se efectuó la elección tenía asignados por la ley, tal como lo manda la constitución (sic), y, por lo tanto su titular ejercía funciones que conllevaran el ejercicio de autoridad política y civil".

No es "la denominación del cargo la que otorga autoridad, sino las funciones señaladas al mismo en la LEY O REGLAMENTO y que debe cumplir su titular. Las apreciaciones del demandante no son más que afirmaciones que debe probar. "Como al cargo de Secretario de Gobierno no se le fijaron funciones

específicas, el señor Iván Alfonso Izquierdo "...continuó ejerciendo las de Secretario General de la Alcaldía que no son otras que dar fe de la autenticidad de los actos de la administración función que no implica el ejercicio de ningún tipo de autoridad.".

Consecuencia de lo anterior es que el señor Izquierdo Grueso no ejerció funciones "...que conllevaran el ejercicio de la autoridad política o civil, ...", por lo cual se retiró del servicio público con tres (3) meses de antelación a la elección, "...ciñéndose al PAR.2 ART. 1 de la Ley 49 de 1.987 que no puede estimar como violado", siendo, por tantó, legal su elección como alcalde.

Finalmente, pidió práctica de pruebas, entre ellas el testimonio de personas que conocieron las actuaciones del señor Izquierdo Grueso como Funcionario de la Alcaldía, por estar vinculados a esa Administración.

3.- La sentencia recurrida.

EL Tribunal Administrativo del Cauca pronunció su fallo en el sentido de que "Es nula la elección del Alcalde Municipal de Guapi - cauca- contenida en el acta parcial de escrutinio de los votos para Alcalde de Municipio de Guapi, correspondiente a las elecciones que para el efecto se realizaron el 11 de marzo de 1.990 y que declaró elegido como Alcalde de ese mismo municipio al señor IVAN ALFONSO IZQUIERDO GRUESO", cuya credencial ordena cancelar. Negó "...las demás pretensiones de la demanda".

Para llegar a esa decisión el a-quo tuvo en cuenta la prueba que obra a autos, así: fotocopias autenticadas del acto administrativo que declaró elegido Alcalde del Municipio de Guapi al señor Iván Alfonso Izquierdo Grueso para el período 1.990 a 1.992 (fls. 91 a 95, cuaderno No. 1, Expediente No. 3032 y 8 a 12, cuaderno No. 1, Expediente No. 3041); copias, también autenticadas, del acto por medio del cual dicho ciudadano fue nombrado en el cargo de Secretario de Gobierno de dicha localidad, del acta de posesión en el mismo el día 2 de enero de 1.989 y de la constancia de la renuncia irrevocable que presentó el 7 de diciembre de dicho año, (fls. 69 a 70, cuaderno No. 1, Expediente 3032 y 13 a 15, cuaderno No. 1, Expediente 3041), también los documentos que demuestran que cobró sueldo hasta el 30 de noviembre por nómina y hasta el 10 de diciembre de 1.989 "por cuenta de cobro". Igualmente, tuvo en cuenta el fallador de instancia las declaraciones que con las formalidades legales le fueron recibidas a los ciudadanos Hernando Díaz, Juan de Dios Cisneros, Sabino Rivera en el Expediente 3032 (fls. 11 a 13, 19 a 21, 40 a 45 y 47 a 48) y el ciudadano Sixto Alberto Orobio Montaño en este y en el Expediente 4041.

Asimismo, tuvo en cuenta el a-quo actos administrativos del Concejo Municipal de Guapi y de la Alcadía; el primero, facultando al Alcalde para reestructurar la administración pública, el segundo, el decreto que llevó a cabo esa reestructuración.

4.- El recurso de apelación.

El representante legal del señor Iván Alfonso Izquierdo Grueso, cuya elección impugnaron los demandantes, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado. Sustentó su inconformidad con los argumentos que a continuación, de manera resumida, se describen:

a.- El a-quo debió abstenerse de decidir el fondo del asunto por ineptitud sustantiva de la demanda presentada por el Abogado Eudoxio Prado Paredes, ineptitud consistente en que éste no impugnó el acto electoral correspondiente a la declaratoria de elección del Alcalde ni tampoco aporta copia del mismo, como estaba obligado a hacerlo conforme a la preceptiva de los artículos 138 y 139 del C.C.A., en concordancia con el artículo 229 ibídem.

La certificación de la Registraduría Municipal del Estado Civil de Guapi, fechada el 22 de marzo de 1.990, que acompañó a la demanda, no es el acto declaratorio de elección que debió individualizar en la demanda, ni lo puede sustituir. La aportación de éste último documento "..., no significa que al demandante le haya sido negada la expedición de la copia del Acta de Escrutinios Municipales que contenía el acto de elección, sino que la solicitó de una oficina que no tenía el original de aquella ", solicitud que debió hacer a los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil. De otra parte, la afirmación que en su demanda hace el actor, bajo la gravedad del juramento, en relación con el acto cuya copia debió anexar a la demanda, a fin de que fuera obtenida por el Tribunal "...no satisface los presupuestos procesales de la individualización del acto, de manera precisa, ni el de la solicitud de la prueba autenticada del mismo, antes de su admisión, por el magistrado ponente. Como el demandante "...no demandó la elección de Alcalde Municipal de Guapi contenida en el Acta Parcial de la Comisión Escrutadora Municipal del 14 de marzo de 1.990, sino los escrutinios del 11 de marzo de 1.990 practicados por los jurados de votación", se dio una ineptitud sustantiva de la demanda. Es más: Indujo en error al a-quo, pues no determinó la anulación del acto declaratorio de elección sino la declaratoria de nulidad de la elección, que no es lo mismo. En tales circunstancias, el fallo debió ser inhibitorio. Así las cosas, corresponde al Consejo de Estado revocar la sentencia de inhibirse de proferir fallo de mérito.

b.- También debió el a-quo abstenerse de decidir el fondo del asunto, porque es igualmente inepta la demanda del Abogado Gonzalo Delgado López, cuya pretensión se concretó a que se declare que es nulo "... el acto administrativo correspondiente al acta parcial de escrutinio de los votos para Alcalde Municipal del Municipio de Guapi, Departamento de Cauca, correspondiente a las elecciones que para tal efecto se realizaron el 11 de marzo de 1.990, acta suscrita el día 14 de marzo de 1.990..." según expresión de la sentencia. Y ocurre que el día 14 de marzo de 1.990 "...no se suscribió ningún ACTA PARCIAL DE ESCRUTINIO, y ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 160 del Código Electoral", porque la fecha inicial del escrutinio fue el día martes 13 de marzo, que es la que debió

citarse así la diligencia se hubiera prolongado uno o más días calendario,".

Y si "el error que se le anota a la demanda del doctor DELGADO LOPEZ no alcanza a configurar..... el defecto de demanda inepta ", el vicio de la primera demanda, es decir, la presentada el Doctor Prado Paredes hacía imposible la acumulación de procesos dispuesta en auto de 9 de octubre de 1.990, pues el acto demandado por éste "fueron los comicios del 11 de marzo de 1.990" mientras que el acto demandado por aquél es el acta parcial de escrutinio suscrita el día 14 de marzo de 1.990. No era, por consiguiente, posible que ambos procesos se tramitaran "bajo una misma cuerda como lo exige el artículo 237 del Código Contencioso Administrativo, pues no se ejercita la acción de nulidad contra unas misma elecciones (las del 11 de marzo de 1.990, pretensión del doctor PRADO P. y las del 14 de marzo de 1.990, pretensión del Dr. DELGADO L.); ni contra un mismo registro de escrutinio; ni las demandas se refieren a un mismo registro....; ni el objeto final de las demandas es el mismo. Con la acumulación declarada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, se le está dando plena validez a una demanda con vicio de ineptitud sustantiva, se le está haciendo pretender el Dr. EUDOXIO CESAR PRADO PAREDES lo que en su demanda no busca: la nulidad del acto de elección del Alcalde de Guapi contenido en el Acta Parcial del Escrutinio del 13 de marzo de 1.990, acto que en ningún momento demandó aquel ni respecto del cual allegó copia autenticada. También esa indebida acumulación conlleva la REVOCATORIA de la sentencia apelada y, en últimas, la nulidad de lo actuado desde el Auto del 9 de octubre de 1.990 por cual se declaró la acumulación.".

c.- El Tribunal a-quo incurrió "en error de hecho manifiesto en la interpretación de la prueba aportada al proceso". AL respecto, el apelante afirma, que en el proceso no existe "ningún documento idóneo, pero ni siquiera innocuo (sic), que contenga la voluntad expresa, manifiesta ",que demuestre que el señor Izquierdo Grueso ejerció autoridad civil en el desempeño del cargo de Secretario de Gobierno, como en sentido contrario lo pretende la sentencia apelada al afirmar que "ejerció potestad de ordenar, disponer, prohibir, ejecutar y sancionar", tampoco ejerció esa autoridad civil en "los encargos que cumplió en virtud de lo dispuesto por los Decretos Nos. 37 y 49 de 1.989, emanados de la Alcadía Municipal de Guapi, entre otras cosas porque el encargo correspondía hacerlo al Gobernador del Departamento y no al Alcalde, y porque no se aportó prueba de "la ejecución de actos administrativos proferidos por el Secretario de Gobierno en su condición de alcalde encargado ". De otra parte, la prueba testimonial no es lo suficientemente clara y precisa, como por ejemplo "la deshilvanada exposición del exalcalde de Guapi", señor Sixto Alberto Orobio Montaño.

d.- La sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial "porque siendo las inhabilidades obstáculo para el libre de la obligación social de trabajar", no pueden aplicarse "bajo una amplia interpretación administrativa judicial". Tanto el H. Consejo de Estado como la H. Corte Suprema de Justicia

coinciden en que la aplicación de esta clase de impedimentos no pueden hacerse por analogía, todo lo contrario, su aplicación es restrictiva. El a-quo no tuvo en cuenta esos principios universales de derecho al concluír que el señor Izquierdo Grueso estaba inhabilitado a pesar de no haber ejercido la autoridad política y civil, indispensable para que se de la inhabilidad de que trata el parágrafo segundo del artículo 1o. de la Ley 49 de 1.987.

Termina el recurrente afirmado:

> "Recapitulando mi precedente planteamiento, en el ejercicio de las funciones del señor IVAN ALFONSO IZQUIERDO GRUESO como Secretario de Gobierno del Municipio de Guapi, Cauca, no se da el presupuesto que la ley exige como tipificante de la inhabilidad propuesta, pues aquel, en su condición de funcionario, jamás ejerció funciones de autoridad civil. También, por este aspecto, la sentencia recurrida debe ser REVOCADA".

e.- Por su parte el demandante, Abogado Eudoxio Cesar Prado Paredes, al descorrer el traslado pide no se acceda a las peticiones "de la parte demandada" y, en consecuencia, se confirme el fallo recurrido. Indica que la demanda "fue ajustada a los requerimientos de la ley", tanto en el petitum como en la narración de los hechos así como en la citación de las disposiciones violadas y el concepto de la violación. Afirma que las pruebas "muestran con claridad meridiana, como efectivamente Izquierdo Grueso se encontraba inhabilitado moralmente pues había sido coautor de la tragedia presupuestal en la cual conjuntamente con el Alcalde de turno sumieron al Municipio de Guapi..... y además porque estaba inhabilitado legalmente al estar su situación administrativa, ser Secretario de Gobierno, incursa en la situación señalada por el artículo 1o. , parágrafo segundo de la Ley 49 de 1.987".

5.- El concepto fiscal.

La señora Fiscal Octava de la Corporación en su concepto de fondo opina que no se configura la ineptitud de la demanda porque ni se incurrió requisito formal alguno de los indicados en los artículos 137,138, y 139 del C.C.A., en concordancia con el 229 ibídem, ni hubo indebida acumulación de pretensiones. Entiende que de la lectura de la demanda que originó el primero de los procesos acumulados, es claro que lo que se pretende es obtener la declaratoria de nulidad de la elección del señor Iván Alfonso Izquierdo Grueso como Alcalde del Municipio de Guapi así como la nulidad de "los actos que así lo declaren", y agrega:

> "En estas condiciones, no se puede aceptar como lo pretende el recurrente, que porque en la demanda se expresa que el acto demandado -está individualizado y consta en la certificación de la Registraduría del Estado Civil de Guapi-Cauca, que se allegó con ella, y no la elección que debió estar contemplada en el Acta de Escrutinios el día 14 de marzo de 1.990, practicada por la Comisión Escrutadora Municipal, sea inepta, pues la

demanda debe interpretarse en todo su contenido y no aisladamente, especialmente en este caso por ser una acción pública donde la ley le permita a cualquier ciudadano interponerla.

Si le asiste la razón , cuando advierte que debió acompañarse con la demanda el Acta Parcial de Escrutinios del día 14 de marzo de 1.990, practicada por la comisión escrutadora municipal, donde estaba contenida o declarada la elección del demandado como Alcalde Municipal de Guapi-Cauca.

Pero este defecto, no impedía que el Tribunal hubiera acumulado las demandas, pues se ajustó a lo dispuesto en el Art. 82 del C.P.C., de aplicación en este caso, y a que éste se pronunciara en el fondo, como quiera que la otra demanda se ajustó a los requisitos formales y con ella se acompañó, aquel documento.".

Con base en la prueba aportada el proceso, concluye que el señor Izquierdo Grueso desempeñó el cargo de Secretario de Gobierno de la Alcaldía Municipal de Guapi entre el 2 de enero de 1.989, fecha de la posesión hasta el 7 de diciembre del mismo año, cuando renunció, y que ante la inexistencia de manual de funciones, que debió expedir el alcalde y no lo hizo, la declaración recibida al señor Sixto Alberto Orobio Montaña, quien fue precisamente el Alcalde que reestructuró los cargos de la Administración Municipal, demuestra que las funciones que le correspondió ejercer al señor Izquierdo Grueso implicaron el ejercicio de autoridad civil o política, ejercicio proveniente del desempeño del cargo por la naturaleza del mismo. Y agrega:

"En este caso así no existiera manual de funciones escritas, ha quedado bien claro con la declaración a que se hizo referencia, que el señor Izquierdo Grueso como Secretario de Gobierno Municipal de Guapi-Cauca, las recibía verbalmente del Alcalde y que las funciones que desempeñó, tal como lo advierte el Tribunal, lo hizo actuando con el poder civil y de autoridad de que estaba revestido en tal posición.".

Concluye por pedir la confirmación de la sentencia objeto del recurso.

CONSIDERACIONES

No observando motivo de nulidad que de lugar a la invalidación de lo actuado en este proceso, por competencia procede esta Sección Quinta del Consejo de Estado a proferir sentencia de segunda instancia previas las siguientes consideraciones:

1.- Ineptitud sustantiva de la demanda

Según el recurrente, es inepta la demanda presentada por el abogado

Eudoxio Cesar Prado Paredes porque no se ajusta a la normatividad de los artículos 138, 139 y 229 del C.C.A., puesto que se omitió individualizar en ella el acto demandado así como acompañar copia del mismo. Tales omisiones obligaban al a-quo a abstenerse de decidir el fondo del asunto profiriendo sentencia inhibitoria.

El demandante en vez de demandar la nulidad del acto declaratorio de elección lo que hizo fue pedir la declaratoria de nulidad de la elección, por lo que la demanda no se ajusta a la preceptiva del citado artículo 229 del C.C.A., según la cual para obtener la nulidad de una elección "...deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos.".

Al respecto, la Sala comparte el criterio expresado por la distinguida colaboradora Fiscal, en el sentido de que "...la demanda debe interpretarse en todo su contenido y no aisladamente, especialmente en este caso por ser una acción pública donde la ley le permite a cualquier ciudadano interponerla ". En oportunidades anteriores ha sostenido el Consejo de Estado que por se pública la acción electoral, es decir, que puede ser utilizada por cualquier ciudadano con el propósito de obtener la tutela de la legalidad de los actos administrativos electorales como garantía del debido proceso administrativo electoral, base indispensable para el ejercicio constitucional del derecho a elegir y ser elegido por medio de voto popular, forma esta esencial para la existencia misma de la democracia como sistema de gobierno, por sobre el excesivo formalismo de las normas procesales debe primar el principio de carácter público de la acción, que se traduce en la posibilidad de demandas carentes de la técnica exigida para la confección de demandas encaminadas a poner en marcha otra clase de acciones. Por ello el rigorismo de la interpretación literal de las normas de procedimiento debe ceder en el caso de las demandas de carácter electoral y así garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial mediante el ejercicio de la acción pública electoral que, tanto individual como colectivamente, es la protección de la legalidad del proceso administrativo electoral. Con miras a esa finalidad le está permitido al juez un margen razonable de discrecionalidad para interpretar la demanda conforme al contexto de la misma.

Así entendida la razón de ser de la acción pública electoral, y sobre la base de que la demanda para ejercitarla debe ser interpretada por el juez en la forma anotada, la Sala encuentra que la demanda considerada inepta por el recurrente, realmente no lo es porque de su contexto resulta evidente que la pretensión no puede ser otra distintas a la de obtener la nulidad de la elección del señor Iván Alfonso Izquierdo Grueso como Alcalde del Municipio de Guapi, para lo cual es sin lugar a duda necesario anular el acto administrativo por medio del cual esa elección se declaró. El mismo artículo 229 del C.C.A., referente a la individualización del acto acusado en el uso de la acción pública electoral contiene la expresión "Para obtener la nulidad de una elección...", expresión que

precisamente utilizó el demandante al pedir que con base en el ejercicio de la citada acción electoral el Tribunal declara "1.- Que es nula la elección de IVAN ALFONSO IZQUIERDO GRUESO, como Alcalde de Guapi Cauca, para el período constitucional 1.990 - 1.992 y nulos los actos que así lo declaren...."

2.- Indebida acumulación de pretensiones

Sostiene el recurrente que al acumularse los procesos en cumplimiento de lo dispuesto en auto de 9 de octubre de 1,988, se le dio plena validez a la demanda del Abogado Prado Paredes no obstante el vicio de ineptitud sustantiva de la misma. Los procesos no podían tramitarse "...bajo una misma cuerda como lo exige el artículo 237 del Código Contencioso Administrativo, pues no se ejercita la acción de nulidad contra unas mismas elecciones (las del 11 de marzo de 1.990, pretensión del doctor PRADO P. y las del 14 de marzo de 1.990, pretensión del Dr. DELGADO L.); ni contra un mismo registro de escrutinio; ni las demandas se refieren a un mismo registro....; ni el objeto final de las demandas es el mismo,".

Al respecto, la Sala en un todo de acuerdo con el concepto de su Colaboradora Fiscal, encuentra que de la interpretación del contexto de ambas demandas es evidente que la pretensión es la misma, que no es otra que obtener la declaratoria de nulidad de la elección del señor Ivan Alfonso Izquierdo Grueso como Alcalde Municipal, mediante la nulidad del acto que lo declaró elegido como tal. En ese punto es necesario anotar que el demandante Doctor Prado Paredes mediante escrito presentado el 6 de abril de 1.990, es decir dieciocho (18) días antes de que se produjera el auto admisorio de la demanda, anexó fotocopia debidamente autenticada del acta parcial del escrutinio de los votos para Alcalde Municipal -formulario E-28- en cuya hoja 5 está contenida la declaratoria de elección del citado señor Izquierdo Grueso (fl. 89 a 96, cuaderno No. 1 Expediente No. 3032). Esto significa que si la copia del acto demandado se incorporó al expediente con anterioridad al auto admisorio de la demanda, forma parte de la misma y demuestra que el acto demandado es el mismo que aparece demandado en el proceso 3041, originado en la demanda del Abogado Gonzalo Delgado López. Distinto sería si hubiese sido presentado el documento con posterioridad a la ejecutoria del auto admisorio de la demanda, caso en el cual no hubiera sido posible la acumulación de pretensiones. Pero, el proceso demuestra situación diferente.

3.- Error de hecho manifiesto en la interpretación de la prueba.

El recurrente admite estar probado que el señor Iván Alfonso Izquierdo Grueso fue nombrado mediante Decreto No. 81 de 31 de diciembre de 1.988 Secretario de Gobierno del Municipio de Guapi, cargo que asumió al posesionarse el 2 de enero de 1.989 y del cual hizo renuncia el 7 de diciembre del mismo año, pero insiste en que su poderdante no ejercitó en dicho cargo acto alguno de autoridad civil ni política. Que el a-quo incurrió en error de hecho manifiesto en

la interpretación de la prueba aportada al proceso, en el cual no existe "ningún documento idóneo, pero ni siquiera innocuo (sic) que contenga la voluntad expresa manifiesta "del ejercicio de autoridad civil de parte del señor Izquierdo Grueso, ni siquiera como cuando se desempeñó como Alcalde encargado. Aunque la prueba testimonial no es lo suficientemente clara y precisa, como por ejemplo "la deshilvanada exposición del exalcalde de Guapi ", señor Sixto Alberto Orobio Montaño, de su dicho el a-quo dedujo el ejercicio de autoridad civil para dictar sentencia en la forma en que lo hizo.

Sobre este punto la Sala comparte , una vez más, el criterio expresado por la Representante del Ministerio Público, en el sentido de que lo declarado por el señor Sixto Alberto Orobio Montaño, quien fuera Alcalde de Guapi entre el 1o. de junio de 1.988 y el 31 de diciembre de 1.990, indica que de las funciones que verbalmente le asignó al señor Izquierdo Grueso como Secretario de Gobierno de la Alcaldía, a falta de manual escrito de funciones, se desprende el ejercicio de autoridad civil.

Sobre este tópico, el concepto fiscal dice textualmente:

"Llamado a declarar en este proceso el señor Sixto Alberto Orobio Montaña, quien fue Alcalde del Municipio de Guapi-Cauca, desde el 1o. de junio de 1.988 hasta el 31 de diciembre de 1.990, depone que el demandado Ivan Alfonso Izquierdo Grueso se desempeñó a partir del primero de junio de 1.988 como Secretario General de la Alcaldía y a partir del 2 de enero de 1.989 como secretario (sic) de Gobierno del Municipio de Guapi, que el Secretario de Gobierno con la reestructuración era el jefe de Gobierno o sea jefe de los inspectores tanto en la zona rural como urbana, incluyendo la sección penal. Agrega que no obstante no existir manuales de funciones es la administración (sic) Municipal, que al Secretario de Gobierno le correspondía la función de orden público Municipal, la parte de la representación política Municipal, la administración de su firma y compromiso del Municipio en el momento de su contratación , legalización y cancelación de la parte relacionada con la pagaduría y tesorería, la realización de resoluciones , decretos y demás documentos que reglamentaría la administración (sic) Municipal en el desempeñó (sic) de su cargo, defender con su firma las funciones de sus acuerdo, y la representación legal del alcalde en reuniones y actividades en donde por razones justificadas no pudiera asistir.

Depone igualmente que esa funciones las desempeñó el señor Ivan Alfonso Izquierdo Grueso hasta la fecha de su retiro y que éste le solicitó que le firmara un certificado que accedió a firmar porque entre otras estaba la función de Secretario General, entendiendo que dicho certificado se incorporó al proceso en una situación muy diferente.".

A más de lo manifestado por el exalcalde Sixto Alberto Orobio Montaña

en su declaración, se advierte que la lectura de la fotocopia legalizada del Decreto 66 de octubre 2 4 de 1.988 "por medio del cual se establece la planta de personal de la Administración Municipal de GUAPI (CAUCA)", que dependientes directamente del Secretario de Gobierno aparecen treinta y nueve (39) cargos de inspectores de policía municipal. Sobre las funciones de estos cargos, es procedente transcribir a continuación aparte de la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia el 21 de abril de 1.982 sobre ponencia del Magistrado Doctor Manuel Gaona Cruz, así:

"a) ....

b) "La función de policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste; la desempeñan las autoridades administrativas de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como un superintendente, un alcalde, un inspector. El ejercicio de esta función no corresponde , en principio, a los miembros de los cuerpos uniformados de policía ". (La función de policía es reglada y se halla subordinada al poder de policía). "Dicha función no otorga competencia de reglamentación, ni de regulación de la libertad.".

La subordinación de esa clase de inspectores obliga a pensar en que para su manejo, en lo que a funcionamiento de las inspecciones en cumplimiento del deber de los inspectores se refiere, el Secretario de Gobierno ejercita actos que implican autoridad civil, pues suponen obediencia al superior. Y no hay razón alguna que induzca a suponer que el señor Ivan Alfonso Izquierdo Grueso se desempeñó como Secretario de Gobierno del Municipio de Guapi desde el 2 de enero hasta el 7 de diciembre de 1.989 sin ejercer la autoridad jerárquica sobre los citados inspectores de policía.

Comparte, en consecuencia, la Sala los fundamentos contenidos en la sentencia cuando se refieren a la noción que debe tenèrse de lo que es el ejercicio de la autoridad civil; así como del ejercicio de esa autoridad en el desempeño de ciertos cargos públicos. En el caso sub-lite la Sala le estaría dando al artículo 1o., parágrafo segundo del literal e) de la Ley 49 de 1.987 una interpretación contraria a su espíritu si aceptara que el ejercicio del cargo de Secretario de Gobierno Municipal no conlleva el ejercicio de autoridad civil.

4.- Sentencia violatoria de norma de derecho sustancial

Estima el recurrente que "...siendo las inhabilidades obstáculo para el libre ejercicio de la obligación social de trabajar", se aplicó indebidamente el literal e) del parágrafo segundo del artículo 1o. de la Ley 49 de 1.987, porque se interpretó al aplicarlo en estos procesos acumulados con desconocimiento del principio de la interpretación y aplicación restrictiva de las disposiciones legales que consagran inhabilidades, incompatibilidades y, en general limitación al

ejercicio de los derechos.

En cuanto a este tópico la Sala recuerda aquí que , como bien lo pone de presente el a-quo, las inhabilidades, entre ellas la contenida en la norma atrás citada, tienen por objeto evitar el tráfico de influencias que por razón del desempeño de cargos públicos puedan realizarse con miras a obtener beneficios en perjuicio de la eficacia y de la pulcritud del servicio público. En el caso concreto de la inhabilidad que aquí se le predicó al señor Ivan Alfonso Izquierdo Grueso, busca evitar el ejercicio de influencias tendientes a lograr resultados electorales que indudablemente tienen origen en el desempeño de un cargo que por naturaleza de sus funciones tiene ascendiente en la ciudadanía de la jurisdicción del respectivo municipio, en este caso en el Municipio de Guapi.

Por lo que ha quedado expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- Confírmase en todas sus parte la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca del 18 de diciembre de 1.990, que declaró "nula la elección de alcalde municipal de Guapi - Cauca- contenida en el acta parcial de escrutinio de los votos para Alcalde del Municipio de Guapi, correspondiente a las elecciones que para el efecto se realizaron el 11 de marzo de 1.990 y que declaró elegido como Alcalde de ese mismo Municipio al señor Ivan Alfonso Izquierdo Grueso", y ordenó la cancelación de la respectiva credencial.

2o.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha, diecinueve (19) y veinticinco de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL - Inhabilidades/**EMPLEADO PUBLICO/AUTORIDAD CIVIL**

El cargo de secretario Ejecutivo de la Junta Municipal de Deportes, por mandato legal, inviste a su titular de la calidad de funcionario público. Conlleva además, el ejercicio de autoridad civil. El concejal cuya nulidad del acto de elección se demanda, incurrió así en causal de inelegibilidad.

RECLAMACION ELECTORAL/ NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia **/CUOCIENTE ELECTORAL**

Con prescindencia de cualquier otro vicio o irregularidad en que se haya incurrido en los procesos de elección y escrutinio, la causal de nulidad mencionada (violación del sistema del cuociente electoral) es aplicable cuando se viola el procedimiento del cuociente electoral en la forma Hare Andrae, sin son más de dos los puestos por proveer, o Hegenbach-Bischoff, cuando se eligen dos personas, tal como lo estatuye el art. 172 C. N. De ese modo, las alegadas irregularidades graves que el actos y los coadyuvantes atribuyen a la elección del concejal suplente, en modo alguno son enmarcables en la causal de nulidad que se comenta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente No. 0518. Actor: José Dolores Giraldo Duque. Apelación de la sentencia fechada el 29 de enero del año en curso, por la que el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la elección de un concejal principal de Madrid (Cundinamarca).

Por apelación que interpusieron el actor y el demandado opositor, este último mediante apoderado, conoce la Sala de la sentencia de la referencia, en virtud de la cual el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la elección del Sr. Ignacio Rios Garavito como concejal principal de Madrid para el período legal 1990-1992, ordenó la cancelación de la credencial expedida a este con esa condición y fueron denegadas las restantes súplicas de la demanda.

Tramitada la segunda instancia en legal forma, con aporte de alegatos de los recurrentes y concepto de la señora Fiscal Séptima colaboradora, se procede a decidir lo que en derecho corresponde partiendo de los siguientes

ANTECEDENTES:

I.- De la sentencia recurrida.- El a-quo acogió parcialmente la pretensión del actor consignada en la demanda (fls. 2 a 6 fte.) y en su corrección (fl. 11 a 19), así como en el escrito de coadyuvancia presentado en su propio nombre por Alvaro Enrique Leyva Muñoz y Rafael Antonio Torres Marín (fls. 43 a 48 fte.), en cuanto anuló el acto declaratorio de la elección del concejal principal de Madrid, Sr. Ignacio Rios Garavito, por encontrarlo inelegible para ese cargo al tenor de lo previsto en el Art. 83 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), pues fué empleado oficial -secretario ejecutivo de la Junta Municipal de Deportes de dicho municipio- en los seis meses anteriores a la elección. En efecto, de la prueba allegada oportuna y legalmente dedujo que aquél desempeñó el cargo en mención hasta finales de noviembre de 1989, puesto que percibió el sueldo de dicho mes y durante ese período dispuso asuntos concernientes al empleo, no obstante la renuncia irrevocable del mismo que presentó el 1º de octubre anterior.

Por el contrario, desestimó las restantes súplicas de la demanda y del escrito de coadyuvancia, encaminadas a obtener, igualmente, la nulidad de la elección del Sr. Pedro Alejandro Sierra Moreno como concejal suplente de Rios Garavito, de la lista que ambos encabezaron, por el partido liberal, para el período 1990-1992. A esa conclusión llegó al encontrar derogada la norma del Art. 224 del C. C. A. ". . .bajo la cual se desarrolla el concepto de la violación. . . .", y carecer de las causales de reclamación del Art. 192 del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) del carácter de causales de nulidad de los registros y actos de escrutinio. Por este aspecto aduce incompetencia de jurisdicción, para estudiar los hechos de la demanda que fundamentan causales de reclamación previstas en el Art. 192 del Código Electoral.

II. De los recursos interpuestos.- El actor apela para que se adiciones la sentencia, en el sentido de anular también la elección del suplente y ordenar la práctica de nuevo escrutinio, por cuanto la declaratoria de elección del señor Pedro Alejandro Sierra Moreno viola los ordinales 4 y 5 del Art. 223 del C. C. A., pues que habiéndose incluido su nombre como primer suplente al inscribir la

lista del movimiento "Ideas liberales en acción con la juventud" para el concejo de Madrid, se lo sustituyó con el del señor Julio Hernando Orjuela, siendo éste el que figuró como tal en las papeletas depositadas en las elecciones del 11 de marzo de 1990. Y como esa modificación se hizo ilegalmente, por cuanto el citado Orjuela no aceptó la postulación que se le había hecho como segundo principal en la lista en mención, resulta nula la declaratoria de elección que como primer suplente se le hiciera, lo mismo que la declarada en favor de Sierra Moreno. Insiste en la aplicación de las causales de reclamación del Art. 192 del C. E. como causales de nulidad de las actas de escrutinio, y concluye que el fallo no resolvió íntegramente las pretensiones de la demanda, por cuanto debe concluir decretando ". . . . la nulidad de los votos emitidos por la lista encabezada por el señor Ignacio Rios Garavito y la declaratoria de elección de la lista que tenga el residuo más alto. . . . " (fl. 216).

Por su parte, el apoderado del opositor sustenta el recurso afirmando que el secretario ejecutivo de la Junta Municipal de Deportes de Madrid no ejerce jurisdicción ni autoridad o mando, como se le atribuye en la demanda, a lo que se agrega la invalidez del acuerdo 001, de 9 de septiembre de 1988, por el que Rios Garavito fué elegido para ese cargo, por falta de quórum y por suscribirlo solo el alcalde en ejercicio de la presidencia de la Junta. Que, entonces, el preindicado secretario ejecutivo lo fué solamente de facto y sus actos carecieron de validez. Y en cuanto a la sustitución del señor Pedro Alejandro Sierra por el Sr. Julio Hernando Orjuela Pérez, en el primer renglón de los suplentes de la lista encabezada como principal por Rios Garavito, como figuró en las papeletas de votación, afirma que ello obedeció a la modificación que oportunamente se hizo de la citada lista ante la Registraduría Municipal del Estado Civil.

Acompaña documentos varios en apoyo de sus afirmaciones, los que, como resulta de lo dispuesto en el Art. 251 del C. C. A., no es dable acoger como pruebas, por no existir término para decretar éstas en la segunda instancia del procedimiento especial electoral.

III. Del término para alegar en segunda instancia hicieron uso ambos recurrentes.- El apoderado del demandado propone argumentos tendientes a la revocatoria del fallo, por cuanto, dice, se debe distinguir la calidad de simple funcionario o simple empleado de la de empleado oficial, extendiéndose en demostrar, con citas jurisprudenciales, que los miembros de las juntas directivas de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado no adquieren por ese solo hecho, la calidad de empleados públicos. Y porque, pese a las advertencias de la Ley 49 de 1983, el secretario ejecutivo de la junta municipal de deportes no ejerce jurisdicción y mando, para finalizar afirmando que el criterio meramente funcional no es bastante a determinar el carácter de empleado oficial del Sr. Rios Garavito.

El actor también acompaña elementos documentales encaminados a ". . . .que se cumplan las pretensiones de la presente demanda. . . . .", de los que, como

se expresó respecto de las allegadas al sustentar la apelación el demandado, no puede ocuparse la Sala por improcedente.

IV. Concepto fiscal.- La señora Fiscal Séptima colaboradora solicita confirmar el fallo apelado, por estimar demostrada la causal de inhabilidad que se aduce en la demanda contra el señor Ignacio Rios Garavito.

También, por violación del precepto que consagraba el numeral 8 del Art. 224 del C. C. A., que si derogado por la ley 96 de 1985 aparece recogido ". . . .en el numeral 6º (sic) del Art. 17 de la Ley 62 de 1988, vigente en la época de los hechos. . . . .". Desestima, en cambio, la solicitud de nulidad que se apoya en el numeral 7 del Art. 224 del C. C. A., por ser norma expresamente derogada, y la que se sustenta en el Art. 180 de la Carta Política, aducida por pretenso engaño al elector al no coincidir la lista de candidatos inscrita por el movimiento "Ideas liberales en acción con la juventud", con la consignada en las papeletas de votación utilizadas por ese sector político en las elecciones del 11 de marzo de 1990. La colaboradora del Ministerio Público dice que dicho mandato constitucional difiere a la ley la regulación de los "tópicos" (sic) que allí se mencionan, por lo que no es aplicable al caso en examen".

CONSIDERACIONES

Bien poco es lo que cabe agregar a la argumentación del Tribunal de primera instancia, para declarar la nulidad del acto declaratorio de la elección del señor Ignacio Rios Garavito como concejal principal de Madrid (Cundinamarca) para el período 1990-1992, contenido en el acta parcial del escrutinio efectuado por la comisión escrutadora municipal el 13 de marzo de 1990 (fl. 26 a 29 de los autos). Se estableció, fehacientemente, que el demandado desempeñó el cargo de secretario ejecutivo de la junta municipal de deportes de ese lugar hasta finales de noviembre de 1989, como que pese a la renuncia que presentó con carácter de irrevocable con fecha 1º de octubre inmediatamente anterior, consta que devengó el sueldo correspondiente al penúltimo mes del citado año y que en ese período ejerció funciones propias del empleo. (fls. 176 a 178 y 192).

Tal empleo, al tenor de lo previsto en el Art. 23 de la Ley 43 de 1983, inviste a su titular de la calidad de funcionario público, especie del género de empleado oficial, sin que implique el ejercicio de jurisdicción, que solo corresponde a quienes administran justicia. En cambio, sí conlleva el ejercicio de autoridad civil, como que entre sus funciones se encontraba la de "f) Nombrar y remover, conforme a las disposiciones legales y estatutarias, los funcionarios de la junta" y "e) Dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar contratos . . . . .de conformidad con las disposiciones legales y estatutarias. . . . " (Art. 23 en cita), atribuciones de quienes ostentan potestad de mando y disposición.

Pero si así no hubiera sido, porque no ejerciera autoridad civil el secretario de la Junta Municipal de Deportes, la inhabilidad que encontró el a-quo en el

citado Rios Garavito para ser elegido concejal para el período 1990-1992 es innegable, pues conforme a la previsión del Art. 83 del Decreto 1333 de 1986 ella se configura con haber sido empleado oficial dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección.

El citado Rios Garavito fué empleado oficial mientras desempeñó el cargo de secretario ejecutivo de la Junta Municipal de Deportes, por cuanto lo eligió la entidad nominadora que señala la ley, devengó sueldo oficial y ejerció las funciones que le atribuían la misma ley y los reglamentos, sin que sea dable ahora, como lo pretende su apoderado al sustentas la apelación, examinar si la elección que de aquél hizo el consejo directivo de esa junta se ajustó a lo previsto en la norma legal en cuanto a quórum y firmas de la respectiva acta. Esa elección, de que da cuenta el Acuerdo No. 1 de septiembre 9 de 1988, producido por el consejo directivo de la junta municipal de deportes de Madrid (fl. 141 fte.), pudo ser demandado en oportunidad; como no lo fué, pues no existe la menor demostración de ello, goza al presente de presunción de legalidad y no es controvertible; menos con argumentos de última hora en su demérito.

Mayor abundamiento en cuanto al carácter de empleado oficial del precitado Rios Garavito como secretario ejecutivo de la junta municipal de deportes de Madrid, resulta de la normativa de la Ley 49 de 1983. Al tenor de lo previsto en su artículo 28, el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte es el máximo organismo estatal rector del deporte aficionado y profesional, correspondiéndole ejercer el control de tutela sobre todos los entes constituidos con esos fines. A él están subordinadas las Juntas Administradoras Seccionales de Deporte, que son, a su vez, unidades administrativas especiales de orden nacional, con personería jurídica y patrimonio propio; y bajo la orientación, coordinación y control del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, a través de las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes, funcionan las Juntas Municipales de Deportes, también con personería jurídica y patrimonio propio.

Esas tres entidades están sometidas al control fiscal de la Contraloría General de la República, administran ingresos provenientes de impuestos y aportes de los presupuestos oficiales, y su régimen de contratación, administración de personal y los demás actos administrativos ". . . .será el mismo que rige los establecimientos públicos del orden nacional.....", por donde se concluye, sin lugar a hesitación, que dichos organismos deportivos tienen carácter oficial.

No sobra agregar que carece de relación con la cuestión en examen, lo argumentado por el apoderado de Rios Garavito en cuanto a demostrar, con abundantes citas jurisprudenciales, que el miembro de la Junta Directiva de Establecimiento Público no es empleado oficial. Así lo tiene definido esta Corporación, en razón de ser la Junta, y no sus miembros particularmente considerados, la que decide, en el ámbito de su competencia, mediante actos

administrativos. Distinta es la situación del secretario ejecutivo de la junta, por ser empleado de ente oficial.

Fue, pues, acertado el a-quo y también la colaboradora fiscal, al afirmar la concurrencia en el citado Rios Garavito de la causal de ineligibilidad que le atribuye la demanda y el escrito de los intervinientes adhesivos, prevista en el Art. 83 del Decreto 1333 de 1986.

En cambio, en lo que respecta a la declaratoria de elección del señor Pedro Alejandro Sierra Moreno como suplente al concejo de Madrid para el período legal en mención, pues así se ve del acta respectiva suscrita por los miembros de la comisión escrutadora municipal que obra a folios 29 y 139, no podían prosperar las pretensiones del actor y de la parte coadyuvante.

Ello, porque las normas pretensamente violadas con dicha elección, o sea, los numerales 6 y 7 del Art. 224 del C. C. A. y el 180 de la Carta Fundamental, no tienen la virtualidad nulatoria que les atribuye la demanda, pues el primero de esos artículos fué derogado por el 73, literal c) de la Ley 96 de 1985; y el segundo, es mandato constitucional que defiere a la ley la regulación de aspectos concernientes a elecciones y escrutinios, sin que prevea causales de nulidad.

En reciente fallo, dictado en procesos acumulados en los que se adujo la violación del numeral 7 del derogado Art. 224 del C. C. A., concordante con la causal 9a. de reclamación del Art. 192 del C. Electoral, expresó esta Corporación:

> "Como ya se dijo en relación con el proceso 0361, en el cual se invocaron los mismos hechos y las mismas disposiciones relativas a cómo se debe proceder a realizar la inscripción de listas para corporaciones públicas, todos aquellos que estaban consagrados en la ley no sólo como causales de reclamación ante las propias autoridades electorales, sino igualmente como causales de anulación ante el juez administrativo (Ley 96 de 1985, art. 65, subrogatorio del art. 223 del C. C. A.), por virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, subrogatorio del art. 65 de la precitada ley 96 de 1985, desaparecieron como causales de anulación de las actas y registros electorales, como repetidamente lo ha expresado esta Sala en diversas ocasiones, persistiendo como simples causales de reclamación en la vía administrativa electoral.
>
> Ello hace que la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, contenida en sentencias como las invocadas en la demanda, sobre nulidad de los votos emitidos en favor de lista de candidatos no inscrita o con inscripción irregular por falta, por ejemplo, de la constancia de aceptación de los candidatos, del juramento de pertenecer al partido político o movimiento político por el cual se inscribe la lista, modificación extemporánea o irregular de la lista de candidatos, etc.,

elaborada antes de la expedición de la Ley 62 de 1988, no sea aplicable, en esas materias, a las situaciones o elecciones que se han presentado a partir de la vigencia de la indicada ley que sustituyó la causal sexta de la Ley 96 de 1985, por la del parentesco entre jurados o escrutadores y candidatos a los cargos de elección popular". (Expedientes Acumulados 0359, 0361 y 0362. Actor: Carlos Guillermo Castro Guevara y otros. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Sentencia de febrero 15/91.

También, respecto de la causal de nulidad del Art. 224, numeral 6 del C. C. A., atañedera con el cómputo de los votos ". . . .con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República. . . . .", derogada por el Art. 73 de la Ley 96 de 1985 pero reproducida en el numeral 4, Art. 65 de la misma ley, cabe recordar que la Ley 62 de 1988 en su artículo 17, vigente a la fecha de la elección cuestionada, precisó el alcance de la previsión legal al reducirla al cómputo de los votos ". . . . .con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República. . . . .".

Más exactamente, la citada causal se limita al cómputo de los votos emitidos con desconocimiento del procedimiento de representación proporcional de los grupos políticos participantes en la respectiva elección denominado del cuociente electoral, sin duda equivalente a lo antes denominado "sistema electoral" en la norma derogada, pero que por su imprecisión dió lugar a encontrados criterios respecto de lo que por tal debía entenderse. Ahora, con prescindencia de cualquier otro vicio o irregularidad en que se haya incurrido en los procesos de elección y escrutinio, la causal de nulidad en mención es aplicable cuando se viola el procedimientos del cuociente electoral en la forma Hare Andrae, si son más de dos los puestos por proveer, o Hegenbach-Bischoff, cuando solo se eligen dos personas, tal como lo estatuye el Art. 172 de la Constitución Nacional a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968. De ese modo, las alegadas irregularidades graves que el actor y los coadyuvantes atribuyen a la elección del precitado Pedro Alejandro Sierra Moreno como suplente al concejo de Madrid para el período 1990-1992, en modo alguno son enmarcables en la causal de nulidad que se comenta.

Por ello, entonces, acertó el a-quo al declarar la no prosperidad de la pretensión encaminada a obtener la nulidad del acto declaratorio de la elección del aludido suplente.

Lo expuesto basta para que 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:

Confírmase la sentencia apelada, que profirió el H. Tribunal Administra-

tivo de Cundinamarca con fecha 29 de enero del año en curso en el presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JUICIO EJECUTIVO / EXCEPCIONES

El artículo 163 del C. C. A., además de excluir la posibilidad de proponer excepciones previas en los procesos contencioso administrativos, dejaba abierta la posibilidad de proponer los hechos que las constituyeran como excepciones de fondo, o como causales de nulidad y, aún, como motivos para recurrir, quedando lo concerniente a la proposición de excepciones previas en el proceso de ejecución por jurisdicción coactiva, a lo que preveía el C. de P. C.

JUICIO EJECUTIVO/EXCEPCIONES/COSA JUZGADA/SUSPENSION PROVISIONAL - Naturaleza / **VIA GUBERNATIVA - Agotamiento**

Se alega como fundamento de la cosa juzgada la suspensión provisional del acto que varió el impuesto. Sin embargo, la suspensión provisional no pone fin al litigio, como sí lo hace la sentencia judicial en firme. De otro lado, no es dable debatir en esta oportunidad cuestiones que debieron ser objeto de recursos en la vía gubernativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0004. Actor: Departamento del Valle del Cauca. C/ Eleázar de Jesús Agudelo Arango. Interlocutorio. Excepciones previas.

Se decide el incidente de excepciones propuesto por el apoderado del demandado, contra el mandamiento de pago proferido el 10 de mayo de 1988 por el Juzgado Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento del

Valle.

ANTECEDENTES

Por Resolución No. 0247 del 30 de marzo de 1988 (fls. 2 a 5), el Gobernador del Valle fijó el saldo definitivo adeudado por el señor Eleázar de Jesús Agudelo Arango al Tesoro de ese ente territorial, en cuantía de ciento sesenta y un millones cuatrocientos sesenta mil pesos ($161.460.000) m.l., ". . . . por concepto del gravamen determinado en el Art. 54 del Código de Rentas del Departamento (Decreto Extraordinario No. 1813 de 1982). . . . .". Con fundamento en esa resolución, como acto administrativo ejecutoriado que impuso a favor del Departamento la obligación de pagar una suma líquida de dinero, el despacho ejecutor libró mandamiento de pago en contra del señor Agudelo Arango por la cantidad antes mencionada, más los intereses desde el momento que se hizo exigible hasta que se verifique el pago y las costas del proceso.

LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

1.- Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

Se fundamenta expresando que al tiempo de proferir el mandamiento de pago cursaba en la Sección Cuarta de esta Corporación el recurso de apelación propuesto contra sentencia del 28 de noviembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso promovido por Eleázar de Jesús Agudelo Arango contra el Art. 54 del decreto extraordinario departamental No. 1813 de 1982 (Código de rentas del Departamento mencionado), norma que aumentó el gravamen por mesa al juego de lotería de precisión o similares a doscientos mil pesos mensuales; que, entonces, no habiendo concluido ese proceso constituia pleito pendiente entre las mismas partes -el Departamento del Valle y Eleázar de Jesús Agudelo Arango- y el mismo asunto -impuesto ordenado por el artículo mencionado-, no pudiendo dicha entidad política cobrar, por jurisdicción coactiva, un impuesto cuya legalidad no se había decidido definitivamente. Pidió, por ello, suspender el proceso de jurisdicción coactiva, hasta tanto el Consejo de Estado profiera sentencia de segunda instancia en el aludido proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.- Excepción previa de cosa juzgada. Medida precautelativa.

Al respecto se sostiene que el Juzgado Superior de Rentas pretende cobrar al ejecutado impuesto por el funcionamiento del juego entre el 30 de mayo de 1983 y el 7 de octubre de 1986, lapso durante el cual la norma que dispuso el aumento a $200.000.oo pesos m/cte. del impuesto por cada mesa estuvo suspendido **definitivamente** (sic) por providencia del Tribunal del Valle, reviviendo en consecuencia durante ese período el monto del impuesto como fué establecido en

la Ordenanza 001 de 1977, reglamentaria del sorteo (art. 4º).

Argumenta que los efectos de una norma jurídica suspendida se producen a partir del levantamiento de la medida y no en forma retroactiva, como lo pretende el Departamento con la resolución que sirve de título ejecutivo y sobre la cual debe prosperar la excepción de pago.

Cumplido el trámite previsto en los arts. 509 y siguientes del C. P. C., se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- De conformidad con lo establecido en el artículo 128, numeral 13, del C. C. A., en concordancia con el 4º del Decreto 597 de 1988, esta corporación es competente para conocer, en única instancia, del incidente de excepciones en el proceso de la referencia.

2.- Para la fecha en la que aquellas fueron propuestas, el 29 de junio de 1988 (fls. 24 a 28), el art. 509 de la codificación procesal civil determinaba las excepciones que podían ser invocadas en los procesos por jurisdicción coactiva, restringiendo las previas a las señaladas en los numerales 1 a 5 del art. 97 ibídem. Se excluía, entonces, la invocada por el excepcionante, prevista en el numeral 8º de la última de las disposiciones mencionadas, o sea, la de: "pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto:.

Esta razón sería suficiente para que la Sala se abstuviera de examinarla, si no fuera porque el excepcionante invoca como fundamento de su proposición el art. 252 del C. C. A., antes de ser modificado por el art. 63 del Decreto 2304 de 1989. Dicha norma disponía que "en el trámite de las apelaciones, consultas, recursos de queja e incidentes de excepciones", en los procesos por jurisdicción coactiva, se aplicaría en lo pertinente lo dispuesto en el C. C. A. para el proceso ordinario; y, en lo demás, "se aplicará el Código de Procedimiento Civil. . . . .". El texto de la disposición era suficientemente claro, pues dado su alcance normativo del procedimiento para el trámite de los recursos enunciados y del incidente de excepciones en la jurisdicción coactiva, el carácter supletorio del C. P. C. no tendría aplicación sino al darse vacíos en las normas del C. C. A. Entonces, solo entonces, debían llenarse con aquéllas. Pero el título dedicado al procedimiento ordinario contencioso administrativo no preveía lo concerniente a excepciones, sino que para ello había que acudir a las normas del título XIX, Libro Cuarto, del C. C. A., cuyo art. 163 estatuía:

> "Excepciones previas.- Los hechos que constituyen excepciones previas en el proceso civil no tendrán formulación incidental dentro del contencioso administrativo; pero podrán alegarse como motivos de nulidad, como excepciones de fondo y aun como razones para recurrir".

Así esta norma, además de excluir la posibilidad de proponer excepciones previas en los procesos contencioso administrativos, dejaba abierta la posibilidad de proponer los hechos que las constituyeran como excepciones de fondo, o como causales de nulidad y, aun, como motivos para recurrir, quedando lo concerniente a la proposición de excepciones previas en el proceso de ejecución por jurisdicción coactiva, a lo que preveía el Código de Procedimiento Civil del modo como atrás fué relacionado.

Pero la excepción mencionada tampoco prosperaría, por cuanto en el proceso aducido para sustentarla no intervienen las mismas partes ni es igual el objeto, al de las que actúan en el presente motivadas por el cobro por jurisdicción coactiva de una liquidación de impuestos. En efecto, la acción que se alegó encontrarse sin decidir en la Sección Cuarta de esta Corporación, era la de plena jurisdicción, ahora de nulidad y restablecimiento del derecho, propuesta por el Sr. Eleázar de Jesús Agudelo Arango, contra el art. 54 del decreto departamental No. 1813 de 1982 (fl. 149), modificatorio del Código de Rentas del Valle del Cauca. En cambio, en este proceso ejecutivo el Departamento del Valle, ahora demandante, busca el pago de impuestos liquidados a cargo del señor Agudelo Arango, con base en el ameritado artículo cuya legalidad no ha sido desvirtuada.

Por lo demás, la petición para que se suspenda el proceso tampoco es viable, de una parte, porque el art. 171 del C. P. C. antes y después de ser modificado por el Decreto 2282 de 1989, señala que es al juez que conoce del proceso -para este caso el Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento del Valle-, a quien corresponde resolver sobre la procedencia de la solicitud de suspensión y, de otra, porque el proceso que se adujo en trámite de segunda instancia, como fundamento de la excepción previa, había concluído a la fecha de presentación del memorial de excepciones, como que la Sección Cuarta profirió sentencia con fecha 30 de mayo de 1988, confirmatoria de la dictada por el H. Tribunal Administrativo del Valle inhibiéndose para decidir de mérito, por inepta demanda.

3.- El excepcionante expone como fundamento de la cosa juzgada la suspensión provisional del acto administrativo que varió, aumentando, el impuesto por el funcionamiento de las mesas del denominado "Implementos para el juego de lotería por precisión". Sin embargo, la suspensión provisional no pone fin al litigio, como sí lo hace la sentencia judicial en firme. Como la cosa juzgada tiende a evitar la iniciación o el trámite del proceso sobre cuestión decidida definitivamente, es menester que la demostración de ese fenecimiento judicial sea una sentencia, obviamente ejecutoriada.

Los efectos de la suspensión provisional son bien distintos de los argumentados por el demandado. Al respecto se tiene que el acto administrativo suspendido provisionalmente deja de producir efectos mientras dura la suspensión; concluído el proceso con sentencia que anula el acto, la ejecutoriedad de este desaparece definitivamente. En cambio, si la sentencia concluye en contra de las

pretensiones del que demanda la declaratoria de nulidad del acto, levantada la suspensión provisional es de entender que el acto no solo recobra su fuerza ejecutoria a partir del fallo, sino desde cuando se lo produjo, incluído el lapso en que estuvo provisionalmente suspendido. La conclusión del excepcionante conduciría al absurdo de que un acto administrativo, declarado ajustado a la legalidad, no produce definitivamente efectos durante el término en que estuvo provisionalmente suspendido, siendo así que de la esencia de la institución es que esos efectos se suspendan hasta tanto se levante la medida. Efectuada ésta, el acto recobra la plenitud de su obligatoriedad desde cuando se lo produjo.

Por último, es de observar que al tenor de lo previsto en el inciso segundo del Art. 561 del C. de P. C., no es dable debatir en esta oportunidad ". . . .cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa. . . .". Ello exime a la Sala de considerar las argumentaciones del excepcionante atañederas con el período de tiempo al que se debió extender la liquidación del impuesto, por no haber otorgado la administración la licencia de funcionamiento de las mesas del juego objeto del gravamen, así como si el impuesto corre de cuenta del beneficiario de la licencia o de los explotadores comerciales del juego por cesión que les hizo Agudelo Arango de ese derecho, pues tales aspectos debieron debatirse en la vía gubernativa, y agotada ésta, mediante la acción prevista en el Art. 85 del C. C. A. ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que no aquí, donde solo se trata de hacer efectiva una obligación que presta mérito ejecutivo.

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

RESUELVE

1.- Decláranse no probadas las excepciones previas propuestas contra el mandamiento de pago, librado por el Juzgado Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento del Valle el 10 de mayo de 1988, contra la persona y bienes del señor Eleázar de Jesús Agudelo Arango, por la cantidad de ciento sesenta y un millones cuatrocientos sesenta mil pesos ($161.460.000) M/cte., más los intereses desde el momento en que la obligación se hizo exigible y hasta que se verifique el pago y por las costas del proceso.

2.- Continue la ejecución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala, *José Joaquín Camacho*

Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA / FUNCION ADMINISTRATIVA / MINISTERIOS - Integración / **GABINETE MINISTERIAL** - Integración / **GOBIERNO NACIONAL**

Cuando el Presidente de la República integró su gabinete, dándole representación a los movimientos políticos que intervinieron en la elección presidencial, procedió mediante un acto motivado por el bien público y el interés general. Con la eliminación de la paridad de los partidos tradicionales en el Gobierno, se abrió paso al sistema de los llamados gobiernos nacionales. Los Ministros son escogidos libremente por el Presidente de la República, lo cual quiere decir que el Presidente no está obligado a consultar la opinión de los directorios políticos para integrar su gabinete, pues, los nombres elegidos, lo mismo que el número de Ministros, que se asigne al partido que le sigue en votos, son aspectos cuya precisión, la ha dejado la Constitución Nacional a la autónoma decisión del Presidente de la República.

MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL / FUNCION ADMINISTRATIVA / AUTORIDAD MILITAR

La designación como Ministro de Defensa Nacional, de un militar en servicio activo, no supone, por razones profesionales y de competencia funcional respecto del cargo administrativo, el ejercicio coetáneo, en tiempo de paz, de la autoridad política o civil y la militar. Un General de la República en servicio activo, al ser comisionado por el Presidente de la República para ejercer el cargo de Ministro de Defensa, si es un oficial de mando, quedará automáticamente, pero en forma transitoria, separado en razón de la comisión, del ejercicio de la autoridad militar. El titular de esa dependencia oficial, debe cumplir las funciones específicas de

orden administrativo, sin ejercer simultáneamente el mando militar. El actual Ministro de Defensa, al acceder al cargo, sí tenía la calidad de ciudadano que exige la Constitución para ser elegido, aunque por motivo de su profesión tenga restringido su derecho de elegir y ser elegido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. José Joaquín Camacho Pardo.*

Referencia: Expediente No. 0437. Unica Instancia. Actor: Ricardo Cuervo Peñuela.

El ciudadano Ricardo Cuervo Peñuela, ejerciendo la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., reformado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, pidió a esta Sala Electoral del Consejo de Estado, que se declare la nulidad del Decreto Ejecutivo No. 1835 de 7 de agosto de 1990, dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad constitucional directa, de nombrar los Ministros del Despacho.

Estando este proceso, en condiciones de decidir sobre el mérito de la anterior pretensión, a ello se procederá en esta providencia.

I. LA DEMANDA

En el escrito demandatorio, dice el mencionado demandante estar ejercitando esta acción pública para solicitar que, se hagan las siguientes declaraciones anulatorias:

Que es nulo el Decreto Ejecutivo No. 1835 de 7 de agosto de 1990, proferido por el Presidente de la República, para designar los titulares de los llamados Organos Superiores Principales de la Administración, que son los Ministerios, por los siguientes motivos:

a) Por cuanto, para el nombramiento de los Ministros el Presidente de la República no tuvo en cuenta la norma constitucional según la cual, desde el 7 de agosto de 1978, el nombramiento de los Ministros debe hacerse en forma tal que, el Gobierno dé participación adecuada y equitativa, al partido minoritario distinto al del Presidente de la República.

b) Y, toda vez que, el mismo Decreto acusado, al designar como Ministro de Defensa Nacional, al General en servicio activo del Ejército, Oscar Botero Restrepo, no tuvo en cuenta las calidades que para ser Ministro exige la Constitución Nacional, lo mismo que la circunstancia de que el ejercicio simultáneo en tiempo de paz, de las atribuciones políticas o civiles y las militares, está

expresamente prohibido en el artículo 61 de nuestra Carta Política.

II. LOS HECHOS

Los hechos sustanciales en los cuales se apoya esta acción, se hallan desordenadamente expuestos en la petición que dió origen a la formación de este proceso, de la manera siguiente:

Concretamente dice el libelista que "al Movimiento de Salvación Nacional, segunda fuerza política en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990, no se le dió la representación adecuada y equitativa que le corresponde de acuerdo con el porcentaje de sufragios que obtuvo en relación con la votación total. . . . .".

A este respecto considera que "al obtener el Movimiento de Salvación Nacional aproximadamente el 30% de la votación, le corresponde adecuada y equitativamente tres o cuatro Ministerios y no dos como se le otorgaron. . . . ." (folio 4).

En cuanto al nombramiento hecho en el Decreto acusado, al señor General en servicio activo del Ejército, Oscar Botero Restrepo, como Ministro de Defensa Nacional, el escrito introductorio de esta acción lo menciona concretamente así:

> "....como militar en servicio activo no tiene las calidades que la Constitución Nacional en su artículo 133 exige para ser Ministro en atención a que su calidad de militar activo, no tiene la calidad de ciudadano en ejercicio... ".

En relación con este mismo cargo, precisa la demanda que el Ministro de Defensa nombrado, por estar en servicio activo de las fuerzas militares, "tiene autoridad militar y como Ministro de Defensa Nacional ejerce autoridad política, circunstancias que realizan la hipótesis prohibida en nuestra Carta Constitucional a través del citado artículo 61. . . . ." (folio 5).

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como disposiciones violadas con el acto de nombramiento de los Ministros, la demanda cita las siguientes, en el orden que sigue:

1) Los artículos 120, 61, 100, 168 y 133 de la Constitución Nacional.

2) El artículo 84 del C. C. A. y las demás normas concordantes y complementarias.

3) "Como disposiciones procedimentales" menciona el artículo 26 de la Constitución Nacional y los artículos 136 y 223 y siguientes del C. C. A.

Del contexto de las disposiciones antes citadas y conforme el razonamiento que adelante será objeto de análisis, pretende el libelista, dar apoyo jurídico a sus pretensiones anulatorias.

IV. DESARROLLO DEL PROCESO

La demanda que dió origen al surgimiento de este proceso, fue presentada personalmente en la Secretaría de la Sala Electoral el día 5 de septiembre de 1990 y, después de corregida en tiempo, su admisión se produjo por auto de 26 de septiembre último, al encontrarla la Sala Unitaria ajustada a derecho y, de otra parte, por aparecer clara la competencia de esta Corporación, por intermedio de esta Sala, por cuestionarse la legalidad electoral de unos nombramientos, mediante acto de clara naturaleza y contenido administrativo, cuyo control corresponde a esta jurisdicción, conforme a las reglas de los artículos 82 y 128-4 del C. C. A.

En el auto de apertura del proceso se ordenó, como está previsto en la ley procesal, vincular a los señores Ministros nombrados mediante notificación personal del auto admisorio de la demanda o, en su defecto, por intermedio de curador ad-litem como ocurrió con algunos de los nombrados cuya notificación personal no fue posible, dentro del término legal, según quedó anotado en las constancias de la Secretaría.

Fue así como en este proceso intervino, para alegar de conclusión, el doctor Mario Alirio Méndez, en su reconocida condición de curador ad-litem, de los señores Ministros de Gobierno, Relaciones Exteriores, Desarrollo Económico y Comunicaciones.

En tanto que, se les notificó la demanda personalmente, según constancias procesales, e intervinieron en este proceso por intermedio de apoderado para oponerse a las pretensiones del libelo, con diversos argumentos de orden jurídico que adelante habrán de ser considerados, los señores Ministros de Minas y Energía (folio 18); de Educación Nacional (folio 19); de Obras Públicas y Transporte (folio 20); de Trabajo y Seguridad Social (folio 21); de Justicia (folio 22); de Hacienda (folio 49); de Defensa Nacional (folio 55) y de salud (folio 59).

V. INTERVENCION DE TERCEROS

Los ciudadanos Julio A. Roberto Nieto y Ricardo H. Monroy Church, intervienen en este proceso de simple nulidad, como terceros adhesivos, para impugnar las pretensiones de la demanda. Se les reconoció este carácter en el auto que se lee al folio 167 del expediente.

En el escrito que obra a folios 69 a 83 del expediente, en orden a impugnar la pretensión anulatoria, los intervinientes adhesivos estudian los argumentos

en los cuales se apoya la demanda, para llegar a la conclusión final, por las razones que adelante serán examinadas, de que deben negarse las declaraciones solicitadas.

Sostienen que el libelo demandatorio fue admitido a pesar de su incorrección formal, por lo que en ese estado del proceso, formulan la excepción de inepta demanda, en cuanto el libelo "no expone el concepto de violación constitucional, sino que simplemente aduce consideraciones extrañas al debate que promueve "y toda vez que, "tampoco indicó cuál es la parte demandada que lo es la Nación, ni su Representante; ni solicita notificar al autor del acto administrativo acusado, que es el Presidente de la República, quien por lo demás tiene interés jurídico en el resultado del proceso". (folio 81).

VI. EL MINISTERIO PUBLICO

La Señora Fiscal Séptimo de esta Corporación hace un cuidadoso y acertado estudio del proceso refiriéndose en su vista de fondo a cada uno de los cargos hechos en la demanda, después de considerar que deben desecharse las excepciones propuestas, para terminar solicitando, con argumentos jurídicos que esta Sala acoge, que se despachen desfavorablemente las pretensiones del escrito demandatorio.

Para resolver,

VII. SE CONSIDERA

A. LA CUESTION PROCESAL REFERENTE A LAS EXCEPCIONES

Antes de entrar a estudiar los cargos planteados en la demanda, es decir, la cuestión de fondo si este es el caso, corresponde a la Sala revisar las excepciones propuestas, no sin antes hacer notar que se ejerce aquí una acción de simple nulidad, sobre un Decreto de nombramiento de funcionarios públicos y no de restablecimiento del derecho mediante una pretensión de plena jurisdicción, en la cual, como es bien sabido, debe demostrarse el interés para obrar por parte de los ciudadanos supuestamente afectados, situación distinta esta a la de la búsqueda del interés de la legalidad abstracta.

Lo anterior, por cuanto esta precisión hará entender mejor el apoyo doctrinal que pueda tener la decisión de declarar no probada una excepción, por los alegados argumentos de la incorrección formal de una demanda, interpretada como de contenido distinto al de la acción popular de anulación. Y, toda vez que, en el evento de la cuestionada incorrección formal de una demanda, vicio este que genera su ineptitud, se busca es el mejoramiento de este escrito mediante la corrección de sus deficiencias y no la terminación del juicio, lo cual, cuando ello se estima necesario, puede hacerse por orden del Juez, antes de que proceda a

admitir el libelo.

Ahora bien, mediante apoderado, la señora Ministro de Agricultura propios la excepción de caducidad de la acción, la cual, en realidad no procede en este caso, por cuanto el escrito introductorio de la acción electoral se presentó dentro del término establecido por la ley para su ejercicio y, por cuanto la corrección que se ordenó de la demanda, por orden del Consejero Conductor del proceso, interrumpió los términos de la caducidad, pues, esta oportunidad procesal, debe interpretarse, como lo anota acertadamente la señora Fiscal en su vista de fondo, como "una excepción prevista expresamente, a lo no interrupción del término de caducidad de que trata el primer inciso de la disposición", esto es, el artículo 143 del C. C. A., tal como fue modificado por el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989.

Tampoco existe, en opinión de esta Sala irregularidad alguna derivada de la no notificación del auto admisorio de la demanda al Presidente de la República quien dictó el acto acusado de nombramiento de Ministros, por cuanto en el caso en examen se dió estricto cumplimiento en materia de notificaciones, a lo previsto en el artículo 233 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó modificado por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, al ordenar la notificación correspondiente a las personas que dicha disposición indica y en la forma como allí quedó previsto.

Lo mismo ocurre con la llamada excepción genérica y con la denominada excepción de carencia de acción, las cuales, según el concepto de la Fiscalía que la Sala comparte, debe desecharse, con fundamento en las siguientes consideraciones básicas:

La primera, por cuanto en la forma como fue propuesta debe tenerse como un motivo de impugnación de la demanda y la segunda, por cuanto "la jurisprudencia ha desestimado la excepción genérica por considerar que no aparece propuesto el fundamento del medio exceptivo en la forma específica". (folio 279).

Finalmente, la ineptitud de la demanda, derivada de la falta de la relación de hechos y del defectuoso concepto de violación, contrariamente a lo que afirman los impugnadores, cree la Sala que sí se cumplió con este requisito, en cuanto que el juzgador, en este caso, puede interpretar la demanda como es su deber, a pesar de sus deficiencias formales, teniendo en cuenta que, como lo ordena la ley y lo reitera la jurisprudencia de esta Corporación, el objeto de los procedimientos es obtener la efectividad de los derechos sustanciales reconocidos en las normas legales. Lo mismo ocurre en este caso con la cuestionada precisión técnica del concepto de violación de las normas constitucionales supuestamente quebrantadas, por lo que la Sala, también considera como en los demás casos que no está probada la excepción propuesta.

B. EL PROBLEMA DE FONDO

en los cuales se apoya la demanda, para llegar a la conclusión final, por las razones que adelante serán examinadas, de que deben negarse las declaraciones solicitadas.

Sostienen que el libelo demandatorio fue admitido a pesar de su incorrección formal, por lo que en ese estado del proceso, formulan la excepción de inepta demanda, en cuanto el libelo "no expone el concepto de violación constitucional, sino que simplemente aduce consideraciones extrañas al debate que promueve "y toda vez que, "tampoco indicó cuál es la parte demandada que lo es la Nación, ni su Representante; ni solicita notificar al autor del acto administrativo acusado, que es el Presidente de la República, quien por lo demás tiene interés jurídico en el resultado del proceso". (folio 81).

VI. EL MINISTERIO PUBLICO

La Señora Fiscal Séptimo de esta Corporación hace un cuidadoso y acertado estudio del proceso refiriéndose en su vista de fondo a cada uno de los cargos hechos en la demanda, después de considerar que deben desecharse las excepciones propuestas, para terminar solicitando, con argumentos jurídicos que esta Sala acoge, que se despachen desfavorablemente las pretensiones del escrito demandatorio.

Para resolver,

VII. SE CONSIDERA

A. LA CUESTION PROCESAL REFERENTE A LAS EXCEPCIONES

Antes de entrar a estudiar los cargos planteados en la demanda, es decir, la cuestión de fondo si este es el caso, corresponde a la Sala revisar las excepciones propuestas, no sin antes hacer notar que se ejerce aquí una acción de simple nulidad, sobre un Decreto de nombramiento de funcionarios públicos y no de restablecimiento del derecho mediante una pretensión de plena jurisdicción, en la cual, como es bien sabido, debe demostrarse el interés para obrar por parte de los ciudadanos supuestamente afectados, situación distinta esta a la de la búsqueda del interés de la legalidad abstracta.

Lo anterior, por cuanto esta precisión hará entender mejor el apoyo doctrinal que pueda tener la decisión de declarar no probada una excepción, por los alegados argumentos de la incorrección formal de una demanda, interpretada como de contenido distinto al de la acción popular de anulación. Y, toda vez que, en el evento de la cuestionada incorrección formal de una demanda, vicio este que genera su ineptitud, se busca es el mejoramiento de este escrito mediante la corrección de sus deficiencias y no la terminación del juicio, lo cual, cuando ello se estima necesario, puede hacerse por orden del Juez, antes de que proceda a

admitir el libelo.

Ahora bien, mediante apoderado, la señora Ministro de Agricultura propios la excepción de caducidad de la acción, la cual, en realidad no procede en este caso, por cuanto el escrito introductorio de la acción electoral se presentó dentro del término establecido por la ley para su ejercicio y, por cuanto la corrección que se ordenó de la demanda, por orden del Consejero Conductor del proceso, interrumpió los términos de la caducidad, pues, esta oportunidad procesal, debe interpretarse, como lo anota acertadamente la señora Fiscal en su vista de fondo, como "una excepción prevista expresamente, a lo no interrupción del término de caducidad de que trata el primer inciso de la disposición", esto es, el artículo 143 del C. C. A., tal como fue modificado por el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989.

Tampoco existe, en opinión de esta Sala irregularidad alguna derivada de la no notificación del auto admisorio de la demanda al Presidente de la República quien dictó el acto acusado de nombramiento de Ministros, por cuanto en el caso en examen se dió estricto cumplimiento en materia de notificaciones, a lo previsto en el artículo 233 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó modificado por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, al ordenar la notificación correspondiente a las personas que dicha disposición indica y en la forma como allí quedó previsto.

Lo mismo ocurre con la llamada excepción genérica y con la denominada excepción de carencia de acción, las cuales, según el concepto de la Fiscalía que la Sala comparte, debe desecharse, con fundamento en las siguientes consideraciones básicas:

La primera, por cuanto en la forma como fue propuesta debe tenerse como un motivo de impugnación de la demanda y la segunda, por cuanto "la jurisprudencia ha desestimado la excepción genérica por considerar que no aparece propuesto el fundamento del medio exceptivo en la forma específica". (folio 279).

Finalmente, la ineptitud de la demanda, derivada de la falta de la relación de hechos y del defectuoso concepto de violación, contrariamente a lo que afirman los impugnadores, cree la Sala que sí se cumplió con este requisito, en cuanto que el juzgador, en este caso, puede interpretar la demanda como es su deber, a pesar de sus deficiencias formales, teniendo en cuenta que, como lo ordena la ley y lo reitera la jurisprudencia de esta Corporación, el objeto de los procedimientos es obtener la efectividad de los derechos sustanciales reconocidos en las normas legales. Lo mismo ocurre en este caso con la cuestionada precisión técnica del concepto de violación de las normas constitucionales supuestamente quebrantadas, por lo que la Sala, también considera como en los demás casos que no está probada la excepción propuesta.

B. EL PROBLEMA DE FONDO

Se estudia por la Sala, en primer término, el cargo de la violación directa del numeral 1º del artículo 120 de la Constitución Nacional, por el Decreto Ejecutivo demandado.

De la interpretación de la demanda que dió origen al surgimiento de este proceso, la Sala observa, en primer término, que el accionante pretende que se declare la nulidad total del Decreto antes citado, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de agosto de 1990 (folio 14) por virtud del cual el Presidente de la República, doctor César Gaviria Trujillo designó los Ministros del Despacho. En segundo lugar, el demandante, a manera de petición subsidiaria, pretende que esta decisión anulatoria sea parcial, concretada al nombramiento hecho en el artículo 5º del acto acusado en donde se designa como Ministro de Defensa Nacional, al General en servicio activo del Ejército Oscar Botero Restrepo.

Ahora bien, en cuanto a la primera pretensión, se tiene lo siguiente:

1) El texto de la disposición constitucional, invocado por el Presidente de la República, como soporte jurídico de su decisión de designar "libremente los Ministros del Despacho" es del siguiente tenor:

> **"Art. 120.-** Corresponde al presidente de la república como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:
>
> 1º) Nombrar y separar libremente los ministros del despacho, los jefes de departamentos administrativos y los directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales.
>
> **Parágrafo.-** Los ministros del despacho serán de libre nombramiento y remoción del presidente de la república, pero la paridad de los partidos conservador y liberal en los ministerios, las gobernaciones, alcaldías y los demás cargos de la administración que no pertenezcan a la carrera administrativa, se mantendrá hasta el 7 de agosto de 1978.
>
> Para preservar, después de la fecha indicada, con carácter permanente el espíritu nacional en la rama ejecutiva y en la administración pública, el nombramiento de los citados funcionarios se hará en forma tal que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del presidente de la república.
>
> Si dicho partido decide no participar en el ejecutivo, el presidente de la república constituirá libremente el gobierno en la forma que considere procedente.
>
> Lo anterior no obsta para que otros partidos o miembros de las fuerzas armadas puedan ser llamados simultáneamente a desempeñar cargos en la administración pública".

En el caso sometido al estudio de esta Sala, se acusa el Decreto de nombramiento de los Ministros del Despacho, por violar de manera directa, la norma de jerarquía superior antes transcrita en lo pertinente, con fundamento en el siguiente cargo:

Se sostiene en la demanda que el acto administrativo sometido a control jurisdiccional, al hacer la distribución de los Ministerios por el Presidente de la República, entre las distintas fuerzas políticas que intervinieron en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990, no se dió al Movimiento de Salvación Nacional, "la representación adecuada y equitativa que le corresponde de acuerdo con el porcentaje de sufragios que obtuvo en la votación total", según se dijo en los hechos de la demanda, sin que el actor lo hubiera demostrado.

Así pues, la Sala parte de la base de que cuando el Presidente de la República integró su gabinete, dándole representación a los movimientos políticos que intervinieron en la elección presidencial en la forma como lo hizo en el acto acusado, procedió mediante un acto motivado por el bien público y el interés general, por lo que, el propósito de apartarse de estos fines por desviación de poder, como se sugiere en la demanda, era un hecho que debía demostrarse, de acuerdo con las reglas precisas de orden probatorio sobre traslado de la carga probatoria, establecidas en el artículo 177 del C. de P. C., aplicable a estos juicios por remisión del artículo 168 del C. C. A.

Efectivamente, en forma contraria a lo aseverado por el actor en el escrito introductorio de esta acción de que no hubo equidad en la distribución de los Ministerios para el Movimiento de Salvación Nacional, obra en la actuación la prueba de que a dicho Movimiento pertenecen dos de los actuales Ministros del Despacho, lo cual quedó establecido en el proceso en la siguiente prueba documental, y en los términos que siguen:

El señor Ministro de Comunicaciones, en el escrito que obra a folio 191, remitido con destino a esta actuación dijo:

> "2.- En cuanto a mi filiación política, tan solo puedo expresar que he pertenecido al Partido Conservador desde cuando tengo uso de razón y siempre he seguido las orientaciones ideológicas del doctor Alvaro Gómez Hurtado, en la actualidad cabeza del visible Movimiento de Salvación Nacional".

En cuanto a la señora Ministro de Agricultura, ésta en oficio dirigido a la Secretaría de esta Sala, acepta que pertenece al mismo Movimiento de Salvación Nacional (folio 204).

La referencia anterior, obviamente coincide con el criterio del Presidente de la República explicitado en su discurso de posesión, cuando al referirse a la

integración de su primer gabinete ministerial dijo:

> "He procedido de tal manera a la integración de mi gabinete ministerial con un ejercicio absoluto del fuero presidencial en su composición y selección de mis colaboradores. He llamado a participar a personas de las más altas calidades del Movimiento de Salvación Nacional, del Partido Social Conservador y de la Alianza Democrática M-19. . . . ." (folios 74 y 75).

Con apoyo en lo expresado anteriormente, piensa esta Sala que la decisión que aquí debe tomar, estará precedida de las siguientes precisiones sobre el sentido y alcances de la norma constitucional supuestamente quebrantada y que ha quedado antes transcrita:

1) Los Ministros siguen siendo de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, pero el gabinete ministerial dejó de ser políticamente paritario, por cuanto a partir del 7 de agosto de 1978, el Presidente de la República, está obligado a dar participación adecuada y equitativa, al partido que le haya seguido en volumen de votación en las últimas elecciones.

2) Al haberse eliminado la paridad de los partidos tradicionales en el gobierno, que fue norma transitoria, se abrió paso al sistema de los gobiernos llamados nacionales, tendientes a preservar permanentemente, "el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva y en la Administración Pública", en orden a evitar, en adelante, el resurgimiento de los gobiernos hegemónicos.

3) En la historia de los debates para la adopción de la reforma constitucional de 1968, quedó bien claro expuesto el siguiente criterio:

> "Cambiamos el sistema proporcional, es decir el del gobierno colegiado por el de representación equitativa de los partidos en el gobierno, algo que no conllevará un dádiva del gobernante sino un derecho institucionalizado en los partidos no mayoritarios. . . . ." (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, publicación de la Presidencia de la República, Imprenta Nacional).

4) Los Ministros son escogidos libremente por el Presidente de la República, lo cual interpretación de la Sala quiere decir que el Presidente no está obligado a consultar la opinión de los directorios políticos para integrar su gabinete, pues, los nombres de los elegidos, lo mismo que el número de Ministros, que se asigne al partido que le sigue en votos, son aspectos cuya precisión, la ha dejado la Constitución Nacional a la autónoma decisión del Presidente de la República.

5) Por último, partiendo de la base de que los partidos políticos fueron institucionalizados mucho tiempo después de la reforma de 1968 Ley 58 de 1986, la Sala entiende que en esa época existió una equivalencia entre los términos

partido político y movimiento político, por lo que con este criterio debe interpretarse cuál es la agrupación política que tiene derecho a ingresar al gabinete ministerial dentro de una adecuada y equitativa participación. Con apoyo en todo lo que hasta aquí se ha dicho, no puede afirmarse, de acuerdo a lo probado, que la integración del gabinete ministerial del Presidente César Gaviria Trujillo, hecha por virtud del Decreto Ejecutivo No. 1835 del 7 de agosto de 1990, resulte violatoria, de manera directa, el artículo 120-1 de la Constitución Nacional, por no haberle dado al Movimiento de Salvación Nacional, según la demanda, la participación adecuada y equitativa a que tiene derecho.

No existe pues violación de la norma acusada, como se dirá en la parte dispositiva.

Procede la Sala enseguida a estudiar la segunda, acusación del Decreto Ejecutivo No. 1835 del 7 de agosto de 1990, a virtud del cual el Presidente de la República nombró su primer gabinete ministerial. Se refiere concretamente este cuestionamiento a lo resuelto en el artículo 5º del Decreto Ejecutivo en cita, en cuanto nombró como Ministro de Defensa Nacional, al General en servicio activo Oscar Botero Restrepo.

La acusación la presenta la demanda mediante los siguientes cargos:

a) El nombramiento de un General en servicio activo, genera un problema de incompatibilidad de funciones, la autoridad política o civil y la militar, hipótesis esta que está expresamente prohibida en el artículo 61 de la Constitución Nacional.

b) Esta misma situación, supone la violación del artículo 168 de la Carta Política, sobre la no deliberación de las fuerzas armadas, toda vez que el Ministro de Defensa, "al pertenecer al Consejo de Ministros, delibera sobre política, sobre el ejercicio del poder político".

c) Finalmente, el accionante en este capítulo de su demanda, cuestiona el nombramiento del General Oscar Botero Restrepo, por cuanto, "como militar en servicio activo no tiene las calidades que la Constitución Nacional exige para ser Ministro, en atención a que en su calidad de militar, no tiene la calidad de ciudadano en ejercicio. . . . ".

Para mejor entendimiento del problema debatido, se transcribirán las normas constitucionales citadas como quebrantadas, en el orden que corresponde a la presentación anterior de los cargos.

El artículo 61 de la Constitución Nacional que es materia de confrontación con el Decreto acusado dice:

"Art. 61.-Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente,

en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar"

El problema jurídico de fondo, se centra en este caso en precisar si la sola investidura de militar en servicio activo, faculta a quien la tenga para ejercer la autoridad militar, en tal forma que, al desempeñar el cargo de Ministro de Defensa Nacional, se produzca la incompatibilidad consistente en la acumulación de funciones, en tiempo de paz, de la autoridad política o civil y la militar. Se trataría en este evento de una indebida concentración de poderes públicos que la Constitución pretende evitar, con la prohibición consagrada en su artículo 61 antes transcrito.

En este orden de ideas, la Sala observa, de acuerdo con la vista fiscal, que no sería el decreto mismo de nombramiento de Ministro de Defensa Nacional aquí demandado, el que estaría afectado de invalidez, pues este acto, no es en realidad al que se refiere la prohibición constitucional sino al hecho de que se ejerzan en forma simultánea la autoridad política o civil y el mando militar.

Resulta pertinente anotar que, la Constitución, al establecer en el artículo 63 que, "no habrá en Colombia ningún empleados que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento ". está dificultando la ocurrencia de la arbitrariedad, entre otras causas, por la desmedida concentración de competencias en una sola persona o acumulación de funciones públicas que la Carta quiere evitar con la norma en examen.

En Colombia, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, "el ejercicio de la profesión militar es sui-generis, dado que no se puede ejercer sin bajo la dependencia del Estado, exclusivamente para su defensa y constituye así un servicio público; no se trata de una de aquellas profesiones liberales que puede ser ejercida individualmente, como acontece con otras entre ellas la medicina, la abogacía etc.. El profesional militar desarrolla su actividad dentro del marco de la institución castrense sujetándose a las leyes y reglamentos que organizan el servicio, y subordinado a la disciplina. No basta el hecho de ostentar un grado para ejercer un empleo militar; se requiere ser nombrado para desempeñarlo, siempre que se reunen los requisitos necesarios; ese acceso no corresponde a su libre determinación sino que depende exclusivamente del Gobierno o de los Superiores jerárquicos, de acuerdo con los reglamentos respectivos. . . . " (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de exequibilidad del inciso segundo artículo 12 Decreto 3071 de 1968, julio 9 de 1970. Magistrado Ponente: doctor LUIS SARMIENTO BUITRAGO).

A lo anterior se agrega que la profesión militar es la carrera que está sujeta a más reglamentos en el País, de donde las funciones de mando, de decisión, de ejecución de las órdenes del Presidente de la República en materia de defensa nacional, están reservadas en los reglamentos castrenses y de la Policía Nacional, no a todos sus oficiales en servicio activo, sino exclusivamente a aquellos que

han sido formados en su profesión para ejercer el mando y la conducción de las operaciones militares, en todos los grados de la jerarquía castrenses.

Lo anterior indica con suficiente claridad que la previsión Constitucional del artículo 61, no se refiere simplemente a la investidura militar, sino al ejercicio del mando militar, simultáneamente con el desempeño de funciones o competencias que impliquen poder civil.

En opinión de la Sala, la designación como Ministro de Defensa Nacional, de un militar en servicio activo, no supone, por razones profesionales y de competencia funcional respecto del cargo administrativo, el ejercicio coetáneo, en tiempo de paz, de la autoridad política o civil y la militar.

Resulta evidente que, el profesional militar en Colombia, no entra en competencia en el mercado laboral con los profesionales civiles, para acceder a la Dirección de los órganos superiores de la administración pública, en este caso, los Ministerios. Es así como el hecho de ostentar un grado militar en las Fuerzas Armadas, en este caso el máximo, no da derecho, por razones demasiado obvias, para ejercer estos empleos administrativos, por lo que su presencia en los mismos no corresponde a un acto de libre decisión del militar nombrado, sino que se requiere de un acto sujeto al ejercicio de la discrecionalidad de que está investido el Presidente de la República, para vincular, transitoriamente, en esa cartera ministerial, a un militar en servicio activo, para lo cual está facultado, no solamente por el plebiscito de 1957, tal como quedó aprobado, sino también, por el texto de la reforma constitucional adoptada en 1968.

En efecto, según el Decreto 0247 de 1957, "Sobre Plebiscito para una Reforma Constitucional", en su art. 4o. se dijo que los Ministros del Despacho serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, con la obligación de dar participación a los partidos políticos, "en la misma proporción en que están representados en las Cámaras Legislativas".

Pero, al advertir esa norma que su propósito fue el de conseguir que los dos partidos, en esa época, el Conservador y el Liberal, quedaran comprometidos en la responsabilidad del Gobierno, en sus distintas esferas, previno igualmente que, "lo anterior no obsta para que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados a desempeñar cargos en la administración pública".

Resulta claro entonces, que el anterior mandato superior, no hace ninguna excepción, en el sentido de excluir ningún empleo perteneciente a la estructura superior de la administración pública, de la posibilidad de que para su desempeño se nombre, por quien tenga la competencia para ello, a un militar en servicio activo.

Lo mismo sucede con lo previsto en el parágrafo del ordinal 1º del artículo

120 de la Constitución Nacional, pues, la fórmula ideada por los reformadores de 1968, prorroga hasta el 7 de agosto de 1978 la paridad en el Ejecutivo y, de esa fecha en adelante se establecieron Gobiernos Nacionales, por no decir antiegemónicos, para lo cual, con el carácter permanente y con el fin de preservar la unidad nacional, el nombramiento de los Ministros "se hará en forma tal que se de participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República".

Se precisa en la norma transcrita parcialmente, que esta colaboración del partido que le sigue en votos al partido del Gobierno será opcional, pues, del partido minoritario dependerá el funcionamiento de la coalición que se forma en el ejercicio de la responsabilidad en el Gobierno, en el sentido de que si no acepta la cuota de poder que se le ofrece, "el Presidente de la República constituirá libremente el Gobierno en la forma que considere procedente". En desarrollo de la mecánica anterior, se dijo categóricamente, como se había dicho en la Reforma Plebiscitaria que "lo anterior no obsta para que otros partidos O MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS PUEDAN SER LLAMADOS **SIMULTANEAMENTE** (Subrayo) A DESEMPEÑAR CARGOS EN LA ADMINISTRACION PUBLICA".

Nótese que, conforme a la anterior preceptiva, la facultad presidencial de designar a los Miembros de las Fuerzas Armadas en cargos de la administración pública, no excluye la participación de los Militares en el desempeño de ningún cargo especial. No dijo pues, dicho precepto, que los Miembros de las Fuerzas Armadas no pueden ser llamados por el Presidente de la República a desempeñar los cargos de Ministros, en un régimen que pretende preservar "el espíritu Nacional".

Por lo anterior, piensa la Sala que lo que verdaderamente cuenta en la dilucidación en este problema, es partir del supuesto institucional de que un General de la República en servicio activo, al ser comisionado por el Presidente de la República para ejercer el cargo de Ministro de Defensa Nacional, si es un Oficial de Mando, como ocurre en el caso en examen, quedará automáticamente, pero en forma transitoria, separado en razón de la comisión, del ejercicio de la autoridad militar, entendida ésta como la potestad de mando que tienen los superiores en los cuerpos armados, en razón de ser ésta una organización rígidamente jerarquizada, de dar órdenes a los subordinados, quienes no están en posibilidad de discutirlas.

Dentro del anterior criterio, síguese que el Poder Militar llega en la cúspide de la pirámide del mando, hasta el Comandante General de las Fuerzas Militares, descendiendo por los demás escalones en los cuales estén también los superiores en capacidad legal, de acuerdo con los respectivos reglamentos castrenses, de dar órdenes a los subordinados, quienes como ya se dijo, están obligados a no resistirse a su cumplimiento.

Hecha la anterior precisión, resulta pertinente hacer notar que el Ministerio de Defensa Nacional como acontece con los demás Ministerios, es un organismo de la administración central, con funciones administrativas generales de decisión, coordinación y ejecución, de un conjunto de servicios públicos orientados en este caso, al cumplimiento de la misión constitucional de las Fuerzas Militares, de defender la independencia nacional y las instituciones patrias.

La Sala entiende entonces, que el titular de esa dependencia oficial, debe cumplir las funciones específicas de orden administrativo, señaladas en la ley y en los reglamentos respectivos, sin ejercer simultáneamente el mando militar, pues, es precisamente esta conducta a la cual se refiere la previsión constitucional objeto de análisis y, los funcionarios públicos son responsables no solamente por infracciones a la Constitución y a la Ley, sino también, "por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de las mismas", según las reglas del artículo 20 de la Constitución Nacional.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado en varios fallos, referentes al nombramiento de militares para el desempeño del cargo de Alcalde. Del estudio de esta temática llega a la conclusión final de que quien ostenta la investidura militar en un cargo que lleva anexa autoridad civil, las funciones que ejerce el nombrado, serán de índole administrativa, exclusivamente, por lo que no debe producirse su acumulación con el ejercicio del mando militar, en el entendimiento de que desde el momento en que se posesione el militar nombrado "automáticamente queda separado del ejercicio de sus funciones como militar" (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 12 de marzo de 1947).

Parecidas razones ha expuesto el Consejo de Estado para llegar a la conclusión de que algunos nombramientos hechos por el Presidente de la República, de altos funcionarios, no eran nulos, por violación del artículo 61 de la Constitución Nacional. Esto ocurrió con los casos del Coronel Régulo Gaitán, nombrado como Ministro de Gobierno; del General Miguel Sanjuan, designado como Ministro de Justicia; del General Rafael Sánchez Amaya nombrado como Ministro de Guerra y del Mayor General José Joaquín Matallana, designado como Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" (sentencias de 27 de junio de 1950 y del 12 de marzo de 1975, Expediente No. 167).

La conclusión sobre este cargo, por todo lo que hasta aquí se ha dicho, será la de que el nombramiento hecho al General en servicio activo Oscar Botero Restrepo, como Ministro de Defensa Nacional, por el artículo 5o. del Decreto Ejecutivo No. 1835 de 7 de agosto de 1990, no quebrantó el artículo 61 de la Constitución Nacional.

Sostiene la demanda que el nombramiento hecho al General de la República en servicio activo, para el cargo de Ministro de Defensa Nacional, viola

directamente el artículo 168 de la Constitución Nacional, que es del siguiente tenor:

"La Fuerza Armada no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y la moralidad del ejército y con arreglo a las leyes de su Institución".

"Los Miembros del Ejército, de la Policía Nacional y de los Cuerpos Armados, con carácter permanente, no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates políticos".

La Fiscalía en su vista de fondo, al estudiar este cargo, dice que es claro que la anterior disposición, "niega a la fuerza armada como cuerpo, la posibilidad de ser deliberante, precisa las circunstancias en las cuales puede reunirse y qué peticiones puede hacer".

Agrega que, "la disposición presente como se deduce de su texto, aparta la fuerza armada del debate público, entendido por tal el partidista, para asegurar su dedicación a la defensa de sus instituciones como tales, descartando intereses diferentes".

Para concluir luego, en que "el militar nombrado Ministro del despacho no asume este cargo en representación o a nombre de un partido, sino en virtud de la previsión que aparece en el penúltimo inciso del parágrafo único del artículo 120 de la Constitución Nacional".

En realidad, le asiste razón a la señora Fiscal al hacerse el anterior razonamiento para pedir que se despache este cargo desfavorablemente, por las razones básicas que enseguida se expresan:

Considera la Sala que del hecho de que la Constitución Nacional exija a las Fuerzas Militares, absoluta neutralidad política, se deriva con mucha razón, la consecuencia de que este Cuerpo Armado no puede ser deliberante, pues la conducta contraria lo llevaría a convertirse en un instrumento político incontrolable en su eficacia de lucha, por la circunstancia de que a los integrantes de esta institución le ha entregado la República las armas que tiene para la defensa de sus instituciones.

Pero de lo anterior no se desprende la conclusión a que quiere llegar el demandante, de que, por la sola circunstancia del nombramiento como Ministro de Defensa Nacional, de un Militar en servicio activo que por su profesión no está vinculado a ningún partido político, quede demostrada la violación del artículo 168 de la Constitución Nacional.

Lo anterior indica que tampoco prosperará este cargo, de acuerdo a lo

expresado, en cuanto que no se probó que las deliberaciones del Ministro de Defensa en el Consejo de Ministros, comprometan la obediencia debida por este militar, al Gobierno legítimo que lo comisionó para el desempeño de un cargo administrativo.

Por último, la demanda cuestiona el nombramiento hecho en la persona del General en servicio activo Oscar Botero Restrepo, como Ministro de Defensa, por cuanto que considera el accionante en el escrito respectivo que en atención a su calidad de Militar en servicio activo del nombrado, éste no llena los requisitos de ciudadano en ejercicio para acceder válidamente a dicho empleo.

A este respecto se cita, en el escrito introductorio de esta acción, las siguientes disposiciones constitucionales, que se consideran como supuestamente quebrantadas con el nombramiento:

"Art. 133 de la Constitución Nacional. Para ser Ministro se requieren las mismas calidades que para ser Representante".

"Art. 100 de la Constitución Nacional. Para ser elegido Representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de 25 años de edad en la fecha de la elección. . . . ."

En la vista Fiscal respectiva, la Señora Fiscal colaboradora, para llegar a la conclusión de que no aparece comprobada la violación alegada, razona en los términos que siguen:

> "Al respecto la Fiscalía debe precisar que de la comparación de las dos disposiciones se deduce claramente que mientras en la primera de ellas se habla de ciudadano en ejercicio, en la última se hace referencia a una función de dicha ciudadanía, o sea el sufragio".

En efecto, la ciudadanía es un término amplio que comprende todos los derechos y deberes en cabeza de ciertos nacionales: entre esos derechos aparece la función del sufragio. La suspensión de uno de tales derechos no implica la suspensión de la calidad de ciudadano salvo que así lo disponga la norma, circunstancia que no se da en el presente caso. . . . ." (fls. 286 y 287).

En realidad, el concepto fiscal acierta al expresar, a manera de síntesis, que no se puede confundir la función del sufragio con el carácter de ciudadano en ejercicio.

En este orden de ideas, es claro que el Ministro de Defensa nombrado por ser militar en servicio activo, hecho este que está probado en el proceso con la prueba documental respectiva, no puede elegir ni ser elegido, sencillamente porque su profesión lo ubica institucionalmente dentro de un régimen especial

cuyas características sobresalientes son, el sometimiento a una disciplina que implica la obediencia pasiva; su no capacidad de deliberación; las limitaciones rígidas en la regulación de sus derechos de petición y reunión y, lo que viene al caso en examen, la limitación transitoria de sus derechos políticos.

A este respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia que el derecho de elegir es apenas uno de los atributos de la ciudadanía, pero que no es la ciudadanía misma. Para elegir y ser elegido se requiere ser ciudadano de acuerdo al artículo 15 de la Constitución Nacional, en tanto que para ser ciudadano no se requiere el ejercicio de la facultad constitucional y legal del sufragio.

Se tiene entonces, de acuerdo con la anterior precisión, que el General Botero Restrepo, al acceder al cargo de Ministro de Defensa Nacional, sí tenía la calidad de ciudadano que exige la Constitución para ser elegido, aunque, como queda dicho, por motivo de su profesión tenga restringido su derecho de elegir y ser elegido.

Visto lo anterior, la conclusión será la de que este nombramiento no es violatorio de los artículos 133 y 100 de la Constitución Nacional, antes transcritos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él,

FALLA

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte impugnadora.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

EMPLEADOS DE TELECOM - Régimen aplicable / **TELECOM**

El personal vinculado a Telecom, está sometido al régimen especial contenido en el Decreto 2200/87, dicho personal no está sometido a la preceptiva contenida en los Decretos-ley 2400 y 3074/68 y el Decreto Reglamentario 1050/73. El Decreto 2200/87 no ha sido derogado ni declarado inexequible y por consiguiente tiene plena vigencia y debe aplicarse.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Referencia: Expediente No. 0526. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.

Procede la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación propuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo del Tolima el 8 de febrero del año en curso por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda

El abogado Luis Angel Martínez Sendoya en ejercicio de la acción pública electoral pidió ". . . . se profirieran las siguientes declaraciones:

"2.1 Que es nulo el acto de nombramiento del doctor **ALEJANDRO SALAZAR HERNANDEZ,** proferido por el señor Gobernador del De-

partamento, el doctor **FERNANDO ESPINOSA TOVAR;** y contenido entre otros actos similares - en el artículo único del Decreto 00889 del 21 de agosto de 1990.

2.2. Que se dé cuenta a las autoridades competentes de las posibles violaciones de la ley en las cuales hayan podido incurrir el demandado y su nominador, a fin de que se investiguen y sancionesn (sic)".

Estimó que con el nombramiento del señor Salazar Hernández fueron desconocidos ".....los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973, porque ..... está impedido para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, por ser empleado oficial de la Empresa de Telecomunicaciones - (**TELECOM**), en cualquiera de las siguientes circunstancias:

3.2.1. Se halla disfrutando de licencia ordinaria.

3.2.2. Si no se halla escalafonado en carrera administrativa y fue destinado en comisión para el desempeño del cargo actual.

3.2.3. Si se halla escalafonado en carrera administrativa y fue destinado en comisión para el desempeño del cargo actual, sin el visto bueno del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

3.2.4. (Estas hipótesis serán precisadas cuando se tengan los documentos solicitados a la Gobernación)"

La sentencia recurrida

El H. Tribunal Administrativo del Tolima denegó las peticiones de la demanda por considerar que a las personas vinculadas a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "Telecom" se les aplican las normas contenidas en el Decreto 2200 de 1987, expedido por el Presidente de la República con base en las facultades extraordinarias de las que fue revestido en la Ley 4a. de 1987, para establecer un régimen especial de administración de personal y de carrera administrativa para los empleados de la citada Empresa, y en ningún caso están sometidos a los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1986 y Decreto Reglamentario 1950 de 1973, aplicable a otros empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Consideró el Tribunal que a tenor de los artículos 44 y 45 del dicho Decreto 2200 de 1987, el doctor Alejandro Salazar podía ser comisionado para desempeñar el cargo de Secretario de Hacienda del Departamento del Tolima "..... por cuanto se encuentra escalafonado en la Carrera Administrativa Especial, y la comisión se le concedió para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, en una actividad oficial distinta de la inherente función, y además, el

acto administrativo por el cual se le confirió, Resolución número 001000-8878 de 1990, no requería ser autorizada por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, porque la Dirección y Administración de la Carrera Administrativa Especial que rige para los empleados de Telecom compete exclusivamente a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones con la Asesoría del Consejo Nacional de la Carrera, como específicamente lo prescribe el artículo 195 del Decreto 2200 de 1987 y por lo tanto es inaplicable el ordenamiento del artículo 95 del Decreto 1950 de 1973".

De otra parte, el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil ". . . . , solamente integra el órgano colegiado denominado Consejo Nacional. . . . ." de la Carrera Especial establecida para el personal de Telecom, funcionario que no interviene directamente en la Dirección y Administración de esa Carrera Especial, por lo cual nada tenía que autorizar en el otorgamiento de la comisión al Doctor Alejandro Salazar para ocupar el empleo de Secretario de Hacienda.

El Recurso

El demandante interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia descrita, con miras a obtener ". . . . .decrete el anatema de anulación pedido en el libelo", argumentando que los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 son aplicables ". . . . a **TODOS** los funcionarios y empleados públicos".

El primero, porque con fuerza de ley establece un régimen de carácter general sin ". . . .distinción ni excepción de ninguna especie". El segundo, porque en su artículo 1º al disponer en la forma ". . . . .como está integrada la rama ejecutiva del poder público. . . . ." incluye también a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, pues del texto de dicho artículo no se desprende la posibilidad de crear ". . . . .privilegios en beneficio de determinado sector de la administración. . . ." lo que implicaría una discriminación respecto de ". . . . los funcionarios y empleados de los demás sectores de la rama ejecutiva del poder público". Lo contrario significaría un desconocimiento de la Constitución por violación de ". . . . los Tratados Públicos aprobados por las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972".

El Ministerio Público

La distinguida Colaboradora Fiscal Séptima de esta Corporación luego de analizar las disposiciones invocadas como violadas por el demandante, considera que el personal de funcionarios y empleados de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones no está sometido a tales disposiciones - los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y Decreto Reglamentario 1950 de 1973 -, porque con posterioridad a la expedición de tales normas el Presidente de la República haciendo uso de las facultades extraordinarias de que trata la Ley 4a. de 1987 expidió el Decreto 2200 del mismo año que regula, de manera especial, todo lo relacionado

con la situación administrativa para los empleados de la mencionada Empresa. Y concretamente la situación planteada con relación a la comisión otorgada al Doctor Alejandro Salazar Hernández está contemplada en los artículos 44 y 45 del dicho Decreto 2200 de 1987.

Concluye la distinguida Colaboradora Fiscal pidiendo la confirmación de la sentencia apelada.

No observándose motivo alguno de nulidad en la actuación procesal, por competencia se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Ciertamente, como lo pone de presente el A-quo en la sentencia apelada y lo reafirma el Ministerio Público en su concepto de fondo, el personal vinculado a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, está sometido al régimen especial contenido en el Decreto 2200 de 1987 que con fuerza de ley expidió el Presidente de la República, haciendo uso de las facultades extraordinarias de que trata la Ley 4a. del mismo año.

La lectura del citado Decreto Ley 2200 de 1987 conduce a concluir que, ciertamente, el personal vinculado a Telecom no está sometido a la preceptiva contenida en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y el Decreto Reglamentario 1950 de 1973, expedidos con anterioridad para regular "....la administración del personal civil....." de la Rama Ejecutiva del Poder Público de manera general, en cuanto a los aspectos en él regulados.

Del contenido de los artículos 44 y 45 del Decreto 2200 de 1987 es obvio que, contrariamente a lo afirmado por el demandante, el Doctor Alejandro Salazar Hernández fue legalmente nombrado Secretario de Hacienda del Departamento del Tolima mediante el Decreto 889 del 21 de agosto de 1990, cuya copia fotostática debidamente autenticada aparece a los folios 1 y 2 de este Expediente. Esta afirmación se hace teniendo en cuenta que a tenor de los artículos 44 y 45 del tantas veces citado Decreto 2200 de 1987, el precitado Funcionario fue legalmente comisionado para efectos del nombramiento, comisión que según las regulaciones del mismo Decreto, no requería de visto bueno alguno ni de autorización o confirmación impartida por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, cuya presencia en el Consejo Nacional de la Carrera de los Empleados de Telecom no implica intervención directa en la dirección y administración de dicha carrera, como bien lo pone de presente el A-quo en la sentencia objeto del recurso.

No encuentra la Sala aceptable el argumento esgrimido en la sustentación del recurso, en el sentido de que el Decreto Ley 2200 de 1987 es inconstitucional

porque supone una discriminación respecto de otros empleados de la misma Rama Ejecutiva, contraria a tratados y convenios internacionales, porque éstos no pudieron ser aprobados con menoscabo del ejercicio de la soberanía nacional para regular el status de los funcionarios y empleados públicos de la Nación. Además, el Decreto 2200 de 1987 no ha sido derogado ni declarado inexequible y por consiguiente tiene plena vigencia y debe aplicarse.

Para confirmar dicha sentencia la Sala no encuentra necesario hacer más observaciones.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1o.- Confírmase la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 8 de febrero de 1991, por medio de la cual se denegaron las peticiones de la demanda.

2o.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sus sesiones de fechas veinticuatro (24), veintisiete (27) y veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DIPUTADO - Inhabilidades / AUTORIDAD CIVIL

El cumplimiento de las funciones de un Supervisor de Educación no lo invisten, por ese solo hecho, de autoridad civil o política, ni le confieren la facultad de mandar y disponer con carácter de obligatoriedad hacia los habitantes del respectivo departamento. En ningún momento se le pueden atribuir facultades para impulsar la gestión administrativa hacia un objetivo de carácter comunitario, político o social. La inhabilidad en mención, no requiere ser desarrollada en toda la circunscripción electoral, para ser considerada como tal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor José Joaquín Camacho Pardo*

Referencia: Expediente No. 0514. Apelación Sentencia. Actor: Héctor Polanía Sánchez.

Corresponde a la Sala decidir sobre el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila fechada el 14 de diciembre de 1990 en la cual se negaron las pretensiones de quienes solicitaban la nulidad de la elección del señor RAMIRO FALLA CUENCA como Diputado a la Asamblea Departamental del Huila para el período 1990-1992.

ANTECEDENTES

1.- El señor HECTOR POLANIA SANCHEZ, mediante apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Huila, para que se declarara: ". . . que es nula la elección del señor RAMIRO FALLA como diputado principal en

la Asamblea del Huila para el período constitucional de 1990-1992, declarada en el acta de escrutinio departamental del 18 de marzo de 1988 (sic).... y se ordene la cancelación de la credencial correspondiente al señor RAMIRO FALLA como Diputado Principal de la Asamblea del Departamento del Huila". (folio 17). También solicitó el demandante la suspensión provisional del acto acusado por considerar que en la aludida elección se da de manera manifiesta la causal de inelegibilidad consagrada en los artículos 108 de la Carta y 46 del Decreto 1222 de 1986. El juzgador de primera instancia, en el mismo proveído que admitió la demanda, negó la suspensión provisional impetrada.

Por su parte, el señor RAMIRO FALLA, con el concurso de un apoderado dió contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones del actor.

Las disposiciones constitucionales y legales sobre las cuales fundamenta el demandante su aspiración se concretan en los artículos 108 de la Constitución Nacional, parte final del inciso segundo; 3o. del Decreto 2277 de 1979 y 46 del Decreto 1222 del 18 de abril de 1986.

2.- Contra el mismo acto administrativo el doctor William Mosquera Vargas, en su propio nombre, solicitó la nulidad de la elección de RAMIRO FALLA CUENCA como Diputado a la Asamblea del Huila y, consecuencialmente, la cancelación de la respectiva credencial. De igual manera pidió la suspensión provisional del acto demandado, sobre la cual el Tribunal se pronunció negativamente, en el mismo auto admisorio del libelo. El señor RAMIRO FALLA CUENCA contestó la demanda, por intermedio de su apoderado, manifestando su oposición a las peticiones contenidas en aquélla.

Se consideraron violadas las siguientes disposiciones: artículos 3o. 46, 44, 2 del Decreto 2277 de 1979; artículo 46 del Decreto 1222 de 1986 y 108 de la Constitución Nacional.

3.- Los dos procesos mencionados fueron acumulados por el Tribunal Administrativo del Huila según auto calendado el 19 de septiembre de 1990 (folio 75).

4.- En sentencia del 14 de diciembre de 1990, luego de dar oportunidad a las partes para que alegaran de fondo, recaudado el concepto del Ministerio Público, el Tribunal decidió el litigio denegando las pretensiones de la demanda y compulsando copias para la Procuraduría Departamental del Huila a efecto de que ese Despacho investigue lo que, dentro de sus funciones, estime necesario.

5.- La sentencia objeto del presente recurso se sustentó, en síntesis, en la consideración de que la sola calidad de empleado público no es suficiente para inhabilitar al aspirante, sino que "se requiere además que haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar y que dicho ejercicio se haya cumplido en

toda la circunscripción electoral, eventos que no se dan en el caso de autos".

6.- Al sustentar la apelación el recurrente encuentra en la sentencia una errada interpretación del artículo 108 de la Carta, en cuanto el a-quo plasmó en su fallo que el ejercicio de la autoridad a que alude el canon constitucional no se había ejercido en **toda** la circunscripción electoral, consideración no compartida por el apelante, quien, de otra parte, en desacuerdo con la sentencia, estima que el cargo de Supervisor de la Secretaría de Educación conlleva el ejercicio de autoridad a que se refiere la norma presuntamente violada.

7.- La Señora Fiscal Séptimo de la Corporación, al emitir su concepto se muestra de acuerdo con el fallo recurrido y, por consiguiente, solicita su confirmación. Así concluye luego de tomar en consideración que el supuesto ejercicio de autoridad civil político o militar por parte del señor RAMIRO FALLA CUENCA no fue debidamente comprobado por la parte demandante, de donde infiere que la violación de las normas estudiadas no se demostró.

CONSIDERACIONES

El proceso objeto del recurso tiene su fundamento legal en la aplicación e interpretación de los artículos 108 de la Constitución Nacional y 46 del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), cuyos textos idénticos, en lo pertinente preceptúan:

"Artículo 108.- . . . . . .

"Tampoco podrán ser elegidos miembros del Congreso o Diputados, los Gobernadores, los Alcaldes de Capitales de Departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los Contralores Departamentales y los Secretarios de Gobernación, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; **ni tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva".** (subrayas de la Sala).

El artículo 46 del Decreto 1222 de 1986 consagra el mismo tenor.

De la sola lectura de los cánones constitucional y legal referidos, resulta de fácil entendimiento la intención del constituyente de 1886 y del legislador especial, cien años después, al consagrar la prohibición a ciertos funcionarios públicos que ejercen autoridad, para que puedan ser elegidos en los cargos relacionados en los preceptos aludidos. El establecer como requisito previo de elegibilidad el transcurso de un año o de seis meses después de haber cesado en sus funciones para poder ser elegidos por votación popular, indudablemente constituyó una limitante para que los candidatos no pudieran disfrutar de las

distintas ventajas derivadas del inmediato ejercicio del poder, propiciando diversas formas de presión sobre el electorado. Obviamente, en el transcurso del tiempo la ascendencia o influencia de los funcionarios retirados del servicio público, se va diluyendo o se extingue, colocándolos en igualdad de situación frente a los demás candidatos. Se buscó entonces evitar un indebido proceder político o electoral por parte de quienes encubiertos con su investidura oficial y en descarado abuso de la misma, resultaban en mejor posición de quienes al actuar leal y democráticamente, carecían del poder y las influencias indebidamente ejercidos por aquel tipo de político.

Es claro, de otra parte, que las disposiciones cuya violación se acusa, consagraron los plazos de inhabilidad atendiendo la naturaleza y categoría del cargo público, así como su contorno de proyección. A los primeros, específicamente relacionados, se les señaló el término de un año, mientras a los segundos, genéricamente diferenciados como "cualquier otro funcionario" con jurisdicción y autoridad civil o política, les fijó un término de seis meses de prohibición para poder ser elegidos.

Hechas las anteriores observaciones, corresponde establecer si el señor RAMIRO FALLA CUENCA, en su condición de Supervisor de Educación de Ciencias Sociales del Distrito Educativo No. 6, con sede en Pitalito, en primer término, es un funcionario público y, en segundo lugar, si el ejercicio de su cargo y la naturaleza del mismo, permiten afirmar que ejerció jurisdicción, o autoridad civil, política o militar en la circunscripción electoral, es decir, en el Departamento del Huila.

Su condición de funcionario público parece no tener ningún tipo de objeción legal. Así se deduce de la certificación expedida por la Secretaría de Educación del Huila, según la cual, FALLA CUENCA prestó sus servicios al Departamento ".... en la Secretaría de Educación....", desde febrero de 1974 hasta, en principio, la fecha de expedición del certificado, o sea, el 5 de abril de 1990. Del mismo documento se deduce que durante todos esos años el demandado se desempeñó como docente y los últimos cinco años los laboró precisamente en el cargo de supervisor, cuyo ejercicio originó el cuestionamiento de su elección como diputado (folios 11 a 13 del cuaderno 1 y folios 1 a 9 del cuaderno 2).

Pese al equivocado concepto de considerar que los docentes al servicio de entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, "son empleados oficiales de régimen especial", ello no significa en ningún momento que se excluyan de la condición de servidores oficiales, de funcionarios o empleados públicos, términos jurisprudencial y doctrinariamente asimilados y equivalentes, cuyas diferencias cobran importancia para efectos de orden laboral, como se expresa en la sentencia cuyos apartes transcribe el fallo recurrido. No se entiende cómo pueden, en determinado momento, perder u ocultar la calidad de funcionario público o de empleado

público, el docente que lleva tantos años en el servicio oficial del Departamento del Huila, que fue nombrado por decreto, que se posesionó ante el Secretario de Educación, que ha devengado todos sus sueldos y prestaciones sociales del erario público departamental.

Es un hecho debidamente acreditado que el mencionado FALLA CUENCA se inscribió como candidato a la Asamblea Departamental del Huila, aceptó su candidatura y fue declarado elegido para integrar dicha Corporación. Así se deduce de las documentales visibles a folios 3 a 5 del cuaderno 1 y folio 2 del cuaderno 2).

Habiéndose establecido que RAMIRO FALLA CUENCA era funcionario público al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento del Huila, en el cargo de Supervisor de Educación de Ciencias Sociales del Distrito No. 6, con sede en Pitalito, el cual ejerció en los seis meses anteriores a su elección como Diputado a la Duma Departamental; corresponde determinar ahora si sus funciones conllevan jurisdicción o autoridad civil, política o militar en la circunscripción electoral del departamento mencionado.

En la interpretación de las normas ya citadas, no ofrece mayor dificultad establecer el primer grupo de funcionarios inhabilitados, toda vez que tanto el precepto constitucional, como el legal, taxativamente los relaciona. Por el contrario, no es igualmente claro lo relacionado con ese segundo y genérico grupo, en el cual se hace indispensable analizar si su función es jurisdiccional, o si en sus actuaciones hay ejercicio de autoridad, civil, política o militar. En este punto radica el aspecto fundamental del caso bajo estudio.

Desde ya advierte la Sala que asiste razón al Tribunal y a la señora Agente del Ministerio Público cuando en el fallo y en el concepto respectivos, concluyeron que no había lugar a decretar la nulidad impetrada por los demandantes, por considerar que el funcionario elegido no se podía incluir entre aquellos a que se refieren las normas cuya violación se acusa. En efecto:

Debe desecharse la posibilidad de que a un Supervisor le corresponda administrar justicia; de igual manera se descarta el ejercicio de autoridad militar.

Queda entonces por establecer si el funcionario cuya elección se cuestiona, ejerció como Supervisor de Educación, autoridad civil o política, entendiendo por la primera, "aquella en que el Estado tiene el poder de orden, dirección o imposición sobre los ciudadanos, ya para los fines puramente privados de su mutua convivencia, ya para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo. La autoridad civil lleva implícita la potestad de mando o imperio que tiene su expresión más clara, característica y acentuada en el ejercicio del poder ejecutivo. . . . .", o comprendiendo por la segunda, la política, "la que ejercen los que gobiernan y mandan ejecutar las leyes", conceptos jurisprudenciales soste-

nidos y reiterados por la Sala, en providencia del 7 de junio de 1989, con ponencia del honorable Consejero doctor AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, Expediente No. 0292).

En este orden de ideas se requiere, para que el funcionario incurra en la inhabilidad constitucional y legal comentada, que al ejercer sus funciones lo haga con un cierto sentido de trascendencia, de proyección general, obligatoria e impositiva. Que él, en su actividad pueda tomar decisiones y resolver por su propia autoridad los asuntos sometidos a su consideración. Que se muestre ante la comunidad como una persona a quien la misma acata o debe acatar, así sea respaldándose, si fuere necesario, en medios coactivos o de imposición.

Resulta claro entonces, que el cumplimiento de las funciones de un supervisor no lo invisten, por ese solo hecho, de autoridad civil o política, ni le confieren la facultad de mandar y disponer con carácter de obligatoriedad hacia los habitantes del respectivo departamento. Su trabajo se limita a una ordinaria labor de vigilancia, ni siquiera sobre todo el personal docente del Departamento, sino restringido al Distrito No. 6 con sede en Pitalito y, reducido aún más, según la nomenclatura del cargo, a los docentes de sociales.

En ningún momento se le pueden atribuir funciones de mando y disposición inherentes al ejercicio de la autoridad, ni le corresponde el planeamiento y ejecución, a nivel departamental, de la política educativa o de la organización o integración de la planta de personal docente o, en fin, facultades para impulsar la gestión administrativa hacia un objetivo de carácter comunitario, político o social. En tales condiciones, no puede llegarse a conclusión distinta a la de excluir al funcionario cuya elección se demanda, de la categoría de aquellos que ejercen jurisdicción o autoridad civil, política o militar y, por consiguiente, aceptar que sus funciones no tipifican la inhabilidad consagrada en las disposiciones citadas de la Carta y del Estatuto de Régimen Departamental.

Ahora bien, no obstante, sostener el Tribunal en la sentencia recurrida, que en el presente asunto no se genera la inhabilidad para ser elegido Diputado y, por consecuencia, negar las súplicas de las demandas, sin embargo, después, en breve consideración, reconoció o admitió que así RAMIRO FALLA hubiese ejercido autoridad civil o política como Supervisor de Educación, no se originaría en tal caso la causal de inhabilidad, en razón a que, de acuerdo con las certificaciones y testimonios recaudados, el hipotético ejercicio de autoridad no se habría cumplido en **toda** la circunscripción electoral, es decir, en todo el Departamento del Huila, sino solamente en la zona sur del mismo, lo que le permite concluir que "no puede decirse que el señor RAMIRO FALLA en el ejercicio de su cargo de Supervisor hubiere ejercido influencias o autoridad alguna en **todo** el Departamento del Huila para obtener su elección como Diputado" (se subraya).

Pese a que el fallo recurrido será confirmado por cuanto denegó las

pretensiones de la demanda con razones de fondo que la Sala comparte, se estima conveniente hacer unas observaciones sobre la última parte de dicha providencia atendiendo además que el apelante insistentemente llama la atención sobre ese particular.

De su sola lectura se desprende que ninguna de las disposiciones comentadas consagran la exigencia expresada por el a-quo, según la cual, para tipificar la inhabilidad electoral de los funcionarios no relacionados nominalmente en aquellas, se requiere que el ejercicio de la autoridad civil o política se desarrolle en **toda** la circunscripción electoral respectiva, para el caso de los diputados, el correspondiente Departamento.

Al adicionar los textos mencionados con la expresión **toda**, se está restringiendo el sentido de los mismos y se desconoce también la intención del legislador, contrariando, por consiguiente, elementales principios de interpretación jurídica. En efecto, la referida inhabilidad electoral la consagró el constituyente de 1886 y se mantiene vigente y desarrollada en el Régimen Departamental (art. 46 Decreto 1222 de 1986), porque precisamente su objetivo es impedir que algunos aspirantes a cargos de elección popular, se ubiquen privilegiadamente, por razón de su poder o autoridad oficiales, sobre aquellos candidatos que no detentan ese poder, ni pueden usar o prevalerse de las ventajas y privilegios que emanan del mismo.

Pretender que ese "cualquier funcionario" solamente se inhabilita cuando ha ejercido autoridad civil o política en **toda** la circunscripción electoral, equivale a consagrar excepciones que ni el constituyente, ni el legislador establecieron, a más de que tal entendimiento implicaría una interpretación ajena a los principios de hermeneútica jurídica, toda vez que se estarían fijando limitaciones y condiciones a una disposición, que por su propio contenido no lo permite.

Debe meditarse, a manera de ejemplo, cuál sería la situación de los alcaldes de los municipios de Colombia, que no sean capital de departamento, ni tengan más de trescientos mil habitantes. Por un aspecto su inhabilidad no la contempla la primera parte del inciso comentado porque él mismo los excluye. Se hace necesario entonces estudiar su inhabilidad al tenor de la parte final del mismo inciso, lo cual lleva a una conclusión inaceptable lógica, jurídica y políticamente si se comparte el criterio expresado por el Tribunal. Efectivamente, como por razones de competencia territorial los alcaldes de muchos municipios no pueden ejercer su autoridad en **toda** la circunscripción electoral, atendiendo la interpretación del Tribunal, se haría imposible aplicar las normas inhabilitantes, de donde resultarían numerosos funcionarios con autoridad civil o política y, por lo mismo potencialmente inelegibles, quienes, por razón de la limitación que impone la palabra **toda,** estarían facultados para participar en las elecciones como candidatos detentando el poder, con las ventajas y la superioridad que ello significa frente a los demás aspirantes. En la misma forma

que se ejemplifica con los alcaldes, podría hacerse con otros funcionarios, lo cual vendría a engendrar una especie de servidores públicos ajenos a las disposiciones objeto de este comentario. Desde luego, es incuestionable que nunca estuvo en mente del constituyente, ni del legislador ordinario originar tan irregular situación, porque es de entender que si su intención hubiese sido la de exigir que el ejercicio de autoridad se realizara en **toda** la circunscripción así lo hubiesen plasmado originalmente y habrían buscado solución legislativa a casos como el del ejemplo propuesto. Realmente, aceptar esa limitante interpretativa implicaría permitir que a través de la misma se debilite el control electoral y se pretermitan principios indispensables de equidad e igualdad inherentes e imprescindibles en nuestro sistema legal electoral.

En lo relacionado con la supuesta violación de las normas a que se refieren los artículos 3º, 44, 46 del Decreto 2277 de 1979 y el artículo 62 de la Constitución Nacional, estima la Sala que son disposiciones que regulan lo referente a derechos y obligaciones de los docentes, sin que tales asuntos, en el presente caso, tengan interés para los efectos de establecer la existencia o no de la causal de inhabilidad planteada en las demandas.

Por último, en el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, el a-quo ordena que se expidan copias de lo conducente, con destino a la Procuraduría Departamental del Huila, para que, si este es el caso, se investigue disciplinariamente al Diputado electo señor RAMIRO FALLA, por su intervención en política, en su comprobada condición de empleado oficial.

La anterior decisión, será también confirmada, por ser conducente, aunque se dispone modificarla, en el sentido de ordenar que también de compulsen copias y se envíen al Juez Penal del Circuito de Neiva (Reparto), a fin de que se verifique, si por el hecho de aceptar una candidatura para un cargo de elección popular y de intervenir en política con este mismo objeto, el señor FALLA, en su carácter de empleado oficial, pudo también haber incurrido en una conducta que debe investigarse penalmente, por supuesta violación del artículo 158 del Código Penal.

Lo anterior, por cuanto esta Sala, al tener conocimiento de los anteriores hechos, en razón del ejercicio de su competencia funcional, estaba obligada a suministrar estas informaciones a las autoridades competentes, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 9º del Decreto 1888 de 1969.

Se debe aclarar que, no obstante otorgarle al recurrente en su apreciación sobre la cuestionable interpretación que hizo el a-quo de la expresión "en la circunscripción electoral respectiva", sin embargo no se revoca la sentencia por tal motivo, toda vez que en la misma, previamente se había establecido la inexistencia de la inhabilidad planteada y, la apreciación que se critica al fallo apelado, solo se formuló a manera de hipótesis subsidiaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 14 de diciembre de 1990 en cuanto se refiere a su primer numeral.

SEGUNDO: Modifícase lo dispuesto en el numeral 2º de la providencia recurrida, en el sentido indicado en la parte considerativa de esta sentencia.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos / **DOCUMENTO PUBLICO / INSPECCION ADMINISTRATIVA** - Valor Probatorio / **COPIAS** - Valor Probatorio

Para los efectos de la suspensión provisional solamente pueden ser tenidos en cuenta los documentos públicos considerados como tales por la ley y aducidos con la solicitud. Para decretar esta medida no se puede asimilar una inspección adelantada en el curso de una investigación administrativa disciplinaria de la Procuraduría, a fin de darle el valor de documentos públicos a las copias que de tal actuación se expidan, con la inspección judicial ordenada y practicada por el juez para la verificación o esclarecimiento de los hechos materia de un proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Referencia: Expediente No. 0547. Actor: Nicolás Badrán Castro

De plano, como lo dispone el artículo 33 del Decreto 2304 de 1989, que subrogó el artículo 155 del C. C. A., procede la Sección Quinta del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los señores Simón Martínez Romero y Francisco Antonio Pascuales Hernández, contra la providencia de fecha 21 de febrero de 1991, proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar, que decretó la suspensión provisional de los actos que declararon electos a los mencionados ciudadanos para los cargos de Contralor y Personero, respectivamente, del Municipio de Achí, Departamento de Bolívar.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado el señor Nicolás Badrán Castro demandó la elección de Simón Martínez Romero y Francisco Pascuales como Contralor y Personero del Municipio de Achí, respectivamente, la que se efectuó el 6 de agosto de 1990. Argumentó que dicha sesión se realizó ocultamente, en sitio diferente al recinto donde funciona el Concejo, y sin reunir el quorum de ley, para proceder a la elección, pues de los trece Concejales que integran la Corporación sólo asistieron seis de sus miembros principales, tratando de completarlo con dos suplentes sin autorización para actuar ". . . . y con el propósito deliberado e ilegal de oponerse a los otros siete (7) Concejales que se habían reunido desde el 1º de agosto de 1990 válidamente y con quorum para ello en el lugar donde sesione públicamente el Concejo. . . . " (fl. 19).

LA PROVIDENCIA APELADA Y SU FUNDAMENTO

El Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda y accedió a decretar la suspensión provisional de los actos Acusados, para lo cual tuvo en cuenta las pruebas aportadas al proceso con la demanda, que son copias fotostáticas tomadas del expediente No. 06160, contentivo de la investigación administrativa adelantada por la Procuraduría Seccional de Magangué en el Concejo Municipal de Achí, y con fundamento en ello llegó a la conclusión de que con la elección de los señores Simón Martínez Romero para el cargo de Contralor Municipal de Achí, para el período legal de enero de 1990 a diciembre de 1991, y de Francisco Pascuales Hernández para el cargo de Personero del mismo lugar, para el período que comienza el 1º de enero de 1990 y concluye el 31 de agosto de ese año, y para el que se inicia el 1º de septiembre de 1990 y culmina el 31 de agosto de 1992, efectuada por el Consejo del citado Municipio en su sesión del 6 de agosto de 1990, se quebrantó en forma manifiesta el artículo 72 del Decreto 1333 de 1986, norma que dispone que mientras se expide el reglamento interno de los Concejos los Concejales elegidos en calidad de suplentes sólo podrán actuar válidamente por vacancia transitoria o absoluta, o ausencia temporal del respectivo Concejal Principal, comprobando esta circunstancia documentalmente en la Secretaría del Concejo, lo que no se cumplió respecto de los Concejales Suplentes que actuaron en dicha sesión.

SUSTENTACION DEL RECURSO

El apoderado especial de los ciudadanos cuya elección se demandó, al interponer el recurso de apelación contra la providencia que decretó la suspensión provisional de los actos electorales acusados, luego de analizar su contenido y los documentos aportados como pruebas con la demanda, sostiene que éstos no tienen el carácter de documentos públicos, única prueba aceptable conforme al artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, porque no reúnen los requisitos del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, pues los que indican que los concejales

principales no autorizaron el ingreso de los suplentes a las sesiones del Concejo no son documentos otorgados por funcionario público en ejercicio de su cargo, por lo que solicita la revocatoria de la medida por falta de prueba idónea para decretarla.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme al artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

"1) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda y por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2) Si la acción es de nulidad, hasta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor".

La suspensión provisional es una medida de excepción que solo procede en las acciones de nulidad siempre y cuando la contrariedad del acto acusado con la norma superior supuestamente violada sea ostensible, que aparezca prima facie, sin que se requiera un estudio de fondo.

En el caso objeto de examen en virtud del recurso de apelación, la confrontación de la norma la hizo el Tribunal de primera instancia mediante documentos aportados y aducidos con la solicitud de suspensión, y como quiera que el recurrente manifiesta que tales documentos no tienen el carácter de públicos pues, según dice, no reúnen los requisitos del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, habrá la Sala de analizar este motivo de inconformidad del recurrente, en orden a verificar la procedencia de la medida adoptada.

Del examen de los documentos aportados por el peticionario se saca en conclusión que se trata de fotocopias o reproducciones mecánicas, según los términos del artículo 253 ibídem, de documentos que reposan en el expediente No. 06160, referente a una investigación administrativa que adelanta la Procuraduría Seccional de Magangué en relación con la reunión de principales y suplentes de dicha Corporación, durante la cual eligió funcionarios municipales y dió posesión al Personero, al Contralor y al Secretario del Concejo (fls. 56 a 122 vto.). En cada una de las fotocopias dichas hay un sello, y una constancia

del Secretario de la Oficina Seccional de la Procuraduría de Mompós, de coincidir con el contenido del original, el cual tuvo a la vista. Pues bien, tales fotocopias carecen del mismo valor probatorio del original conforme al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil porque no fueron autorizadas por notario, director de oficina administrativa, o de policía, o secretario de oficina judicial previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada. Ni tampoco fueron autenticadas por notario previo el respectivo cotejo con el original. Ni compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial.

Y en este punto la Sala estima conveniente señalar que para los efectos de la suspensión provisional solamente pueden ser tenidos en cuenta los documentos públicos considerados como tales por la ley y aducidos con la solicitud. Para decretar esta medida no se puede asimilar, como lo hizo el A-quo (fls. 150 y 151), una inspección adelantada en el curso de una investigación administrativa disciplinaria de la Procuraduría, a fin de darle el valor de documentos públicos a las copias que de tal actuación se expidan, con la inspección judicial ordenada y practicada por el juez para la verificación o esclarecimiento de los hechos materia de un proceso. La diligencia de inspección administrativa practicada por funcionario competente de la Procuraduría General de la Nacional en ejercicio de funciones y atribuciones, ya sean de vigilancia judicial ya de vigilancia administrativa, solamente tiene valor probatorio en el proceso administrativo disciplinario, que no es el proceso judicial que menciona el Código de Procedimiento Civil al referirse a las copias de actuaciones judiciales y a la inspección judicial para los efectos probatorios. Por eso no es aceptable la interpretación que del inciso primero del artículo 254 del C. de P. C. hace el Tribunal en el caso en estudio, al equiparar la "INSPECCION ADMINISTRATIVA SOBRE EL LIBRO DE ACTAS DEL CONCEJO MUNICIPAL DE ACHI (BOLIVAR)", practicada por la Oficina Seccional de la Procuraduría con la inspección judicial de que tratan los artículos 244 a 247 del C. de P. C. Tampoco es aceptable que se tenga al Secretario de la Oficina Seccional de la Procuraduría de Magangué como equivalente al "secretario de oficina judicial que menciona el numeral 1 del citado artículo 254 del C. de P. C.", porque, sabido es, que los funcionarios y los empleados del Ministerio Público, entre ellos los de la Procuraduría General, no forman parte de la Rama Jurisdiccional ni sus oficinas son oficinas judiciales, Y en todo caso el Jefe de una Oficina Seccional de la Procuraduría no lo es el Secretario de la misma, como claramente se desprende de la Ley 4a. de 1990 que reorganizó la Procuraduría General de la Nación y asignó funciones a sus dependencias.

Corolario de lo anteriormente anotado es que la suspensión provisional no era procedente porque, como lo indica el recurrente, los documentos aportados con la demanda no son los "documentos públicos" a los que se refiere el artículo 152 del C. C. A., modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, en concordancia con los artículos 251 a 254 del C. de P. C. Y si bien es cierto que el A-quo, ante la manifestación que el demandante hizo bajo juramento, en el

sentido de que se le negó la expedición de la copia de los actos demandados (art. 139 del C. C. A.), los pidió en su oportunidad al Presidente del Concejo Municipal y al Alcalde del Municipio de Achí, no fueron enviados oportunamente, no lo es menos que esta circunstancia no habilitada las copias allegadas con la demanda ni autorizaba al Tribunal para decretar la suspensión sin la existencia de "documentos públicos".

Resta señalar que en este momento del proceso, no le es dable a la Sala tener en cuenta pruebas aportadas extemporáneamente a la presentación de la solicitud de suspensión provisional ni incorporarlas de oficio porque equivaldría a contrariar el texto del numeral 2) del artículo 31 del Decreto 2304 de 1989 y del artículo 33 ibídem, que ordena decidir de plano el recurso de apelación contra el auto de suspensión provisional.

Por las consideraciones anteriores, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. Revocar el punto tercero de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 21 de febrero de 1991, que dispuso decretar ". . . . la suspensión provisional de los actos electorales por medio de los cuales fueron elegidos los señores Simón Martínez Romero y Francisco Pascuales Hernández, para los cargos de Contralor y Personero del Municipio de Achí".

2o. En firme esta providencia remítanse los autos al Tribunal de origen para que allí continúe el trámite de ley.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sus sesiones de fechas treinta y uno (31) de Mayo y cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SUSPENSION DEL PROCESO - Improcedencia / **PROCESO ELECTORAL / PREJUDICIALIDAD PENAL** - Improcedencia.

Para efectos de decidir en sentencia administrativa no interesa el resultado final del diligenciamiento penal, porque éste es ajeno a aquél; con fallo condenatorio o absolutorio penal, la decisión en el juicio electoral puede producirse con la sola demostración de la falsedad o apocrificidad en los documentos correspondientes.

PRUEBA TRASLADADA/DEMANDA/ANEXOS/ PRINCIPIO DE CONTRADICCION

Desde que se requirió y se ordenó solicitar las copias de las demandas penales, esa prueba comprendía aquéllas con sus anexos; entonces el auto que ordenó traer éstos, fue de carácter complementario, no original, sólo buscaba perfeccionar o completar la prueba que por parte del funcionario remitente no la había despachado en su totalidad. Por lo demás, es una regla de procedimiento que cuando el medio probatorio proviene de otro expediente, el juez del proceso que va a recibir la prueba debe ponerlo en conocimiento de las partes; así ocurrió en el sub lite sin que en su contra se hicieran oportunos cuestionamientos. Considera la Sala que con características de prueba trasladada o no, el a quo acató los principios de publicidad, contradicción y lealtad de la prueba.

NULIDAD ELECTORAL/ESCRUTINIO/ REGISTRO ELECTORAL/ FALSEDAD

Resultan plenamente válidos los datos electorales anotados en las Actas de Escrutinio elaboradas por el Jurado sobre los formularios E-17; por consiguiente, de su comparación con los formularios E-24

de la Comisión Escrutadora Municipal, surge la existencia de una información falseada y consignada en estos últimos para indebidamente favorecer un candidato, lo cual permite concluir que los registros electorales fueron cambiados y, consecuencialmente afectada la computación definitiva de las elecciones para Concejales de Cali. Es ostensible la falsedad en los pliegos que la comisión escrutadora tuvo en cuenta para la elección. De la simple confrontación de los documentos presentados al Juez penal como anexos de la denuncia, por los registradores, surge la apocrificidad del resultado electoral, por la adición numérica de factores numéricos que nunca existieron en la realidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente : Dr. José Joaquín Camacho Pardo

Referencia: Expediente: No. 0523. Apelación Sentencia. Actores: Edgardo Hoyos Vélez y Juan José Rojas Ospina.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 1o. de febrero de l año en curso, por medio de la cual decidió sobre las demandas de nulidad de la elección de los miembros del Concejo Municipal de Cali, para el periodo de 1990 a 1992.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- El señor Edgardo Hoyos Vélez, por conducto de apoderado, ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en ejercicio de la acción electoral, solicitó la declaración de nulidad de "las Actas de Escrutinio elaboradas por la Registraduría Auxiliar # 4 de Cali", del "Acta de Escrutinio elaborada por la COMISION ESCRUTADORA MUNICIPAL DE CALI" y' como consecuencia de las anteriores, la nulidad del 'ACTO POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARARON ELECTOS LOS CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE CALI", refiriéndose al periodo de 1990 a 1992. Igualmente aspira a que se verifique un nuevo escrutinio, se expidan y cancelen las credenciales a que haya lugar

2.- El señor Juan José Rojas García, también ejercitando la acción pública de nulidad, solicitó declarar "nula el Acta No. E-28 por medio de la cual se declara (sic) electos los miembros del Concejo Municipal de Cali para el periodo de 1990-1992". Como consecuencia, requiere la cancelación de la credencial otorgada al señor Luis Alfredo Restrepo Rengifo y la orden para expedir nueva credencial a los candidatos que por su votación hayan adquirido este derecho.

3.- Los hechos fundamentales, en ambas demandas, consisten básicamen-

te en lo siguiente: en los comicios de 11 de marzo de 1990, realizados en la ciudad de Cali, en la Registraduría Auxiliar No. 4 de esa ciudad, en la integración del Concejo Municipal se presentaron serias irregularidades, referidas en especial, a la elección del edil Luis Alfredo Restrepo Rengifo, a quien, inexplicablemente, la Comisión Escrutadora Municipal le computó cerca de tres mil votos más, de los consignados por los jurados de votación en sus correspondientes formularios (E17). Tal adición numérica afectó la operación aritmética que sirvió de base para declarar la elección de los miembros del Concejo de acuerdo con el procedimiento del cuociente electoral, resultando excluídos aquellos candidatos que, sin la fraudulenta alteración, habían conseguido una votación superior a la del citado Restrepo Rengifo.

4.- Como disposiciones violadas relacionó el primer demandante el artículo 172 de la Carta, artículos 223, 226, 227 y 233 del C.C.A., con las modificaciones que contiene el artículo 17 de la Ley 62 de 1988 y 65 de la Ley 96 de 1985,. Similares normas se mencionan en la segunda demanda.

5.- Los señores Luis Alfredo Restrepo Rengifo y Antonio Cuadros Lenis, como interesados en el juicio, se hicieron presentes para impugnar las demandas, a cuya prosperidad se opusieron, argumentando, entre otros motivos, que la existencia de una investigación de carácter penal, por razones de prejudicialidad, originaba la suspensión del juicio electoral, hasta cuando se produjera el fallo de la justicia penal. Se planteó igualmente la ausencia de pruebas sobre los cargos formulados en la demanda, así como falta de precisión en la misma (folios 27 a 36 y 59 a 69 del cuaderno 1; folios 58 a 71 y 73 a 81 del cuaderno 2).

6.- Por auto del 13 de agosto de 1990, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dispuso la acumulación de los procesos números 16.627 y 16.628, cuyos demandantes son Edgardo Hoyos Vélez y Juan José Rojas Ospina, respectivamente (folios 80-82 cuaderno 1)., Cumplidas varias actuaciones relacionadas con la solicitud y práctica de algunas pruebas, se recibieron las alegaciones de fondo y se recaudó el concepto del señor Fiscal Tercero del Tribunal, quien solicitó despachar favorablemente las pretensiones de la demanda (folios 144 a 150 cuaderno 1).

7.- El 1o. de febrero del presente año, en sentencia visible a los folios 151 a 169, el Tribunal declaró la nulidad de la elección de los miembros del Concejo Municipal de Cali y, como consecuencia dispuso la práctica de nuevo escrutinio. Contra esta decisión apelaron los apoderados de los impugnantes, según consta a folios 173 a 818; 183 a 194, 203 a 218 y 228 a 230. Por su parte. el mandatario judicial del señor Juan José Rojas Ospina a los folios 221 a 225 alegó en favor del la confirmación del fallo recurrido.

8.- En escrito de folios 232 a 240 la señora Fiscal Octavo del Consejo de Estado solicita la confirmación de la sentencia cuyos planteamientos fundamentales los comparte en su integridad.

II. LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO

Estos son los aspectos básicos analizados en el fallo apelado :

En cuanto a la suspensión del proceso por razón de la investigación penal, estima que no hay lugar a decretarla "por no tratarse de cuestión prejudicial ya que la investigación del delito no incide para nada en la decisión sobre nulidad de las elecciones que haga esta jurisdicción"

Además, "El Tribunal encuentra viable el fallo de fondo por no existir motivos de inhibición. En particular, encuentra que las demandas son idóneas por reunir los requisitos formales que para su estructuración exige la ley. Carece de razón el opositor que la (sic) cuestiona, pues las que él señala como fallas no corresponden a exigencias de la ley. " (folio 155) .

Sobre el aspecto fundamental del proceso, sostiene el Tribunal que efectivamente se evidencian serias irregularidades, que lo llevan a afirmar :" Para el Tribunal es imposible cerrar los ojos ante esta realidad. Hacerlo sería dar motivo de escándalo o la ciudadanía que espera la mayor moralidad en la relación política y en particular en cuanto toque con la elección de sus gobernantes y administradores". Su deducción la apoya en la valoración comparativa de las cifras anotadas en los formularios E-17 de los Jurados y E-24 de la Comisión Escrutadora Municipal. Tales irregularidades se determinan numéricamente con los 2.821 votos inexistentes consignados en favor del Concejal mencionado por la comisión, de los cuales ninguno le aparece en los formularios elaborados por los integrantes del jurado.

Acerca de la forma y la oportunidad procesales como fueron allegados al expediente los formularios E-17 y E-24, sobre los cuales se edifica probatoriamente la sentencia, tales documentos los apreció el Tribunal en razón a que los mismos eran parte o anexos de la "demanda" penal para los Registradores Especiales del estado civil en Cali habían presentado. Razonó que si los anexos son parte de la denuncia, al solicitarle oportunamente copia de ésta, los anexos han debido acompañarse a la misma, pero, no se hizo, por esa causa fueron solicitados. Concluye el a-quo admitiendo que se tipificó la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 223 del C.C. A. porque en la elección se tuvieron en cuenta " elementos falsos o apócrifos".

III. LOS RECURSOS DE APELACION

El apoderado del Concejal Restrepo Rengifo, cuya elección provocó este proceso, basa su inconformidad "por haberse incorporado al expediente una prueba sustancial para la toma de la decisión en forma extemporánea e irregular, sin oportunidad para controvertirla, como son los formularios E-17 y E-24....". Afirma que si después de vencidos los términos probatorios, se dispone traer a

los autos los anexos de la denuncia penal, se está en presencia de una "prueba nueva" y además arguye que no pudo tachar de falsedad a los aludidos formularios, pues no se le brindó la oportunidad para hacerlo. Cuestiona también la credibilidad que se le dá a los citados documentos elaborados por el Jurado, sin analizar si están todos los ejemplares que exige la ley y critica que no se trajera copia auténtica del Acta de la Comisión Escrutadora Auxiliar de la Zona No. 4 para establecer si existieron correcciones numéricas (folios 173 a 181).

Por su parte, el mandatario judicial del señor Antonio Cuadros Lenis fundamentó su desacuerdo persistiendo en la suspensión del proceso por razones de prejudicialidad, a más de estimar como inadmisible la alteración de los pliegos electorales en razón de los estrictos controles que se imponen sobre la documentación electoral. Cuestiona el por qué los testigos no hicieron ninguna manifestación de desacuerdo ante una diferencia de votos tan considerable. Además, también afirma, que siendo los integrantes de las comisiones escrutadoras personas de reconocida honorabilidad, no iban a permitir esta clase de maniobras ilícitas.

IV. EL CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Octava de esta Corporación comparte la decisión del Tribunal de no suspender el proceso porque, a su entender, los efectos de la investigación del delito no inciden en el fallo que se produzca en el asunto electoral.

En cuanto a la ineptitud de las demandas las rechaza porque en ellas se impetra la nulidad del acto por el cual se declararon electos los concejales de Cali y se pide un nuevo escrutinio, así como la expedición de nuevas credenciales, habiéndose acompañado el acta donde consta la declaratoria de elección.

Sobre la prueba documental (formularios E17 y E24), considera la Fiscalía que aquélla fue allegada regularmente, que se solicitó y decretó oportunamente y que la documentación hacía parte de la denuncia penal. Añade que por su misma naturaleza esa documentación no era susceptible de controversia por la parte impugnadora. Además, conforme a la comparación cuantitativa que hizo el a-quo entre las cifras del formulario E17 y las del E24, infiere la existencia de una grave alteración en los resultados de las mesas de la zona No. 4 de Cali. Concluye su concepto solicitando la confirmación de la sentencia objeto del recurso.

V. SE CONSIDERA

Con fundamento en los antecedentes relacionados y como no se observa causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a dictar sentencia de segunda instancia, conforme a las razones que a continuación se exponen:

Se refiere la Sala, en primer término, a la pretendida suspensión de este proceso por la existencia de una investigación penal por la ejecución de un hecho punible electoral y su autoría. Al respecto se considera acertada la decisión del a-quo de no suspender el juicio electoral porque de ninguna forma la decisión que se tome en aquél, influirá necesariamente en ése. En efecto, en el proceso penal se procura asignarle responsabilidad a la persona o personas que resulten ser autores o participes de la infracción. En cambio, en el juicio electoral se pretende la nulidad de una determinada elección. En aquél puede decirse, importa además del hecho material, la demostración de la responsabilidad de quien es sujeto agente del ilícito. En cambio, en el proceso electoral, la identificación y sanción del autor no cobra la misma trascendencia, porque en este caso se contempla lo relacionado con el procedimiento electoral, el cual es ajeno a que se identifique y se sancione o no al responsable, porque para los fines de esta jurisdicción más que los autores interesa el aspecto material, cuya tipificación administrativa da lugar a las declaración de nulidad de la correspondiente elección. Así pues, en el caso bajo estudio, para efectos de decidir en sentencia no interesa el resultado final del diligenciamiento penal, porque éste es ajeno a aquél, con fallo condenatorio o absolutorio penal, la decisión en el juicio electoral puede producirse con la sola demostración de la falsedad o aprocrificidad en los documentos correspondientes.

Por otro aspecto, el relacionado con los cargos de ineptitud sustantiva de la demanda, considera la Sala que no podían prosperar si se tiene en cuenta que el libelo satisface los requisitos de forma exigidos por la ley. En efecto, al solicitarse la nulidad del Acta No. E28, "por medio de la cual se declara (Sic) electos los miembros del Consejo Municipal de Cali para el periodo 1.990 - 1.992.", en una demanda y, en la otra, la nulidad de las actas de escrutinio de la Registraduría Auxiliar No. 4 de Cali, la nulidad de las actas de escrutinio elaboradas por la Comisión Escrutadora Municipal de Cali y como consecuencia " la nulidad del acto por medio del cual se declararon electos los concejales del municipio de Cali para el período de 1.990 - 1.992", además de la cancelación de credenciales y práctica de un nuevo escrutinio, surge perfectamente determinado y preciso el petitum, sin dar lugar a confusión alguna que le impida al juzgador pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de las demandas por alguna deficiencia en este sentido.

En cuanto al cargo por no acompañar al libelo demandatorio el Acta General de Escrutinio y no haber demandado la resolución de la Comisión Escrutadora Electoral del Valle del Cauca que rechazó por improcedente el recurso de apelación interpuesto, no configura, a criterio de la Sala, la ineptitud sustantiva de la demanda, como lo pretende impugnante, toda vez que en el mismo libelo, como petición previa a su admisión, requirió el actor que el Tribunal pidiera a la Registraduría "la fotocopia debidamente autenticada del Acta por medio de la cual se declararon electos los Concejales de Cali para el período constitucional comprendido entre 1.990 - 1.992 en vista de que esta no se entregó debidamente autenticada dicha Acta". Satisfizo entonces el deman-

dante la exigencia que sobre el particular trae el artículo 139 del C.C.A., de donde resulta inadmisible calificar como inepta la demanda por este concepto.

De otra parte, también se critica la demanda porque en ella no se individualizaron las mesas en donde se dieron las supuestas irregularidades y porque además peca de vaga e indeterminada. Sobre el particular considera la Sala que si bien es cierto no se especificó, una por una, el número de cada mesa, entre otras razones porque la misma naturaleza de la maniobra fraudulenta no le permitía, si se determinó, en cambio, que el fraude se había realizado en la Registraduría Auxiliar No,. 4 de Cali, concretándolo a la Zona No. 4 de dicha Registraduría, de la cual hacían parte ocho puestos de votación, con un total de 161 mesas, en cuya mayoría y exclusivamente se encontraron las fraudulentas alteraciones que originaron no solo el proceso electoral sino la investigación de carácter penal.,

Abiertamente desestima la Sala la sugerencia del impugnante de que se trata de errores aritméticos susceptibles de enmendar por los procedimientos contemplados en los artículos 122 y 192 del Código Electoral. No sería correcto desde ningún punto de vista, enfocar lo sucedido como un simple error aritmético, cuando el proceso muestra, sin lugar a dudas, la presencia de una engañosa adición de votos que nunca fueron apreciados por los miembros del jurado de votación y, por lo mismo, no fueron relacionados en el respectivo formulario para luego si aparecer en los pliegos de la Comisión Escrutadora Municipal.

Se concluye entonces, que no se dá motivo alguno de orden legal o procedimental para considerar ineptas las demandas, como lo pretenden los recurrentes, con miras a mantener vigente el acto que permitió la elección anómala del concejal Restrepo Rengifo. Por lo demás, ha sido criterio reiterado de la Sala, que en tratándose de la acción de nulidad electoral, por ser susceptible de ejercitarla cualquier ciudadano, no puede someterse al estricto formalismo que prevalece en los demás procesos que se tramitan ante esta jurisdicción. Así se expresó en providencia del 13 de octubre de 1988, con ponencia del doctor Amado Gutierrez Velásquez: "... Además siendo indudable que la observancia de las normas procesales es elemento inseparable 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 petendi se infiere, sin lugar a equívocos, el petitum..."

Sentado lo anterior, se procede entonces a analizar lo relacionado con las pruebas sobre las cuales se establece la irregularidad electoral a que se refiere este proceso. Se trata de los formularios números E-17 y E-24, así como los sobres contentivos de los votos depositados en las mesas 14 y 23 del puesto número 1, de la Zona No. 4 de Cali.

Según el apoderado del edil cuestionado, ni en la demanda se aportaron como pruebas, ni se pidieron como tales, las actas de los jurados de votación.

Además, sostiene que en la solicitud de pruebas se pidieron "copias de las demandas penales presentadas por los registradores auxiliares de Cali por fraude electoral en toda la ciudad de Cali " y no se reclamaron "las actas de los jurados de votación"' a más de que se hizo mención de las demandas por "fraude electoral" a que se refiere el artículo 254 del C.P., y no por alteración de resultados electorales que tipifica el artículo 256 del mismo ordenamiento punitivo. Complementa su inconformidad al sostener que la prueba es defectuosa en su petición e incompleta. La considera una "prueba nueva"' incorporada extemporáneamente y sin brindar la oportunidad para controvertirla. Por último alega que no puede tenerse como prueba trasladada porque el impugnante no era parte en el proceso penal.

Piensa la Sala que para entender mejor el por qué del cuestionamiento que se hace al material probatorio que obra en el expediente, conviene hacer referencia a los distintos momentos en que se solicitaron y se allegaron las documentales aludidas, es decir, los formularios E17 y E 24, sobre los cuales se fundamenta

la sentencia apelada. Así :

En la demanda de Juan José Rojas Ospina (folio 34), se requiere, entre otras pruebas, la siguiente: "solicito al honorable tribunal (sic) se pidan copias de las demandas penales presentadas por los registradores auxiliares (sic) de Cali por fraude electoral en toda la ciudad de Cali". Por auto del 19 de junio de 1.990, se decreta la práctica de algunas pruebas, disponiéndose : "Ofíciese a los Juzgados Penal Municipal, del Circuito de Instrucción Criminal (reparto), solicitando la expedición, de ser ello pertinente, de copias de las demandas penales presentadas por los Registradores Auxiliares de Cali por fraude electoral en toda la ciudad....."(folio 90 cuaderno 2). En desarrollo de este proveído se enviaron los oficios respectivos a las autoridades penales, obteniéndose respuesta del Juez 16 de Instrucción Criminal, quien informa que tramita diligencias preliminares por hechos de fraude electoral denunciado por los Registradores del Estado Civil de esa ciudad. Con dicho oficio anexa la copia de la denuncia (folios 3 a 5 cuaderno 2).

Con posterioridad, el 19 de noviembre de 1.990, el apoderado de Edgardo Hoyos Vélez, pide que se oficie al Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Cali, "...para que allegue al proceso **los anexos** presentados por los registradores de Cali en el denuncio penal en forma especial los formularios E-17 y E-24. Debo manifestarle al Honorable Magistrado que estos anexos relacionados en el denuncio penal forman parte del mismo denuncio", (folio 129 cuaderno 1).

El 21 de noviembre del mismo año, mediante auto visible al folio 130 del cuaderno principal, se corre traslado a las partes para que aleguen de fondo y simultáneamente se accede a la petición anterior para que se remitan los anexos

mencionados. Cabe anotar que este auto fue notificado personalmente al Fiscal del Tribunal el 22 de noviembre y por estado el 23 del mismo mes y no fue cuestionado, ni recurrido en forma alguna por las partes (folios 130-131)

En noviembre 27 de 1990, el juzgado de instrucción envía los anexos de la denuncia. El 30 de noviembre el apoderado de la parte impugnadora presenta un breve memorial en el cual se remite a lo expresado en su anterior alegación, sin hacer alusión a los anexos que ya se habían incorporado al expediente (folio 141). Con fecha 3 de diciembre se dispone correr traslado al Fiscal para que emita el concepto y el primero de febrero se dicta la sentencia objeto del presente recurso.

Conforme a lo expresado, fue acertado el criterio del Tribunal al reconocerle valor probatorio a los formularios E17 y E24, si se toma en consideración que la prueba, como tal, fue oportunamente solicitada en el correspondiente acápite de la demanda. De igual manera, es imposible desconocer por auto notificado a las partes, el a-quo admitió y dispuso la práctica de la prueba en forma regular y en la correspondiente oportunidad procesal (folio 34 cuaderno 2).

Ahora bien, cuáles fueron el objeto y contenido reales de la prueba requerida y decretada?. Cuando el actor manifestó que pedía las "copias de las demandas penales" y así lo dispuso el fallador, tanto en la solicitud, como en la decisión, se entendió que de aquellas hacían parte integral los anexos que le adjuntaban. No pueden tomarse éstos como piezas sueltas de la denuncia, porque el fundamento, la parte básica, el principal sustento de aquélla son precisamente los anexos. Estos se constituyen en un elemento de la denuncia penal, como lo son igualmente en otros tipos de demandas. El significado de la expresión "anexo" , del latín annexus, de annecteres, enlazar, unir, nos indica estar unido, incorporado, agregado a otra cosa con dependencia de ella. En el presente asunto, la denuncia penal no integra ella sola, aislada, un todo por sí misma, porque quienes la formularon, le incorporaron una serie de documentos que por razón de ese enlace, de esa unión, de es incorporación y de su finalidad, vienen a integrar una sola figura denominada genéricamente denuncia penal, pero conformada indisolublemente por los documentos que, como en el caso estudiado, sustentan los hechos sobre los cuales se basa la acusación penal correspondiente.

De otra parte, piensa la Sala que el aporte al proceso de los anexos de la denuncia no fue resultado de alguna maniobra maliciosa u oculta, a espaldas de los intervinientes en el juicio. De ninguna manera. Los actores, como los impugnadores, tuvieron noticia procesal de la petición que hizo una de las partes para que las documentales se trajeran al expediente. La providencia que accedió a la solicitud tuvo que ser conocida por los impugnadores, porque se notificó personalmente al Ministerio Público y por estado a las personas vinculadas directamente al juicio (folios 13-131). Era precisamente el momento procesal más oportuno para reclamar contra ese auto que dispuso el perfeccionamiento de la prueba. Sin embargo, guardaron silencio los actuales recurrentes y solo a

última hora dejan ver su desacuerdo con el proveído mencionado, cuando el mismo ya produjo sus efectos en contra de los intereses judiciales a su cargo.

Obsérvese además, que por esa misma condición dependiente y vinculante de la denuncia y sus anexos, mal puede hablarse de una prueba nueva. La prueba es una sola, desde cuando se pidió y se decretó, hasta la fecha. En efecto, desde que se requirió y se ordenó solicitar las copias de las demandas penales, esa prueba comprendía aquellas con sus anexos. Por ello es dable entender que el auto proferido por el a-quo para que estos se trajeran fue de carácter complementario, no original, solo buscaba perfeccionar o completar la prueba que por parte del funcionario remitente no la había despachado en su totalidad. Observa la Sala que con anterioridad a la petición y decreto de la prueba, ya el actor había hecho directa referencia al sentido de la misma, en escrito visible al folio 98, donde se lee: "De manera solicité , a folio (34) copia de las demandas penales presentadas por los Registradores Regionales de Cali, a los diferentes Juzgados Penales de la ciudad y fué así que mediante oficios 1641-1642 y 1643, el Tribunal solicitó a dichas oficinas el envío de las denuncias formuladas por los registradores, pero desafortunadamente el Juez 16 de Instrucción Criminal de Cali mediante oficio 1026 (folio 3 cuadernos de pruebas) solamente envío la fotocopia de la denuncia formulada, e inexplicablemente no la envió con los respectivos anexos que la acompañan (tal como se mencionó en la denuncia) esto es los formularios E17 y E24 donde aparece claramente el fraude electoral ". Es claro entonces el objetivo que buscaba la parte actora que pidió la prueba si se infiere del anterior memorial cuya aparición en el proceso precedente a la solicitud y decreto cuestionados en casi dos meses, si se tiene en cuenta que éstos tienen fecha 19 y 21 de noviembre respectivamente y aquél fue presentado el 20 de septiembre del mismo año.

Aduce también el apelante que se vió privado de la oportunidad para tachar de falsos los documentos, si ello hubiera sido procedente. La Sala no comparte tal apreciación porque según el artículo 289 del C. de P.C., para tacharlo debe hacerlo la parte contra quien se presenta, en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta; ".... y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del autor que ordene tenerlo como prueba..." Pues bien, si los anexos fueron tenidos como pruebas por auto del 21 de noviembre y éste se notificó el 23 del mismo mes, resulta entonces que los cinco días vencían el 30, fecha para la cual, no obstante haber presentado un escrito remisorio de alegación, ninguna referencia hizo con respecto a la tacha de falsedad.

En cuanto a la hipótesis del recurrente sobre la permanencia de la denuncia y demás documentación desde abril 5 de 1990 en la Policía Judicial, lo cual habría permitido su alteración, borrarlos o enmendarlos, cabe advertir que las documentales llegaron a esa dependencia precisamente porque "antes" de ser anexadas a la denuncia ya se habían captado las irregularidades. Cuestionable resulta este tipo de suposiciones gratuitas contra la integridad de dicho cuerpo

oficial, sólo para encontrar argumentos que respalden la posición procesal asumida.

No encuentra la Sala, por lo demás, como se sugiere en la sustentación del recurso, contradicción alguna entre la evaluación probatoria que hizo el a-quo y lo sostenido por esta misma Sección, en el sentido de que la prueba " "tiene que haber observado las normas que regulan su producción, su conducencia y su eficacia, porque, de no ser así, no pueden ser objeto de persuasión racional....resulta apenas natural que (las partes) gocen de oportunidad para intervenir en su practica, y con el de la lealtad en la prueba, pues no puede existir sin la oportunidad para contradecirla...", según sostuvo con ponencia del doctor Amado Gutierrez Velásquez, en fallo calèndado el 26 de octubre de 1.989. Como se advirtió, no se le puede atribuir al Tribunal el desconocimiento de estos principios básicos de nuestro sistema probatorio, por el contrario, ya se vió que la prueba fue pública, conducente y susceptible de cuestionamientos. Otra cosa es que, en su oportunidad, las partes no lo hubiesen intentado.

Por lo demás, es una regla de procedimiento que cuando el medio probatorio proviene de otro expediente, el juez del proceso que va a recibir la prueba debe ponerlo en conocimiento de las partes. En el presente asunto, tanto el auto que originalmente decretó la prueba, así como aquél que dispuso completarla, fueron debidamente notificados a todos los sujetos procesales interesados. Ahora bien, si la parte contra quien se hará valer esa prueba no se hizo presente en el primer proceso, tiene el derecho de contradecirla en el segundo expediente, como aconteció en el caso que se estudia, en donde las partes conocieron la existencia de las pruebas documentales, procesalmente fueron enteradas del proveído que ordenó su práctica y estuvieron en el expediente de manera pública y ostensible a disposición de los interesados, sin que en su contra se hicieran oportunos cuestionamientos. En otros términos, considera la Sala que con características de prueba trasladada o nó, el a-quo acató o respetó los principios de publicidad, contradicción y lealtad de la prueba, de donde resulta legalmente admisible su apreciación como medio de convicción para la decisión del proceso.

Establecido entonces que los medios probatorios aducidos como anexos de la demanda penal deben apreciarse en la sentencia, se procede a establecer si en verdad, como se dice en las demandas y lo confirma el Tribunal, se presentaron las irregularidades que condujeron a la declaración de elección de concejales de Cali.

Toma en cuenta la Sala, en primer lugar, los cómputos que reposan en las actas de los jurados de votación, sobre los cuales se fundamentan los escrutinios que posteriormente realizan personas distintas de aquellos. El Jurado cumple su función abiertamente, en presencia de los distintos testigos electorales, actúa de mutuo acuerdo entre sus miembros, enmarcan su actuación en una serie de controles y requisitos señalados por la ley, que les impide incluso la disposición arbitraria de las papeletas de votación etc.. Todo este andamiaje que conforma

la primera operación aritmética del proceso electoral, sin lugar a dudas ofrece una aceptable garantía de seriedad, pureza y realidad cuantitativa de votos, que, por regla general, salvo modificación que por razones expresas y de meridiana claridad haga la comisión escrutadora, se constituye en el sosten de otros escrutinios que posteriormente lleguen a efectuarse.

En este orden de ideas, se encuentra que para el mismo día de las elecciones, los jurados en las distintas mesas, de los ocho puestos de votación, asignados a la Registraduría Auxiliar No. 4 de Cali, contabilizaron para el :Concejo Municipal de esa ciudad, a nombre del señor Luis Alfredo Restrepo Rengifo la cantidad de 108 votos. Por contraste, por cierto escandaloso, en las actas de la Comisión escrutadora Municipal, en los formularios E-24, en las mismas mesas de la misma zona electoral No. 4 de Cali en favor del mencionado Restrepo Rengifo aparecen anotados 3.488 votos.

Precisamente para establecer tan irreconciliables guarismos en una misma votación, de cuya confrontación resulta la prosperidad o fracaso de las demandas, fue que se trajeron a los autos los documentos electorales cuyo valor probatorio, como se vió, ha sido cuestionado por la parte impugnadora. Se impone entonces hacer la comparación de unos y otros formularios para establecer la existencia o no de las anomalías denunciadas.

Sobre el particular en el fallo recurrido se elabora un cuadro comparativo donde se relacionan: el número del puesto; el número de la mesa, los votos consignados por el jurado de votación (E17); los votos consignados por la Comisión Escrutadora en el formulario E24 y, por último, la diferencia entre los resultados de ambos formularios. La Sala compara las cifras comparativas que obran en la sentencia recurrida (folios 159 a 167), salvo en algunos guarismos cuya diferencia obedece a errores mecanográficos, antes que matemáticos, pero que en nada altera las cifras definitivas de comparación, sobre cuyos totales no existe divergencia o imprecisión alguna.

Pues bien, a título de ejemplo, la Sala menciona casos como estos: En el puesto No 1, en la mesa No, 1, el Jurado encontró UNO (1) VOTO, mientras que en esa misma mesa, la Comisión Escrutadora le asigna, según el formulario E24, la cantidad de VEINTISIETE (27) VOTOS, es decir, que en una sola mesa, surgen 26 votos de diferencia. En la mesa número 2, la discrepancia es de 24 votos, en la No. 12 es de 27 votos; en las Números 21 y 22, Restrepo Rengifo no obtuvo ningún voto y le aparecen 21 y 31 respectivamente. Similar es la situación en los siete puestos restantes. Bien vale la pena destacar comparativamente cifras totales en cada puesto y entonces se encuentran guarismos tan distantes como el del puesto de votación número 3, en donde se computaron 9 votos para Restrepo Rengifo por parte de los jurados de votación, mientras que, para la Comisión Escrutadora, en el formulario E24 se totalizaron, en ese mismo puesto, 553 votos, es decir, una diferencia de 444 votos; semejante desigualdad se observa en el puesto número 4, en donde de 3 votos iniciales, le contabilizan luego

347; o en el puesto número 2, donde, de 19 votos se pasa a 473 y en todos los demás por ese mismo estilo. Con razón en la sentencia apelada se totalizaron 108 votos en los formularios E-17 frente a 2.929 votos en los formularios E24, es decir, una gran diferencia de 2.821 votos. Lo anterior sin contabilizar las mesas 14 y 23 del puesto número 1, porque los formularios E-17 de dichas mesas curiosamente desaparecieron.

Con el propósito de consolidar mejor la existencia de las disimilitudes advertidas en los formularios E-24, en relación con las mesas 14 y 23 del puesto número 1, al examinar las papeletas de votación que corresponden a aquellas y que se aportaron como pruebas, en la mesa 14 no aparece ningún voto por Restrepo Rengifo, no obstante en el formulario E-24 le figuran 18 votos; y en la mesa 23, se encuentra un voto por Restrepo Rengifo, y, sin embargo, en el formulario E-24, se le computaron 31 votos.

En cuanto a la forma como se produjo la alteración de los resultados electorales en los formularios E-24 no se encuentra precisión alguna en el proceso. Empero, no puede pasar por alto la Sala las manifestaciones del doctor Ulises Delgado P., Juez Segundo Penal Municipal de Cali, quien fuera miembro de la comisión Escrutadora en la Registraduría Auxiliar No. 4 de esa ciudad. Relata el testigo que la Comisión laboró ordinariamente, sin contratiempo especial, antes los testigos electorales, quienes, cuando lo consideraron oportuno, dejaron las constancias respectivas. "Concretamente no puedo certificar que halla (sic) habido fraude porque la diligencia se llevó a cabo, se realizó con toda la buena fé que se requiere en estos casos y se escucharon todas las objeciones y reclamaciones que hacían los testigos electorales, labor que quedó consignada en el acta de escrutinio (folios 2-3 cuaderno de pruebas).

Ciertamente la Sala no encuentra razones para cuestionar la labor cumplida por los señores integrantes de la Comisión Escrutadora, cuyas condiciones personales y profesionales hacen presumir su idoneidad y responsabilidad que les impedirían prestarse a tan reprochables maniobras. Esto, desde luego, sin pasar por alto que hubiesen permitido un manejo irresponsable de los formularios E24 que si bien, no fueron ellos quienes los llenaron, si los suscribieron y sellaron.

En efecto, es el mismo Juez declarante quien afirma que los empleados de la Registraduría "..... a medida que se iban leyendo los datos que arrojaban las listas **ellos los iban consignando en esos cuadros a lápiz** (folio 2 pruebas). Más adelante, al folio 3, manifiesta el mismo testigo: **También quiero precisar que hubo algo que me preció algo irregular y fue el hecho de que los diferentes cuadros que elaboran los empleados de la registraduría a medida que se iban dictando los datos que arrojaban las listas de las mesas de votación, eran consignados a lápiz.** Por el día viernes, **después de que terminó de escrutar la última mesa**, el Registrador Auxiliar 4, dijo

al señor Celso Aguilera y a mí **que esos cuadros había que firmarlos posteriormente porque no estaban terminados... se acordó firmar dichos cuadros por el día martes 20 de marzo...** al día siguiente recibí una llamada del Registrador Auxiliar **en mi casa, pidiéndome que me trasladara a dicha Registraduría con el fin de firmar los cuadros.. a las seis y media llegué al sitio en donde estaban al rededor (sic) de 15 empleados de la Registraduría terminando de elaborar esos cuadros,** una vez hecho esto el suscrito lo firmó con el sello del Juzgado Cuarto Penal Municipal."

Más adelante agrega: Puedo dar fé de lo que quedó consignado en las actas de escrutinio que fue la documentación que elaboró la comisión escrutadora. Como ya dije, **los cuadros que elaboraron los empleados de la Registraduría yo los firmé al día siguiente, de aquel en que se terminó el escrutinio, marzo 17 día sábado, confiando en la buena fé de los empleados de la registraduría.** Como dije, **el día que se terminó el escrutinio no se firmaron esos cuadros,** porque al decir del señor Registrador **no estaban terminados,** dando a entender de que se habían hecho una especie de borradores de los mismos..." (Subrayas fuera del texto).

Por su parte la señorita Doris Eneida Diaz Rivera, supernumeraria de la Registraduría, quién laboró en la Zona 4, advierte que los empleados fueron divididos en parejas para llevar los escrutinios, **un día laborara una persona y al día siguiente la otra,** trabajo que **"como eso lo hicimos en lápiz luego el Registrador nos dió listas para que las pasaramos en lapicero, las que habíamos hecho a lápiz"** (Se subraya).

Resulta de lo anterior la siguiente situación que explicaría el por qué de la disimilitud en las cifras consignadas por Restrepo Rengifo en los formularios E-17 de los jurados de votación y E-24 de la Comisión Escrutadora Municipal, así como el motivo por el cual los miembros de la comisión no pudieron captar las alteraciones de sus cómputos.

Es de presumir, por diversas razones, que la Comisión Escrutadora, obró o cumplió sus funciones con la mayor buena fé, pulcritud y exactitud. La lectura de las cifras, el recuento de votos cuando se hizo necesario, las constancias y en general toda su actuación fue correcta. Además de presumirse, con seguridad los testigos electorales que presenciaron el escrutinio no habrían permitido alteración alguna en el mismo, menos aún en una proporción tan desmesurada. Luego, concluye la Sala, no fue en el momento de los escrutinios cuando se alteraron las cifras de votación para favorecer a Restrepo Rengifo, Obsérvese que ellos, los escrutadores, contaban los votos, los leían "„ y en voz muy alta ellos contaban los votos", dice un testigo (folio 9 cuaderno 2).

Seguramente que si de inmediato se hubiesen perfeccionado los formularios E-24, en presencia de los escrutadores, no hubiese habido oportunidad para alterar las cifras de su escrutinio. Pero ahí precisamente radicó todo el problema.

Los formularios E-24 no se escribieron con bolígrafo, sino con lápiz. Ese solo hecho de escribir con lápiz abría la posibilidad de corregir, enmendar, restar, agregar simplemente con un borrador. De ahí que para el propio juez escrutador tal sistema le pareciera irregular. Pero la anormalidad no se limitó a la utilización del lápiz, sino a la disposición que de los pliegos tuvieron los empleados de la Registraduría, tanto quienes fueron encargados de llenar los datos correspondientes al Concejo Municipal de Cali, como aquellos que, en una u otra forma, tuvieron acceso a las oficinas de la Registraduría Auxiliar No. 4, y no por lapsos breves, sino el suficiente "... para que las pasáramos con lápicero..." dice una empleada de esa dependencia. Si a lo anterior se agrega la idea de firmar los pliegos cuatro días después de finalizar los escrutinios, como se llegó a convenir por sugerencia del propio Registrador Auxiliar, pero que se cambió para que a último momento, de todos modos, suscribirlos casi 24 horas después, tiempo durante el cual los integrantes de la Comisión Escrutadora ningún control ni acceso directo tuvieron sobre esos formularios resultan comprensibles el modo y la oportunidad para la realización de las ilícitas alteraciones. En tales condiciones, se constituía en un imposible físico para los escrutadores recordar las cifras que ellos habían leído y que los testigos habían escuchado y visto, al computar los resultados de 33 listas, en 161 mesas, por lo menos 24 horas después de su lectura. Esa desorganización y ligereza en el manejo, control y anotación de los formularios E-24 permitieron las alteraciones e impidieron que tanto los escrutadores, como los interesados pudiesen captarlas de inmediato.

Ciertamente de lo expuesto resulta incuestionable que las modificaciones fueron efectuadas sobre los formularios E-24 y no en los E-17 de los jurados de votación. Así lo entiende la Sala luego de revisar las actas de escrutinio de estos últimos, las Actas de la Comisión Escrutadora, las actuaciones allí consignadas, las constancias, los reclamos etc..., porque hasta la firma de tales documentos ninguna observación o cuestionamiento se encuentra en relación con el candidato Restrepo Rengifo. Todo surge después y en relación con los formularios E-24, precisa y exclusivamente en la zona electoral a cargo de la Registraduría Auxiliar No. 4 de Cali.

Por lo demás, frente a las observaciones que el apelante hace en relación con las actas de los jurados, reitera la Sala el criterio expresado en fallo del 13 de octubre de 1988, con ponencia del doctor Jorge Penen Deltieure cuando al pronunciarse sobre un asunto similar al presente, se dijo:

"Las medidas, tan prolijamente consignadas en el Estatuto Electoral, indican que la intención del Legislador no fue otra distinta a la del proteger, desde el momento mismo del cierre de la votación, la operación de los escrutinios desde su iniciación con el recuento de votos a cargo del jurado de votación hasta llegar al Consejo Nacional Electoral y a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, inclusive, según el caso, pasando por los escrutinios municipales y departamentales".

"Por consiguiente, tiene razón el a-quo cuando afirma en la sentencia recurrida, que son los cómputos consignados en los documentos de los escrutinios hechos por los jurados de votación los que constituyen la base única para los escrutinios posteriores. Por ello, las cifras consignadas en esos primeros registros deben tenerse por ciertas, mientras no sufran alteración posterior recuento físico de votos justificado y debidamente explicado por la comisión auxiliar . Y, ciertamente, no se entendería como los escrutinios posteriores a los realizados por los jurados de votación inmediatamente finalizada la jornada electoral, serían posibles sin tener en cuenta ese cómputo o recuento inicial."

"Por manera que es evidente que el número de votos consignado en los formularios E-23, diligenciados durante los escrutinios a cargo de las comisiones distritales y municipales conformadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, necesariamente deben coincidir con los contabilizados en los formularios E-16, levantados como resultado de los escrutinios iniciales a cargo de dichos jurados de votación"

"Y es precisamente lo contrario lo que ocurre en el caso decidido en la sentencia examinada, pues los formularios E-23 que obran en el expediente en fotocopias debidamente legalizadas por las autoridades electorales correspondientes, le aparecen computados al señor Rafael Correa Lara, algo más de 700 votos incluídos en los formularios E-6 que obran también como pruebas en el proceso."

En el mismo orden de ideas, para la Sala resultan plenamente válidos los datos electorales anotados en las Actas de Escrutinio elaboradas por el Jurado obre los formularios E-17. Por consiguiente, de su comparación con los formularios E-24 de la Comisión Escrutadora Municipal, surge con absoluta certeza la existencia de una información falseada y consignada en estos últimos para indebidamente favorecer al candidato Restrepo Rengifo, lo cual permite concluir que los registros electorales fueron cambiados y, consecuencialmente afectada la computación definitiva de las elecciones para Concejales de la ciudad de Cali, lo cual conlleva la violación clara de las normas citadas en la demanda, en cuanto es ostensible la falsedad en los pliegos que la Comisión Escrutadora tuvo en cuenta para la elección de los miembros del Concejo Municipal de aquella ciudad, conforme a los numerales 2 y 4 del artículo 17 de la ley 62 de 1988 (artículo 223 del C.C.A).

Finalmente, las razones expuestas atrás, tal vez en forma muy extensa, para llegar a la conclusión de que está ajustada a derecho la sentencia apelada, el Consejo de Estado las resume así:

A) El problema jurídico de fondo, debatido en este proceso electoral es de orden estrictamente probatorio, en cuanto que depende fundamentalmente, de precisar si el fallador de primera instancia, desacertó o incurrió en error en la

apreciación de los siguientes aspectos de la controversia: el relacionado con la influencia que pudo tener la prueba documental en donde consta la existencia de un proceso penal que investiga el mismo fraude que dió origen a la formación de este proceso, como para atender favorablemente la petición de los impugnadores, de suspender este juicio, mientras se decide la investigación penal.

Para resolver negativamente este incidente y entrar al estudio del fondo de este asunto, consistente en la pretensión anulatoria de los actos demandados, la Sala encuentra que, en este caso, la decisión que se adopte en el procedimiento penal con la cual debe terminar dicho juicio, no tiene porque influir en este proceso Contencioso Administrativo, sencillamente porque entre los dos procesos no hay identidad de objeto, ni de causa jurídica, ni de personas, de donde se deduce, para negar la petición de suspender el proceso Contencioso Administrativo, que en el estado actual de la investigación penal, cuando apenas se ha iniciado la etapa sumarial, no puede invocarse válidamente la influencia de esa investigación, sobre el proceso contencioso administrativo.

B) En cuanto al punto de fondo estudiado por la Sala, sobre si debe dársele pleno poder de convicción a los documentos públicos de contenido electoral, presentados ante el Juez Penal como anexos, de la denuncia y recuperados para este proceso por el Tribunal a-quo, al pedirlos con el carácter de prueba, se tiene lo siguiente:

Resulta acertado que el Tribunal le haya dado a esta prueba pleno poder de convicción, al valorarla de acuerdo con la sana crítica probatoria, por las razones que en seguida se expresan:

La denuncia penal es un informe dado la Juez competente de hechos supuestamente punibles, el cual se considera en estos casos, como un deber jurídico del funcionario denunciante, cuya omisión le acarrearía sanciones penales y disciplinarias, segun las normas que rigen sobre estas materias.

En cuanto al contenido de este informe, tal como se disponía en el anterior Código de Procedimiento Penal, era necesario que el funcionario público que tuviera conocimiento, en razón de sus funciones, de un hecho que pudiera construir infracción penal, hiciera en su relato escrito' "una relación sucinta del suceso con todos los pormenores que interesan a la justicia; DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS RECOGIDOS y, cuando fuere posible, indicando las generalidades del presunto sindicado..."

Parecidas exigencias se hacen en los artículos 2o. y 4o. del Código de Procedimiento Penal Italiano, en cuanto que allí se ordena que, el denunciante, al dar la noticia criminis, debe hacerlo con todas las circunstancias que interesan al proceso penal, indicando como es obvio, la relación de 'TODOS LOS ELEMENTOS DE PRUEBA RECOGIDOS.....".

En tanto, que el Nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 50 de 1.987) en su artículo 21, al ocuparse de los requisitos de la denuncia, indica que "contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante".

No era necesario que esta norma ordenara el envío de documentos públicos, de cuyo análisis se desprenda la posible comisión de un delito, para entender que esta sigue siendo una obligación del denunciante que tenga a su alcance y pueda disponer de esos elementos de comprobación, pues, la denuncia, legalmente no puede considerarse como tal, si carece de un mínimo de comprobación, es decir, que en este relato hecho bajo juramento, deben consignarse todos los pormenores que conozca el denunciante y, con mayor razón la relación y entrega de las pruebas documentales que en su apoyo pueda presentar éste.

Ahora bien, en las actuaciones objeto de examen (se trata de dos procesos acumulados) existe la constancia procesal de que el demandante Juan José Rojas Ospina, en su oportunidad pidió con el carácter de prueba que se traigan al proceso las "copias de las demandas penales presentadas por los Registradores Auxiliares de Cali por fraude electoral en toda la ciudad de Cali." (proceso No. 16.628, pág. 34).

Y, la anterior, petición fue resuelta favorablemente por el Tribunal a-quo, al dictar el auto de pruebas el 19 de junio del año pasado, cuando ordenó tener como prueba estas denuncias, para lo cual dispuso lo siguiente:

"2.- Oficiese a los Juzgados Penales Municipales del Circuito de Instrucción Criminal (reparto) solicitando la expedición de ser ello pertinente, de copias de las demandas penales presentadas por los Registradores Auxiliares de Cali por fraude electoral en toda la ciudad (folio 90).

Para la Sala, la anterior decisión del Tribunal, de acceder a tener como prueba la copia de la denuncia penal, obedeció a que tenía conocimiento, dados los antecedentes del proceso, de que los señores Registradores, como hombres prudentes, diligentes y técnicos en el manejo de los documentos electorales, cuando cumplieron con el deber jurídico de presentar la denuncia penal procedieron a sabiendas de que el delito se había cometido, habiendo llegado a esta conclusión, del análisis de los documentos que se conocieron en ejercicio de su competencia funcional y que estaban en el deber de ponerlos a disposición del Juez Penal competente.

De no haberlo entendido así, el Tribunal hubiera negado esta prueba, por no ceñirse al asunto materia del proceso, en cuanto que, el simple relato hecho en la denuncia, sin comprender, en este caso, las pruebas anexas, sería un simple escrito inadmisible como prueba en el proceso electoral, por versar sobre hechos manifiestamente superfluos.

Piensa la Sala que, cuando el Tribunal, a solicitud de la parte interesada

pidió al Juez Penal el envió de los anexos que inexplicablemente separó de la denuncia, " en especial los formularios E-17 y E-24" (del auto visible al folio 30) está indicando que estos eran los documentos que admitió como prueba en el auto respectivo y no el simple relato de los hechos denunciados, considerados como violatorios de la ley penal.

Es cierto que en el proceso Contencioso Administrativo, como acontece en los demás procesos, existen principios rectores relacionados con la postulación, la ordenación y la práctica de pruebas, que son garantía de que en las decisiones de los jueces se respete el derecho de defensa, en cuanto que solo se consideren los elementos de juicio pedidos y decretados oportunamente, y que, además, sean conducentes a la demostración de los hechos en los cuales se funda el derecho reclamado.

Pero, la forma como se ejerce el derecho de defensa es compleja en cuanto depende de múltiples factores y circunstancias que no ocurren en todos los procesos.

En esta actuación, por ejemplo, se negó insistentemente por el Tribunal en los dos procesos acumulados, la práctica de una diligencia de inspección judicial, sin suficiente razón para ello pues, entre los fines que perseguía esta diligencia, estaba como se dijo en una de las demandas, el de "cotejar el número de votos obtenidos por el señor Luis Alfredo Restrepo Rengifo en la Registraduría Auxiliar No. 4 con las actas elaboradas y establecer su diferencia...." (folio 17).

Este sólo propósito de la diligencia, ampliado en el momento de practicarla por el Magistrado Sustanciador, conforme a las facultades del artículo 246 del C. de P.C. hacía no sólo pertinente su práctica, sino que constituía una diligencia de importancia inmensa en sus previsibles resultados.

No se hizo esto así y el Tribunal al dictar la sentencia apelada, situó el centro de gravedad de esta providencia, en la confrontación y análisis de los dos documentos enviados por el Juez Penal, por haber sido presentados como anexos de la denuncia, admitida como prueba en este juicio.

Esta prueba como ya se vió se considera plenamente legal en cuanto a su postulación, ordenación y prácticas y, por ello, debe resolverse en favor de la confirmación de la providencia apelada, teniendo en cuenta los siguientes principios básicos:

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del C. de P.C.', aplicable al caso en materia de pruebas,, por remisión especial del artículo 168 del C.C.A., deben aclararse mediante la aplicación de los preceptos generales de derecho procesal, entre los cuales está el principio de la comunidad de la prueba, cuando existen procesos acumulados como sucede en el caso en examen, de donde

la prueba pedida y ordenada en uno de estos juicios vale para todos los demás y, lo que es más importante en el principio del interés público de la función de la prueba, el cual se ha definido por un importante procesalista, el doctor Hernando Devis Echandía, así:

"Siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del Juez para que pueda fallar conforme a la justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en éste, en la acción y en la jurisdicción, a pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción". (Compendio del Derecho Procesal, Tomo II, Prueba Judicial, 8a. Edición, pág 18).

No aparece convincente, en opinión de la Sala, los argumentos del apelante, encaminados a restarle el valor probatorio que dió a los documentos públicos electorales, que al ser cotejados y analizados por el Tribunal, vinieron a constituir el sustento jurídico de la sentencia apelada.

Tampoco, por las explicaciones que se han hecho, a este proceder del Tribunal vino a afectar el derecho de defensa, por la forma como se admitió esta prueba, impidiendo, según los argumentos del apelante, la tacha de falsedad de dichos documentos.

En efecto, es verdad procesal que los impugnadores tuvieron amplias oportunidades, como ya se vió, de ejercer su defensa, lo mismo que de formular la tacha de falsedad de los cuestionados documentos. Solo que, aquí se trata de documentos públicos de contenido electoral, a los cuales, como es bien sabido, les asiste una presunción de verdad que no puede ser destruida sino demostrando la falsedad material o intelectual de los mismos, es decir, probando que se ha alterado el texto de los documentos después de su expedición, o demostrando el hecho de que, siendo materialmente verdadero el documento, sinembargo, se ha hecho constar en él sucesos que no ocurrieron en realidad.

Los anteriores supuestos de falsedad documental no fueron propuestos ni mucho menos probados por los impugnadores, habiendo tenido oportunidad procesal para hacerlo, como quedó señalado anteriormente.

Todo lo anterior indica que fue acertado el razonamiento hecho en la sentencia apelada, teniendo en cuenta que el proceso contencioso administrativo, tiene también un incuestionable interés público, según el cual, el Juez Administrativo debe fallar conforme a la justicia, que en este caso, está del lado de las pretensiones anulatorias, pues de la simple confrontación de los documentos presentados al Juez Penal como anexos de la denuncia, por los señores registradores, surge la apocrifidad del resultado electoral, por la adición numérica de los factores numéricos que nunca existieron en la realidad.

Quedan así expresados los argumentos con los cuales la Sala refuerza y

concreta las consideraciones que se habían hecho, sobre el mérito de la apelación.

Como la Sala encuentra ajustada a derecho la decisión tomada por el a-quo en la sentencia recurrida, le impartirá en esta providencia su aprobación confirmándola.

En mérito de lo expuesto el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 1o. de febrero de 1991, por medio de la cual se declaró la nulidad del acta de declaratoria de elección de los miembros del Concejo Municipal de Cali, para el período 1990-1992.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesiones de 31 y 4 de mayo y junio, respectivamente.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL / ESCRUTINIO NUEVO / NULIDAD PROCESAL

Si por virtud de declaratoria de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende. El ciudadano declarado elegido tiene la condición de parte demandada y en tal calidad podía presentarse en cualquier estado del proceso, toda vez que la ley no regimenta oportunidad alguna que demarque la actuación de las partes procesales como lo hace con los intervinientes. Las nulidades también pueden proponerse después de proferida la sentencia siempre que con el proveído mencionado no concluya el proceso porque ella da lugar a una actuación posterior y que la causal de nulidad que en ese evento se alegue se hubiere estructurado en la propia sentencia.

TESTIMONIO - Valor probatorio

El juez debe informar previamente al testigo, en relación con los hechos objeto de su declaración, permitiendo con ello que el deponente haga un relato espontáneo de los mismos; esta exigencia evidentemente es un imperativo para el juez, pues su omisión constituye para dicho funcionario causal de mala conducta; pero en manera alguna invalida la prueba o niega eficacia probatoria al testimonio así recibido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor José Joaquín Camacho Pardo*

Referencia: Expediente No. 0498. Apelación Sentencia. Actor: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 29 de agosto de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño.

ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

El ciudadano Alier Eduardo Hernández Enriquez, presentó demanda contra la Nación - Registraduría Nacional del Estado Civil - y contra el señor Orlando Javier Paz Dávila, en cuanto fue declarado alcalde municipal de "El Contadero" - Nariño - con el objeto de que se declarara la nulidad del acto administrativo por medio del cual la Comisión Escrutadora Municipal, al mismo tiempo que declaró la elección de alcalde del municipio mencionado, para el período 1990-1992 ordenó la expedición de la respectiva credencial.

Igualmente solicitó la declaratoria de nulidad de la resolución No. 001 de 13 de marzo de 1990, expedida por la Comisión Escrutadora Municipal de la localidad referida, por medio de la cual se resolvió recontar los votos sufragados en la cabecera municipal y en la zona rural en el renglón de la alcaldía; nulos los escrutinios practicados por la misma Comisión y, los votos depositados para alcalde el 11 de marzo de 1990; además, la práctica de nuevos escrutinios en la circunscripción electoral del "El Contadero" sobre los votos depositados para alcalde de esa localidad, el 11 de marzo de 1990, haciendo el cómputo con fundamento en las actas de escrutinio de los jurados de mesas de votación, excluyendo los votos depositados en las mesas números 1 y 2 de la inspección de policía Ospina Pérez y declarando elegido como alcalde municipal de "El Contadero", para el período 1990-1992 al ciudadano que obtenga la mayoría de votos según los nuevos escrutinios, expidiéndole la credencial correspondiente.

Como petición subsidiaria de las declaraciones tercera, cuarta, quinta y sexta de la demanda el actor solicitó - si se dan los supuestos legales de los artículos 13 de la ley 78 de 1986 y 8º de la ley 49 de 1987 la convocatoria de nuevas elecciones.

El demandante invocó el artículo 223-12-4 del C. C. A. el último numeral en concordancia con los artículos 9º de la ley 49 de 1987 y 191 del Decreto 2241 de 1986 y el artículo 192-4-6 del Código Electoral, para apoyar cuatro cargos que se sintetizan así:

PRIMERO.- "Cumplidos los escrutinios del jurado de mesa de votación y registrados sus resultados en el formulario E-17, "el presidente de la mesa No. 2 del Corregimiento, "Aldea de María", pariente en quinto grado de

consanguinidad del candidato elegido, tomó un voto, lo rompió y arrojó al suelo, esa destrucción influyó en los escrutinios practicados por la Comisión Escrutadora, pues los candidatos Javier Orlando Paz Dávila y Julio Framarino Chamorro Ceballos, obtuvieron cada uno 1201 votos, es decir, se produjo un empate, y así se informó a los delegados departamentales -inc 2º, art. 155 C. E.- por lo cual la ausencia de ese voto marcó la diferencia con que venció y fue declarado electo el señor Paz Dávila.

A juicio del actor, la Comisión Escrutadora Municipal debió realizar el escrutinio de la mesa No. 2 de "Aldea de María" con base en el acto de escrutinio de los jurados de mesa de votación (inc 2º, art. 11 Ley 62 de 1988) y no practicar recuento de votos pues, en esa mesa no se observó irregularidad alguna, pero, además, la solicitud de un solo candidato de recontar la totalidad de votos depositados en la cabecera municipal y en la zona rural no era atendible por mandato del artículo 164 del C. E., pues, la única solicitud admisible es la que determina la mesa o mesas sobre las cuales se pide el recuento, explicando las razones que lo justifiquen, que no son otras que las irregularidades cometidas por los jurados de mesa, por lo cual, la resolución No. 001 del 13 de marzo de 1990, que autorizó el recuento es ilegal.

SEGUNDO.- Se quebrantó el sistema de mayorías, por cuanto al realizar el conteo, la comisión escrutadora de "El Contadero" acude al reconteo de votos, cuya cantidad había sido previamente disminuida en una proporción definitiva, desatendiendo en cambio las actas de escrutinio elaboradas por los jurados de la mesa de votación mencionada, dejando en esta forma de computar votos válidos, con la consiguiente desfiguración de la voluntad popular expresada en las urnas.

TERCERO.- En las dos mesas de votación situadas en la inspección de Ospina Pérez hubo confusión total, pues los documentos electorales correspondientes a la mesa uno, aparecieron en el paquete reservado para la mesa No. 2 y viceversa, procediendo entonces la comisión a corregir lo que no era corregible, pues, el artículo 223-1 del C. C. A., erige este hecho en causal de nulidad.

CUARTO.- En las mesas situadas en la misma inspección referida en el punto precedente, votaron ciudadanos con cédulas no aptas para hacerlo, dado que no aparecían en el censo electoral, lo cual dedujo de la falta de correspondencia entre el registro de votantes E-15 y la lista de sufragantes E-14 y dá como ejemplos, en la mesa No. 1, con el número de orden 155, sufragó Guerrero Morales José Bernardino, cuya cédula No. 1.824.231, no estaba en la lista de sufragantes; en la mesa No. 2, Arteaga Huertas Nuvia Stella, No. de orden 4 c.c. No. 27.160.066 y Ortega Benavides Carmen Elisa, No. de orden 50 c.c. No. 30.728.754, configurándose con ello la causal del nulidad referida en el artículo 223 del C. C. A.

Con fundamento en el artículo 235 del C. C. A., el abogado Parmenio Cuéllar Bastidas, formuló oposición, contestó la demanda y propuso las excepciones de indebida acumulación de pretensiones que configura inepta demanda, pues, a su juicio, el actor debió limitarse a pedir la declaración de nulidad de la elección del señor Orlando Javier Paz Dávila y no la de las resoluciones proferidas por los escrutadores municipales de "El Contadero"; ni siquiera la nulidad de los escrutinios parciales y menos aún la de los generales; la ineptitud de la demanda por haberse dirigido contra la nación dejando de citarse al demandado; y la de que los hechos alegados no configuran ninguna de las causales de nulidad establecidas en la ley y carecen de sustento probatorio, por no ser ciertas.

2.- LA SENTENCIA APELADA

En relación con las excepciones propuestas, el Tribunal a-quo descartó la de indebida acumulación de pretensiones, pues en su parecer, la intención de la ley, fue la de que, tanto el acto definitivo como los preparatorios sean objeto de discusión ante esta jurisdicción, por medio de la acción electoral, para evitar interpretaciones en el sentido de que se consideren estos válidos pese al decreto de nulidad del acto final.

La providencia recurrida observa que la finalidad del proceso electoral no solo busca la declaratoria de nulidad sino también obtener rectificaciones, modificaciones o revocatoria de los múltiples actos de las corporaciones electorales, pues, las causales de nulidad invocables, no solo tienen como base el artículo 227 sino, además, las mencionadas en el artículo 65 de la ley 98 de 1985.

En cuanto tienen que ver con la petición subsidiaria, dijo el Tribunal que ella se hizo para respaldar la ocurrencia de una de las posibilidades consagradas en las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, referidas a faltas absolutas o temporales de los alcaldes y a la forma de llenarlas.

Tampoco encontró que se estructurara la excepción de ineptitud del libelo por no haberse demandado a la nación, dado que si el código no señala exigencias específicas para la demanda electoral, ha de recurrirse al artículo 137 del C. C. A. que señala los requisitos generales que deben llenar todas ellas, pues son exigencias que nunca pugnaran con la especial naturaleza del proceso electoral. Las demás excepciones las analizó al estudiar el fondo de la cuestión planteada, como se resume a continuación:

Las pruebas que obran en el proceso, en especial la testimonial, demuestran que apareció un voto para alcalde de Pasto sin que este hubiera influído en el conteo final de los que para alcalde de "El Contadero", se escrutaban, pues, desde el primer momento, ese sufragio fue excluído, lo cual indica en sentir del Tribunal que los candidatos Julio Chamorro Ceballos y Paz Dávila, obtuvieron

93 y 87 votos respectivamente.

De los testimonios recibidos el a-quo encuentra, demostrado, que el presidente de la mesa No. 2 de "Aldea de María", lanzó al suelo un voto distinto al depositado para alcalde de Pasto, el que nadie afirma se hubiere recogido y contabilizado después, mientras que el voto para alcalde de Pasto, fue dejado sobre la mesa y según otros testigos, introducido en sus cajones; entonces, concluye, que, si el voto depositado para alcalde de la capital mencionada no es el mismo que se destruyó, hay que entender que este último fue depositado en favor del candidato que perdió la elección afirmación que encuentra respaldo en lo consignado en el acta de escrutinio de los jurados de la mesa No. 2, pues allí aparecen 92 votos para Chamorro y 87 de Paz Dávila.

Al producirse el recuento de votos, por parte de la comisión escrutadora, los resultados variaron, ya que la rebaja de un voto se reflejó en el total de 1200 para el candidato Chamorro y 1201 para Paz Dávila.

El Tribunal califica de irregular la resolución demandada, toda vez que, para que sea viable el recuento de votos, la ley electoral vigente exige que a la Comisión se eleve una solicitud razonada en la que se manifiesten los motivos de la petición y se señalen los errores cometidos artículo 164 C. E. máxime en este evento en el que no se estaba frente a los casos de excepción contemplados en dicha norma, ni en los previstos en el artículo 163 de la Ley 62 de 1988, por lo cual el cómputo debió hacerse de acuerdo con las actas de los jurados.

Por todo lo cual, el a-quo dedujo que los actos acusados debían anularse ya que los escrutinios practicados por la comisión escrutadora tenían vicios de fondo, pues la destrucción del voto efectuada por el presidente de una mesa de votación influyó en el resultado definitivo; reduciendo a 92 los 93 votos depositados por el candidato Chamorro y, luego, en el conteo final a 1200, cantidad inferior a la del candidato elegido.

Agrega la providencia que el artículo 233 del C. C. A. también menciona la destrucción de papeletas de votación como causal de nulidad, sin descartar la afirmación de que un hecho que sirvió de base para la formación de los escrutinios, es falso.

La prueba de que en el corregimiento de Ospina Pérez se mezclaron las papeletas de votación, surge, según el Tribunal, de los testimonios, especialmente del jurado de votación Guillermo López Lucero, quien depone en el sentido de que todos se informaron del voto para alcalde de Pasto y de que el conteo definitivo, arrojó 93 y 87 votos para los candidatos Chamorro y Paz Dávila respectivamente", dando a entender que el voto para el alcalde de Pasto, fue separado desde el primer momento (folio 105).

Las razones brevemente resumidas llevaron al Tribunal a decretar la

nulidad del acto administrativo por medio del cual, la comisión escrutadora municipal de "El Contadero" declaró la elección de alcalde de esa localidad, ordenó expedir la correspondiente credencial al señor Orlando Javier Paz Dávila, cuya cancelación también fue dispuesta en el mismo proveído.

De igual manera la providencia apelada declaró nula la resolución No. 001 del 13 de marzo de 1990, expedida por la comisión escrutadora referida, por medio de la cual se resolvió recontar los votos sufragados en la cabecera municipal y en la zona rural - en el renglón de la alcaldía - y de los escrutinios realizados por la misma comisión, en cuanto a los votos depositados para alcalde municipal, el 11 de marzo de 1990. Como consecuencia de tales declaraciones ordenó la práctica de un nuevo escrutinio en la circunscripción electoral de "El Contadero", sobre los votos depositados para alcalde en las elecciones del 11 de marzo de 1990, teniendo en cuenta las actas de escrutinio de los jurados, excluyendo los votos depositados en las mesas números 1 y 2 de la inspección de Ospina Pérez del mismo municipio y conforme al nuevo escrutinio, se declararía electo alcalde a quien obtenga la mayoría de votos y asimismo se le expedirá la credencial respectiva.

En representación del señor Orlando Javier Paz Dávila, el abogado Héctor Lucero Alvear, solicitó la nulidad de todo lo actuado, en razón de que en el subjudice, no se dió cumplimiento al inciso final del artículo 233-3 del C. C. A., pues se omitió ordenar la notificación de los ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende, que en este caso, era el alcalde declarado electo, señor Orlando Javier Paz Dávila.

El Tribunal rechazó de plano la nulidad referida por considerar que está fue planteada fuera de la oportunidad señalada en el C. de P. C., sinèmbargo y agrega : . . . que prescindió de la notificación a que alude el artículo 60-4 del Decreto 2304 de 1989 y a la que se refiere el incidentalista porque considera que esta situación especial es aplicable única y exclusivamente cuando se trata de elección de miembros de corporaciones públicas, pues allí solo se puede hablar de todos los ciudadanos elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, con mayor razón, si, como en el presente caso el señor Paz Dávila fue informado de la existencia del proceso que dice haber ignorado.

Contra la decisión referida el incidentalista interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron rechazados de plano al encontrar el Tribunal que el primero de ellos solo procede contra los autos de trámite que dicte el ponente y contra los interlocutorios expedidos por las salas, siempre que no sean susceptibles, como en este caso, del de apelación, y porque el recurso de reposición no puede interponerse como subsidiario del de apelación.

Recurre una vez más el incidentalista, esta vez, contra el proveído que negó de plano el recurso de apelación, solicitando además la expedición de copias,

para efectos de tramitar uno de queja, argumentando, que tratándose de apelaciones en el procedimiento contencioso administrativo existen dos situaciones: la apelación de los autos relacionados en los cuatro numerales del artículo 181 del C. C. A., a los cuales se les aplica el inciso penúltimo del mismo precepto, según el cual, el recurso contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio del de reposición; y la apelación de los autos no contemplados en la norma referida, a los cuales debe aplicarse el C. C. A. El a-quo no repuso la providencia, por medio de la cual a su vez negó la apelación de una providencia anterior, pero en su lugar ordenó la expedición de copias y concedió el recurso de apelación interpuesto oportunamente contra la sentencia que definió el proceso.

Llegadas las diligencias a esta instancia, en proveído que obra a folios 47 a 53 cuaderno 2 esta Sala resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, en cuanto rechazó de plano la nulidad planteada, recordando que la enumeración del artículo 181 del C. C. A. no es taxativa sino enunciativa, ya que los artículos 165 y 267 ibídem remiten al C. de P. C. para llenar posibles vacíos.

Al resolver sobre la nulidad planteada, esta Sala recordó que el proceso electoral se rige por normas especiales contenidas en el capítulo IV del título XXVI del C. C. A., a las cuales debe ceñirse la actuación, siendo posible la remisión del C. de P. C. únicamente para llenar vacíos y en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso. El artículo 242 in fine, de la misma preceptiva, dispone que, vencido el término para alegar no se admitirá más incidente que el de recusación, si el magistrado hubiere comenzado a conocer después de aquél y el de nulidad por falta de competencia.

Como la nulidad se propuso invocando indebida notificación al demandado y mucho tiempo después de haber vencido el término para alegar, el auto que rechazó la solicitud fue confirmado.

Por auto visible al folio 201 del expediente la Sala Unitaria resolvió dar tránsito al recurso de apelación, dándole aplicación a lo previsto en el artículo 251 del C. C. A.

En este estado, el apoderado del demandado plantea nuevo incidente de nulidad fundamentado en el artículo 140-2-5 del C. de P. C., por la manera "ilegal" como el Tribunal Administrativo de Nariño concedió el recurso de apelación de la sentencia y remitió el proceso a esta Corporación, estando pendiente la decisión de un recurso de queja, el cual fue admitido en el efecto suspensivo, quedando en consecuencia, afectada de nulidad la actuación adelantada en relación con la apelación de la sentencia, pues, previamente debía tramitarse el recurso de apelación concedido en virtud de la prosperidad del de queja, por lo que, se estaban adelantando dos procesos sobre el mismo asunto.

Respecto de esta nulidad, el Consejero conductor del proceso, en Sala

Unitaria la encontró configurada, resolviendo en consecuencia declarar la invalidez de todo lo actuado, a partir del auto que inició el trámite del recurso de apelación contra la sentencia.

3.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

3.1. DE LA PARTE OPOSITORA

3.1.1.- En sentir de la parte opositora, las declaraciones de testigos recibidas el 28 de junio de 1990 (folios 101 y siguientes cuaderno No. 1) carecen de valor probatorio por violar el artículo 228-2 del C. de P. C., en cuanto el magistrado ponente, no informó sucintamente a los testigos sobre los hechos objeto de la declaración, ni los interrogó para precisar el conocimiento que de ellos pudieran tener.

3.1.2.- Los testigos no dicen lo que se afirma en la sentencia, pues aún los testimonios inválidos son claros en el sentido de que el voto que para uno fue destruído y para otros excluído, correspondía al depositado para alcalde de Pasto. Nadie distinto al ponente sostiene que uno fue el voto para alcalde de Pasto y otro el presuntamente destruído y va más allá el Tribunal, cuando sostiene que el voto se depositó por el candidato perdedor.

3.1.3.- Para efectos de excluir de un nuevo escrutinio los votos de las mesas de Ospina Pérez donde ganó el señor Orlando Javier Paz Dávila, el Tribunal aunque se refiere a la prueba que obra al folio 11 del expediente, sin embargo, se abstiene de analizarla.

A folios 216 a 219 del cuaderno No. 1, obra memorial de la parte opositora, solicitando que al momento de proferir sentencia sean tenidas en cuenta: la nulidad solicitada por el demandado a la cual se referirá seguidamente este proveído, como también, el análisis que él hace del valor probatorio de los testimonios y los errores fundamentales en la apreciación de la prueba.

Aún cuando los apoderados que ha constituído el alcalde elegido, después de proferida la sentencia apelada, no han mánifestado expresamente las razones por las que disienten de las conclusiones de la misma, vale la pena observar que en dos ocasiones diferentes han planteado incidente de nulidad, fundamentado en el inciso segundo del artículo 233-3 del C. C. A., en cuanto dicha norma dispone que si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos, caso en el cual, la notificación se hará mediante edicto que durará fijado por diez días en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral, de no comprobarse la publicación dentro de los 30 días siguientes a la notificación al Ministerio Público se declarará terminado el proceso y se ordenará su archivo.

Como en este caso no se dió cumplimiento al artículo 233 citado, el proceso se adelantó a espalda del señor Orlando Javier Paz Dávila, violándose el derecho de defensa por haber incurrido en la causal de nulidad prevista en los artículos 165 del C. C. A. en armonía con el 140-8-9 del C. de P. C. Resalta que si el inciso final del artículo 233 del C. C. A. habla de todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto de nulidad que se pretende no es porque deba haber pluralidad de demandados con la elección sino que pueden ser uno o varios y si en este caso la elección es por mayoría para un solo cargo, el declarado electo no puede ser sino uno.

Considera oportuno el momento en el que se hizo parte el alcalde elegido, pues, por virtud del artículo 146 del C. C. A., hasta los terceros pueden coadyuvar o impugnar la demanda, sin que se señale preclusión alguna.

Tanto en la providencia del 8 de febrero (folios 62 a 66 cuaderno 2) como en la del 25 de febrero (folios 221-22, cuaderno 1) y en la del 8 de marzo del corriente año (folios 227 y 228 cuaderno 1), se dijo que los argumentos de la nulidad planteada serían estudiados por virtud del recurso de apelación concedido contra la sentencia, con base en el criterio que ha tenido esta Sala, según el cual, en los procesos electorales no cabe la aplicación del principio de la "reformatio in pejus" que limita la revisión del proveído apelado a los motivos expresados por el recurrente.

4.- EL CONCEPTO FISCAL

Comparte la colaboradora fiscal el estudio que el a-quo hizo en relación con las excepciones propuestas por la parte opositora, pero considera necesario hacer un pronunciamiento sobre ellas en la parte resolutiva.

Para el Ministerio Público, en síntesis, no existe prueba que demuestre que un voto contabilizado fue destruído y en relación con la aplicabilidad del artículo 233-4 del C. C. A. considera que solo lo es en los casos en los que debe establecerse el cuociente electoral y no cuando, como en el caso en examen, se trata de escoger una sola persona. Finalmente, manifiesta la señora fiscal que, en la Inspección de Ospina Pérez no hubo mezcla de papeletas ni violación o destrucción de documentos, lo que en realidad se presentó fue el cambio de pliegos, pero las papeletas se depositaron en el sobre correcto.

Por último, el concepto fiscal concluye solicitando que se revoque la sentencia apelada, para que en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

No observándose causal alguna que amerite anular la actuación, la Sala procede a resolver, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1.- EL VALOR PROBATORIO DE LOS TESTIMONIOS

El Decreto 2282 de 1989, modificó el artículo 228-2 del C. de P. C.,

introduciéndole una variación, según la cual, el juez debe informar previamente al testigo, en relación con los hechos objeto de su declaración, permitiendo con ello que el deponente haga un relato espontáneo de los mismos: esta exigencia, evidentemente es un imperativo para el juez, pues, su omisión constituye para dicho funcionario causal de mala conducta; pero en manera alguna invalida la prueba o niega eficacia probatoria al testimonio así recibido.

El valor probatorio de la prueba testifical no depende únicamente de la sujeción al requisito de forma referido, toda vez, que como este, existen otros, que igualmente se destacan y cuya falta sí incidiría de manera definitiva en la valoración de la declaración, tal es el caso del juramento, que, como formalidad, tiene la virtualidad de afectar la prueba en mención, pero aún así, en la apreciación del testimonio, también han de tenerse en cuenta requisitos de fondo entre los cuales están las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió y en las que el testigo tuvo conocimiento del hecho materia de la diligencia.

El argumento expuesto desvirtúa la apreciación del apelante al valorar los testimonios que obran en el expediente, tan solo por la formalidad introducida por el decreto 2282 de 1989 en el desarrollo de esta prueba.

2.- LO QUE DICEN LOS TESTIMONIOS Y LO QUE AFIRMA LA SENTENCIA.

El fallo apelado encuentra las declaraciones de los testigos Guillermo López Lucero, Clemencia Chamorro, Albeiro Mejía, Ligia Erazo y Leonel Alberto Chávez López, en el sentido de que en el proceso de escrutinio realizado sobre los votos depositados en la mesa No. 2 que funcionó en la "Aldea de María", municipio de "El Contadero" ". . . . .apareció un voto para Alcalde de Pasto,. . . . " y que dicho sufragio ". . . . no influyó en el conteo final de los que se estaban escrutando, ... ya que desde el primer momento fue excluído,. . . . ." de lo cual infiere que además del voto referido el total de los obtenidos por los candidatos Chamorro Ceballos y Paz Dávila fue de 93 y 87 respectivamente.

Contra lo que afirma la providencia, en relación con el voto depositado para la alcaldía de Pasto y encontrando en la realización de los escrutinios para el municipio de "El Contadero", el testigo Albeiro Mejía Chamorro no aseguró que apareciera un voto para el alcalde de Pasto (folio 102); como tampoco lo hizo la jurado Debora Chamorro quien tenía a su cargo la contabilización de votos para concejales, pues ella manifestó que fue el presidente de mesa la persona que se refirió a la existencia de dicho sufragio, dejando en claro, que ni ella ni los demás jurados leyeron la papeleta correspondiente (folios 103-104). A su turno los jurados Zoila Ligia Erazo y José Guillermo Lucero López, este último encargado de recibir los votos para alcalde de "El Contadero", dan cuenta de la existencia del sufragio tantas veces referido (folios 107 y 105 respectivamente), pero aún

cuando algunos de los deponentes manifiesten - que el presidente de la mesa arrojó un voto al suelo, ninguno - como dice la sentencia - aseguró que fuera diferente al sufragio - depositado para alcalde de Pasto y por consiguiente tampoco podía inferirse que perteneciera al candidato que "definitivamente perdió la elección, es decir, el señor Chamorro" como concluyó la sentencia.

Para apoyar la conclusión referida, la sentencia tomó los datos registrados en el acta de escrutinio de los jurados de la mesa No. 2 a la que se ha venido refiriendo este proveído, en donde aparecen 93 votos para el candidato Chamorro y 87 para Paz Dávila (folio 17) sin tomar en cuenta las demás pruebas documentales, que tal como lo observó la colaboradora fiscal contienen desacuerdos en el registro del acta parcial de escrutinis (folio 13) en donde figuran siete votos nulos y en el telegrama que obra al folio 24 se informa que son 6 de donde concluye que se contabilizó un voto nulo como válido. Lo anterior evidentemente pudo ocurrir, sino fuera porque el formulario E-28 registra 7 votos, pero, entre nulos y depositados por no inscritos, mientras que el telegrama referido da cuenta tan solo de los votos nulos - 6 -.

Lo brevemente expuesto es suficiente para concluir que las pruebas testimonial y documental que obran en el proceso, carecen del poder demostrativo necesario que permitan establecer, que el señor Vicente Dávila, presidente del jurado de votación que actuó en la mesa No. 2, del corregimiento "Aldea de María" - municipio de "El Contadero" una vez cumplido el escrutinio, destruyó un sufragio depositado en favor del candidato Julio Chamorro.

3.- EL RECUENTO DE VOTOS

Con base en lo dispuesto en el artículo 164 del C. E., el candidato que a la postre resultara perdedor, solicitó "un recuento exhaustivo de cada una de las mesas tanto de la cabecera municipal como las de la zona rural, ..." (folio 86) y con base en la misma disposición electoral y por encontrar procedente la petición formulada por el señor Julio Framarino Chamorro Ceballos, la comisión escrutadora resolvió realizar el conteo de los votos sufragados en la cabecera municipal y en la zona rural.

El recuento de votos es oficioso, cuando las comisiones escrutadoras advierten tachaduras, enmendaduras o borrones en las actas de todos los jurados de votación (art. 163 C. E.) y, a petición de los candidatos, de sus representantes o testigos es obligatorio cuando aparezca una diferencia del 10% o más entre los votos por las listas de candidatos para las distintas corporaciones públicas que pertenezcan al mismo partido, agrupación o sector político y cuando en las actas de los jurados aparezcan tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación o **haya duda a juicio de la comisión, sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación"** (Se subraya).

Aún cuando la solicitud de recuento de votos no es muy precisa, sí plantea dudas en relación con el resultado general del debate electoral, el que, evidentemente y más que en ningún otro caso, debía éste ser reflejo fiel de la voluntad popular, dado que el margen de diferencia lo constituía un solo voto y que gracias a la petición de recuento del candidato perdedor señaló al que obtuvo la mayoría absoluta, esta única razón era suficiente para que la comisión escrutadora recontara los sufragios en busca de precisar la voluntad electoral.

4.- LAS MESAS DE VOTACION DE OSPINA PEREZ

Comparados el registro de votantes - formularios E-15, folios 32 a 35 cuaderno No. 1) la lista de sufragantes - formulario E-14, folio 37 cuaderno 1 - correspondientes a la inspección de policía de Ospina Pérez - municipio de "El Contadero", ciertamente se observa que en este último no figura el número de cédula 1.824.231 con la cual sufragó en el número de orden 155, en la mesa No. 01, Guerrero Morales José Isaac Bernardino, para lo cual fue autorizado por el registrador municipal, según dá cuenta el formulario E-16 que obra al folio 52. En cuanto a la mesa No. 2 de la misma inspección, igualmente se echa de menos en el formulario E-14, los números de cédulas 27.160.066 y 30.728.754 con las que en dicha mesa sufragaron Arteaga Huertas Nuvia Stella y Ortega Benavides Carmen Elisa, en los números de orden 4 y 50 respectivamente (folios 27 y 27 vto. cuaderno No. 1) mesa en la que se desempeñaron como jurados, según dan cuenta la resolución que obra al folio 90 del cuaderno No. 1 y la copia del acta de instalación respectiva (folios 78 y 79), con lo cual se demuestra que las cédulas referidas si eran aptas para votar, dado que los jurados pueden sufragar en la mesa en la que se desempeñen como tales, artículo 101 C. E.

Tal parece que los documentos electorales de las mesas 1 y 2 del corregimiento de Ospina Pérez no solo fueron introducidos equivocadamente en los sobres invertidos, sino que, tal como se observa a folios 73 y siguientes cuaderno No. 1, los jurados de votación designados para la mesa No. 1 diligenciaron el formato correspondiente a la mesa No. 2 y viceversa, los que fueron designados para la mesa No. 2, hicieron lo propio con el formulario correspondiente a la mesa No. 1, tales equivocaciones no tienen la virtualidad de afectar de nulidad las actas respectivas, toda vez que no se dan los presupuestos que para ese efecto exige el artículo 223-1 del C. C. A., es decir, mezclar las papeletas de votación con otras u otros documentos, pues en el sub-judice no lo fueron.

5.- LA NULIDAD PLANTEADA

Los apoderados del alcalde cuya elección se impugna en este proceso, la hacen consistir en el hecho de que el auto admisorio de la demanda omitió disponer la notificación de la misma mediante edicto cuya publicación también debía realizarse por una vez en dos periódicos inciso final artículo 233-4 del C. C. A. por lo cual se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el artículo 140-8 del C. de P. C.

A juicio del incidentalista la nulidad fue alegada oportunamente, pues el término para hacerlo de que habla el artículo 242 del C. C. A., aún no se presentaba, por cuanto mediante providencia del 25 de febrero del corriente año se ordenó declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó fijar en lista y correr traslado a las partes para que formularan por escrito sus alegatos (en segunda instancia, ver folio 221 y 222 cuaderno No. 1).

En varias oportunidades esta Sala ha reiterado el criterio jurisprudencial, según el cual, si por virtud de la declaratoria de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende por lo que en este caso, que no es igual al que es objeto de examen, debe hacerse la notificación prevista en el artículo 223-4 inciso final.

La acción electoral es pública en cuanto puede ser ejercitada por cualesquiera persona. En ella no cabe interés particular del elegido cuya elección se impugna sino de la sociedad que busca precisar la legalidad del acto electoral contentivo de la manifestación de su propia voluntad; sinembargo, por virtud del inciso 2º, artículo 233-4 del C. C. A. el ciudadano declarado elegido tiene la condición de parte demandada y en tal calidad podía presentarse en cualquier estado del proceso, toda vez que la ley no regimenta oportunidad alguna que demarque la actuación de las partes procesales como sí lo hace con los intervinientes, pues las leyes procesales tanto electoral como civil señalan un límite temporal, fuera del cual no pueden utilizarse ciertas facultades procesales, es así como el artículo 242 del primero de los preceptos citados, dispone que **"Vencido el término para alegar no se admitirá incidente alguno distinto al de recusación**, si el magistrado hubiere comenzado a conocer después de aquel y de **nulidad, por falta de competencia,** sobre el cual, una vez decidido, no cabra recurso". (Se subraya). Por su parte el artículo 142 del C. de P. C. dispone en relación con la misma materia: ". . .Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a esta si ocurrieron en ella".

La norma antes transcrita, indica claramente que; las nulidades también pueden proponerse después de proferida la sentencia con las siguientes condiciones: que con el proveído mencionado no concluya el proceso porque ella da lugar a una actuación posterior y que la causal de nulidad que en ese evento se alegue se hubiere estructurado en la propia sentencia.

La Sala encuentra acertado el análisis que el a-quo hace en la providencia impugnada a las excepciones propuestas por la parte opositora, sinembargo, acogiendo la observación de la colaboradora fiscal y para que exista concordancia entre las diferentes partes de la sentencia, se referirá a esos medios exceptivos en la parte resolutiva de este fallo.

En consecuencia con lo expuesto, esta instancia concluye que como los

cargos señalados en la demanda no fueron demostrados en el proceso, los actos impugnados mantienen su presunción de legalidad, y como la nulidad planteada lo fue extemporáneamente, habrá de revocarse la decisión apelada, para en su lugar denegar las peticiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte opositora.

SEGUNDO: Deniégase la nulidad propuesta por la parte opositora.

TERCERO: Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 29 de agosto de 1990.

CUARTO: Deniéganse las peticiones de la demanda.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO / EXCEPCIONES / PRESCRIPCION / DECAIMIENTO DEL ACTO

Aun cuando el Distrito Especial de Bogotá proveyó lo necesario para la iniciación oportuna del cobro por jurisdicción coactiva, sólo nueve años después, cuando el acto administrativo que sirvió de título carecía de fuerza ejecutoria, la administración realizó las gestiones necesarias para notificar y en efecto notificó a los ejecutados. Prospera entonces la excepción de prescripción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1191).

Consejero Ponente: *Doctora Clara González de Barliza*

Proyecto: Martha Leonor Pérez Torres - Abogado Asistente

Referencia: Expediente No. 0038 Actor: D. E. de Bogotá C/ Silverio Correa Niño y otros. Excepciones.

Conoce la Sala del incidente de excepciones propuesto por el curador ad-litem de varios de los demandados.

ANTECEDENTES

1.- Con base en el auto de fenecimiento No. 005 con alcance del 15 de abril de 1981, el Juzgado Séptimo Distrital de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago ejecutivo el 28 de julio del mismo año, por la suma de TREINTA Y TRES MILLONES UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS MCTE. ($33.001.898.oo) más, las costas del proceso, si las hubiere, en contra de los señores JOSE SILVERIO CORREA NIÑO, ALVARO ENRIQUE MENDEZ

RODRIGUEZ, HUGO MORA BERNAL, OSCAR RUIZ RODRIGUEZ, JOSE LIBARDO BLANCO VILLALOBOS, VICTOR MANUEL JIMENEZ DE LA TORRE, JESUS MARIA MORENO RODRIGUEZ, OMAR GUANTIVA CRUZ, CARLOS FERNANDO CERON MARTINEZ, GUILLERMO HERNAN CLOPATOFSKY y EDUARDO SALAZAR BOTERO.

2. Del mandamiento de pago referido se notificaron personalmente Omar Guantiva Cruz, Hugo Armando Mora Bernal y jesús María Moreno Rodríguez, los días 26, 27 de agosto y 3 de Septiembre de 1981 respectivamente (fls. 23. 25 y 28 cdo. V-041), en relación con los demás ejecutados y de conformidad con lo establecido en el artículo 564 del C. P. C., el Juzgado Séptimo Distrital de Ejecuciones Fiscales, dispuso su citación por medio de aviso judicial.

3. Con fundamento en la acción que consagraba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, el ejecutado Jesús María Moreno, solicitó la declaratoria de nulidad de los autos de fenecimiento con alcance No. 005 y 0048, confirmatorio del anterior, del 15 y 27 de Mayo de 1981 respectivamente, en cuanto a la parte contentiva de la decisión de condenar a cancelar en favor de la Tesorería Distrital al señor Moreno Rodríguez, petición a la cual accedió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por sentencia fechada el 17 de Noviembre de 1988 (f. 212).

4. Ocho años después, mediante auto de 21 de Septiembre de 1981, el Juzgado mencionado nuevamente libra citaciones en forma personal a todos los ejecutados.

5. El doctor Ricardo Cuervo Peñuela, actuando en representación del ejecutado Alvaro Enrique Méndez Rodríguez, propuso las excepciones de prescripción de la acción ejecutiva y de nulidad del mandamiento por exceder la suma de dinero señalada en el título base de la acción en relación con Alvaro Méndez. La Sección Cuarta de esta Corporación, declaró probada la excepción de prescripción, considerando que el acto administrativo que sirvió para el mandamiento de pago perdió su fuerza ejecutoria por cuanto transcurrieron más de los cinco (5) años que para tal efecto prescribe el artículo 66-3 del Decreto 01 de 1984, dado que el mandamiento de pago se profirió el 28 de julio de 1981 y se notificó al apoderado el 19 de Octubre de 1989.

6. El 28 de Febrero de 1989, el curador ad-litem Juan de Dios Girón Palomino se notificó personalmente del mandamiento de pago proferido por el Juzgado Séptimo de Ejecuciones Fiscales el 28 de Julio de 1991, contra José Silverio Correa Niño, Oscar Ruzz Rodríguez, José Libardo Blanco Villalobos, Víctor Manuel Jiménez De La Torre, Carlos Fernando Cerón Martínez, Guillermo Hernán Clopatosky Rincón y Eduardo Salazar.

7. En representación de los ejecutados referidos en el numeral precedente, el curador ad-litem propuso la excepción de prescripción de la obligación

perseguida, por haber transcurrido más del término legal entre las fechas de expedición y notificación del mandamiento de pago, 28 de Julio de 1981 y 28 de Febrero de 1991 respectivamente.

CONSIDERACIONES

1. La excepción de prescripción es procedente, pues ella está prevista dentro de las que taxativamente señala el artículo 509 del C. P. C., cuando se ejecuta, como en este caso con base en una providencia que conlleva ejecución.

2. El artículo 564 del C. P. C., establece que ". . . para la notificación personal del mandamiento ejecutivo al deudor o a su representante o apoderado, se le citará por medio de comunicación enviada por conducto de empleado del despacho o por correo certificado a la última dirección registrada en la Oficina de Impuestos o declarada en el respectivo proceso de sucesión y a falta de ella, mediante aviso publicado en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado por el juez.

"Si el citado no se presenta al despacho del funcionario ejecutor a recibir la notificación personal dentro del término de quince días a partir de la publicación del aviso de la fecha de la certificación postal, o de la entrega del oficio, se le nombrará curador ad-litem, con quien se seguirá el proceso hasta cuando aquél se presente".

3. En el sub-judice, el Juzgado del conocimiento envió comunicaciones a todos los demandados (fls. 22 a 34 cdo. V-041) y dispuso la publicación del aviso judicial de citación y emplazamiento de aquellos ejecutados que no comparecieron al juzgado a notificarse del mandamiento de pago, la cual se llevó a cabo el 3 de Octubre de 1981 (fl. 40 cdo. V-041), pero sólo hasta el 19 de Febrero del año en curso, cuando el término señalado en el artículo 546 referido, se encontraba holgadamente vencido, el despacho ejecutor designó curador ad-litem para que actuara dentro del proceso en representación de José Silverio Correa Niño, Oscar Ruzz Rodríguez, José Libardo Blanco Villalobos, Víctor Manuel Jiménez De La Torre, Carlos Fernando Cerón Martínez, Guillermo Hernán Clopatofsky Rincón y Eduardo Salazar Botero (fl. 301 cdo. ppal.), habiéndose notificado del mandamiento de pago el 28 de Febrero siguiente (fl. 304 cdo. ppal.), es decir, nueve años y siete meses después.

4. El artículo 66 contiene varias excepciones al principio de la obligatoriedad de los actos administrativos mientras no hayan sido suspendidos o anulados por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, la pérdida de su ejecutoriedad por el paso del tiempo, cuando transcurridos cinco años desde la fecha en la que quedaron en firme, la administración no hubiera realizado los actos que le correspondía para ejecutarlos.

5. Aún cuando el Distrito Especial de Bogotá proveyó lo necesario para la

iniciación oportuna del cobro por jurisdicción coactiva, sólo nueve años después, cuando el acto administrativo que sirvió de título carecía de fuerza ejecutoria, por virtud del citado artículo 66-3 la administración realizó las gestiones necesarias para notificar y en efecto notificó a los ejecutados, a través de curador ad-litem de la existencia del referido proceso; por esta razón, el representante judicial de los demandados excepcionó el cumplimiento del acto mencionado.

Dada la lentitud en el trámite adelantado por el Juzgado Séptimo de Ejecuciones Fiscales en la iniciación y adelantamiento del proceso compulsivo, la excepción propuesta está llamada a prosperar.

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

FALLA:

1. Declárase probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva contra JOSE SILVERIO CORREA, JOSE LIBARDO BLANCO VILLALOBOS, OSCAR RUZZ RODRIGUEZ, VICTOR MANUEL JIMENEZ DE LA TORRE, CARLOS FERNANDO CERON MARTINEZ, GUILLERMO HERNAN CLOPATOFSKY y EDUARDO SALAZAR BOTERO, por las acreencias de que dá cuenta el mandamiento de pago librado en su contra el 28 de Julio de 1981, por el Juzgado Séptimo Distrital de Ejecuciones Fiscales.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase a la Oficina de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA - Improcedencia /**PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD / DICTAMEN PERICIAL / PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD / PRINCIPIO DE PRECLUSION**

No hay lugar a la práctica de pruebas en segunda instancia, pues el término para su practica precluyó en la primera instancia y de otra parte, no puede prevalecer, frente a la especialidad del juicio electoral, la disposición que regula el trámite ordinario administrativo. A juicio de la Sala, por las características del procedimiento electoral se imponía un comportamiento más ágil y de mayor exigencia en quien requería la prueba que estaba en mora de integrarse al proceso. Además, en la hipótesis de admitirse el dictamen pericial como prueba aportada luego de la sentencia del Tribunal, se impondría reabrir un período probatorio con las dificultades e incongruencias que tal reapertura conllevaría; ello significaría retrotraer el procedimiento, revivir etapas procesales culminadas en perjuicio del principio de eventualidad.

ALCALDE - Inhabilidades /**EMPLEADO OFICIAL**

Se afirmó que el alcalde electo había desempeñado función pública dentro de los tres meses anteriores a su elección, en el cargo de Secretario de Gobierno municipal; sin embargo se allegó la prueba mediante la cual se acepta la renuncia de los cargos municipales desempeñados, dentro del término legal, es decir, con más de seis meses de anterioridad a la fecha de su elección. Los integrantes de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas si bien pueden ejercer funciones públicas, ese solo hecho no les otorga la calidad de funcionarios públicos, menos si su designación como Presidente de la Junta no tiene carácter real sino honorífica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor José Joaquín Camacho Pardo*

Referencia: Expediente No. 0524. Apelación Sentencia. Actores: Omar Edgar Borja Soto y otros.

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fechada el 14 de febrero de 1991, en virtud de la cual no se decretó la nulidad de la elección del alcalde del municipio de Soacha para el período 1990-1992.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca los ciudadanos Omar Edgar Borja Soto, Luis Oscar Rodríguez Ortiz y José Ernesto Martínez Tarquino, en ejercicio de la acción contenciosa electoral consagrada en el artículo 227 del C. C. A., demandaron la nulidad del acto por el cual se declaró electo Alcalde del municipio de Soacha al señor Fabio Arango Rodríguez, según consta en la respectiva acta suscrita por la Comisión Escrutadora el 24 de marzo de 1990 (folio 1).

DISPOSICIONES VIOLADAS

Como disposiciones violadas relacionaron las siguientes: artículo 223, numeral 2, del C. C. A., artículo 5º, literal e), de la Ley 78 de 1986, concordante con el artículo 1º, parágrafo 2 de la Ley 49 de 1987; artículo 65 de la Ley 62 de 1988; artículo 29, inciso segundo de la Ley 78 de 1986 y artículos 1º y 78 del Código Electoral.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

El concepto de la violación lo expresaron respecto de dos cargos fundamentales: el primero, consistente en que los elementos para la formación del censo electoral fueron falsos o apócrifos, y el segundo, que el alcalde elegido se encontraba legalmente inhabilitado.

Como respaldo del primero mencionan los demandantes que en las zonas 01 y 02 de Soacha, la inscripción de cédulas se realizó de una manera fraudulenta, según informe de la Procuraduría General de la Nación que pudo establecer "....la existencia de múltiples irregularidades.....al detectarse suplantación de huellas e ilegibilidad de otras.....". Dada la premura, porque se estaba a muy pocos días de las elecciones, no fue posible corregir tales anomalías, lo cual

permitió que muchos de esos "inscritos" sufragaran el día de los comicios, con lo cual se configuró la causal 2a. del artículo 223 del C. C. A., pues la inscripción ilegal de cédulas trasladada luego a las Actas de Escrutinio, por razón de su fraudulenta procedencia originan su nulidad. Además les parece evidente la violación del artículo 78 del Código Electoral por la ausencia del ciudadano en la inscripción y por la suplantación de su huella dactilar. Sostienen que el censo electoral se forma con las cédulas aptas para ejercer el voto resultando anulables las actas de escrutinio de la Comisión Municipal cuando los elementos utilizados para la formación del registro resultan falsos o apócrifos, como sería el caso de las inscripciones irregularmente realizadas.

El cargo segundo sobre la inhabilidad del entonces candidato lo respaldan legalmente con los artículos 29 de la Ley 78 de 1986, inciso segundo; 5º literal e) de la Ley 78 de 1986 y 1º, parágrafo 2º, de la Ley 49 de 1987 y la violación de estas disposiciones la sustentan porque según ellos, Arango Rodríguez mantuvo ejercicio efectivo de funciones públicas creando en la opinión, la certeza de ser un funcionario que se mantenía válidamente en la administración cuando ya no se encontraba en ella. Tal situación favoreció sus intereses electorales en perjuicio de los demás aspirantes.

2. De otra parte, por conducto de apoderado, el Alcalde de Soacha se hizo presente en el juicio para contradecir las pretensiones de los demandantes. Con ese objeto negó la mayoría de los hechos del libelo y propuso como excepción de fondo la "Innominada o Genérica", basado en que no tienen los actores razones para instaurar la acción y que los hechos no son ciertos ni constituyen causales de anulación.

3. Por auto del 28 de junio de 1990 (folios 42 a 44), el a-quo dispuso la práctica de la mayoría de las pruebas solicitadas, habiéndose negado algunas de ellas. Conviene resaltar sí, que de las requeridas por los demandantes se dispuso su práctica oportuna mediante los oficios correspondientes, con destino a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Registraduría Municipal de Soacha, a la Alcaldía y a la Junta Municipal de Deportes del mismo municipio. Tales oficios, numerados del 90-275 al 90-290, aparecen en copias a los folios 65 a 79, de donde puede entenderse que el Tribunal en momento alguno limitó el derecho de probar mediante los medios conducentes y pertinentes a los que los interesados acudieron.

Con fecha 12 de septiembre de 1990 y "por cuanto se observa que el término probatorio se encuentra vencido. . . . .", se dispuso correr traslado para que las partes formularan sus alegatos (folio 115). Contra este auto recurrió la parte demandante y además de su revocatoria solicitó la ampliación de aquel término, alegando que las pruebas a que se refieren los oficios mencionados no se habían practicado (folios 119-120). No obstante por auto de 27 de septiembre (folio 144) el Tribunal no revocó el auto recurrido. Fundamentó su negativa en que el

proceso electoral es especial, así como las disposiciones del artículo 61 del Decreto 2304 de 1989. Además resaltó el carácter perentorio e improrrogable de los términos, consagrado en el artículo 118 del C. de P. C., para concluir en la improcedencia de su ampliación. La decisión fue legalmente notificada a las partes (folio 145).

4. En escrito visible a folios 123 a 141 se encuentra el alegato presentado por uno de los demandantes quien insiste en los cargos formulados, con razones y cifras huérfanas de respaldo probatorio legal. Por su parte, la Fiscalía Segunda del Tribunal en su concepto (folios 151 a 162) solicita un fallo contrario a las peticiones de la demanda. En el siguiente párrafo se condensa el criterio del Ministerio Público"

"De lo anterior se infiere que los cargos hechos al acto administrativo impugnado no están llamados a prosperar, las posibles conductas irregulares atribuídas al Alcalde de Soacha, doctor ARANGO RODRIGUEZ en su calidad de primera autoridad municipal de la localidad y los cuestionamientos dirigidos al proceso electoral verificado el 11 de marzo de 1990, relacionados con las inscripciones de cédulas fraudulentas y el registro de huellas apócrifas o falsas, no hallan comprobación en el sub-judice".

5. Con fecha 14 de febrero de 1991, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la sentencia que se lee a folios 177 a 196 denegando las pretensiones de la demanda. En síntesis, se sostuvo que no había lugar a apreciar la excepción propuesta. Sobre nulidad de las actas de escrutinio y de toda corporación electoral, a que se refiere la causal 2a. del artículo 223 del C. C. A., admite que puede darse cuando existe la inscripción irregular de cédulas, debidamente comprobada haciéndose necesaria la demostración de que las personas irregularmente inscritas también votaron.

Precisamente extraña el a-quo la ausencia en el juicio de las pruebas que sustenten los cargos formulados en la demanda, pues a pesar de haberse solicitado mediante los oficios relacionados, al momento de fallar carecía de los elementos probatorios fundamentales para hacerlo. Luego de analizar los distintos medios documentales que obran en el expediente concluye que no consiguió comprobar los cargos levantados en el libelo demandatorio.

Así con relación al documento expedido por la División de Cedulación de la Registraduría (folios 33-33A) en donde se alude a cotejos técnicos dactiloscópicos sobre los formularios E-3 inscritos en Soacha, cuestiona que en el mismo no se identifican las mesas, ni las cédulas irregularmente inscritas, pues solo genéricamente establece el número de la zona y del puesto de votación. En cuanto a los cuadros comparativos que el demandante diseñó en su alegato, el Tribunal no les reconoce mérito probatorio porque se basan en informaciones sin respaldo en el expediente, en un caso y, en los otros, porque tiene como sustento precisamente el cotejo que se acaba de mencionar.

De igual manera, el testimonio del señor Omar Enrique Suárez Botero, funcionario de la Procuraduría y grafólogo, no lo encuentra suficiente para acreditar el cargo de nulidad contenido en la demanda, porque, a juicio del Tribunal, le falta la precisión que permita concretar los cargos contra determinadas personas, y en determinados sitios de votación.

Con respecto a los formularios E-15 (Registro de Votantes) y E-14 (Lista de Sufragantes) considera que estos, por sí solos, no permiten la confrontación para establecer los nombres y cédulas de quienes fueron irregularmente inscritos y votaron en los comicios aludidos. Por último rechaza cualquier valor probatorio al memorial que respaldado por numerosas firmas se presentó ante el Tribunal para impugnar la elección del Alcalde Arango Rodríguez. La falta de autenticidad en las firmas y la naturaleza del contenido documental impiden su apreciación como prueba.

Por último, en cuanto al cargo por inhabilidad del candidato Arango Rodríguez por haber ejercido función pública dentro de los tres meses anteriores a su elección, encontró el Tribunal que no se había demostrado. Por el contrario, reconoce como probadas su renuncia y aceptación a partir del 1 de septiembre de 1989. Sobre su vinculación a la Junta Municipal de Deporte, se anotó que primordialmente ella fue producto de una distinción honorífica, mas no resultado de una delegación oficial por parte del Alcalde.

6. Conclusión lógica y consecuente del análisis que hace el a-quo a través de la providencia, era la de negar las peticiones de los demandantes, como en efecto lo hizo. Contra esa determinación la parte actora recurrió el alzada argumentando que las pruebas fueron solicitadas desde la demanda, que las mismas fueron decretadas y oportunamente se libraron los oficios para su práctica, que el fallo en su contra obedeció a la falta de aquéllas, de cuya ausencia procesal no es responsable, porque fue la entidad a la que se ofició y que estaba obligada a remitirlas, la que por negligencia no cumplió. Critica también al Tribunal porque dejó de aplicar el artículo 234 del C. C. A., e invoca para su caso el artículo 214 del mismo ordenamiento, cuestionando además porque oficiosamente no se requirió a la Registraduría para la remisión de las pruebas correspondientes.

En otro memorial que obra a folios 216 a 236, el demandante Luis Oscar Rodríguez Martínez, consigna ampliamente las razones que permiten, a su criterio, revocar el fallo de primera instancia y acceder a sus peticiones iniciales de nulidad. El recurrente insiste en la violación del artículo 78 del Código Electoral por cuanto no hubo real comparencia de los ciudadanos a inscribir sus respectivas cédulas. Respalda su cargo en la Resolución No. 4832 del 19 de noviembre de 1990 expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en virtud de la cual "Se anula la inscripción de cédulas de ciudadanía del Departamento de Cundinamarca". Dicho acto confrontado con los formularios E-15 o

Registro de votantes acredita que sufragaron irregularmente las personas allí relacionadas, originando la nulidad por falsedad.

Acogiéndose al artículo 214 del C. C. A., anexa fotocopias de los formularios E-15 (Registro Votantes) y concluye su alegación afirmando que "Determinadas como están las mesas de inscripción vulneradas, el alto porcentaje de inscripciones fraudulentas, ya por suplantación de huella, ya por inscripción irregular y apócrifa denominada de imposible cotejo por la Registraduría Nacional, al igual que las mesas de votación donde se sufragó fraudulentamente, se deja expuesto el presente".

7. La Señora Fiscal Séptimo del Consejo de Estado emitió su concepto de rigor en escrito visible a los folios 240 a 248 y solicita la confirmación del fallo apelado. Considera que según el ordenamiento electoral y al tenor de las disposiciones que consagran las nulidades, éstas, por ser taxativas, no admiten aplicación extensiva por analogía, lo cual impide aplicar lo previsto en la causal segunda del artículo 17 de la Ley 62 de 1988 a los elementos sobre los cuales se levanta el censo electoral, porque estos no están previstos en la disposición aludida.

De otra parte, argumenta que en el caso bajo estudio no hay lugar a realizar un análisis de confrontación desde el punto de vista jurídico, porque los hechos en los cuales se basa el cargo no aparecen demostrados. Encuentra que la documentación correspondiente a la inscripción en el censo electoral, los resultados del análisis de los elementos del mismo, "no han sido incorporados c como pruebas recogidas oportunamente, no han surtido el trámite de publicidad y contradicción ni en la primera ni en la segunda instancia, por lo cual no pueden tenerse como prueba de los hechos alegados".

Al hacer referencia al testimonio de Omar Enrique Suárez Botero sostiene que no ofrece suficiente información para demostrar los hechos alegados por los demandantes y sobre la Resolución No. 4832 del 19 de noviembre de 1990, la cuestiona, entre otros motivos porque no fue solicitada, ni decretada, como prueba. Por lo demás, comparte lo decidido por el a-quo respecto de la no violación del régimen de inhabilidades, anotando que el recurrente no aludió a este punto, para concluir solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

No observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a dictar la sentencia de segunda instancia, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Sea lo primero advertir que razón tuvo el a-quo al no pronunciarse sobre si la excepción "Innominada o Genérica" había sido o no demostrada. En realidad la mal calificada excepción no pasaba de ser una negación del derecho de los accionantes, constituyendo un medio defensivo ajeno a lo que jurídicamente se

entiende como excepción. Esta conlleva en sí misma una actuación defensiva que no se restringe a negar los hechos, a rechazar la acción, sino que implica la formulación de un hecho extintivo o impeditivo que impide a la relación jurídica producir efectos legales. La defensa existe, dice Devis Echandía, cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor, o los hechos constitutivos en que éste se apoya, o su exigibilidad o eficacia en este proceso. En cambio, según el mismo autor, la excepción existe "cuando el demandado alega hechos impeditivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor, o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios. . . . .".

Similar manifestación puede hacer la Sala en relación con la actividad cumplida por el a-quo en cuanto al decreto y práctica de las pruebas se refiere. En efecto, ambas partes, sin distinción alguna, tuvieron oportunidad para solicitar las comprobaciones que mejor convenían a la defensa de sus propios intereses. Desde que sus solicitudes se ajustaron a derecho, el fallador las despachó sin reparo alguno y cuando se hizo necesario hacerlo, desde luego, brindando la oportunidad para ejercer el derecho de contradicción, como en efecto fue utilizado.

Ahora bien, la materia de pruebas en los procesos electorales, recibe un tratamiento especial, como especial es el procedimiento en esta clase de juicios. Tratándose de un proceso caracterizado por su celeridad, los términos establecidos son de estricto cumplimiento a más de que, por norma general (artículo 118 del C. de P. C.) son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario. Fue por ello que el a-quo no accedió a ampliar el término probatorio para practicar las pruebas que aún no obran en el expediente.

Surge entonces la cuestión de si en la segunda instancia es procedente darle cabida a la prueba arrimada con posterioridad al fallo recurrido tomando en consideración que la misma se solicitó y decretó como prueba válida en la correspondiente oportunidad procesal.

Advierte la Sala que en el caso bajo examen no hay lugar a la aplicación del artículo 214 del C. C. A., invocado por el apelante como sustento legal de su petición para que las pruebas llegadas a última hora al expediente sean tenidas como tales y apreciadas para resolver sobre el recurso interpuesto. De una parte, como ya se expresó, el término para la práctica de aquellas en este proceso precluyó en la primera instancia y, de otra, no puede prevalecer, frente a la especialidad del juicio electoral, la disposición que regula el trámite ordinario administrativo, conforme al criterio de interpretación consagrado en el artículo 10 del Código Civil, según el cual "La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

Desde luego que, sin pretender desconocer la adecuada actividad de la parte demandante para solicitar la prueba pericial que requería, lo cierto es que

además de pedirla en su demanda y solicitar el aplazamiento del término probatorio, ninguna otra gestión en el proceso adelantó para que se practicara, en término, la prueba que extrañaba. Precisamente ha debido pedir al Magistrado Sustanciador del proceso para que éste requiera de la Registraduría Nacional del Estado Civil, o de las entidades competentes, la contestación y remisión de la prueba pericial que oportunamente se le había solicitado. Sinembargo, en ese momento procesal, cuando aún era admisible la actuación del a-quo para coercitivamente obtener el cumplimiento y práctica de la prueba, no hizo gestión alguna. A juicio de la Sala, por las características del procedimiento electoral se imponía un comportamiento más ágil y de mayor exigencia en quien requería la prueba que estaba en mora de integrarse al proceso.

A más de lo anterior, en el hipotético caso de que se admitiera como prueba la aportada luego de la sentencia del Tribunal, serían numerosos los motivos que se levantarían en contra de dicha admisión. Obsérvese que la decisión de segunda instancia contrariaría un fallo del a-quo por razones probatorias que no fueron conocidas, estudiadas ni valoradas por éste. De otra parte, dada la naturaleza de la prueba pericial a última hora aportada, se impondría, en la práctica, reabrir un período probatorio con las dificultades e incongruencias que tal reapertura conllevaría. Qué hacer frente a los principios de celeridad, economía procesal, perentoriedad, publicidad y contradicción reguladores todos del juicio electoral?. Necesariamente se impondría su violación, lo cual es desde todo punto de vista inadmisible.

Ya la Sección ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos similares al que se estudia, entre otros se recuerdan los expedientes acumulados Nos. 0374 y 0377 decididos con ponencia del doctor MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ y el proceso No. 0363, en el cual con ponencia del suscrito Consejero Sustanciador, con fecha 30 de enero de 1991, se manifestó:

"Resulta apenas elemental que de haberse procedido así, es decir, haber hecho el traslado a las partes en este último momento y dar oportunidad para solicitar la aclaración, ampliación u objeción del mismo como lo prevé el estatuto procesal civil de rigurosa aplicación de estos casos, así como la de facilitar su discusión y análisis posterior a través de alegatos de conclusión, hubiera significado retrotraer el procedimiento, revivir etapas procesales culminadas, que solo es posible cuando, por motivos legales, el Juez decreta la nulidad de la actuación, lo que constituiría una flagrante violación del principio de eventualidad con la consiguiente entronización del desorden en la tramitación del proceso en un claro y categórico desconocimiento de la ley procesal que no solo los litigantes sino, y con mayor razón los funcionarios jurisdiccionales está obligados a respetar, como que el cumplimiento de tales principios y normas son garantía de justicia para las partes y del orden jurídico en general que es preciso mantener como soporte de un auténtico estado de derecho".

En la misma providencia, al examinar un cargo diferente, la Sala hizo

algunas precisiones de perfecta aplicación en el caso bajo estudio:

"De otra parte, en relación con los documentos que contienen o registran la verdad electoral, que generalmente son documentos públicos, a estos elementos de juicio les asiste la presunción de autenticidad, por lo cual quien los tache de falsos o apócrifos, debe demostrarlo dentro del juicio.

Por lo anterior, el demandante, en orden a demostrar los cargos en los cuales se apoya la censura, acudió a la prueba pericial y, desde luego, como la cuestión debatida aquí no era de puro derecho, se decretó dicha prueba al considerarse como conducente y oportuna.

Pero es lo cierto que esta prueba, no obstante la legalidad de su diligenciamiento, como quedó expuesto al referirse la Sala al cargo tercero, no puede ser evaluada por la Sala, por las razones básicas que enseguida se expresan:

a) El peritazgo fue rendido extemporáneamente por lo que no fue posible cumplir con los preceptos que garantizan el cumplimiento de los principios de publicidad y contradicción, sin los cuales la prueba pericial carece de eficacia.

b) Porque de haberse ordenado el traslado a las partes del dictamen pericial, en estas condiciones, para darle oportunidad a éstas de hacer peticiones en orden a salvar posibles deficiencias, hubiera sido necesario retrotraer el procedimiento para revivir etapas procesales ya cumplidas, lo cual jurídicamente no es posible y con mucho menos razón, dentro del procedimiento especial de los juicios electorales, en los cuales como es bien sabido, el legislador reiteradamente, ha venido buscando una rápida decisión jurisdiccional de esta clase de controversias y,

c) porque esta extemporánea prueba, en la forma como fue rendida, así hubiera sido oportuna, tendría que haber sido desestimada pues no aparece firmada por los peritos que realizaron los cotejos técnicos y más bien se trata en este caso de una improcedente certificación que firma la señora Julia Baez Rocha, en todos los casos, a nombre de los peritos que intervinieron, tal como se dejó dicho cuando la Sala se ocupó del tercer cargo".

Pues bien, la Sala reitera en esta oportunidad el anterior criterio y, por consiguiente, advierte que no apreciará como pruebas en esta segunda instancia, las documentales que se recibieron con posterioridad a la sentencia objeto del presente recurso. Sentado lo anterior, se procede al examen del fallo apelado con fundamento en los medios probatorios regularmente aportados al juicio y cuya valoración y estudio tuvo oportunidad el a-quo de realizar.

La cuestión planteada en el presente juicio se reduce a determinar si hay lugar a reconocer como probados los cargos que en la demanda se formulan

contra el acto de elección del Alcalde Municipal de Soacha, consistentes, el primero, en que los elementos que sirvieron para la formación del censo electoral son falsos o apócrifos y, el segundo, que hubo violación del régimen de inhabilidades.

Con relación al primer cargo, fundado en el numeral 2 del artículo 223 del C. C. A., se dice en la demanda que la inscripción previa de cédulas en el municipio de Soacha se hizo de manera fraudulenta, toda vez que se estableció la existencia de suplantaciones personales e irregulares impresiones dactilares, provocando así la violación del artículo 78 del Código Electoral, el cual exige la comparecencia del ciudadano titular de la cédula y la impresión clara y correcta de su dedo índice en el documento respectivo.

Ciertamente, la presencia de anomalías, irregularidades y maniobras fraudulentas en la etapa previa a las elecciones, especialmente en cuento respecta a la inscripción ilegal de las cédulas podrán llevar a la invalidez de las votaciones respectivas, en el caso en estudio se deben acreditar, no solo la existencia de las inscripciones irregulares de las cédulas sino que las personas dolosamente inscritas depositaron su voto en los respectivos comicios. Establecidas estas circunstancias es procedente la declaración de nulidad.

Pues bien, los demandantes con miras a obtener la demostración de los hechos aludidos pidieron en su libelo que con la colaboración de los funcionarios competentes y expertos en las materias, especialmente en dactiloscopia, la Registraduría Nacional del Estado Civil expidiera la certificación correspondiente. La anterior petición como se vió fue atendida y en tal sentido el a-quo ofició a la entidad oficial mencionada. No obstante, la Registraduría demoró el envío de la prueba y solo arribó al expediente después de vencido el término probatorio; es más, luego de haberse producido el fallo de primera instancia. No podía en esas condiciones el a-quo estudiar los cargos formulados porque carecía de los medios de prueba que le permitieran determinar a cabalidad si efectivamente hubo inscripciones fraudulentas, pues éstas solo podían establecerse de la comparación entre las huellas impresas en los documentos de la inscripción y las tarjetas decadactilares. Solo así, con el aporte pericial de dactilocopistas y demás medios científicos de la Registraduría Nacional se podía lograr la certeza necesaria para decidir sobre la presencia o no de tales anomalías. Como la realidad procesal nos enseña que tales medios de comprobación llegaron extemporáneamente al juicio, imposibilitándose su valoración y apreciación en ambas instancias, se impone respaldar lo decidido por el a-quo en la sentencia recurrida.

Respecto del documento aportado por los actores (folio33) y proveniente de la Jefe de División de Cedulación de la Registraduría, si bien hace relación a cotejos técnicos dactiloscópicos realizados sobre formularios E-3 del municipio de Soacha, lo cierto es que del mismo es imposible deducir con precisión las mesas de votación donde se votó con la cédula anómalamente inscrita, ni los números

correspondientes a estos documentos. Su carácter generalizado le resta el poder demostrativo específico requerido en casos como el de estudio. Por lo demás, esta deficiencia probatoria se traslada a las argumentaciones y cuadros elaborados por el recurrente en su alegación de fondo, la cual, de una parte cita zonas, puestos, nombres, cédulas de ciudadanía, lugares de votación y total de la misma, pero sin respaldo en lo probado, como legalmente correspondería, de donde resulta inaceptable como medio de convicción la información que por sí mismo relaciona.

Sobre el testimonio del señor Omar Enrique Suárez Botero, quien en su condición de experto en grafología forense al servicio de la Procuraduría General de la Nación, estuvo en el municipio de Soacha en los días anteriores a los comicios y en la realización de los mismos, el Tribunal apreció que dicha prueba no era suficiente para demostrar las irregularidades que pudiesen generar la nulidad impetrada. La Sala está de acuerdo con esa conclusión, toda vez que si bien el testigo es enfático en referirse a la existencia de anomalías captadas directamente por él, la frecuente presencia de tarjetas con impresiones empastadas, etc., lo cierto es que de su declaración no resultan establecidas las cédulas correspondientes, impidiéndose conocer si efectivamente con dichas cédulas se sufragó y de ser así en cuáles mesas y puestos de votación lo hicieron. La Sala no desconoce el interés del deponente y su sinceridad al referirse, por su propia experiencia, al fraude por él evidenciado. De ninguna manera. Lo que sucede es que para los efectos de este juicio no resulta suficiente su declaración, porque de ella se infiere que hubo fraude en distintas tarjetas, pero en el proceso no se demostró en cuáles, a qué cédulas se refería y si estas se utilizaron para sufragar.

También se observa que por parte del Delegado del Registrador Nacional del Estado Civil por Cundinamarca y en respuesta a los oficios que se habían enviado, se allegaron al proceso los originales del formulario E-15 "Registro Votantes" y fotocopias del formulario E-14 "Lista de Sufragantes" correspondientes al municipio de Soacha. Pues bien, tales documentos oportunamente traídos al juicio, no son suficientes para demostrar la causal de nulidad a que se refiere la demanda. En efecto, de estos formularios, por sí solos, no resulta la prueba de los cargos formulados por los accionantes. Con base en tales documentos se acreditó el número de personas que estaban facultadas para ejercer su derecho a votar en una determinada mesa y de igual manera cuáles fueron los ciudadanos que sufragaron en la respectiva mesa. Nada más. Se hace imposible, como lo afirma el a-quo con solo estos formularios establecer si en determinadas elecciones votaron personas que hubiesen sido inscritas fraudulentamente.

Así las cosas, debe concluirse que tuvo razón el Tribunal al no admitir con estas documentales la comprobación de los cargos formulados, para llegar a la conclusión final de que debía despachar negativamente las pretensiones anulatorias.

Por último, se alude en el fallo recurrido a un escrito que adjuntan los

demandantes durante el trámite de la excepción, contentivo de numerosas firmas en respaldo a una declaración de impugnación a las elecciones celebradas en Soacha el 11 de marzo de 1990. Sinembargo, este documento no puede apreciarse como prueba en el juicio, así haya sido dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, porque de una parte carece de autenticidad, requisito indispensable en tales escritos y, de otra, dada la naturaleza de los hechos relacionados, su demostración antes que escrita, debía cumplirse mediante testimonios oportuna y legalmente decretados.

De lo expresado se concluye, como acertadamente se plasmó en la sentencia apelada, que el cargo de falsedad o apocrifidad en los elementos que sirvieron para la formación del censo electoral, no tuvo demostración, de donde se deduce, que no hay lugar a declarar la nulidad de la elección. Así pues, se deberá confirmar la decisión que en tal sentido tomó el Tribunal.

El otro aspecto planteado en la demanda, se refiere a la inhabilidad de quien resultara elegido Alcalde de soacha. Pese a que el apelante no cuestiona en su recurso la decisión del a-quo respecto de este punto, estima la Sala conveniente hacer una rápida referencia al mismo, pues en el fallo recurrido ya se expresaron razones suficientes para desechar su cuestionamiento.

En efecto, según lo prescribe el parágrafo segundo, artículo 1º, de la ley 49 de 1987, modificatoria del numeral e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, no puede ser elegido ni designado Alcalde, quien como funcionario dentro de los seis meses anteriores haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, o quien dentro de los tres meses anteriores se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado contratos con entidades administrativas cuya ejecución o cumplimiento deba realizarse en el respectivo municipio.

En el caso bajo estudio se afirmó que el señor Arango Rodríguez había desempeñado función pública dentro de los tres meses anteriores a su elección como Alcalde de soacha, en el cargo de Secretario de Gobierno del mismo municipio. No obstante tal aseveración no fue probatoriamente ratificada. En cambio, el apoderado de Arango Rodríguez adjuntó fotocopia autenticada de la Resolución No. 2612 del 30 de agosto de 1989 (folios 24 y 25), dictada por el alcalde de entonces, mediante la cual le acepta la renuncia de los cargos de Secretario de Gobierno y de Director Municipal (encargado) de Tránsito y Transportes, a partir del 1º de septiembre de ese año, es decir, con más de seis meses de anterioridad a la fecha de su elección.

No podía prosperar la demanda por este aspecto.

De igual manera, no tiene asidero legal ni probatorio la acusación presentada por los actores sobre la inhabilidad del candidato Arango Rodríguez porque éste hubiera sido designado por el Alcalde como su representante ante la Junta Municipal de Deportes de Soacha por tratarse del Secretario de Gobierno

Municipal, ni que por ese mismo motivo hubiese sido nombrado Presidente de aquélla. En cuanto a su condición de representante del Alcalde en la Junta mencionada, ninguna prueba obra en el expediente que confirme tal aseveración. Respecto de su nombramiento como Presidente de la misma carece de prueba dicha afirmación. Lo que sí está debidamente acreditado con el acto administrativo que lo dispuso, es su designación como Presidente Honorario, "como reconocimiento a su permanente labor en beneficio de los Deportistas" (folio 97) esta honorífica designación de todos modos no convertía a la persona en empleado oficial y, por consiguiente, no lo inhabilitaba. Normativamente está consagrado que los integrantes de las Juntas Directivas si bien pueden ejercer funciones públicas, ese solo ejercicio no les otorga la calidad de funcionarios públicos, que constituye la causal legal inhabilitante, con mayor razón si su designación como Presidente de la Junta no tiene carácter real sino honorífico.

La circunstancia de no ser empleados públicos los integrantes de las Juntas Directivas, se deduce de la siguiente normatividad: Decreto 1333 de 1986, artículo 162; Decreto 1950 de 1973, artículo 5º y Decreto 1222 de 1986, artículo 278.

Como las consideraciones que se acaban de hacer coinciden plenamente con las apreciaciones que hizo el Tribunal para no acceder a la prosperidad de las peticiones de los demandantes y además, como se advirtió, el panorama probatorio en esta segunda instancia, para los efectos de la decisión que se va a tomar, coincide con el que en su oportunidad tuvo el a-quo, la Sala confirmará la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 14 de febrero de 1991.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

COPIAS - Valor probatorio / **DEMANDA ELECTORAL** - Requisitos / **COPIA DEL ACTO**

Si la aportación de copias al proceso se hace en la modalidad de reproducción mecánica o en transcripción, se requiere siempre que éstas estén autenticadas o autorizadas por notario, o debidamente autorizada su regular compulsión por director de oficina administrativa o de policía, o secretario de juzgado previa orden del titular del despacho, donde se encuentre el original o copia autenticada del original, con lo cual tales copias adquieren el mismo valor probatorio del original. La omisión de tales requisitos se traduce en acompañamiento de copia inhábil del acto censurado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0542. Apelación de la sentencia de fecha 14 de febrero de 1991, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Bolívar. Actor: Marlene Barrios Barrios.

Por conducto de apoderado, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de la referencia, en cuanto por ella fueron denegadas las súplicas de la demanda, en este proceso dirigido a obtener la nulidad del acto declaratorio de la elección del señor Abel José Avila Guzmán como Alcalde del Municipio del Guamo (Bolívar) para el período 1990-1992, contenido en el acta parcial del escrutinio de los votos depositados para ese cargo, formulario E-28 hoja 5, extendida y firmada por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal a 15 de marzo de 1990.

Tramitada la segunda instancia, como aporte de alegatos de las partes y concepto de la señora Fiscal Séptima colaboradora, se decide lo que en derecho corresponde previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El acto acusado, observa en su concepto la señora colaboradora Fiscal, lo es, sin duda alguna, la declaratoria de elección del señor Abel José Avila Guzmán como Alcalde Municipal del Guamo para el período 1990-1992, que consta en el acta parcial del escrutinio de los votos para ese cargo "-declaratoria de elección de alcalde-", formulario E-28 hoja número 5, extendida a 15 de marzo de 1990 por los señores miembros de la Comisión Escrutadora Municipal, documento que en un folio se acompaña a la demanda, en fotocopia simple, esto es, carente de nota alguna de autorización o autenticación por funcionario competente o legalmente autorizado.

La copia así aportada, en criterio de la Fiscalía, ha de reputarse inhábil para los efectos procesales pretendidos, por lo que, en consecuencia, el fallo de primer grado debe ser revocado y, en su lugar, la Corporación inhibirse de conocer del recurso interpuesto respecto de las cuestiones de fondo planteadas en el libelo demandatorio, avocadas y resueltas por el Tribunal de instancia.

Y el acta general del escrutinio municipal, arrimada al expediente en copia al carbón, añade la agencia fiscal, no es el acto acusado y en manera alguna puede suplirlo, por cuanto no contiene la declaratoria de elección de alcalde; en dicho documento solo aparece la referencia a la declaratoria hecha mediante el acta parcial, con la manifestación de que esa pieza hace parte del acta general.

Comparte la Sala el criterio expuesto por la señora representante del Ministerio Público, que recoge la posición reiterada tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación, en el sentido de que si la aportación de copias al proceso se hace en la modalidad de reproducción mecánica o en transcripción, se requiere siempre que éstas estén autenticadas o autorizadas por notario, o debidamente autorizada su regular compulsión por director de oficina administrativa o de policía, o secretario de juzgado previa orden del titular del despacho, donde se encuentre el original o copia autenticada del original, con lo cual tales copias adquieren el mismo valor probatorio del original, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 253 y 254 del C. de P. Civil, aplicables a esta materia por la especial remisión del artículo 168 del C. C. A.

Los artículos 74 y 75 del Decreto 960 de 1970 -Estatuto del Notario-, enseñan de manera clara y precisa la metodología para el debido asentamiento de una diligencia de autenticación o confrontación documentaria, así:

"Artículo 74.- Podrá autenticar (se refiere al notario) una copia mecánica o una literal de un documento, siempre que aquella corresponda exactamente

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".

Como bien se observa en autos, y lo destaca la señora colaboradora Fiscal, la fotocopia del acto acusado que se acompaña con el escrito de demanda no ostenta constancia de autenticación asentada o diligenciada en la forma que se deja visto, efectuada por funcionario competente o legalmente autorizado, de oficina o dependencia donde se encuentra el documento original o copia autenticada del mismo (Fl. 10 del expediente).

Esa omisión, referida al caso sub-lite, se traduce ni más ni menos que en el acompañamiento de copia inhábil del acto censurado, contraviniendo precisas disposiciones legales sobre la materia.

Pero no es solo el acta de declaración de elección de alcalde que se acompaña la pieza que adolece de defectos insubsanables como el advertido; también el acta general del escrutinio municipal, anexada en copia al carbón, es inidónea por incompleta o fraccionaria, pues, al parecer, es un documento constante de cuatro folios, de los cuales únicamente se aportaron tres: las hojas distinguidas en su encabezamiento con los números uno, tres y cuatro, faltando, sin explicación alguna, la página número dos (fls. 12, 13 y 14 del expediente).

Por consiguiente, ni la copia obrante a folios 10 ni la glosada a folios 12, 13 y 14 satisfacen la exigencia que aflora nítidamente del artículo 139 del C. C. A., en el sentido de acompañar a la demanda copia debidamente expedida y autenticada del acto administrativo cuestionado.

En defecto de la prueba legal requerida, tampoco el demandante solicitó en oportunidad al ponente la obtención de la copia extrañada, configurándose, entonces, lo que jurisprudencial y doctrinalmente se conoce como la falta del presupuesto procesal de la demanda en forma, ineludible para la válida y regular constitución de la relación jurídico-procesal y para que ella pueda encontrar eficaz solución a través de sentencia de mérito.

Los artículos 137, 139 y 141 del C. C. A., señalan requisitos imprescindibles en esta jurisdicción, siendo la verificación previa de su estricto cumplimiento deber del juzgador. Ausente uno solo de ellos, no resulta viable el avocamiento

del litigio por inobservancia, se repite, de exigencias o presupuestos procesales de la demanda.

Más allá de representar meros formalismos, aquellas exigencias legales, perentorias e inequívocas, deben acatarse y requerirse sin miramientos ni benevolencia, como garantía de acierto y respeto por la ley.

Frente a lo considerado, no obrando en los autos copia hábil del acto acusado, la Sala debe revocar el fallo de primer grado objeto de apelación y, en su lugar, declararse inhibida para dictar pronunciamiento de fondo. La inidónea aportación documentaria que se hizo por el accionante impide el regular nacimiento de la relación jurídico-procesal, la que, por ende, tampoco podía tener el desarrollo que alcanzó y su culminación con sentencia de mérito, como equivocadamente lo admitió el a-quo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el criterio expuesto por la señora Fiscal Séptima colaboradora, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia de fecha 14 de febrero de 1991, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio de la cual no se accedió a las pretensiones de la demanda, recurrida en apelación por la parte actora; en su lugar, DECLARASE INHIBIDO para dictar pronunciamiento de fondo respecto de la materia planteada en la demanda.

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

Cúmplase.

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ASAMBLEA CONSTITUCIONAL - Convocatoria

No se produjo violación de la ley suprema con el acto declaratorio de la elección de la Asamblea Constitucional, pues como tal no cabe tener el mandato político resultante de la elección de mayo 27/90; en cambio, en consonancia con ese mandato se obtuvo democrática y popular expresión de la voluntad general, mediante la obligatoria aplicación del procedimiento del cuociente electoral, en la elección de delegatarios de la referida Asamblea. Tampoco con el uso del tarjetón en los comicios del 9 de diciembre se contrariaron mandatos constitucionales y legales; pues su elaboración, impresión y distribución, así como la manera de utilizarlo fueron previstos en normas legales que suspendieron la vigencia de las que les fueran contrarias. Los votos depositados mayoritariamente a favor de la convocación e integración de la Asamblea Constitucional fueron bastantes a ese efecto, así no hubiera sufragado la totalidad, la mayoría calificada o la mayoría absoluta del cuerpo electoral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D. E., diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Procesos electorales acumulados Nos. 0511, Actor: Víctor Emilio Cardona Pinilla; y 0512, actor: Pedro Alejo Cañón Ramírez. Por los cuales se demanda la nulidad del Acuerdo No. 13 de diciembre 19 de 1990, que profirió el Consejo Nacional Electoral para "declarar convocada la Asamblea Constitucional que sesionará en Bogotá, entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991..." y "declarar elegidos Delegatarios. . . ." a la misma Asamblea.

Los actores de la referencia, señores Víctor Emilio Cardona Pinilla y Pedro

Alejo Cañón Ramírez, mediante procesos separados y obrando a nombre propio, demandan la nulidad del Acuerdo No. 13 de 1990, expedido por el Consejo Nacional Electoral con las declaraciones ya indicadas.

Por auto de fecha 17 de abril próximo pasado, pronunciado en el expediente No. 0511 (folios 75 a 77 fte.), se dispuso la acumulación de los ameritados procesos. Y en diligencia de sorteo efectuada el 23 del mismo mes, correspondió a quien elabora la presente ponencia continuar conociendo de ellos, como así lo dispuso en auto del día siguiente.

Agotada la tramitación previa a la sentencia, durante la cual alegaron de conclusión los actores, y la señora Fiscal Séptima colaboradora aportó concepto adverso a las pretensiones de ambas demandas, no observando causal de nulidad en lo actuado se procede a dictar fallo de mérito, tomando en consideración lo alegado y probado en autos.

CONSIDERACIONES PREVIAS:

Las acciones electorales de que tratan los procesos de la referencia fueron introducidas oportunamente ante esta jurisdicción, esto es, dentro del término de caducidad de diez (10) días contados a partir del siguiente a aquél en el que fué notificado en estrados el Acuerdo acusado, teniendo en cuenta a ese efecto lo previsto en el Art. 11 del Decreto Legislativo 1926 de 1990.

La notificación del citado Acuerdo se produjo el 22 de enero del año en curso y ambas demandas fueron incoadas el 1º de febrero siguiente, o sea, cuando no había concluido el término de caducidad, que se extendió hasta el 5 del mes últimamente citado.

La acción electoral es pública y, por ello, quienes propusieron las de estos procesos acumulados tienen legitimidad en la causa (Art. 227 del C. C. A.).

EXAMEN DE LOS PROCESOS

I. Expediente No. 0511. Actor: Víctor Emilio Cardona Pinilla. No se presentaron terceros coadyuvantes, impugnadores, ni intervinientes adhesivos.

I. 1. De la demanda.

1.1. Las pretensiones

Como culminación de su extenso libelo demandatorio, el actor solicita se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.= Que, por violación de la Ley suprema del 27 de mayo de 1990, dictada por el Constituyente primario, y por las causales arriba anotadas,

es nulo el Acuerdo No. 13, dictado por el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, el 19 de diciembre de 1990, notificado el 22 de Enero de 1991, y, mediante el cual fueron aprobados los Escrutinios correspondientes a las elecciones realizadas el 9 del citado mes de diciembre, relacionadas con integrantes de la ASAMBLEA CONSTITUCIONAL a que se refiere la precitada Ley suprema del 27 de mayo último;

SEGUNDA.= Que, consecuentemente, sean canceladas las setenta credenciales expedidas a los Delegatarios que menciona el Acuerdo No. 13, emanado del Consejo Nacional Electoral, y mediante el cual es aprobada el acta de Escrutinio culminado también el 19 de Diciembre último, a raíz de las elecciones realizadas el 9 del precitado mes y año de 1990, y credenciales las cuales fueron expedidas a favor de las personas que relatan los folios 4A y 5A de este proceso; y,

TERCERA.= Que, las anteriores declaraciones no implican desconocimiento a la vigencia de la ameritada Ley suprema del 27 de mayo último, dictada por el Constituyente primario, y que, en consecuencia, al declarar la nulidad aquí invocada, no hay lugar a nuevos escrutinios sino (sic) a nuevas elecciones, bajo la forma y términos dispuestos en la acotada Ley suprema del 27 de mayo". (fl. 39, cuaderno No. 1).

1.2 Los fundamentos de esas pretensiones cabe sintetizarlos, así:

a) **Antecedentes electorales:**

Relata el actor como después de varios fracasos en el intento de reformar la Constitución, por iniciativa del llamado Movimiento Estudiantil el Gobierno sometió a votación la Tarjeta Electoral contentiva del siguiente texto:

"Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia".

Que esa votación tuvo lugar el 27 de mayo de 1990, obteniendo más de cinco millones de votos el texto afirmativo, por lo que ". . . .el mandato contenido en el precitado voto adquirió la categoría de LEY SUPREMA, dictada por el constituyente primario. . . .".

Esa ley -agrega- solo requería que el Ejecutivo la convirtiera en realidad con la adopción de algunas medidas, como las que insinúa el escrito de demanda, lo que tardaba en ocurrir para desconcierto de los promotores de la referida votación. Quizá se temía, dice, el poder desbordado de una asamblea constitucional.

En medio de opiniones encontradas se celebró, el 2 de agosto de 1990, un "Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional", suscrito por el presidente electo y los jefes de varios partidos y movimientos políticos. Y, recién posesionado, el Presidente Gaviria expidió el Decreto Legislativo 1926, que además de ser algo reglamentario ratifica e incorpora en sus considerandos el aludido acuerdo político, resultando extensísimo estatuto que, por haber sido expedido en ejercicio de las atribuciones del estado de sitio, fué enviado a la Corte Suprema para control constitucional. Entonces -anota- hubo presiones indebidas sobre ese alto organismo jurisdiccional, lo cual consiguió que se produjera por este, con fecha 9 de octubre de 1990, fallo de constitucionalidad del Decreto citado, con la salvedad de algunos postulados que expresamente se declaran inexequibles en la parte resolutiva. Ese pronunciamiento dió lugar a la expedición de otros decretos, encaminados a reglar las elecciones convocadas para el 9 de diciembre de 1990 por el Decreto 1926, como el que dispone el uso del Tarjetón; el pago de determinada cantidad por voto obtenido; la integración de comisiones regionales de coordinación y seguimiento de ese proceso electoral, y la reiteración de prohibiciones establecidas en otras normas vigentes.

b) **Fundamentos de hecho y derecho:**

Afirma el actor que las elecciones del 9 de diciembre de 1990 violaron la "Ley Suprema" del 27 de mayo, porque:

1) No se dió representación a las Fuerzas sociales y Regionales, como lo dispuso esa "ley suprema", si no que con equívocos y ambigüedades se obtuvo que la casi totalidad de los 70 puestos de constituyentes fueran para las Fuerzas Políticas.

2) Porque el Tarjetón utilizado en esas elecciones no contenía las listas completas de los candidatos; apenas el nombre, apellido y fotografía de quien encabezó la respectiva lista y un número, por lo que es ilegal la declaratoria de elección que se hizo de otras personas no indicadas con la (X) que debió marcar el elector. Además, porque previamente los ciudadanos no decidieron el número de integrantes de la Asamblea Constitucional y apenas el Decreto 1926 menciona en forma tentativa la cantidad de setenta ". . . .si así lo deciden los ciudadanos. . . ." (Art. 10). Argumenta, por el aspecto planteado, que la forma como se votó infringió el mandato del Art, 123 del Código Electoral, amén de habérselo hecho convocando o no "una asamblea Constitucional", con desconocimiento de haber sido ésta convocada por la "Ley Suprema" del 27 de mayo.

3) Porque se ejercieron presiones y se establecieron limitaciones al derecho de voto. Lo primero, porque desconociendo las disposiciones constitucionales que reglan el manejo de la Hacienda Pública, se dictó el Decreto 2760 de 1990, que dispuso el pago de $300.oo por voto a pesar de no existir partida en el presupuesto nacional con ese objeto. Que con ello, además, se produjo la corrupción del

sufragio, configurando el delito tipificado en el Art. 251 del Código Penal. Lo segundo, porque no se permitió sufragar a los nacionales colombianos domiciliados o permanente o transitoriamente en el exterior; no hubo oportunidad para efectuar la inscripción de cédulas y por sufragarse con Tarjetón no pudieron votar los ciegos, los analfabetos, los minusválidos, por cuanto sus limitaciones físicas o culturales les impidieron satisfacer requisitos resultantes de ese instrumento. También, porque con las acciones militares iniciadas el mismo día de las elecciones contra la sede guerrillera de Casa Verde, se atemorizó y ahuyentó al electorado.

Todo esto condujo, según el actor, a que no fuera puro el proceso electoral del 9 de diciembre y a que tampoco revele la completa voluntad popular, como lo comprueba el escaso número de sufragios depositados esa fecha frente al volumen de la población colombiana y al de los ciudadanos en posibilidad de votar, pues aquel no alcanzó a ser la mayoría calificada de las 2/3 partes, ni mayoría absoluta y ni siquiera mayoría relativa de la población electoral.

Que ello apareja consecuencias jurídico-político-administrativas equivalentes a la nulidad de las prementadas elecciones, por no haberse efectuado en "forma democrática y popularmente. . . ." como lo previó la Ley Suprema.

Como normas infringidas aduce "....la multicitada Ley Suprema....." del 27 de mayo de 1990, y las normas constitucionales, legales y reglamentarias que cita en la exposición de las tres prealudidas causales de nulidad. También, disposiciones del C. C. A. relacionadas con la demanda y el auto admisorio, y el Decreto 597 de 1988 en lo atañedero a competencia.

c) **Pruebas:**

Con la demanda se allegó la copia del acto acusado y fotocopia no autenticada del tarjetón utilizado en los comicios del 9 de diciembre de 1990. Se pidió solicitar certificación de la Tesorería General de la República en cuanto a la cantidad pagada a cada uno de los partidos y movimientos que participaron en esa elección, en relación con el volumen de votación obtenida, así como certificación de la Registraduría Nal. del Estado Civil respecto de información atinente a los aludidos comicios.

I...2.- **Del proceso:**

Notificado en legal forma el proveido admisorio de la demanda y vencido el término de fijación en lista, se decretó la práctica de las pruebas consideradas procedentes y conducentes.- Allegadas en oportunidad las certificaciones solicitadas de la Registraduría Nacional del Estado Civil y de la Tesorería General de la República, se produjo el trámite de acumulación de procesos.

Del término para alegar hizo uso el actor, con reiteración de los argumen-

tos sustentatorios de las causales de nulidad aducidas y otros razonamientos apoyados en normas del Código Electoral y en doctrina que las interpreta.- Añade que el tarjetón utilizado en las elecciones del 9 de diciembre carece de requisitos para su validez, por no estar consignada la fecha de realización de esos comicios. ser sospechoso por tener tres espacios sombreados, ausencia del secreto del voto por llevar la firma del presidente de la mesa, carecer de cubierta o sobre blanco, ser difícil de entender, lograr por ese medio la elección de candidatos ocultos, y porque las elecciones son de personas y no de listas, o sea, lo contrario del sistema aplicado con ese instrumento.

Igualmente aduce la falta de transporte para los electores, como factor de invalidez del acto que dió lugar a la declaratoria de la elección acusada, y que el número de sufragantes del 9 de diciembre apenas si equivalen ".... a la tercera parte de la mitad de ciudadanos aptos y con cédula vigente...." (fl.118).-

"Por todo ello se impone, -dice a modo de conclusión-, declarar la nulidad de las elecciones anotadas".-

Concepto del Ministerio Público:

La señora Fiscal Séptima colaboradora, al descorrer el traslado para conceptuar, concluye solicitando despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda, por estimar que ninguno de los tres cargos formulados tiene vocación de prosperidad (folios 139 a 145 frente).-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El proceso electoral, sin lugar a duda, no tiene los amplísimos alcances nulatorios que le atribuye el actor en el extenso escrito sustentatorio de las súplicas de la demanda.-

La nulidad de las actas de escrutinio y, en general, de los registros electorales, solo es pertinente cuando se da una o varias de las causales contempladas en el artículo 223 del C.C.A., con las modificaciones que al texto original, puesto en vigencia por la Ley 1a. de 1984, introdujeron el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 y el 17 de la Ley 62 de 1988.-

Solo por los motivos allí estatuidos puede alcanzar prosperidad la acción de nulidad electoral para producir alguno de los efectos previstos en los artículos 227 y 228 del C.C.A., que consagran esa especie del género de la acción simple nulidad contencioso administrativa.-

Esas causales, como es de entender, deben interpretarse a la luz de las disposiciones constitucionales y legales de contenido electoral y, en especial, de las que establecen calidades e inhabilidades de los candidatos a la elección

política "y en las demás causales de nulidad previstas en la Constitución política vigente y en la ley..." como reza en el Art. 11 del Decreto 1926 de 1990.-

Por ello no son admisibles, como causales de nulidad del acuerdo impugnado, pretensas irregularidades de la elección del 9 de diciembre de 1990, resultantes del cabal cumplimiento de decretos legislativos declarados exequibles por la Corte Suprema de Justicia.-

Tal ocurre con la financiación por el Estado de la campaña electoral cumplida por los partidos y movimientos políticos que participaron en esos comicios, que no la compra del voto de los sufragantes como lo insinúa la demanda, equivalente, a $ 300.oo por cada uno de los obtenidos; o la utilización de la Tarjeta que el Consejo Nacional Electoral diseño y la Registraduría Nacional del Estado Civil preparó, imprimió y distribuyó en todos los lugares de votación, como lo dispuso el Art. 2o. del Decreto Legislativo 2480 de 1990, contentiva únicamente de "... los elementos necesarios para individualizar e identificar claramente las diferentes listas de candidatos inscritos....", que resultaron siendo, por decisión de las autoridades competentes, el nombre y apellido y la fotografía de quien encabezó la respectiva lista, más el número que a esta correspondió en sorteo verificado en la Registraduría Nacional.- Esa previsión legal, como es de entender, suspendió para la votación del 9 de diciembre de 1990 la vigencia de las disposiciones del Código Electoral que regulan lo concerniente a la votación con papeletas (Cap. IV, Título VI, del Decreto 2241 de 1986), por cuanto estimó el legislador que así estatuía ". . .. .procedimientos de amplia y libre participación ciudadana, el fortalecimiento de las instituciones y la superación de las causas de la perturbación del orden público.....".

Capítulo especial merece la pretensa violación de la denominada "Ley Fundamental" del 27 de mayo de 1990.- Ella es, sin duda, el cimiento de la demanda y resulta de estimar el actor que la votación afirmativa mayoritaria en los comicios de esa fecha, contabilizada por la organización electoral a virtud del Decreto Legislativo 0927 de mayo 3 de 1990, constituye norma jurídica de jerarquía suprema, a la que estaban sometidas las disposiciones encaminadas a su cumplimiento con las elecciones para convocar e integrar, democrática y popularmente, una Asamblea Constitucional.

Que, en especial, se debió atender al fortalecimiento de la democracia participativa convocando la asamblea constitucional ".....con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación...", lo que no ocurrió, pues por haber incorporado en los considerandos del Decreto Legislativo No. 1926 de 1990, por el que se citó al pueblo soberano a decidir la convocatoria de la Asamblea Constitucional, el llamado Acuerdo Político celebrado por los representantes de algunos partidos y movimientos políticos el 2 de agosto de 1990, complementado por el del 23 del mismo mes, los sectores políticos resultaron

favorecidos con ".....más del 95%...." de las curules de la Asamblea, en tanto "... de la otra, como arte de birlibirloque o medios ocultos, no tuvieron representación las Fuerzas Regionales y las Fuerzas Sociales..." (fol 25 in fine).-

Que así ocurrió, por no haber asignado a cada una de las fuerzas que la "Ley Suprema" del 27 de mayo ordenó convocar, para la integración de ese cuerpo constitucional, "....un número cualquiera de miembros o constituyentes...." (fol. 24), y omitido "... el número preciso de miembros o constituyentes que integrarían la referida Asamblea, prefiriendo, con el Decreto 1926 de 1990, 'que esta cuestión numérica fuera decidida por los ciudadanos..." (fl. 23), como resulta de la vaga reglamentación u ordenamiento de su Art. 10 aparte final, en cuanto dispone que "...será de setenta (70) si así lo deciden los ciudadanos...".

Sin embargo, la votación ordenada contabilizar por el Decreto 0927 de mayo 3 de 1990, utilizando la tarjeta contentiva del texto que se aduce como "LEY SUPREMA' por el actor, no reviste ese carácter, porque el Art. 1o. de dicho decreto ordena solamente contabilizar los votos "...en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional..." que no su convocatoria.-

Esto lo dilucidó la elección del 9 de diciembre, al obtener mayoría el voto afirmativo por la convocatoria de una Asamblea Constitucional.

Que el Decreto 0927 se limitaba a disponer la contabilización de los votos afirmativos o negativos depositados en las elecciones presidenciales de 1990 "...en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional....", lo expresó la Presidencia de la República, en escrito presentado a la Corte Suprema en el proceso de revisión constitucional del precitado decreto. También dicha Corporación al declararlo exequible.

Así argumentó en ese fallo:

"Sea lo primero decir que el contenido del decreto, tal como se desprende de su lectura, no tiene los alcances que le pretenden dar algunos de los impugnantes;' no se trata de una reforma a la Constitución, no es un plebiscito o un referéndum, el Presidente no convoca al pueblo a manifestarse, se trata simplemente de dar la posibilidad legal para que se realice la contabilización de unos votos, que pueden presentarse o no, ser afirmativos o negativos, sobre la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional, para reformar la Carta Política..." .- Es por lo tanto una norma legal, que adiciona las funciones de la organización electoral y que el Presidente como legislador extraordinario puede tomar válidamente, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Carta..."

"...No puede la Corporación pronunciarse en esta oportunidad sobre un supuesto acto de convocatoria de una Asamblea Constitucional para refor-

mar la Constitución, cuando dicho acto no se ha producido y ni siquiera puede decirse que ocurra con el voto afirmativo de la mayoría de la población mediante la tarjeta electoral que el decreto sub-exámine ordena contabilizar...".

En el corolario de las consideraciones precisa que el decreto en revisión solamente ordena la contabilización de los votos "... sobre la posibilidad de integrar la Asamblea Constitucional, para realizar la Reforma a la Constitución, y por otra parte hace una invocación al pueblo para que se manifiesta sobre la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, lo cual constituye un hecho político que traduce un verdadero mandato de igual naturaleza..." (Sentencia No. 59 de revisión constitucional del Decreto 927 de 1990.- Mayo 24 de 1990).

El carácter de mandato político, que no de ordenamiento investido de fuerza vinculante jurídico-normativa, resultante de la votación mayoritaria del 27 de mayo de 1990 en favor de la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, lo reiteró la H. Corte Suprema cuando se ocupó de la revisión constitucional del Decreto Legislativo 1926 de agosto 24 de 1990, pues para apartarse del concepto del señor Procurador General, que le solicitaba declararse inhibida, expresó:

"Si bien, en sentencia de mayo 24 del presente año se afirmó que con la votación que pudiese producirse en favor de la convocatoria de una Asamblea Constitucional, se confería un mandato político, también es cierto que el mecanismo utilizado para permitir la manifestación popular que convoque la Asamblea' es un decreto de Estado de Sitio, cuyo control le corresponde a la Corte..." (Capítulo V. 1 Competencia.- Sentencia de octubre 9 de 1990. Magistrados ponentes: Drs. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz).-

"...para interpretar, concretar y materializar la voluntad nacional..." expresada en ese mandato, dice el párrafo 12 de los considerandos del Decreto 1926 de 1990, el dos de agosto del mismo año "...se suscribió un Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional...", incorporado en la parte considerativa de dicho decreto, en el que se dispone el procedimiento a seguir para definir la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional, número de sus miembros, modo de elegirlos, electores en ese acto, forma de postulación de los candidatos y del escrutinio de los votos, competencia para conocer de reclamaciones y demandas de nulidad, etc, previsiones que con precisas salvedades fueron declaradas ajustadas a la Constitución.- Por ello en la elección realizada con estricto apego a esas disposiciones no se pudo dar infracción a mandatos constitucionales, y ,mucho menos en el escrutinio efectuado por el Consejo Nacional Electoral con aplicación de "... las normas sobre cuociente electoral..." satisfaciendo plenamente el mandato del Art. 172 de la Carta, obligatorio para toda elección política ". . . .cuando se vote por dos o más individuos....", a

diferencia de lo que pudo ocurrir si, por pretender cumplir literalmente el prealudido mandato, se hubieran asignado cupos o cuotas en la integración de la asamblea constitucional, cuya convocatoria estaba por decidirse, a fuerzas sociales, regionales y políticas.- Una resolución en tal sentido habría sido arbitraria e injusta, siendo así que lo democrático y popular era permitir la inscripción de candidatos o de listas de candidatos que reunieran los requisitos establecidos, a nombre o en representación de los sectores de opinión que tuvieran a bien hacerlo, sin ventajas ni exclusivismos para nadie, como en efecto ocurrió, lo que permitió que grupos nunca antes presentes en las Corporaciones de elección política obtuvieran representación en la Asamblea Constitucional.-

En síntesis, no se produjo violación de "Ley Suprema" con el acto declaratorio de la elección demandada, pues como tal no cabe tener el mandato político resultante de la elección del 27 de mayo de 1990; en cambio, en consonancia con ese mandato se obtuvo democrática y popular expresión de la voluntad general, mediante la obligatoria aplicación del procedimiento del cuociente electoral, en la elección de delegatarios a la referida Asamblea. Tampoco con el uso del tarjetón en los comicios del 9 de diciembre se contrariaron mandatos constitucionales y legales, pues su elaboración, impresión y distribución, así como la manera de utilizarlo fueron previstos en normas legales que suspendieron la vigencia de las que les fueran contrarias.-

Menos aun sería dable admitir las pretendidas presiones que aduce el demandante sobre el voto, por la financiación que legalmente se hizo de la campaña electoral, o por el desarrollo de procedimientos militares contra grupos guerrilleros, por cuanto la acción del gobierno en favor del mantenimiento o recuperación de la paz no tiene limitaciones de espacio ni de tiempo en el ámbito del Estado.

Por lo demás, en cuanto al tercer cargo basta observar que la votación de ciudadanos en el exterior solo se autoriza en las elecciones para Presidente de la República (Art. 116 del Código Electoral), y que si resultaron limitaciones del sufragio para los ciegos minusválidos, ello fué consecuencia del modo como legalmente se dispuso la realización del certamen del 9 de diciembre, disposiciones que establecidas en los Decretos Legislativos Nos. 1926 y 2480 de 1990 fueron encontradas ajustadas a la Carta Política por la Corte Suprema.- Para los analfabetos, en cambio, mejor que votar por una lista para ellos ininteligible resultaba hacerlo por la que podían identificar con el retrato del cabeza de lista.

Finalmente , como quiera que no se estableció exigencia legal en cuanto a margen de votación para aprobar la convocatoria de la Asamblea Constitucional, pese al bajo número de votos afirmativos depositados el 9 de diciembre frente al volumen de la población colombiana y, más precisamente, del cuerpo electoral integrado por quienes legalmente estaban habilitados para votar, se imponía tener por aprobada esa convocatoria y la integración de la Asamblea conforme a lo declaró el Acuerdo No. 13 de 1990 del Consejo Nacional Electoral, pues las

abstenciones no cuentan en el resultado de una elección política y menos cuando, no obstante calificar el sufragio el Art. 179 de la Carta de función constitucional, de donde derivaría la obligatoriedad de su ejercicio para la debida conformación de aquellas ramas del poder público que dimanan de la elección popular, ninguna disposición vigente lo hace obligatorio.- Prácticamente, entonces, más que una función es un derecho, libre de ejercerse o no. Por ende, los votos depositados mayoritariamente a favor de la convocación e integración de la asamblea constitucional fueron bastantes a ese efecto, así no hubiera sufragado la totalidad, la mayoría calificada o la mayoría absoluta del cuerpo electoral.-

Conclusión de lo considerado es la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, como así se decidirá en la parte resolutiva de este fallo.-

II. Expediente No. 0512. Actor: Pedro Alejo Cañón Ramírez. No se presentaron terceros coadyuvantes o impugnadores, ni intervinientes adhesivos.-

II.1- De la demanda.-

1.1.- **Las pretensiones.**

Se solicita:

DECLARAR LA NULIDAD DEL ACUERDO No. 13 de diciembre 19 de 1990, expedido por el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, por medio del cual DECLARA CONVOCADA LA ASAMBLEA CONSTITUCIONAL que sesionará entre el cinco (5) de febrero y el 4 de julio de 1.991 y ELEGIDOS DELEGATARIOS a la misma, a las personas cuyos nombres allí determina.

Como consecuencia de lo anterior:

2o.- DECLARAR LA CANCELACION de la credencial de delegatarios a la Asamblea Constitucional que tal acto refiere". (fl. 13 fte).

1.2.- Se fundamentan esas pretensiones, argumentando que en la elección del 9 de diciembre de 1990 "...no intervino el número de ciudadanos, ni los candidatos declarados delegatarios... obtuvieron el número de votos al efecto exigidos por la Constitución y por la ley positiva vigente sobre la materia, varios de los cuales candidatos tampoco reunen las calidades exigidas por el ordenamiento jurídico...", por lo que resulta que el Acuerdo acusado, el No. 13 de diciembre 19 de 1990, que declara convocada la Asamblea Constitucional y también elegidos los delegatarios a la misma, es violatorio de las fuentes históricas, reales o materiales y formales del ordenamiento jurídico colombiano.

a) En cuanto a las Fuentes Históricas, comienza el actor haciendo alusión a declaraciones de derechos de 1776 y de la Francia revolucionaria de 1781, para

referirse luego a textos de las Cartas Constitucionales promulgadas entre nosotros a partir del movimiento del 20 de julio de 1810 hasta nuestros días. Todo para concluir que la soberanía reside en la Nación o en el pueblo del estado, que se expresa mediante el sufragio no de una parte o reunión parcial, sino de la universalidad de los ciudadanos

Concluye, por este aspecto, que la votación depositada el 9 de diciembre de 1990 y que dió lugar al acto administrativo que se pide nulitar, por su escaso volumen "..desconoce y viola..." esos antecedentes históricos.-

b) En cuanto a las fuentes materiales o reales, luego de transcribir las consideraciones de orden filosófico y jurisprudencial aducidas por la Corte Suprema para declarar exequible el Decreto 1926 de 1990, así como criterios doctrinales respecto del constituyente primario y la legitimación política de su actuación para dar origen a un nuevo orden jurídico, sostiene que las necesidades y conflictos de orden político, cuya solución condicionó la convocatoria de la asamblea constitucional del modo previsto en el aludido decreto, "...resultaron ser un nuevo ardid, artificio o medio de mantener en engaño y en error a la población colombiana..." (fl.22), no siendo el pueblo quien convocó la Asamblea Constitucional, pues la votación a su favor fue apenas el 11.26% de la población nacional y el 20% del cuerpo electoral, de modo que por los gastos de esa jornada cada voto costó $ 799.865.oo.-

c) Respecto de las fuentes formales, se pregunta si la Constitución y las normas jurídicas que la desarrollan quedaron insubsistentes frente al Decreto 1926 de 1990.

Si quedaron insubsistentes, se contesta, el acuerdo acusado está afectado de nulidad, por cuanto no fué el pueblo el que hizo la convocatoria, como lo ordena el precitado decreto 1926, sino apenas 2,988.963 personas, de un total aproximado a 14,000.000 hábiles para votar.

Y si mantienen vigencia la Constitución de 1886 y la normatividad que la desarrolla, el Acuerdo No. 13 y el decreto 1926 resultan contrarios, porque el ejecutivo no está facultado para convocar y regular una Asamblea Constitucional, fuera de ser el decreto en mención ajeno a las causas de perturbación del orden público. También, porque viola los artículos 218, 215, 55, 172, y 2 de la Carta Política.

Agrega que el Acuerdo No. 13 es igualmente violatorio del principio de la capacidad electoral consagrado en el Art. 4 de la Ley 96 de 1985, en cuanto resulta de la restricción del número de ciudadanos que pudieron sufragar el 9 de diciembre estatuida en el Art. 3 del Decreto 1926, votación de la que quedaron excluidos los ciudadanos residentes en el exterior.

1.3.- **Pruebas:** Acompañó abundante prueba documental relacionada con

los resultados de las elecciones del 9 de diciembre de 1990; las listas para esos comicios por partidos políticos; un cuadro de estadística nacional de lugares y el Acuerdo acusado- Se ordenó tener como prueba, por su valor legal, a los citados documentos.- Se negó, en cambio solicitud de certificación atinente al censo de población.

II.2.- Del proceso.-

Una vez corregida la informalidad atañedera a la falta de prueba de la notificación del acto acusado, al admitir la demanda se negó su suspensión provisional, decisión que recurrida en reposición quedó en firme.

Del término para alegar hizo uso el actor para reiterar sus argumentos de la demanda, apoyados en alegada:

A)"...falta de toda legitimidad en la convocatoria e integración de la asamblea constitucional y en la elección de sus delegatarios..."

B) "Violación de todas y cada una de las fuentes históricas, reales o materiales y formales que integran el ordenamiento jurídico colombiano..."

C) "Las consecuencias caóticas y desastrosas que la convocatoria y elección demandada conlleva para la vida individual y social dentro del territorio colombiano...." (Fl.84).-

Argumenta que esos cargos resultan evidentes:

1o.- Porque la elección fué urdida con engaño y corrupción:

Porque al sufragar con el Tarjetón el ciudadano fué víctima de engaño, pues apenas votó por la cabeza de lista, y resultaron electos quienes nunca figuraron en ese documento.-

Por el pago o reconocimiento de la suma estipulada por cada sufragio, con violación de normas constitucionales y legales.

2o.- Por ser ilegítima la Asamblea Constitucional, pues:

Estando vigente la Constitución Política, por un decreto de estado de sitio se deja sin validez ni efecto su Art. 218 que determina como se la puede reformar.

Por ser absolutamente minoritario el número de votos con los que se la convocó e integró, frente al total de la población nacional, y aun respecto del cuerpo electoral: 11.26% y 20%, respectivamente.

3o.- Por las consecuencias, devastadoras en todos los campos y factores de la sociedad colombiana, que ha tenido la expedición del Decreto 21926 de 1990, por cuanto, según larga enumeración, no solo se encuentra en entredicho el ordenamiento jurídico, sino todas las ramas del poder publico, como que la As. Constitucional se autocalifica de omnipotente y con facultades "para legislar sobre lo divino y lo humano, sin limitación ni cuestionamiento alguno" (fl.86 fte.).-

Concepto Fiscal: Comienza la señora Fiscal por destacar que hubo incorrección legal en la solicitud de suspensión provisional del acto acusado "que, no obstante, -dice- fué analizada por la Sala con excesiva generosidad..."; seguidamente anota que no cabe examinar la constitucionalidad del decreto 1926 de 1990, pues habiendo sido expedido en ejercicio de las atribuciones del estado de sitio, fué objeto de revisión constitucional por el órgano competente y declarado exequible con algunas salvedades.

"...El objeto del juicio en estudio se reduce, entonces, a analizar si el acuerdo acusado se ajusta al Decreto en mención y a las demás normas electorales a las que se remita el Decreto o las que no estén suspendidas por él por serle contrarias, a condición de que aparezcan invocadas como violadas y explicado el concepto de violación..."

Afirma la conformidad del Acuerdo con el Decreto en mención y que la mayor o menor participación electoral del pueblo no tiene incidencia en la validez del primero, porque no se estatuyó mayoría especiales para tales efectos.-

Y en cuanto a la invocación del artículo 4o. de la Ley 96 de 1985, que la fiscalía entiende referida al ordinal 4o., art. 1o. dicha ley, así como la del Art. 22 del mismo estatuto, desestima el cargo por impertinente.

Pide, finalmente, denegar las peticiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las consignadas al iniciar el examen de los cargos contra el Acuerdo acusado en el proceso radicado al No. 0511, son enteramente válidas en el presente.- Con mayores veras dada la imprecisión y generalidad de las alegadas violaciones que en este se aducen, con apoyo en pretensas fuentes históricas y reales o materiales de nuestro ordenamiento jurídico.- Esa sola circunstancia tornaría inepta la demanda, puesto que requisito de su prosperidad e incluso de su procedencia es el señalamiento preciso de las disposiciones pretensamente violadas y la explicación del concepto de la violación.

Obvio es que como tales no cuentan las declaraciones de derechos formuladas en otras naciones, ni antecedentes normativos constitucionales o legales

derogados para la época de los hechos a que se contrae el proceso.

En lo que atañe al alegado desconocimiento de las fuentes materiales o reales de nuestro ordenamiento jurídico, que encuentran fundamento en la voluntad soberana del pueblo a darse su propia normatividad, se afirma que la exequibilidad del Decreto 1926 de 1990 quedó condicionada a que fuera el mismo pueblo quien convocara la Asamblea Constitucional y al logro de la pacificación del país.- Que ello no ocurrió, dado el bajo porcentaje de sufragantes en los comicios del 9 de diciembre, y porque lo segundo fué apenas "...un nuevo ardid o artificio o medio de mantener en engaño y en error a la población colombiana.....".

Ahora bien: la Sala se remite, en cuanto al argumento fundado en el bajo número de sufragantes en las elecciones que dieron origen al Acuerdo acusado, a lo que al respecto expresó en sus consideraciones finales para decidir el proceso 0511, amén de que por el carácter eminentemente político de la objeción, pues gira en torno de esclarecer si la expresión de la voluntad del constituyente primario depende de determinada mayoría electoral o simplemente de la votación mayoritaria o de otro procedimiento que no deje duda acerca de la capacidad o poder para hacer la reforma, ello está por fuera de su competencia y aun de la de todos los órganos constituidos del Estado, pues resulta ser "...la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior..." (Sentencia de revisión constitucional No. 54 de 9 de junio de 1987.- Magistrado ponente Dr. Hernando Gómez Otálora).-

Igual inhibición cabría respecto del segundo argumento, en cuanto se alega que condición de exequibilidad del Decreto 1926 era la idoneidad de ese estatuto para, mediante la convocación e integración de la Asamblea Constitucional, recuperar la paz. Ello implica un juicio político posterior al Acuerdo acusado que, como es apenas lógico, esta por fuera del tema decidendum.

Y en lo que atañe a las fuentes formales del Acuerdo No. 13, que son sin duda la Constitución Política y el Decreto 1926 de 1990, es de innegable acierto el criterio sentado por la fiscalía colaboradora en cuanto a la impertinencia de examinar si el decreto en mención se ajusta a las provisiones de la Carta Política. Ello fué objeto de definición por el organismo competente, la H. Corte Suprema, por tratarse de Decreto Legislativo dictado en ejercicio de las atribuciones del Estado de Sitio.-

A su vez, entre el acuerdo acusado y el decreto 1926 que le dió fundamento normativo tampoco es dable encontrar contradicción, pues el actor omitió señalar de modo preciso cuáles de las normas de ese decreto fueron violadas por el Acuerdo, lo que basta a considerar inepta la demanda por ese aspecto.

En lo que hace a las disposiciones de la Ley 96 de 1985 invocadas por el

actor, la conclusión a la que llegó por ese aspecto la fiscalía colaboradora es de todo acierto, como que se trata de disposiciones, una, el Art. 1o. numeral 4, consagratoria de principio orientador en la interpretación y aplicación de las leyes electorales y, la otra, el Art. 22, concernida al derecho de los ciudadanos de sufragar en el exterior para presidente de la República, por tanto sin incidencia en lo que es materia de este contencioso de anulación.

Resta decir que los demás argumentos esgrimidos por el actor en su alegato de conclusión, recogidos en lo que denomina "El medio de engaño y de corrupción urdido" (fl. 84 fte.), fueron dilucidados al resolver el proceso 0511, puesto que fué en la correspondiente demanda donde se los manifestó.

Por ello la Sala se remite, en esos aspectos, a lo que allá dejó consignado.-

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, acorde con el concepto de la señora Fiscal Séptima de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO,- Niéganse las pretensiones de la demanda promovida por el señor Víctor Emilio Cardona Pinilla contra el Acuerdo No. 13 del Consejo Nacional Electoral, calendado a 19 de diciembre de 1990, tramitadas en el expediente No. 0511.-

SEGUNDO.- Niéganse las pretensiones de la demanda promovida por el señor Pedro Alejo Cañón Ramírez contra el citado Acuerdo No. 13, tramitadas en el expediente No. 0512.-

Cópiese, notifíquese y archívese.-

Esta decisión fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo. Secretario

RECLAMACION ELECTORAL / COMPETENCIA / ACTA DE ESCRUTINIO -Firmas

La competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en materia electoral está circunscrita a "decretar nulidades de actas de escrutinio y no actos administrativos salvo únicamente el acto que declara la elección que precisamente se demanda". La carencia de las firmas no puede aducirse válidamente para hacerle perder a las actas de los jurados la calidad de documento público cuando ya la legislación especial sobre la materia, sanciona el hecho con la exclusión de los votos cuando la reclamación ante las autoridades administrativas electorales prospera. La Jurisdicción Contencioso Administrativa no tiene competencia para declarar nulidades en materia electoral con base en los motivos o causales de reclamación descritas en el artículo 192 del Código Electoral porque a partir de la vigencia de la L. 62/88, esas causales dejaron de ser causales de nulidad en procesos electorales de competencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado.

ALCALDE - Inhabilidades /SANCION PENAL /CONDENA CONDICIONAL/ REHABILITACION

Al momento de la elección como Alcalde de Santa Marta, no podía ser elegido ni designado para dicho cargo por estar inhabilitado por virtud de condena a pena privativa de la libertad por delito no político. La suspensión de la ejecución de la sentencia no produce el agotamiento del ministerio punitivo ni constituye causa que ponga fin a la persecución penal. No es posible pretender que la inhabilidad de que trata el literal d) del artículo 5o. de la Ley 78/86 anule la causal de inhabilidad del literal c) del mismo artículo, sobre la base de que la autoridad administrativa electoral median-

te un acto administrativo produjo la rehabilitación. Lo anterior porque una es la inhabilidad generada en el hecho de haber sido condenado a pena privativa de la libertad y otra bien distinta la originada en el hecho de hallarse el candidato en estado de interdicción judicial. La Registraduría por sustracción de materia no podía dar de baja la cédula de ciudadanía, ni la Registraduría Auxiliar podía rehabilitar al candidato en sus derechos y funciones públicas.

PRUEBAS -Oportunidad /**DICTAMEN PERICIAL** -Valor probatorio /**DEBIDO PROCESO**

Los informes o dictámenes decretados como pruebas, deben ser aportados a la actuación judicial en la oportunidad procesal apropiada, que en ningún caso puede ser con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia. No es posible retrotraer las etapas procesales para darle entrada a las pruebas no aportadas oportunamente, y como en la segunda instancia no hay término probatorio, se hace imposible darle cabida a las pruebas que debieron ser aportadas oportunamente en la primera instancia. Y para efectos de la garantía del debido proceso resulta improcedente apoyar decisiones judiciales en pruebas que las partes no tuvieron la oportunidad de controvertir.

DEMANDA ELECTORAL /AUTO ADMISORIO / NOTIFICACION

La forma de notificación indicada por el segundo inciso del numeral 14 del art. 233 del C.C.A., tiene por objeto enterar de la existencia del auto admisorio de la demanda a los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, por ser todos ellos demandados, de manera que cuando la pretensión va encaminada a obtener la nulidad de un acto declaratorio de elección de un solo ciudadano, caso de la elección de los alcaldes municipales, la notificación debe hacerse de la manera que ordena el numeral 3 del mismo artículo, pues la impugnación de los actos declaratorios de elección de alcaldes afecta exclusivamente al elegido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E. veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0535. Actor: OSWALDO RAFAEL MARTINEZ MINDIOLA

Procede la Sección Quinta del Consejo de Estado

a proferir sentencia de segunda instancia en estos procesos acumulados por el H. Tribunal Administrativo del Magdalena, que decidió mediante fallo proferido el 28 de febrero de 1.991, declarar nulo el acto por medio del cual fue declarado elegido Alcalde de Santa Marta el señor José Ignacio Vives Echeverría, ordenar la cancelación de la respectiva credencial, declarar nulas las resoluciones Nos. 02 y 03 de fecha 25 y 26, respectivamente, de marzo de 1.990 de la Comisión Escrutadora Municipal de Santa Marta y dispone nuevo escrutinio para incluir en el cómputo general votos no contabilizados y sufragados el 11 de marzo de 1.990, en relación con la elección de Alcalde de la mencionada ciudad.

ANTECEDENTES

Los procesos acumulados tuvieron origen en demandas así:

Proceso No. 2630.- Demanda presentada en nombre propio por el ciudadano Oswaldo Rafael Martínez Mindiola con el objeto de que "...sea declarado que es nulo el acto contenido en el Acta Parcial del Escrutinio de los Votos para Alcalde Mayor (Formulario E-28) por el cual se declaró..." elegido al señor José Ignacio Vives Echeverría como "...Alcalde Mayor del mencionado Distrito Turístico de Santa Marta, para el período 1.990 a 1.992". El mencionado ciudadano "...se encuentra en estado de interdicción de derechos y funciones públicas y por tanto ni puede elegir ni puede ser elegido,..." habiendo sido dada de baja su cédula de ciudadanía del Censo Electoral según Resolución de la Registraduría Nacional del Estado Civil que "...se encuentra vigente...". La pérdida de los derechos políticos "...lo hace inelegible y fue consecuencia de sentencia condenatoria en materia penal proferida por el Juzgado 17 Superior de Bogotá el día 22 de febrero de 1.985,....", sin que haya sido rehabilitado. Como "Fundamentos de Derecho" cita los artículos 94, último párrafo, 100, último párrafo y 185 de la Constitución Nacional, el artículo 3o. del Acto Legislativo No. 1 de 1.986, la Ley 78 de 1.986, artículo 5o., literales c y d y el artículo 29 ibídem. También los artículos 223 a 251 del C.C.A.

Proceso No. 2633.- Demanda presentada en nombre propio por los señores Augusto Hernández Becerra y Jorge Eduardo Chemás Jaramillo para que "... se anule el acto por medio del cual los Delegados del Honorable Consejo Nacional Electoral para el escrutinio general del Magdalena declaran electo, como Alcalde Mayor del Distrito Turístico, Cultura el Histórico de Santa Marta al señor José Ignacio Vives Echeverría, para el período 1.990 a 1.992". Acto que consta "...en el acta parcial del escrutinio de los votos para Alcalde, suscrita por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral el día 29 de marzo de 1.990...". Como consecuencia de la declaratoria de nulidad piden "...se cancele la credencial..." correspondiente. Solicitaron la medida de la suspensión provisional. El señor José Ignacio Vives Echeverría fue condenado como responsable del delito de falsedad documental por sentencia proferida el 22 de febrero de 1.985 por el Juzgado 17 Superior de Bogotá que le impuso una pena principal de tres (3) años de prisión. La sentencia fue confirmada en segunda instancia por el

Tribunal Superior de Bogotá el 22 de agosto de 1.986, sentencia que la Corte Suprema de Justicia no casó, según providencia de agosto 25 de 1.987. Como la sentencia quedó ejecutoriada el 9 de septiembre de 1987 y se refiere a delito común -no político- el señor Vives Echeverría estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde. Con la expedición del acto cuya nulidad se pide fueron violados los artículos 5o. .literal c y 29 de la Ley 78 de 1.986.

Proceso No. 2634.- Demanda presentada en nombre propio por los señores Jorge Eduardo Chemás Jaramillo y Augusto Hernández Becerra impetrando la nulidad del "...Acta Parcial del Escrutinio mediante la cual, con fecha 29 de marzo de 1.990, se declaró la elección del doctor José Ignacio Vives Echeverría como Alcalde Municipal de Santa Marta, ... "acta que hace parte del Acta General del Escrutinio llevado a cabo para la Circunscripción Electoral del Departamento del Magdalena "...emitida por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral comunicada el mismo 29 de marzo de 1.990" y en cuanto declaró elegido Alcalde al mencionado señor Vives. También piden "...se declaren igualmente nulas las Resoluciones Nos. 001 y 002 proferidas el 25 de marzo de 1.990 y la 003 proferida el 26 de marzo de 1.990 por la Comisión Escrutadora Municipal de Santa Marta,...." y como consecuencia "...de las anteriores declaraciones se ordene practicar y efectivamente se practique por esa Corporación, si fuere el caso, un nuevo escrutinio únicamente para elección de Alcalde Municipal de la Ciudad de Santa Marta, con base en los registros que no resulten afectados de nulidad en el presente proceso" y según los resultados así obtenidos "...se haga una nueva declaración de elección de Alcalde..." y se expida la respectiva credencial del nuevo burgomaestre "...previa cancelación de la anteriormente expedida. Como normas violadas citan los artículos 16, 171, 179, 180, 200 y 201 de la Constitución Nacional; artículos 1 y 26 de la Ley 78 de 1.986; artículos 1o. 2o, 6o, 142, 144, 145, 152, 153, 155, 163, 166, 169, 170, 182, 184, 185, 186, 192, ordinales 2o y 7o, y artículo 193, todos del Código Electoral.

Proceso No.2636.- El ciudadano Rafael Enrique Aldana B. actuando en nombre propio pretende se declare que "...es NULO el acto que con fecha 29 de marzo de 1.990 expidieron en Santa Marta los Delegados del Consejo Nacional Electoral, por medio del cual hicieron la declaratoria de elección en la persona de José Ignacio Vives Echeverría como Alcalde Mayor del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, para el período legal de 1.990 a 1.990 (sic)..." Sostiene que el mencionado ciudadano era inelegible por estar "probado del ejercicio de sus derechos políticos en virtud de sentencia condenatoria que con fecha 22 de febrero de 1.985, expidió el Juez 17 Superior de Bogotá, y fue condenado a la interdicción de derechos y funciones públicas..." por lo cual se dio de baja su cédula según Resolución de abril 18 de 1.988 de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Además pide se declare "NULO también el cómputo de los votos practicado en Santa Marta por los Delegados del Consejo Nacional Electoral en acta fechada el día 29 de marzo de 1.990, únicamente en cuanto él se refiere a la elección de Alcalde Mayor.....porque en dichos cómputos o escrutinios se incluyeron registros o pliegos viciados de nulidad,...", por lo que

deberá ordenarse llevar a cabo nuevo escrutinio "...únicamente con base en las actas que no se declaren afectadas de nulidad en virtud del presente juicio y previa rectificación de los errores aritméticos que se demuestren judicialmente o exclusión de pliegos que conforme a la ley no deban ser computados:. Consecuencia de la declaratoria de nulidad y del resultado de los escrutinios se deberá cancelar la credencial entregada al señor Vives Echeverría y expedir una nueva a quien resulte elegido. En los fundamentos de derecho cita los artículos 223 a 251 del C.C.A., el artículo 29 de la Ley 78 de 1.986. Sostiene que durante los "...escrutinios administrativos se computaron actas de escrutinio de los jurados de votación que son nulas..." con base en las causales 1a. y 2a. del artículo 223 del C.C.A. Al efecto cita las actas de los jurados de votación, así:

"Zona 01, Puesto 01:

Mesas de Votación Números 1= 2= 3= 4= 6= 7= 11= 12= 13= 14= 15= 16= 17= 18= 19= 20= 22= 24.=

Zona 01, Puesto 02:

Mesas de Votación Números 1= 2= 4= 5= 10= 11= 14= 15= 18= 19= 22= 23= 24= 25= 26= 29= 30= 31= 32= 33= 34= 35= 37= 38= 39= 42= 44= 47= 48= 50= 51= 54= 55= 56=58=59=61= 62= 63= 64= 66= 67= 68= 69= 72= 76= 78= 81= 82= 83= 84= 85= 87= 88= 89= 90= 92= 93= 95= 96= 98= 99= 100= 101= 102= 103= 104= 109= 111= 112= 118= 119= 124= 125= 128= 129= 130= 131= 132= 133= 135 y 139.=

Zona 2, Puesto 01:

Mesas de Votación Números 1=3= 4= 5= 6= 7= 8= 9= 10= 11= 12= 13= 14= 16= 17 y 18.=

Zona 02, Puesto 02:

Mesa de Votación Número 5.=

Zona 02, Puesto 03:

Mesas de Votación Números 1= 2= 3= 4= 5= 6= 7= 8= 9= 10= 11= 12= 13= 14= 15= 16= 17 y 18.=

Zona 02, Puesto 05:

Mesas de Votación Números 3= 5= 8= 12= 14 y 15.=

Zona 03, Puesto 01:

Mesas de Votación Números: 1= 2= 3= 4= 5= 6= 7= 8= 9= 10= 11= 12= 13 y 14.=

ZONA DE LOS CORREGIMIENTOS

"El Rodadero":

Mesas de Votación Números 1=2=3=4=5=6 y 7.=

"La Tagua":

Mesas de Votación 1 y 2.=

"El Campano":

Mesas de Votación Números 1 y 2.=

"La Tagua":

Mesas de Votación Números 1 y 2.=

Respecto de las ciento cuarenta y cuatro (144) mesas correspondientes al Puesto 02 de la Zona 01, sostiene que "...se ejerció violencia contra todos los escrutadores de las mesas de votación, pues hubo múltiples disparos cuando los jurados de votación practicaban el escrutinio de sus mesas y éstas permanecieron solas a la intemperie". Causal de nulidad del numeral 1o. del artículo 223 del C.C.A.. Por lo que hace a "...todas las actas de escrutinio de los jurados de votación de las mesas expresadas en el literal a) del numeral 2) de "Los Hechos" de esta demanda, ellas resultaron falsas o apócrifas..." porque las firmas de los jurados no aparecen o las que están no corresponden a las autógrafas y auténticas. Por ello son apócrifas o falsas. También son nulas conforme a la causal 7a. del artículo 192 del C.E., "...en concordancia con el artículo 144 ibídem y con el artículo 15 de la Ley 62 de 1.988, ..." pues al haber sido entregadas extemporáneamente para su introducción el arca triclave son apócrifas "..porque no gozan de la presunción de legalidad...". Causal 2a. del artículo 223 del C.C.A.

En el proceso 2630 fue negada la suspensión provisional del acto demandado.

En el proceso 2633 se ordenó la suspensión provisional, suspensión que por virtud del recurso de apelación se revocó.

En el proceso 2636 fue denegada la suspensión provisional.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante sentencia pronunciada el 28 de febrero del año en curso, el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró:

"1o.- Es nulo el acto por medio del cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral hicieron la declaratoria de elección de Alcalde Mayor de Santa Marta el 29 de marzo de 1.990, para el período 1.990-1.992, recaída en el doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, por ser él inelegible, al estar comprendido dentro de la causal de inhabilidad prevista en el literal c) del artículo 5o. de la ley (sic) 78 de 1.986 al tener vigente una sentencia condenatoria por delito no político.

2o.- Se ordena la cancelación de la credencial expedida al doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA como Alcalde de Santa Marta.

3o.- Son nulas las Resoluciones números 02 de 25 de marzo de 1.990 y 03 del 26 de marzo de 1.990 expedidas por la Comisión Escrutadora Municipal de Santa Marta en cuanto denegaron la inclusión en el Computo (sic) General de Votos para Alcalde Municipal de Santa Marta de los resultados obtenidos en los escrutinios de jurados de las mesas de votación números 11, 12, 16 y 21 del Puesto Uno de la Zona Uno; y 30, 45, 59, 84, 111 y 115 del Puesto Dos de la Zona Uno.

4o.- Se dispone un nuevo escrutinio únicamente para Alcalde de Santa Marta, el cual practicará este Tribunal a las nueve de la mañana del tercer día hábil siguiente a la ejecutoria de este fallo, para incluir en el cómputo general los votos contabilizados y sufragados el 11 de marzo de 1.990 en las mesas relacionadas en el numeral anterior.

5o.- Niéganse las demás súplicas de las demandas.".

Sobre la base de que los motivos de impugnación expresados por los demandantes se reducen a "...la inhabilidad para ser elegido del doctor José Ignacio Vives Echeverría, la falsedad o apocrifidad de firmas en actas de escrutinio de mesas de votación, y extemporaneidad de su introducción en el arca triclave", el a-quo hizo el análisis de cada uno de ellos de la manera que a continuación se resume:

a.- Inhabilidad.- "...puede ser estudiada dentro del contexto punitivo, como parte integrante de una pena, pero también como un requisito o condición de inelegibilidad extraño en absoluto al concepto de pena".

El primer concepto "...deviene de la Corte Suprema de Justicia" conforme al contenido de sentencia de junio 9 de 1.988 que declaró exequible el literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1.986. De acuerdo con el criterio de la Corte la

inhabilidad '..debe predicarse solo de aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución de la sentencia no produce el agotamiento del ministerio punitivo ni constituye causa que ponga fin a la persecución final", lo que se expresó en fallo del 6 de abril de 1.989, expediente 0284 y se reiteró en sentencia del 19 de diciembre de 1.990 pronunciada en el expediente 0465.

La subrogatoria de la pena impuesta no suprime la condena pues aquella no se extingue por el mero hecho del otorgamiento de la libertad condicional. La pena impuesta desaparece al vencimiento del período de prueba señalado. Tan cierto es ello que si el beneficiado incumple durante el período de prueba las obligaciones impuestas la pena se ejecutará íntegramente. La condena sigue vigente pues tan sólo está suspendida su ejecución. De acuerdo con las pruebas allegadas el doctor José Ignacio Vives Echeverría fue condenado a la pena principal de tres (3) años de prisión por sentencia proferida por el Juzgado 17 Superior de Bogotá, confirmada en segunda instancia y posteriormente ratificada cuando no prosperó el recurso de Casación. La pena principal y las accesorias quedaron subrogadas por razón del beneficio de ;a condena de ejecución condicional, por manera que "...se suspendió la sentencia condenatoria por un período de prueba de cinco (5) años", período que no fue disminuido cuando la pena principal se redujo a treinta (30) meses conforme la providencia fechada el 20 de febrero de 1.988.

Como de acuerdo con la certificación expedida por la Juez 17 Superior de Bogotá, el período de prueba empezó a correr el 25 de agosto de 1.987 cuando quedó ejecutoriada la sentencia condenatoria "...una simple operación aritmética indica que si el período de prueba empezó el 25 de agosto de 1.987 terminará el 24 de agosto de 1.992 a la media noche". Y como el doctor José Ignacio Vives Echeverría resultó elegido el 11 de marzo de 1.990 "... y declarada su elección el 29 de marzo de 1.990, para esas fechas él tenía una condena suspendida, condicionada, pero vigente", por lo que "...indefectiblemente no podía ser elegido Alcalde".

El a-quo analiza en este punto los argumentos de la no vigencia de la pena, de retroactividad de la Ley 78 de 1.986, de rehabilitación administrativa, de presunción de legalidad de la Resolución 001 de febrero 28 de 1.990 del Registrador Auxiliar de la Zona 1 de Santa Marta, expuestos por del demandado doctor José Ignacio Vives Echeverría. En cuanto al primero afirma que no tiene validez porque la condena de ejecución condicional tiene su base en una sanción penal "..subrogada por razones de política criminal por el período de prueba". Se trata de una condena impuesta como resultado de un proceso penal , que por virtud de la ley se suspende en su ejecución material y conserva toda su eficacia durante el período de prueba. Como ese período en el caso del doctor Vives Echeverría no ha precluído éste continúa condenado a una pena privativa de la libertad por delito no político. Es decir, "...la condena permanece vigente hasta el momento en que se extinga el período de prueba."

Respecto del argumento consistente en que a la Ley 78 de 1.986 se le está dando una aplicación retroactiva ya que el delito de falsedad y la condena correspondiente son anteriores a la promulgación de aquella, el a-quo anota que la ley se aplica desde cuándo entró en vigor. En el caso de la inhabilidad literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1.986 que es claro que no se le esa dando una aplicación retroactiva , simplemente el demandado estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde porque para esa fecha estaba condenado a pena privativa de la libertad por delito no político, condena vigente para ese entonces.

Por lo que hace al argumento de la rehabilitación del demandado, resulta artificioso porque al haberse suspendido la ejecución de la sentencia también quedó suspendida la pena accesoria y como "...el período de prueba está en curso y la sentencia sigue suspendida todavía, carece de sentido "volver a hacer hábil", a quien jamás dejó de serlo en materia de derechos políticos o de ciudadanía". Por eso la Registraduría Nacional no debió dar de baja la cédula del doctor Vives Echeverría y precisamente por esa razón fue que la Resolución en la que se dispuso dar de baja la cédula fue revocada. Por la misma razón la rehabilitación otorgada por el Registrador Auxiliar de la Zona 1 de Santa Marta "...tienen tanto valor como si un inspector de policía hubiese resulto devolverle al doctor Vives Echeverría su libertad por pena cumplida...." . La razón de ser de la inhabilidad que en este caso se le predica al demandando está en la condena a pena privavita de la libertad, que permanece vigente no obstante la rehabilitación en los derechos políticos y en la ciudadanía.

Por lo que hace a la presunción de legalidad de la Resolución por medio de la cual el Registrador Auxiliar de la Zona 1 de Santa Marta rehabilitó en sus derechos al doctor Vives Echeverría, así esté amparada por el principio de legalidad y constituya garantía para el administrado, no ata al juez administrativo cuando se pretende oponerlo a la ley, especialmente si el acto está falsamente motivado. Al respecto, observa el a-quo que al haber sido suspendida la ejecución de la sentencia en su totalidad por virtud del subrogado de la condena condicional, el doctor Vives Echeverría no ha cumplido la pena impuesta, como tampoco ha transcurrido el período de interdicción de derechos y funciones públicas "....como quiera que ni siquiera ha comenzado a correr ". El enfrentamiento entre el acto administrativo y la ley se decide conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 153 de 1.887, es decir, aplicando la excepción de ilegalidad, admitida por el Consejo de Estado en fallo del 20 de julio de 1.960, según anales, tomo LXII, página 769.

Al referirse en la sentencia a la inhabilidad como exigencia ética, se afirma que a tenor de los artículos 2o. de la Ley 78 de 1.986 y 2o. de a Ley 49 de 1.987, para ser elegido alcalde se requiere ser ciudadano en ejercicio y al mismo tiempo, para "...preservar la dignidad de las investiduras públicas en uno de los cargos de elección popular, y para "preservar determinados principios de ética social puesto que quiere el Legislador que el ciudadano que aspire al cargo de alcalde guarde una conducta irreprochable", es voluntad del Legislador que no

pueda ser elegido alcalde quien haya sido sujeto de sentencia condenatoria. Se trata de una exigencia de carácter ético que no tiene barreras en el tiempo. Esto está demostrado conforme al contenido de los distintos proyectos de actos legislativos relativos a la elección popular de alcaldes. El Legislador tuvo en cuenta esta inhabilidad por la trascendencia e importancia que tiene el cargo, la misma importancia y trascendencia tenidas en cuanta al consagrar la inhabilidad para ser Presidente de la República, Senador, Representante, Diputado y Ministro. Es una inhabilidad perpetua no susceptible de rehabilitación porque no se trata de una pena para establecer "... categorías deshonrosas de ciudadanos..." sino por la naturaleza misma del cargo de alcalde.

No existe motivo alguno para no entender la mentada inhabilidad para la elección de alcaldes "como cuestión de dignidad y no de pena", cuando esta inhabilidad proviene del Acto Legislativo No. 1 de 1.986, art. 3o. ,inciso 4o.

b.- **Falsedad de los registros.** No es posible "...dilucidar qué resgistros son auténticos y cuáles apócrifos..." porque no existe en el proceso la prueba idónea. Por esa razón el a-quo no puede "...acceder a las pretensiones de nulidad de los actores proponentes, quienes no incorporan en la oportunidad legal los elementos de juicio que demostraran los hechos que servían de fundamento a las peticiones alegadas por ellos".

Por lo que hace a la petición de declaratoria de nulidad de la Resolución No. 02 pronunciada por la Comisión Escrutadora Municipal de Santa Marta el 25 de marzo de 1.990 y la 003 del 26 de los mismos mes y año, por medio de las cuales se negaron o no se tramitaron "reclamos bien fundados", de acuerdo con la "...documentación existente en el proceso al momento de decidir", aparece probado que únicamente fueron introducidos en el arca triclave después de las once de la noche del día de los comicios los registros correspondientes a las mesas de votación 11, 12, 16 y 21 del Puesto 1 de la Zona 1 (Parque de Santander), mesas 30, 45, 59, 84, 111 y 115 del Puesto 2 de la Zona 1 (Parque de Bolívar), mesas 46, 64, 67, 68, 80 y 101, mesas 2, 8, 11, 12, 13, 14 y 17 del Puesto 5 de la Zona 2 (Inen). Las mesas mencionadas del Puesto 1 Zona 1 fueron excluídas del cómputo general de votos por extemporaneidad y teniendo en cuenta "...que no se demostró que el retardo obedeció a circunstancias de violencia, fuerza mayor o caso fortuito "(art. 144 C.E.), según reza la Resolución No. 002 de marzo 25 de 1.990. La misma resolución ordenó excluir de los cómputos generales de las mesas mencionadas del puesto 2 de la Zona 1 (Parque Bolívar) "...por extemporaniedad en su entrega los registros correspondientes a estas mesas al no aparecer demostrada la situación de violencia que impidiera su entrega oportuna". Mediante la Resolución 01 "...de mayo 19 de 1.990" la Comisión Escrutadora "...dispuso considerar válidos los registros "correspondientes a las mesas de votación 46, 80 y 101 del Puesto 2 Zona 1 por estar probada la circunstancia de violencia o fuerza mayor, Resolución que no fue objeto de recurso alguno. Mediante la resolución 01 de marzo 19 de 1.990 admitió computar los votos de las mesas 64 , 67 y 68 del Puesto 2 Zona 1 teniendo en

cuenta "las actas de la Delegación", pues los pliegos no fueron introducidos en el arca triclave. Mediante la resolución 001 de marzo 25 de 1.990 la Comisión ordenó incluir en el cómputo total "...los votos de las mesas 13 y 14 por violencia y fuerza mayor (falta del fluído eléctrico) sin que el Tribunal cuente con elementos de juicio para establecer que suerte corrieron las demás mesas sobre su inclusión o exclusión en el cómputo general.

Con base en la prueba testimonial y los informes rendidos por el Comandante del Batallón No. 5 Córdoba, por un detective de la Sección de Inteligencia del DAS y el informe del Comandante del Departamento de Policía, el A-quo concluye que en la entrega de pliegos con destino al arca triclave ". . . estuvo malograda de manera irresistible para algunos jurados", situación ajena a ellos mismos y a los electores y "...la voluntad debe ser respetada",. Esto fue admitido por los integrantes de la Comisión Escrutadora Municipal de Santa Marta quienes, sin embargo, en forma contradictoria ordenaron "contabilizar las mesas 46, 80 y 111 del Puesto 2 de la Zona 1 y las mesas 13 y 14 del Puesto 5 de la Zona 2, al aceptar como demostrada la circunstancia de violencia y de falta de energía, más no hizo lo mismo respecto de las mesas 11, 12, 16 y 21 del Puesto 1 de la Zona 1 y 30, 45, 59, 84, 111 y 115 del Puesto 2 de la Zona 1": Con esta conducta la Comisión "...desconoció la disposición constitucional (art. 171) que reconoce a todos los ciudadanos de derecho de elegir libre y directamente a sus representantes y el artículo 2o. del Código Electoral que impone a las autoridades el deber de proteger el ejercicio del derecho al sufragio, de otorgar plenas garantías a los ciudadanos en el proceso electoral y de actuar con imparcialidad de manera que ningún partido o grupo político pueda derivar ventajas sobre las demás. Es evidente que si frente a unos mismos hechos la Comisión Escrutadora Municipal aplicó criterios diferentes para contabilizar en unos casos si y en otros no, según el interés prevalente, los resultados de los escrutinios de las mesas de votación, desconoció el derecho de los ciudadanos a elegir y acusó inaceptable parcialidad."

Lo anterior da lugar a la anulación de las Resoluciones 02 y 03 tantas veces citadas.

Finalmente, y en relación con el motivo de nulidad consistente en la "insuficiencia de firmas en algunos ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación, El A-quo no ve razón alguna para decretar la nulidad de los registro impugnados por ese motivo, porque tal hecho constituye la causal de reclamación de que trata el numeral 3 del artículo 192 del C.E., pero en ningún caso causal de nulidad a tenor del artículo 223 del C.C.A.

EL RECURSO

Contra la sentencia de primera instancia interpusieron recurso de apelación al demandado José Ignacio Vives Echeverría y los demandantes Jorge Eduardo Chemás Jaramillo, Augusto Hernández Becerra Y Rafael Enrique

Aldana Bustamante. En la segunda instancia lo sustentaron el apoderado del demandado y los doctores Chemás Jaramillo y Hernández Becerra, así:

1.- Como razones para impugnar la sentencia, el apoderado del demandado expuso las siguientes:

a.- Que se declare terminado el proceso y se ordene el archivo del expediente porque aunque en los expedientes radicados con los números 2634 y 2633, los actores "...demandaron nulidad de actas de escrutinio de muchas mesas de votación, demandas estas que conducen inexorablemente a que se orden e en la sentencia, al prosperar sus pretensiones, que se practique, **UN NUEVO ESCRUTINIO,**", como efectivamente lo dispuso el Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia, la notificación del auto admisorio de la demanda no se hizo como lo dispone el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A. porque no se dispuso la publicación del edicto por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva Circunscripción Electoral "de SANTA MARTA O EL MAGDALENA". La notificación en la forma dispuesta en el citado numeral 4 del artículo 223 del C.C.A debió hacerse obligatoriamente, sin embargo hasta el momento los demandantes no han comprobado dichas publicaciones por lo que a tenor del citado artículo debe ordenarse la terminación del proceso por abandono y el archivo del expediente. El hecho de que solamente haya un demandado no autoriza para omitir la notificación completa prevista en el tantas veces mencionado numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., porque "...el vocablo **"todos"** usado por el Legislador.....comprende a varios o a uno solamente, según la elección fuere plural o singular". La Ley 78 de 1986, expedida para reglamentar la elección popular de alcaldes al disponer que las autoridades administrativas electorales aplicarán las mismas normas. métodos, sistemas y procedimientos aplicables para las elecciones de corporaciones públicas de origen popular está indicando "...que el **procedimiento** relacionado con la elección de alcaldes, ...debe seguirse no solo por los organismos administrativos sino también jurisdiccionales....

b.- **La inhabilidad del demandado**

La inhabilidad atribuida por los demandantes al doctor Vives Echeverría, definida en el literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 no tiene el carácter de "...de inhabilidad por "indignidad". inhabilidad que por demás no está consagrada con este carácter en la Constitución y en la Ley". Las inhabilidades en general no son "...vitalicias o intemporales, pues en Colombia no existe la cadena perpetua ni hay penas irredimibles ni vitalicias". Las inhabilidades provenientes de la condena a pena privativa de la libertad y de la de interdicción judicial, son de estirpe constitucional, aplicables únicamente a los casos señalados en los artículos 94, 100. 115 y 185 de la Constitución, es decir, para ser elegido Presidente de la República, Senador, Representante a la Cámara y Diputado. Sin embargo, no existe establecida **"inhabilidad de rango constitucional** en relación con la elección de los alcaldes para los que hayan sido condenados a pena privativa de la libertad", porque en al acto Legislativo No 1 de 1986 no está

consagrada dicha inhabilidad, como sí lo está para los casos de la elección de los dignatarios a los que se refieren los ya citados artículos de la Constitución. Se trata, por consiguiente, de una inhabilidad que consagró el Legislador al reglamentar el citado Acto Legislativo al expedir la Ley 78 de 1986 que a tenor de su artículo 32 rige a partir de la fecha de su promulgación, que lo fue el 8 de enero de 1987.

Como de acuerdo con la "...sentencia judicial..." los hechos a conducta objeto de la sanción penal ocurrieron el 4 de enero de 1979 y para entonces "...ni siquiera se había establecido en Colombia la elección popular de alcaldes", la inhabilidad que se le atribuye al demandado "...es una sanción adicional..." a los hechos punibles que originaron la sentencia judicial ya que estos fueron en su oportunidad sancionados con penas de tres (3) años de prisión y tres (3) años de interdicción de los derechos y funciones públicas por el Juzgado 17 Superior de Bogotá, penas, que, además. están suspendidas en su ejecución por virtud del subrogado de la condena condicional. Aplicar, en consecuencia, el artículo 5o. de la ley 78 de 1986 a los hechos que merecieron la condena penal "...sería darle a la ley sancionatoria, desfavorable o restrictiva, un insólito efecto retroactivo que está expresamente prohibido (sic) no solo por el artículo 26 de la Constitución Política sino también por los artículos 6o del CODIGO PENAL Y 5o. del CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, que sin duda alguna disponen como principio de "favorabilidad" que "la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" y agregan que "este principio rige también para los que estén condenados". Las leyes nunca son retroactivas, pues rigen a partir de la fecha de su promulgación, de su expedición o de la fecha en que en ellas se exprese, pero sí rigen con retroactividad cuando la ley posterior sea mas favorable a una persona, nunca cuando le sea más desfavorable.".

A juicio del recurrente el A-quo "...incurrió en una interpretación equivocada al desconocer la apreciación sistemática de la ley que consagrar el artículo 5o. literal c) de la ley 78 de 1986" al aplicar de manera retroactiva la causal de inhabilidad del literal c) de dicho artículo.

A este respecto el recurrente se refiere a lo que denomina "...la simple irretroactividad de la ley". Sostiene que a tenor del artículo 26 de la Constitución el principio de la legalidad conforme al cual las leyes tienen su campo de aplicación hacia el futuro no hacia el pasado, es decir, que por conveniencia y seguridad jurídica no tienen efecto retroactivo. La única excepción al principio general de la retroactividad consagrado en el citado canon constitucional "...se deriva del principio de favorabilidad que en materia criminal comporta los fenómenos de la retroactividad y ultraactividad así como en el caso previsto en el artículo 30 de la misma Carta por razón del predominio del interés público o social sobre el interés privado.

Conforme a sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Noviembre 9

de 1943 "...la ley no podía aplicarse con efectos retroactivos sino cuando el mismo Legislador expresamente lo ha dicho. Ni las doctrinas de expositores de derecho ni las **analogías,** justifican -en un fallador- la interpretación lata retroactiva de una misma ley". Como respecto del artículo 5o., literal c) de la ley 78 de 1986 "...no fijó expresamente una limitante desde el punto de vista temporal para hacerla retroactiva y en consecuencia del fallador no puede hacer decidir a una norma lo que no está contenido en ella, máxime cuando su tenor es claro. De otra parte, la analogía en ninguna manera puede tener los pretendidos efectos de hacer gravosa o desventajosa situaciones jurídicas reguladas o no reguladas como es el caso que nos ocupa, ésto es, la llamada analogía "in malam partem", como pretende el fallador, al hacer extensible el caso sub-júdice las inhabilidades de carácter inconstitucional que operan para Presidente de la República, congresistas, diputados..... .".

Observa, al referirse a la aplicación retroactiva del artículo 5o., literal c) de la precitada ley 78 que esta norma consagra dos causales de inelegibilidad, así:

"... que quien haya sido elegido alcalde esté llamado a juicio criminal".

".. que quien haya sido elegido alcalde haya sido condenado a pena privativa de la libertad",

Y aunque la finalidad de la ley "...fue cobijar situaciones o hechos hasta ahora no regulados legislativamente..." la decisión del A-quo erróneamente afirma que esos motivos de inegabilidad carecen de irrelevacian penal porque provienen "...de exigencias éticas que carecen de barreras en el tiempo", con lo cual reviste de "intemporalidad de la ley" con la consecuencia de desconocer el fallo de exequibilidad del artículo 5o. literal c) de la ley 78, fallo que es de obligatorio cumplimiento porque esta clase de sentencias interpretan la ley a través del control constitucional al mismo tiempo que unifican la jurisprudencia nacional, fallo que indica que "...los derechos políticos sólo se pueden perder en forma transitoria".

Los hechos que penalizo el Juzgado 17 Superior de Bogotá "... y que ahora quieren ser sancionados electoralmente con el rigor de una ley expedida siete años después de que ellos se consumaron, no pueden enjuiciarse sino con la ley vigente para el "...tiempo del hecho punible", habida cuenta de lo expresado en el artículo 20 del Código Penal. La aplicación del citado artículo 5o, literal c) de la ley 78 de la forma que lo hizo el A-quo desconoce el principio de favorabilidad de la ley consagrada en el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque la permisibilidad constitucional no permite aplicar "la desfavorabilidad" que es lo que dice el A-quo.

Cuando éste -A-quo- sostiene que la precitada ley 78 estaba en vigencia cuando la sentencia judicial quedo ejecutoriada el 25 de Agosto de 1987 "...contradice los principios de la hermenéutica judicial...". La mencionada Ley no hace

referencia alguna "al fenómeno de la ejecutoria, como acontece por ejemplo en los artículos 84 y 88 del Código Penal,...", la Ley en cuestión contemplada la vigencia hacia el futuro para quienes hayan sido llamados a juicio o condenados a partir de su promulgación, que es lo que ocurre en el caso de los Decretos 1188 de 1989 y 1660 de 1978 en cuanto a inhabilidades de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional. Por ello, el fenómeno de la ejecutoria de la sentencia nada tiene que ver "...para que opere la causal de inhabilidad aludida..."

Las fechas que realmente tienen importancia para el caso son el 19 de septiembre de 1980 "fecha del llamamiento a juicio" y el 22 de febrero de 1985 cuando se produjo la sentencia condenatoria del Juzgado 17 Superior de Bogotá, porque para entonces aún no existía la causal de inhabilidad que se le predica al demandado, como sí existían las contempladas en los artículos 94, 115, 133 y 185 de la Constitución Nacional. Sobre este tópico concluye el alegato afirmando:

> "No sobra advertir que el principio de la no retroactividad, ésto es de la irretroactividad de la ley, se funda de acuerdo a la doctrina en dos motivos principales: en primer orden, el interés social exige que la autoridad de la ley y la confianza que ella debe inspirar a los ciudadanos no sean quebrantadas por un cambio de legislación que anule o modifique los derechos anteriormente adquiridos. De otro lado, los grandes inconvenientes desde el punto de vista moral de que una nueva ley, por las restricciones o menoscabo que pueda traer para el estado de los particulares, transtorne o modifique sus posiciones actuales, y les cree obligaciones a que fueron extraños.".

c.- La rehabilitación

Luego de referirse en extenso a las cuatro (4) clases de rehabilitación - judicial, legal, constitucional, administrativa- profundiza en la rehabilitación de carácter administrativa para fines electorales consagrada en el artículo 205 de la ley 28 de 1979 e incluida en el actual Código Electoral. Se trata de una medida de competencia de los registros auxiliares del estado civil, quienes tienen las mismas funciones de los registradores municipales con excepción de las precisadas en los numerales 3,5 y 6 del artículo 48 del citado Código Electoral. Esa es la razón para que el demandado solicitara en su momento al Registrador Auxiliar de la zona 1 de Santa Marta, donde tenía inscrita su cédula de ciudadanía, la rehabilitación, la que mediante la resolución No. 001 de febrero 28 de 1990 le fue concedida para el disfrute de los derechos políticos de ciudadano conforme al artículo 15 de la Constitución. Con anterioridad el registrador Nacional del Estado Civil mediante resolución 159 de febrero 2 de 1989 dió de alta en el censo electoral la cédula de ciudadanía del doctor Vives Echeverría al revocar la resolución 1242 de 1988 que había dado de baja el documento de identidad.

Las mencionadas Resoluciones obran como pruebas en los expedientes acumulados sin que en la sentencia objeto de la apelación hubieran sido objeto

de análisis no obstante estar vigentes, pues no han sido revocadas, ni anuladas, ni suspendidas por autoridad competente "...ni siquiera han sido hasta ahora demandados legalmente". La fuerza obligatoria de que gozan dichas resoluciones por virtud de la presunción de legalidad debió ser tenida en cuenta como demostración de que el doctor Vives Echeverría está rehabilitado "...y como tal volvió a ser ciudadano hábil para ejercer la plenitud de sus derechos ciudadanos para elegir y ser elegido".

2.- Respecto de los cargos "FORMULADOS EN LOS PROCESOS CON RADICACIONES No. 2634 y No.2636", manifiesta el recurrente:

a.- En cuanto al proceso 2634

"El contencioso electoral es una justicia rogada "hecho que limita la competencia a las pretensiones expresadas en la demanda con la consecuencia de que no puede haber ni extra ni ultra petita. Y como el contencioso electoral es "...un contencioso de anulación..." lo que significa que la competencia se limita a "...decretar nulidades de actas de escrutinio y no de **actos administrativos**- salvo únicamente en el acto que declara la elección que precisamente se demandad -", el A-quo carecía de competencia para anular unas Resoluciones de la Comisión Escrutadora Municipal por medio de las cuales declaró la prosperidad de reclamaciones que fueron hechas con base en causales incluidas en el artículo 192 del Código Electoral. Naturalmente no podía ordenar nuevos escrutinios pues esta medida se adopta para excluir actas de escrutinio anuladas o para corregir errores aritméticos "...pero nunca para INCLUIR votos que no existieron , que no tuvieron vida jurídica, pues al haberse excluido de los escrutinios auxiliares o municipales por haber prosperado contra dichas actas "reclamaciones" previstas en el artículo 192 del Código Electoral, tales registros o votos ó (sic) cómputos, al resultar exculidos (sic) en el procese de los escrutinios administrativos -resulta que nunca existieron- y mal puede revivirse o convalidarse posteriormente por lo contencioso electoral en una especie de "reparación del posible daño" que degeneraría la acción de nulidad electoral en una acción de restablecimiento del derecho -propia de la órbita privada y no de la órbita pública a la que pertenece la acción pública electoral que puede intentar cualquier ciudadano.".

Así las cosas es necesario que se revoquen los ordinales 3o. y 4o. de la parte resolutiva de la sentencia apelada pues, reitera, el A-quo carece de competencia para anular las resoluciones como lo hace en el fallo y de contera para ordenar nuevos escrutinios para incluir votos ya excluidos durante los escrutinios administrativos por virtud de la prosperidad de las reclamaciones por las causales 3a. y 7a. del artículo 192 del Código Electoral, causales que no son de nulidad ".... conforme al artículo 223 del Código Electoral (sic)" "(fl 352), "en atención que el artículo 17 de la ley 62 de 1988 le quitó a las doce causales de reclamación -a todas- la categoría de causales de nulidad que antes tenían".

Por tal motivo el Tribunal no podía pronunciarse sobre la validez de pliegos electorales con base en la falta de firmas de los jurados de votación y de la entrega extemporánea de los pliegos electorales, menos aún para revocar decisiones en la Comisión Escrutadora Municipal expedidas para atender reclamaciones con base en esas causales o motivos de reclamación.

Sobre la base de que la justicia administrativa "...es una justicia "rogada", en que la competencia del juzgador está limitada por las pretensiones del demandante...", el A-quo carecía de competencia para anular la elección del doctor Vives Echeverría por que esté fue declarado elegido "...Alcalde Mayor del DISTRITO TURISTICO, CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA - que fue creado por el Acto Legislativo No. 03 de 29 de diciembre de 1989 - y no fue declarado elegido Alcalde MUNICIPAL,..." como lo manifestaron los demandantes en la demanda, cambiando así la denominación del cargo para el cual resultó elegido y fue declarado como tal. Prueba de ello es la credencial respectiva que le fue expedida el 28 de marzo de 1990.

Para obtener la nulidad del acto demandado en este mismo proceso - 2634- se invocó la causal 2a. de nulidad del artículo 223 del C.C.A.

Los alcances de esta causal de nulidad electoral han sido precisados por la jurisprudencia, y no procede a examinar el cargo cuando la nulidad se pretende por la causal 3a. del artículo 192 del C.E., porque ésta dejó de ser motivo de nulidad en el juicio electoral a partir de la vigencia de la ley 62 de 1988, artículo 17 que subrogó el artículo 65 de la ley 96 de 1985.

Además, de acuerdo con sentencia pronunciada por el Consejo de Estado el 13 de mayo de 1959, anales, t. XXVI, pág. 104 la carencia de menos de tres (3) firmas en las actas de los jurados de votación "...no implica que tales registro sean apócrifos, es decir, supuestos o fingidos, ni es una omisión que determine alteración de los resultados electorales".

De todas maneras la falta de firmas en dichas actas es hoy causal de reclamación únicamente y no de nulidad en procesos electorales.

Y en cuanto a que las firmas de los jurados de votación sean falsas o apócrifas, es necesario que "...la noción de falsedad O (sic) apocrifidad de que habla la ley, se relacione con la mutuación física ó (sic) material de los pliegos, con la alteración intelectual de su contenido y con la inexistencia de los documentos que puedan contribuír (sic) a la formación de los registros cuando tales documentos constituyen garantía eficáz (sic) o irreemplazable de la pureza del sufragio.-", como lo expreso el Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 1959 la falsedad o apocrifidad solamente puede demostrarse mediante experticio grafológico a través de peritaciones o informes técnicos como lo tiene establecido el C. de P.C. en sus artículos 223 y 243.

La peritación fue pedida por los demandantes y decretada como prueba pero no llegó oportunamente porque cuando ingreso al Tribunal estaba cerrada la etapa probatoria, es más, se había ya proferido sentencia de la primera instancia, por lo que "...el mencionado dictamen pericial grafológico de expertos del "DAS" carece hoy de toda validez probatoria, pues en relación con él no se cumplió la "Contradicción del Dictamen" señaladas en el artículo 238 del C. de P. Civil...". Tampoco tiene valor como informe técnico (artículo 234 C. de P.C.) porque igualmente no ha sido objeto de contradicción. Ni como peritación ni como informe técnico puede tenerse como prueba en la segunda instancia porque el artículo 251 del C.C.A. "...no autoriza reapertura a pruebas porque el proceso esta en la etapa para dictarse la sentencia final". Debe, en consecuencia, desestimarse la prueba "...denegándose las pretensiones por falsedad o apocrifidad".

b.- En cuanto al proceso no. 2636

En este proceso el demandante "...acusa de nulidad una serie de actas de escrutinio de los jurados de votación de Santa Marta con fundamento en las CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo".

En relación con la causal segunda indicada, se remite el recurrente a lo sostenido sobre el mismo tópico al sustentar la impugnación frente a los cargos formulados en le proceso 2634, observando que en este caso el demandante pidió como prueba un informe técnico de grafólogos de DAS "...que por negligencia del demandante o del H. Tribunal no hubo interés en la práctica de esta prueba, razón por la cual no se practicó, con la consecuencia de que no existe prueba que demuestre los hechos aducidos en la demanda para sustentar la causal segunda del artículo 223 del C.C.A.".

Respecto del cargo formulado con base en la causal primera del artículo 223 del dicho Código, consistente en el ejercicio de violencia contra los escrutadores, los testimonios y los informes "...sobre una balacera presentada el mismo día de las elecciones, en horas de la noche, cuando los jurados de votación cumplían su función de escrutar las mesas de votación del Parque de Bolívar -Puesto 01 de la Zona 01 de Santa Marta-,...", no tienen tales pruebas "...la entidad como para producir consecuencias en los registros acusados en este proceso".

Concluye el señor apoderado del recurrente demandado pidiendo "...que la sentencia apelada sea revocada en todas sus partes, y en su lugar se denieguen todas las pretensiones de las demandas acumuladas.".

Acompañó al escrito algunos documentos.

3.- Los demandantes apelantes doctores Jorge Eduardo Chemás Jaramillo

y Augusto Hernández Becerra en la segunda instancia sustentaron el recurso, así:

a.- Aunque el A-quo ordenó realizar un nuevo escrutinio no mencionó la exclusión de los votos que fueron depositados en pro del candidato inhabilitado "...y cuya elección es objeto de anulación". Tales votos deben ser excluidos del computo en el nuevo escrutinio conforme al contenido de los artículos 226,227 y 228 del C.C.A.

Sostienen que:

> "La exclusión de esos votos se deriva además como una consecuencia directa del hecho de haberse acumulados en los procesos 2633 y 2634. La acumulación pretende, ante todo, evitar decisiones contradictorias entre si o absurdas a las que podría llegarse en caso de fallarse en forma separada dos o más procesos. De no ordenarse la exclusión, el nuevo escrutinio que se ha de realizar, de los votos depositados en favor del candidato José Ignacio Vives Echeverría, el resultado que arroje el mismo, podría conducir al absurdo de que quien obtenga la mayoría sea la misma persona que fue declarada inelegible en el mismo fallo que ordenó realizar ese nuevo escrutinio, es decir, el candidato Vives Echeverría. Con ello, la decisión se estaría contradiciendo a sí misma.".

Conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado la acumulación de procesos busca decisiones judiciales coherentes para preservar la integridad del orden jurídico evitando las decisiones contradictorias en casos análogos.

Con base en lo anterior solicitan "...se adicione el fallo y en consecuencia, se ordene expresamente excluir, del nuevo escrutinio,..." los votos depositados el 11 de marzo en favor del candidato Vives Echeverría.

b.- Entre las pretensiones denegadas en el punto 5o. de la sentencia apelada "...se encuentra la solicitud contenida en la demanda correspondiente al proceso No. 2634 de los expedientes, respecto de la anulación de las actas..." de las mesas que enumeran al folio 380 así: Zona 1. Puesto 1. (Parque de Bolívar), Mesas 16, 21,79 y 130; Zona 2, Puesto 2, (los almendros), Mesas 2, 9 y 23, Zona 2 puesto 4 (Concentración Rodrigo de Bastidas), Mesa 17.

A tenor del artículo 223 del C.C.A., las actas de los jurados de votación son nulas cuando "...aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.".

Las actas de los jurados de votación constituyen documentos públicos y como a tenor del artículo 251 del C. de P.C. para que un documento sea público debe reunir determinados requisitos, entre ellos "...el de la firma del funcionario que lo otorga...", cuando el documento adolece de este requisito no es documento

público, y, por consiguiente, las actas en tales condiciones deben ser anuladas a través de la causal del ordinal segundo del artículo 223 del C.C.A. La impugnación de actas de "...los jurados de votación por carencia de firmas..." y con base en la dicha causal de nulidad ha sido admitida por el Consejo de Estado, lo que se desprende de la sentencia proferida el 12 de mayo de 1989 en el expediente 0287. Cuando un acta de jurado de votación "...carece, en sus dos ejemplares, del número mínimo de firmas exigidas por la ley, según la jurisprudencia constante, no puede tenerse como auténtica esa acta, y, en consecuencia, debe anularse, ..." dando aplicación a la mencionada causal de nulidad. Esto sucede con los ejemplares de las actas de los jurados de votación en las mesas señaladas, que carecen del número de firmas exigido por la ley, pues ninguno de los ejemplares "...tiene las tres firmas exigidas por el artículo 142 del Código Electoral, en concordancia con el artículo 163 de ese mismo Código.".

Anuladas las mencionadas actas los votos en ellas consignados deben ser excluidos del nuevo escrutinio.

Finalmente, critican la forma como el demandado alegó para sustentar el recurso, afirmando que "...en modo alguno..." aportó elemento de juicio para que en esta instancia pueda el Consejo de Estado "...entra a decidir la apelación por él interpuesta.".

El demandante Rafael E. Aldana Bustamante en escrito presentado el 7 de marzo del año en curso manifestó: "...Además, apelo del fallo publicado por ustedes en el informador y apelo de cualquier decisión que sea negativa a mi petición en este memorial". Su apelación no fue sustentada ni en primera ni segunda instancia.

EL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto de fondo la Fiscal Séptima del Consejo de Estado concluye "...que debe aceptarse las peticiones de las demandas radicadas con los números 2630, 2633 y parcialmente las de la demandas números 2636 y denegarse las peticiones de la demanda número 2634, modificando en esta forma la sentencia de primera instancia.".

A esa conclusión llega la Representante del Ministerio Público luego de un análisis que resume la Sala, así:

Refiriéndose a los "Aspectos Procedimentales", indica: en primer término, que la apelación propuesta por la parte demandada aparece debidamente sustentada "...por lo cual no es del caso atender la solicitud..." que el actor apelante hace en el sentido de que no se escuche al demandado porque éste no discute el fallo de primera instancia.

En segundo término, respecto de la petición de declaratoria de abandono

del proceso y archivo del expediente, que hace el demandado recurrente, por no haberse practicado la notificación de la manera prevista en el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A. (art. 60 Decreto 2304 de 1989), opina que la irregularidad no tiene transcendencia porque "...el demandado se hizo parte en el juicio y no se ha violado el derecho de defensa si ese mismo demandado no impugnó la providencia en cuestión y el juicio se desarrollo normalmente en la primera instancia". No se desconoció el derecho de defensa que es lo que se pretende garantizar con la medida de la notificación a los demandados.

En tercer lugar, La Fiscalía anota que en cada una de las demandas fue individualizado el acto demandado "...y presentada copia hábil del mismo por lo que no procede la solicitud del demandado basada en el error en la petición de los libelos".

A continuación procede la Agente del Ministerio Público a analizar en su orden, los demás motivos de impugnación contra la sentencia demandada, así:

1.- Respecto de las nulidades aducidas contra la declaratoria de elección, a que se refieren las demandas 2634 y 2633, "...por vicios en los escrutinios", afirma:

Por lo que hace a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 01, 02 y 03 fechadas en marzo 25 y 26 de 1990, porque incluyeron o excluyeron registros que aparecían entregados extemporáneamente o con menos firmas de los jurados de votación a las previstas en la ley, se trata de causal de reclamación que no de nulidad, así el hecho apareciera demostrado, porque la ley 62 de 1988 no incluyó esas causales de reclamación entre las causales de nulidad en los procesos electorales. Lo previsto en el artículo 227 del C.C.A., invocado "en apoyo de la ocurrencia a la Jurisdicción " para efectos de la demanda no corresponde al cargo que en ellas se hace y " aunque así fuera, tendrían que estar previstas como causal de nulidad para que pudiera dárseles los efectos de tal y proceder a su declaratoria". Las Resoluciones en cuestión serían anulables en proceso electoral si se comprobara plenamente "...la ocurrencia de un hecho que configure causal de nulidad conforme a lo previsto en el artículo 17 de la ley 62 de 1988", lo que en el caso en examen no ocurre porque la nulidad se pretende por virtud de las causales de reclamación 3a. y 7a. del artículo 192 del Código Electoral, que no son de nulidad.

2.- Se sostiene. por los demandantes, en los procesos 2634 y 2636, que las mencionadas causales de reclamación "...están incursas en la prevista en el ordinal segundo del artículo 17 de la ley 62 de 1988", siendo que "...el fundamento de hecho no encaja en el supuesto normativo", dado que no es posible hablar "...de elementos falsos o apócrifos (términos considerados por la jurisprudencia como sinónimos de ocultos, clandestinos, fraudulentos) cuando se afirma que en las actas se impusieron menos firmas de las señaladas por la ley, o que hubo entrega extempóranea de pliegos, aún si tales hechos están demostrados plenamente,

porque tales circunstancias en sí mismas no son constitutivas de una falsedad y, en consecuencia. a menos de que se pruebe un fraude, los aspectos formales y las irregularidades en los mismos no vician los actos electorales, por cuanto el Art. 1 del C.E., impone la aplicación del principio de la eficacia del sufragio. En el presente caso las irregularidades anotadas se plantean como meras omisiones formales y nó como constitutivas en sí mismas de fraude; en consecuencia, no se le puede dar a la norma un efecto que no persigue, pues para el caso en estudio el problema sería de forma y no de fondo.".

3.- Se alega, por otra parte, "...la falsedad de las firmas de los jurados de votación y se solicita el cotejo buscando demostrar que tales rúbricas son falsas, ...", lo cual no se demostró porque aunque se solicitó y decretó la prueba grafológica, el dictamen no fue allegado " en forma oportuna por lo cual no puede ser tomada en cuenta..." la prueba. Consecuencia de lo anterior es que el cargo debe "..despacharse desfavorablemente".

En el proceso 2636 se alega la causal de nulidad de que trata el numeral 11 del artículo 17 de la ley 62 de 1988, es decir, porque hubo violencia sobre los escrutadores.

Entendida la violencia a la que se refiere esa causal como "...aquella que impide los escrutinios en tal forma que se dan las consecuencias que la misma norma menciona", no existe prueba de que tal cosa ocurriera, pues de los testimonios y del informe de la Policía sobre los acontecimientos no es posible deducir que la causal se configuró. Además, "...los pliegos entregados terminan por convencer a la Fiscalía de que los escrutadores cumplieron con su cometido ". Consecuentemente, el cargo "...debe ser despachado negativamente.".

5.- En este mismo proceso 2636 se afirma en la demanda que la entrega de pliegos fue extempóranea. Al respecto, se remite el concepto a los argumentos anteriormente expuestos en el mismo sobre la misma materia tratada al hacer referencia a los cargos formulados en la demanda que dió origen al proceso 2634 opina que el cargo no debe prosperar.

6.- Se refiere el concepto al cargo de nulidad por virtud de las inhabilidades previstas en los literales c) y d) del artículo 5o. de la ley 78 de 1986, cargo que aparece formulado en las demandas que dieron origen a los procesos acumulados 2630, 2633 y 2636.

Al respecto, opina la señora Fiscal que la H. Corte Suprema de Justicia ya se pronunció cuando en la sentencia de control constitucional declaró exequible la parte pertinente de la precitada ley 78.

Entendió la mencionada Corporación que la inhabilidad se da "...mientras esté vigente la condena a pena privativa de la libertad, y entiende por vigente las no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales y no

extinguidas, ...". Este criterio ha sido acogido por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Es más, dicha sección entiende que la inhabilidad se da "...por la existencia de la pena privativa de la libertad como principal, y no por la condena a penas accesorias...".

En el caso en estudio esta demostrado que contra el Alcalde elegido "...se dictó una condena principal, privativa de la libertad; que los efectos de la sentencia se suspendieron durante el período de prueba; que la sentencia condenatoria quedó ejecutoriada el 27 de agosto de 1987; por lo cual a partir de tal fecha comienza a contarse el período de prueba durante el cual está vigente la inhabilidad...". También esta vigente la pena accesoria de interdicción puesto que su ejecución está suspendida. Por consiguiente, prospera el cargo y debe declararse la nulidad del acto declaratorio de la elección.

Como a tenor del artículo 29 de la Ley 78 de 1986 el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las demandas de nulidad sobres la elección de Alcaldes y, de otra parte, se observa que la actuación procesal no hay motivo que dé lugar a decretar la nulidad de lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia en este proceso, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1.- Motivos de inconformidad de la parte demandada

a.- Se declare terminado el proceso por abandono y se ordene el archivo del expediente porque aunque en los procesos Nos. 2634 y 2633 los actores "...demandaron nulidad de actas de escrutinios de muchas mesas de votación, demandas estas que conducen inexorablemente a que se ordene en la sentencia, al prosperar sus pretensiones, que se practique, **UN NUEVO ESCRUTINIO**,..." el A-quo omitió a dar aplicación a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., toda vez que no ordenó las notificaciones allí previstas.

Observa la Sala que, ciertamente, como lo anota el demandado recurrente, no se dispuso en los mencionados expedientes notificar el auto admisorio de la demanda conforme a lo que dispone el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., pero también observa que en ambos procesos (fl.218, Expediente 2533 y fl. 132 , Expediente 2634) se ordenó la notificación personal al doctor José Ignacio Vives Echeverría, como demandado. En efecto: en el literal c) de la parte resolutiva del auto admisorio de la demanda proferido en el proceso 2633 el 1 de junio de 1990, se dijo: "c. Notifíquese personalmente al doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA; o por edicto, conforme al numeral 3o. del artículo 233 del C.C.A., ...". Y en el auto pronunciado el 21 de junio de 1990 en el proceso 2634 se dispuso en su parte resolutiva: "3.- Notifíquese personalmente, como demandado, al doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA; o, en su defecto, por edicto que se fijará en la Secretaría por el término de tres (3) días, ...". Y en el numeral 5 del mismo auto se dijo: "aún cuando en la demanda se pide la práctica de un nuevo

escrutinio, pero "únicamente para la elección de Alcalde Municipal de la ciudad de Santa Marta", como quiera que el elegido por el acto cuya nulidad se pretende fue uno solo, el doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, en este caso no se harán las notificaciones previstas en el inciso segundo del numeral 4 del artículo 2233 del C.C.A".

Ya en varias oportunidades esta Sala ha expresado que la forma de la notificación indicada por el segundo inciso del numeral 4 del artículo 233 del C.C.A., tiene por objeto enterar de la existencia del auto admisorio de la demanda a los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, por ser todos ellos demandados, de manera que cuando la pretensión va encaminada a obtener la nulidad de un acto declaratorio de elección de un sólo ciudadano, caso de la elección de los Alcaldes Municipales, la notificación debe hacerse de la manera que ordena el numeral 3o. del mismo artículo, pues la impugnación de los actos declaratorios de elección de alcaldes afecta exclusivamente al elegido; a contrario sensu, cuando la demandas pretende la nulidad de acto declaratorio de la elección de varios ciudadanos, todos ellos pueden resultar afectados y deben ser notificados, notificación que el Legislador considero no debía hacerse personalmente para evitar la demora en el trámite del proceso electoral que, conforme a la filosofía contenida en la preceptiva del Capítulo IV del Título XXVI del C.C.A., debe decidir el derecho oportunamente para no hacer nugatoria la finalidad que persigue la acción pública electoral y el derecho del o los elegidos cuya elección ha sido demandada, a que se les defina oportunamente su situación electoral sub-judice.

Y como la notificación del auto admisorio de la demanda tiene por objeto brindar al demandado, y a quienes resultaren afectados con la decisión judicial, la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción en garantía del derecho de defensa que consagra la Constitución Nacional, al efecto es suficiente que esa finalidad se cumpla, que lo que precisamente ocurrió en los procesos acumulados que hoy examina la Sala. En efecto: En el proceso 2630 la notificación personal al doctor José Ignacio Vives Echeverría se surtió el 15 de junio de 1990; en el proceso 2633 la notificación personal tuvo lugar el 7 de junio de 1990 cuando el mismo demandado en escrito que obra a los folios 227 a 246 manifestó "...me doy por notificado del auto proferido en este proceso el día 1 de junio de 1990 por medio del cual se admitió la demanda ..."; en el proceso 2634 como no fue posible la notificación personal ni compareció "...no obstante haber sido emplazado en forma legal", se le nombro curador ad-litem el 10 de julio de 1990. En la misma fecha el doctor Vives Echeverría otorgó poder para hacerse parte. Y en el proceso 2636 la demanda le fue notificada personalmente el 25 de julio de 1990.

En todos los procesos consta que el demandado no solamente contestó cada una de las demandas sino que ejercitó a plenitud su derecho de defensa, como que pidió pruebas e hizo uso de recursos y otros medios de defensa hasta finalmente, impugnar la sentencia de primera instancia.

Lo expuesto es suficiente para concluir que no hay lugar a declarar la terminación de los procesos por abandono ni a ordenar su archivo.

b.- En el proceso 2634 se pidió la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 001 y 002 del 25 de marzo de 1990 y 003 del 26 de marzo del mismo año, por medio de las cuales la Comisión Escrutadora declaró la prosperidad de reclamaciones hechas con base en la causal 7a. del artículo 192 del Código Electoral. a lo cual accedió el A-quo no obstante que la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia electoral está circunscrita a "..decretar nulidades de actas de escrutinio y no de **actos administrativos** -salvo únicamente el acto que declara la elección que precisamente se demanda". Menos aún tiene competencia para ordenar nuevos escrutinios "...para INCLUIR votos que no existieron, que no tuvieron vida jurídica, pues al haberse excluído de los escrutinios auxiliares y municipales por haber prosperado contra dichas actas "reclamaciones" previstas en el artículo 192 del Código Electoral, tales registros o votos o cómputos, al resultar excluidos en le proceso de los escrutinios administrativos -resulta que nunca existieron- y mal puede revivirse o convalidarse posteriormente por el contencioso electoral en un especie de "reparación del posible daño" que denegaría la acción de nulidad electoral en una acción de restablecimiento del derecho propia de la órbita privada..." y no de la acción pública electoral que puede intentar cualquier ciudadano. Además, la causal 7a. de reclamación del artículo 192 del Código Electoral no lo es de nulidad con base en la acción pública electoral, pues esta acción solamente puede intentarse por las causales de anulación propias del proceso electoral contenidas en el artículo 233 del C.C.A.. En consecuencia, deberá revocarse la sentencia apelada en cuanto anuló las citadas Resoluciones de la Comisión Escrutadora.

Al examinar la Sala la sentencia apelada, encuentra que el A-quo halló del análisis de los testimonios de los ciudadanos José Perez Irigio, Orlando Vives Campo, Alfonso López Carrascal, Juan Bautista Lopesierra y Alvaro Ordoñez, así como el contenido de los informes dados por el comandante del Batallón No. 5 Córdova, por un detective de la Sección de Inteligencia del DAS y por el Comandante de Policía del departamento del Magdalena, "...que la entrega de pliegos para ser introducidos en el arca triclave, estuvo malograda de manera irresistible para algunos jurados..... que imposibilitaron la oportuna entrega de todos los registros", hecho "...que fue ajeno a los jurados y por supuesto a los electores cuya voluntad debe ser respetada".

Como la Comisión Escrutadora encontró justificada la extemporaneidad en la entrega de los pliegos electorales, "...dispuso contabilizar las mesas 46, 80 y 11 del puesto 2 de la zona 1 y las mesas 13 y 14 del Puesto 5 de la Zona 2, pero no hizo igual cosa respecto de las mesas 11, 12, 16, y 21 del Puesto 1 de la Zona 1 y 30, 45, 59, 84, 11 y 115 del Puesto 2 de la Zona 1", no obstante estar cobijadas por la misma situación fáctica puesto que estaban instaladas en la misma Zona donde se produjeron los disturbios.

Esa manera de proceder de la Comisión Escrutadora Municipal, a juicio del A-quo "...desconoció la disposición constitucional (art. 171) que reconoce a todos los ciudadanos el derecho de elegir libre y directamente a sus representantes" así como el artículo 2o. del Código Electoral, pues dicha Comisión "...frente a unos mismos hechos.....aplicó criterios diferentes para contabilizar en unos casos sí y en otros no, según el interés prevalente, los resultados de los escrutinios de las mesas de votación", desconociendo así, por una inaceptable parcialidad el derecho de los ciudadanos a elegir.

Al respecto, la Sala encuentra conveniente reiterar una vez más que la acción pública electoral da origen a un proceso contencioso de anulación de actos de corporaciones electorales mediante la declaratoria de nulidad de "...actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral" únicamente por las causales de nulidad descritas en el artículo 233 del C.C.A. Con otras palabras: la Jurisdicción Contencioso Administrativa solamente puede decretar la nulidad de actos declaratorios de elección de toda corporación electoral y de actas de escrutinio de los jurados de votación por las causales de nulidad del citado artículo 233 del C.C.A.

El cargo formulado por los demandantes en el proceso 2634 para obtener la nulidad de las mencionadas Resoluciones de la Comisión Escrutadora Municipal de Santa Marta, no está basado en ninguna de las causales de nulidad prementadas, por manera que no puede producir el efecto pretendido. En cambio, los hechos que motivaron el pronunciamiento de las tantas veces mencionadas Resoluciones Nos. 02 y 03, anuladas por el A-quo, son causal de reclamación a tenor del artículo 192,7 del C.E., que lo fue de nulidad por virtud de la acción pública electoral hasta cuando entro en vigencia la Ley 62 de 1988, cuyo artículo 17 eliminó las causales de reclamación como motivos de nulidad en el contencioso electoral.

Por las razones anteriores prospera este motivo de inconformidad aducido por el demandado recurrente, y la Sala habrá de revocar el punto 3 de la sentencia.

c.- En la demanda se pide la declaratoria de nulidad del acta parcial de escrutinio en la cual se declaró elegido "...Alcalde Municipal de Santa Marta" al doctor José Ignacio Vives Echeverría, y como éste en verdad fue declarado elegido "Alcalde Mayor del Distrito Turístico, Cultural, e Histórico de Santa Marta", creado por el acto Legislativo No. 03 de 29 de diciembre de 1989, el A-quo carecía de competencia para pronunciarse sobre la pretensión, pues la justicia administrativa es una justicia rogada que obliga al juez a fallar exclusivamente conforme a lo pedido en la demanda, es decir, que no puede fallar ultra ni extra petita.

Sobre este tópico, como bien lo anota la Fiscal Colaboradora en su concepto de fondo, en la demanda se determina con toda precisión el acto

demandado, que es el que declaró elegido el doctor José Ignacio Vives Echeverría como Alcalde, por manera que no es posible aceptar una ineptitud de la demanda.

No prospera, en consecuencia, la inconformidad del recurrente.

d.- se pretende la nulidad del acto demandado, con base en la causal 2o. de nulidad del artículo 223 del C.C.A., aduciendo que las actas de escrutinio de los jurados de votación carecen de menos de tres firmas, circunstancia esta que los hace apócrifos, supuestos o fingidos, lo cual en verdad va más allá de los alcances que a esta causal de nulidad ha dado la Jurisprudencia. En cambio, como se trata de la causal de reclamación 3a. del articulo 192 del Código Electoral, no es posible atender la pretensión del demandante a la luz del artículo 223 del C.C.A, pues el motivo alegado para la formulación del cargo no tipifica causal de nulidad.

De la lectura de la sentencia es evidente que el A-quo no accedió a decretar la nulidad del acto demandado con base en la causal de reclamación de que trata el citado artículo 192,3 del Código Electoral, precisamente porque ese motivo de reclamación "...no constituye causal de nulidad pues las causales de reclamación dejaron de serlo de nulidad...", como textualmente aparece expresado en la sentencia (fl.231, Expediente 2630).

e.- En cuanto al cargo de nulidad del acto demandado, con base en la causal 2a. del artículo 223 del C.C.A., porque las firmas de los jurados de votación sean falsas, no existe demostración alguna del hecho, toda vez que aunque ". . . . la peritación. . . . ", ".... fue pedida por los demandantes y decretada como prueba, el dictamen no llegó oportunamente, por lo que carece"... de toda validez probatoria, pues en relación con el no se cumplió la "contradicción del dictamen" señalada en el artículo 238 del C. de P. Civil ..." Tampoco tiene valor probatorio como informe técnico a tenor del artículo 234 ibídem. Y como a tenor del artículo 251 del C.C.A. en la segunda instancia no hay lugar a la reapertura del término probatorio, el cargo debe desestimarse"...denegándose las pretensiones por falsedad o apocrifidad".

Con relación a este cargo, la Sala observa que el A-quo al proferir sentencia negó la prosperidad del cargo porque el proceso "... carece de la prueba técnica que permita dilucidar qué registros son auténticos y cuáles apócrifos....., lo cual impide acceder a las pretensiones de nulidad de los actores proponentes, quienes no incorporaron en la oportunidad legal los elementos de juicio que demostraran los hechos que servían de fundamento a sus peticiones, alegados por ellos".

Ciertamente, en la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia esta pretensión fue negada junto con otras en el punto 5o.

La misma afirmación cabe hacer respecto de la petición contenida en el

proceso 2636 en el cual, según el demandado recurrente, se "...acusa de nulidad una serie de actas de escrutinio de los jurados de votación de Santa Marta con fundamento en las causales 1a. y 2a. del artículo 233 del Código Contencioso Administrativo".

Evidentemente, como lo pone de presente este recurrente, aunque el demandante pidió como prueba un informe técnico de peritos grafólogos del DAS, la prueba no fue incorporada al proceso y, por consiguiente, no prospera la demanda en este punto, como sí se dijo y decidió en la sentencia de primera instancia.

Y en cuanto al cargo con base en la causal 1a., afirma el recurrente, la prueba allegada no tiene "... la entidad como para producir consecuencias en los registros acusados en este proceso.

Pues bien, encuentra la Sala que este cargo tampoco prosperó en la primera instancia toda vez que en la sentencia, punto 5o. de la parte resolutiva, se negó esta súplica junto con otras.

f.- Causal de inhabilidad

Sostiene el demandado recurrente que la inhabilidad de que trata el literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 no tiene carácter de inhabilidad por indignidad porque no está consagrada en la Constitución y en la ley con esa connotación. Tampoco, conforme a los postulados que informan el régimen penal colombiano, las inhabilidades son "„vitalicias o intemporales, pues en Colombia no existe la pena perpetua, ni hay penas irredimibles ni vitalicias". Las inhabilidades provenientes de condena o pena privativa de la libertad y de pena de interdicción judicial no tienen rango constitucional porque no provienen del Acto Legislativo No. 1 de 1986 sino de la Ley 78 del mismo año, reglamentaria de aquel, Ley que entró en vigencia a partir de la fecha de su pro mulgación el 8 de enero de 1987.

Como los hechos que dieron lugar a la sanción penal impuesta al doctor Vives Echeverría sucedieron el 4 de enero de 1979, cuando "... ni siquiera se había establecido en Colombia la elección popular de alcaldes", la inhabilidad que ahora se le aplica no es otra cosa que una sanción penal adicional por los mismos hechos que originaron la sentencia penal que se le impuso,' sentencia que está suspendida en su ejecución, lo que significa darle "... a la ley sancionatoria, desfavorable o restrictiva un insólito efecto retroactivo que está' expresamente prohibido no sólo por el artículo 26 de la Constitución Política sino también por los artículos 6o. del CODIGO PENAL y 5o. del CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, que sin duda alguna disponen como principio de favorabilidad..." la ley permisiva o favorable frente a la restrictiva o desfavorable, principio aplicable a quienes también estén condenados. Es decir, que las leyes rigen hacia el futuro

a partir de la fecha de su promulgación y excepcionalmente de manera retroactiva en cuanto sea favorable nunca en lo desfavorable.

Según sentencia de la Corte Suprema de Justicia de noviembre 9 de 1943, sostiene el recurrente, la ley puede aplicarse con efectos retroactivos cuando expresamente así se dispone en ella, por lo que no cabe la interpretación retroactiva para la aplicación del literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, en la cual no se contempla la aplicación retroactiva, ni es posible aceptar que una ley produzca efectos desfavorables por analogía, lo que ocurrió con el A-quo al proferir la sentencia . Insiste en que la Ley 78 citada "... contempla la vigencia hacia el futuro para quienes hayan sido llamados a juicio o condenados a partir de su promulgación", como ocurre con las inhabilidades para cargos de la Rama Jurisdiccional. Como para cuando se produjo la sentencia que condenó al doctor Vives Echeverría -22 de febrero de 1985 - no existía la causal de inhabilidad, como si existían las indicadas en los artículo 94, 115, 133 y 185 de la Constitución Nacional, no es posible darle a la mencionada Ley efecto retroactivo. Hacerlo implica un cambio de legislación que contraría el interés social en cuanto al respecto y confianza de la estabilidad de la legalidad y desde el punto de vista moral en cuanto a que la nueva ley desconozca derechos adquiridos y menoscabe situaciones y posiciones de los particulares.

En relación con este motivo de inconformidad del demandado recurrente frente a la aplicación del literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, la Sala recuerda que en varias oportunidades ha tratado esa materia concluyendo siempre que, conforme al criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de junio de 1988, que precisamente declaró exequible el citado literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, la inhabilidad tiene por objeto preservar principios de ética social a fin de que "... el ciudadano que aspire al cargo de Alcalde, guarde una conducta irreprochable más aún cuando se cuestiona con tanta frecuencia el reducido nivel moral que en ocasiones caracteriza el ejercicio de la administración pública". Es decir, que la ley considera indigno de ser alcalde a quien al momento de la elección ha sido condenado a pena privativa de la libertad por delito o delitos no políticos. Se trata, como lo pone de presente la Corte Suprema en la citada sentencia "...de preservar la dignidad de las investiduras públicas en uno de los cargos de elección popular", que no es otra la filosofía que tuvo en mente el Legislador al establecer la inhabilidad.

Igualmente, esta Sala ha compartido el criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia, en el sentido de que la inhabilidad de que trata el literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, ".... , debe predicarse sólo de aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales y no extinguidas", sobre la base de que las penas no pueden tener efectos intemporales, frente a las cuales operan fenómenos como la prescripcion, la rehabilitación y la extinción. Por manera que en ejercicio del control constitucional la Corte encontró que el literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 no viola "... los artículos 14, 18, 16, 28, y 55 de la Constitución Nacional".

En el caso concreto que hoy ocupa la atención de la Sala, resulta que el momento de la elección del doctor Vives Echeverria como Alcalde de Santa Marta -11 de marzo de 1990- , este no podía ser elegido ni designado para dicho cargo por estar inhabilitado por virtud de condena a pena privativa de la libertad por delito no político, impuesta mediante sentencia proferida por el Juzgado 17 Superior de Bogotá, el 22 de febrero de 1985, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 22 de agosto de 1986 y no casado por virtud de sentencia pronunciada el 25 de agosto de 1987, hecho probado documentalmente en el proceso y ampliamente aceptado por del demandado recurrente.

Ahora bien, es cierto que la sentencia condenatoria le impuso las penas principal de tres (3) años de prisión y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal, pena principal que no se ha ejecutado por la aplicación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional. Sin embargo, este beneficio como bien se puso de presente en auto pronunciado el 6 de abril de 1989 en el proceso radicado en esta Sección Quinta del Consejo de :Estado bajo el número 0284, "... la suspensión de la ejecución de la sentencia no produce el agotamiento del ministerio punitivo ni constituye causa que ponga fin a la persecución penal".

Así las cosas, es verdad comprobada que la sentencia impuesta de la manera anotada al doctor Vives Echeverría no ha producido el agotamiento del Ministerio punitivo y continuará vigente hasta el vencimiento de los cinco (5) años del periodo de prueba que empezó a correr el 9 de septiembre de 1987, fecha de la ejecutoria de la sentencia, a menos que el condenado infrinja las condiciones impuestas para la suspensión de le ejecución de la sentencia, en cuyo caso esta se hará efectiva en su totalidad mediante el encarcelamiento del condenado por el término de la condena.

Como desde cuando quedó en firme la sentencia condenatoria -9 de septiembre de 1987- hasta el 11 de marzo de 1990, fecha de la elección del doctor Vives Echeverría como Alcalde, tan solo habían transcurrido dos (2) años, seis (6) meses y catorce (14) días de los cinco (5) años de periodo de prueba, resulta obvio que por virtud de lo dispuesto en le literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, estaba inhabilitado para esa elección, por lo cual la Sala comparte la decisión que al respecto adoptó el A-quo en la sentencia objeto del recurso de apelación y así la confirmará.

g.- El apoderado del demandado recurrente sostiene que el A-quo aplicó el artículo 5o, literal c) de la Ley 78 de 1986 con efectos retroactivos, infringiendo con esa decisión claras disposiciones constitucionales, y legales, según las cuales en materia penal es posible aplicar retroactivamente las leyes pero única y exclusivamente por virtud del principio de la favorabilidad.

Al tratar este motivo de inconformidad, la Sala entiende que a la precitada norma que estableció la inhabilidad no se la puede catalogar entre aquellas leyes

de carácter puramente penal o punitivo para sancionar delitos, que tienen implícita o explícitamente inserto el principio de la favorabilidad con la connotación y alcances de lo previsto en el artículo 6o. del Código Penal en concordancia con la preceptiva de los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional, entre otras razones porque el principio de la favorabilidad que predica el Código Penal tiene su ámbito de aplicación en el proceso penal, en el cual la ley permisiva o favorable, así sea posterior al hecho imputado "....se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...." (art. 5o. del C. de P.P.).

La Ley 78 de 1986 fue expedida atendiendo el mandato contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 1986, que elevó a canon constitucional la elección popular de alcaldes. En efecto, allí se dispuso que la ley "... determinara las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los alcaldes, fecha de posesión, ..."

Indudablemente la precitada Ley no tiene el contenido penal o punitivo que pretende el recurrente, porque se trata de una disposición que desarrolla una materia constitucional atinente única y exclusivamente al ámbito regulador de la elección de alcaldes por la vía del voto popular conforme al derecho consagrado en el artículo 171 de la Constitución Nacional, Se aplica exclusivamente al proceso electoral a seguirse para la elección de alcaldes por el voto popular, y, en el proceso contencioso electoral en cuanto consagra causales de nulidad de la elección. Y como bien lo expresó la Corte Suprema de Justicia en su citada sentencia de 9 de junio de 1988 que, se repite, declaró exequible el literal c) del artículo 5o. de la precitada Ley 78, la inhabilidad "...consiste en que se prohibe a la persona que haya sido llamada a juicio o condenada a pena privativa de la libertad por delitos distintos de los políticos..... ya que se trata de preservar la dignidad de las investiduras públicas en uno de los cargos de elección popular. Así ha regulado el constituyente esta materia cuando se trata de las inhabilidades para ser elegido como Presidente de la República (artículo 15), Senador (artículo 94), Representante (artículo 100), Ministro (artículo 133). y diputado (artículo 188). Además la inhabilidad señala está dirigida a preservar determinados principios de ética social puesto que quiere el Legislador que el ciudadano que aspire al cargo de alcalde guarde una conducta irreprochable, más aún cuando se cuestiona con tanta frecuencia el reducido nivel moral que en ocasiones caracteriza el ejercicio de la administración pública".

La realidad probatoria coincide en este proceso con la intención que la Constitución y la Ley 78 contienen, en la forma anotada por la Corte Suprema en la sentencia de exequibilidad, por manera que no puede aceptarse la inconformidad del recurrente consistente en la aplicación indebida del literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986. Está demostrado en autos que para el 11 de marzo de 1990 estaba vigente la sentencia condenatoria que impuso al doctor José Ignacio Vives Echeverria una pena privativa de la libertad como responsable de un delito no político, y que la Ley 78 de 1986, en cuanto al literal c) de su artículo 5o., está vigente y debe ser aplicada, que es lo que hizo el A-quo.

h).- Luego de mencionar el apoderado del demandado recurrente las cuatro (4) clases de rehabilitación -judicial, legal, constitucional y administrativa - se refiere de manera concreta a esta última consagrada en el artículo 205 de la Ley 28 de 1979 e incluida para efectos electorales en el artículo 71 del C.C.A., la cual debe operar ipso jure al cumplirse el tiempo por el cual se impuso como pena, que obtendrá el interesado mediante solicitud al Registrador Municipal del domicilio del interdicto. Y precisamente el doctor Vives Echeverría acogiéndose a la norma legal en cita obtuvo del Registrador Auxiliar de la Zona 1 de Santa Marta la expedición de la Resolución No,. 001 de febrero 28 de 1990, por medio de la cual se le concedió el disfrute de los derechos políticos de ciudadano conforme al artículo 15 de la Constitución Nacional. Con anterioridad el Registrador Nacional del Estado Civil mediante Resolución No. 159 de febrero 2 de 1989 dió de alta en el censo electoral la cédula de ciudadanía del doctor Vives Echeverría, cédula que había sido dada de baja conforme a lo dispuesto en la Resolución No. 1242 de 1988 signada por el mismo funcionario.

Aunque las mencionadas Resoluciones obran como pruebas en los expedientes acumulados, en la sentencia apelada el Tribunal no las analizó, no obstante tratarse de actos administrativos vigentes, pues no han sido revocados, ni anulados, ni suspendidos por autoridad competente por lo que opera respecto de ellos la presunción de legalidad. Sin embargo, tales pruebas debieron ser tenidas en cuenta como demostración de la rehabilitación del demandado "... para ejercer la plenitud de sus derechos ciudadanos para elegir o ser elegido", lo que no ocurrió puesto que no fueron analizados por el A-quo.

Sobre este motivo de inconformidad alegado por el demandado recurrente, la Sala anota:

Ante todo es necesario advertir que el artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 consagra como motivos de inhabilidad para ser elegido alcalde, e independientes uno del otro, el haber sido condenado a pena privativa de la libertad y el hallarse en interdicción judicial, al momento de la elección. No es posible, en consecuencia, pretender como lo hace el recurrente que la inhabilidad de que trata el literal d) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 anule la causal de inhabilidad del literal c) del mismo artículo, sobre la base de que la autoridad administrativa electoral mediante un acto administrativo rehabilitó al doctor Vives Echeverría "... en la plenitud de sus derechos y funciones publicas" para que el peticionario "disfrute de la plenitud y sus derechos políticos de ciudadano conforme al artículo 15 de la Constitución Política" (entrecomillado de texto tomado de la Resolución 001 de febrero 28 de 1990 del Registrador Auxiliar de Santa Marta). Lo anterior porque una es la inhabilidad generada en el hecho de haber sido "....condenado a pena privativa de la libertad..." y, otra bien distinta la originada en el hecho de hallarse el candidato en estado de "interdicción judicial", especialmente en el caso concreto que hoy estudia la Sala, porque la pena "... a la interdicción de los derechos y funciones publicas.." fue impuesta como pena accesoria a la principal

de prisión, y no es posible aceptar, en este caso, que lo accesorio enerve lo principal siendo que en el citado artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, ambas inhabilidades existen de manera independiente y operan separadamente.

Del estudio de la prueba se tiene que en la sentencia de primera instancia el doctor Vives Echeverría fue condenado "... a la interdicción de los derechos y las funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal...", es decir, durante tres (3) años que es el periodo señalado para aquella y en la misma sentencia, punto III) de su parte resolutiva, se dispuso:

> 'SUSPENDER por un periodo de prueba de cinco (5) años el cumplimiento de esta sentencia de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia, pues los condenados se hacen acreedores al subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

La Sala encuentra que si el doctor Vives Echeverría fue condenado a pena accesoria de interdicción de los derechos y funciones públicas "... por un periodo igual al de la pena principal....", periodo que es de tres (3) años y, de otra parte, el cumplimiento de la sentencia fue suspendido "... por un periodo de prueba de cinco (5) años ...", la ejecución tanto de la pena principal como de la accesoria, no se ha llevado a cabo,, con la consecuencia innegable de que la Registraduría Nacional del Estado Civil por sustracción de materia no podía dar de baja la cédula de ciudadanía del doctor Vives Echeverría y demás personas condenadas en la misma sentencia judicial con él. Por la misma razón el Registrador Auxiliar de Santa Marta no podía rehabilitar al doctor Vives Echevarría en sus derechos y funciones públicas.

Así las cosas, las mencionadas Resoluciones de las autoridades administrativas electorales no pueden ser obice para que en un proceso de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, se defina la legalidad de la elección popular de un alcalde a la luz de una inhabilidad de carácter legal y sobre la base de prueba aportada al proceso de manera regular y ampliamente controvertida por virtud de la garantía del principio de la contradicción. En su derecho estuvo el A-quo de dar a las pruebas el valor que éstas tienen tanto en su aspecto formal procesal cuanto en su contenido y en relación con el punto debatido en el proceso judicial. Si, como ya se dijo, legalmente no era posible ejecutar las penas impuestas en la sentencia pronunciada por el Juzgado 17 Superior de Bogotá, porque la ejecución de la sentencia fué suspendida ".... por un periodo de prueba de cinco (5) años....", no se ve como habría lugar a disponer el levantamiento de le ejecución de la pena accesoria, cuya ejecución no es posible por estar suspendida en virtud de la aplicación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

No prospera tampoco la impugnación del demandado recurrente en este sentido.

2.- Los demandantes en los procesos 2633 y 2634 de la radicación del Tribunal del Magdalena apelaron la sentencia de primera instancia, de una parte porque aunque el A-quo ordenó realizar un nuevo escrutinio no ordenó la exclusión de los votos depositados en favor del candidato inhabilitado cuya elección anula y, en segundo lugar, porque entre las pretensiones denegadas en el punto 5 de la parte resolutiva se denegó la anulación de las actas de las siguientes mesas: 16,21,79 y 130 de la Zona 1, puesto 1 (Parque de Bolívar) y 2 , 9 y 23 de la Zona 2, puesto 2 (Los Almendros) y 17, Zona 2, Puesto 4 (Concentración Rodrigo de Bastidas)

.a.- Respecto del primer motivo de inconformidad, la Sala encuentra que no prosperan por las razones expuestas con anterioridad en esta providencia, en el sentido de que no hay lugar a ordenar nuevo escrutinio por no prosperar los cargos que en las demandas se hicieron con el objeto de obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 02 y 03 de marzo de 1990, por medio de las cuales la Comisión Escrutadora Municipal tramitó reclamaciones elevadas con base en causales del artículo 192 del C.E., causales que a partir de la vigencia de la Ley 62 de 1988, dejaron de ser de nulidad en el proceso electoral originado en el ejercicio de la acción pública electoral.

b.- Del segundo motivo de inconformidad se desprende que los demandantes recurrentes pretenden la declaratoria de nulidad de las actas de escrutinio de los votos depositados en las citadas mesas porque carecen de más de tres (3) firmas de los jurados que debieron suscribirlas, y que siendo tales actas documentos públicos, en el caso en estudio no lo son porque no tiene la firma de quienes debieron otorgarlas, firmas que a tenor del artículo 251 del C. de P.C. es indispensable para darle al documento el carácter de público. Al carecer dichas actas del número mínimo de firmas requeridas conforme a los dispuesto en el Código Electoral los correspondientes registros electorales son falsos o apócrifos, por lo que se da la causal de nulidad de que trata el numeral 2 del artículo 223 del C.C.A.

Sobre este motivo de inconformidad, la Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo observa: ". . . que el fundamento de hecho no encaja en el supuesto normativo ..... no puede hablarse de elementos falsos o apócrifos (términos considerados por la jurisprudencia con sinónimos de ocultos, clandestinos, fraudulentos), cuando se afirma que en las actas se impusieron menos firmas de las señaladas por la ley, o que hubo entrega extemporánea de pliegos, aún si tales hechos están demostrados plenamente, porque tales circunstancias en sí mismas no son constitutivas de una falsedad y, en consecuencia, amenos de que se trata de fraude, los aspectos formales y las irregularidades en los mismos no vician los actos electorales por cuanto el artículo 1o. del Código Electoral impone la aplicación del principio de la eficacia del sufragio...".

La Sala comparte el criterio así expuesto por su distinguida Colaboradora Fiscal, y agrega que, ciertamente, la carencia de firmas en las actas de los jurados

de votación no da a esos documentos la calidad de falsos, ni de supuestos, ni ficticios, ni simulados, ni clandestinos, ni ocultos porque se trata de los formularios E-17. elaborados y entregados por las autoridades administrativas electorales, cuyo valor probatorio para efectos de la declaratoria de elección compete decidir a las autoridades administrativas electorales cuando contra dichas actas se invoca la causal de reclamación prevista en el artículo 192 del Código Electoral, así:

"3a.- Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos.".

La exclusión en el escrutinio general de los votos contabilizados en las actas de escrutinio impugnadas con base en la causal 3a. del artículo 192 del Código Electoral, es la sanción que la ley electoral impone cuando las actas de escrutinio de los jurados de votación carecen de menos de tres (3) firmas, por lo que pretender, como lo hacen los demandantes recurrentes, subsumir ese defecto formal en la causal 2a. del artículo 223 del C.C.A. con miras a obtener a través de un proceso electoral de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa la declaratoria de nulidad, no es posible. La carencia de las firmas no puede aducirse válidamente para hacerle perder a las actas de los jurados la calidad de documento público cuando ya la legislación especial sobre la materia, que lo es el Código Electoral, sanciona el hecho con la exclusión de los votos cuando la reclamación ante las autoridades administrativas electorales prospera. Otra cosa es que no se haga uso del derecho a reclamar o que el resultado de éste contraríe los intereses de las partes que, personalmente o por medio de veedores o representantes, pueden hacerse presentes en la diligencia de escrutinio, diligencia esta que conforme a la preceptiva electoral tiene el carácter de pública.

La jurisdicción contencioso administrativa no tiene competencia para declarar nulidades en materia electoral con base en los motivos o causales de reclamación descritas en el tantas veces citado artículo 192 del Código Electoral porque, como ya se ha puesto de presente, a partir de la vigencia de la Ley 62 de 1988 esas causales dejaron de ser causales de nulidad en procesos electorales de competencia de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado.

c.- Finalmente, respecto del valor probatorio del informe técnico o peritación suscrito por grafólogos del Departamento Administrativo de Seguridad que obra a los folios 237 a 287 del cuaderno principal, que contiene la sentencia proferida para fallar las pretensiones hechas en las demandas que dieron origen a los cuatro (4) procesos acumulados. la Sala considera conveniente afirmar una vez más que esta clase de informes o dictámenes, decretados como pruebas, deben ser aportados a la actuación judicial en la oportunidad procesal apropiada, que en ningún caso puede ser con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia.

No es posible retrotraer las etapas procesales para darle entrada a las

pruebas no aportadas oportunamente, y como se desprende del texto del artículo 251 del C.C.A., en la segunda instancia no hay término probatorio, lo que hace posible darle cabida a las pruebas que debieron ser aportadas oportunamente en la primera instancia. Y para efectos de la garantía del debido proceso resulta improcedente apoyar decisiones judiciales en pruebas que las partes no tuvieron la oportunidad de controvertir. En el caso del informe técnico o peritación incorporado a la actuación con la posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de la primera instancia, por las razones expresadas no se corrió traslado ni podrá ser ya objeto de controversia en la segunda instancia, por manera que no será apreciada para la decisión que aquí se adoptará. En este sentido la Sección Quinta del Consejo de Estado ha tenido ya oportunidad de pronunciarse y en ésta ratifica una vez más su criterio. El proceso electoral está regulado de manera especial en el C.C.A., y de la preceptiva allí consagrada emerge la imperiosa necesidad de definir oportunamente el derecho, a fin de que se dé a plenitud el objeto que persigue la acción pública electoral que es el de tutelar el ejercicio pleno del sufragio y la pureza y efectividad del mismo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

1o. Confírmase el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 28 de febrero de 1991, en el sentido de declarar "...nulo el acto por medio del cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral hicieron la declaratoria de elección del Alcalde Mayor de Santa Marta el 29 de marzo de 1990, para el período 1990-1992, recaída en el doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA por ser él inelegible al estar comprendido dentro de la causal de inhabilidad prevista en el literal c) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 al tener vigente una sentencia condenatoria por delito no político", sentencia que le impuso pena privativa de la libertad.

2o.- Confírmase el punto segundo de la sentencia mencionada en el punto anterior, que ordena "...la cancelación de la credencial expedida al doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, como Alcalde de Santa Marta.".

3o. Revócase el numeral tercero de la sentencia revisada en cuanto declaró nulas "...las Resoluciones Nos. 02 de 25 de marzo de 1990 y 03 de 26 de marzo de 1990 expedidas por la Comisión Escrutadora de Santa Marta en cuanto denegaron la inclusión en el Cómputo (sic) General de Votos para Alcalde Municipal de Santa Marta de los resultados obtenidos en los escrutinios de jurados de las mesas de votación números 11, 12,16 y 21 del Puesto Uno de la Zona Uno; y 30, 45, 59, 84, 111 y 115 del Puesto Dos de la Zona Uno.".

4o. Revócase el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia que

ha quedado mencionada, en cuanto dispuso "...un nuevo escrutinio únicamente para Alcalde de Santa Marta,...".

5o.- Confírmase el numeral quinto de la parte resolutiva de la sentencia revisada, en cuanto niega "...las demás súplicas de las demandas...".

6o. Para los efectos previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986, lo aquí resuelto comuníquese al señor Gobernador del Departamento del Magdalena.

7o.- Notifíquese esta sentencia como lo dispone la ley.
8o. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen,

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la sala en sus sesiones de fechas diecinueve (19), veintiuno (21) y veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara Gonzalez de Barliza, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1991

	Pag.
ALBERTO RINCON	325
ALBERTO RODRIGUEZ PARDO Y OSCAR ARBOLEDA P.	983
ALEJANDRO RUEDA SERBOUSEK	904
ALICIA ROZO DE CUBILLOS Y OTRA	409
ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ	1141
ALMACEN LORD, FONSECA Y VARGAS	537
ALVARO ALFONSO DAVILA REINA	565
AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNACIONAL S.A.	735
ANA MILENA ESCOBAR DE ALVAREZ	217
ANGELINA CASTRO DE DIAZ	55
ANTONIO SANCHEZ NARANJO Y OTRA	138
ARGEMIRO GOMEZ E HIJOS LTDA.	852
ARROCERA LA ESMERALDA LTDA.	719
AURA LIGIA POSADA	110, 335
BANCO CENTRAL HIPOTECARIO	597
BANCO DEL COMERCIO	907
BANCO GANADERO	593
BENEFICENCIA DE BOYACA	314
BENJAMIN BARRERO Y CIA. S. EN C.	784
BORINQUEN LTDA.	604
CARLOS ALFREDO RAMIREZ GUERRERO	614, 707
CARONI LTDA.	953
CERRO MATOSO S.A.	788
COMERCIAL CALZAMUNDO LTDA.	701
COMPAÑIA COLOMBIANA DE ALIMENTOS LACTEOS	663
CONSTRUCTORA BRUGUES & CIA. S.A.	241
CONSTRUCTORA OLCASA LTDA.	673
CORPORACION COLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA DAVIVIENDA	559
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA "COLPATRIA"	877

CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS 620, 631
D. E. DE BOGOTA 1155
DE VIDRIO LTDA. HOY REENFRIO LTDA. 742
DEPARTAMENYTO DEL VALLE DEL CAUCA 1078
DISYTRIBUIDORAS UNIDAS LTDA. 942
DU PONT DE COLOMBIA S.A. 775
EDGAR PEREZ RODRIGUEZ Y OTRA 429
EDGARDO HOYOS VELEZ Y OTRO 1120
EMMA MARGARITA URIBE 837
EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS - ECOPETROL - 268
ENRIQUE DIAZ CORTES Y ALFONSO DURAN PITRE 731
EUDOXIO CESAR PRADO PAREDES 1057
EULOGIO ALFONSO DUARTE 513
FERNANDO GONGORA ARCINIEGAS 650
FERNANDO LANDAZABAL BERNAL Y OTRO 864
FERNANDO LONDOÑO HOYOS 69
FRANCISCO ELADIO GOMEZ 637
GOMEZ CAJIAO Y ASOCIADOS CIA. LTDA. 922
GUADUALITO LTDA. (HOY GUADALITO S.A.) 657
GUILLERMO BENITO VALLEJO AMA 233
GUILLERMO CASTRO 964
HECTOR POLANIA SANCHEZ 1106
HERNAN FRANCISCO ANDRADE SERRANO Y OTROS 1010
HECTOR IVAN MONTOYA SANCHEZ 343
HECTOR MANUEL MOLINA OCAMPO 29
HUGO A. RESTREPO MONTOYA 749
I.B.M. DE COLOMBIA S.A. 589
IBERICA LTDA. 827
INDUSTRIA COLOMBIANA DE CAFE "COLCAFE" 645
INDUSTRIAS CRISAZA Y CIA. C.P.A. 843
INDUSTRIAS PHILLIPS DE COLOMBIA S.A. 571
INDUSTRIAS QUIMICAS Y PETROLERAS "INDUPETROL LTDA" 937
INELECTRA LTDA. 460
INSTITUTO METROPOLITANO DE VALORIZACION DE MEDELLIN 899
INVERSIONES DELTA BOLIVAR COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A. 685
INVERSIONES HOLGUIN HURTADO Y CIA. S. EN C. 821
INVERSIONES METROPOLIS LTDA. 916
JAIME GOMEZ A. & CIA. LTDA. 582
JAIME GONZALEZ BENDIKSEN 798
JAIME OSORIO RIOS 128
JAIRO GODOY ROA 41
JESUS ROA BONILLA 20
JOAQUIN AARON MANJARRES 770
JOSE GUILLERMO CASTRO CASTRO 1001

JOSE DOLORES GIRALDO DUQUE 1070
JOSE MAXIMO LOPEZ 359
JUAN GUILLERMO ANGEL MEJIA 930
JUSTO PASTOR TORRES VELANDIA 576
LA NACION 926, 1042
LA SULTANA LTDA. 781
LABORATORIO FRANCO COLOMBIANO "LAFRANCOL" S.A. 812
LIGIA SARMIENTO DE PEÑA 871
LUCIA MORENO VILLEGAS Y OTRO 80
LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA 1101
LUIS CLAVER PEREZ MONTOYA 1048
LUIS MARIO DUQUE 553, 861
LLOREDA GRASAS S.A. 752
MANUEL AGUDELO ROMERO Y OTRO 321
MANUEL SALVADOR GALLEGO MARIN 88
MARGARITA ZAPATA Y OTROS 226
MARLENE BARRIOS BARRIOS 1172
MARTHA ORTIZ GALLEGO 375
NELSON ROA -DISNAELECTRICOS- 276
NICOLAS BADRAN CASTRO 1115
OCTAVIO POTES Y OTROS 72
OFELIA ADARVE GOMEZ Y OTROS 11
OMAR EDGAR BORJA SOTO Y OTROS 1159
OSWALDO RAFAEL HERNANDEZ MINDIOLA 1193
OTONIEL VARELA ARIAS 213
PLANTA TERMINAL DE DISTRIBUCION DE PRODUCTOS DE PETROLEO S.A. 763
PROMIGAS S.A. 544
RICARDO CUERVO PEÑUELA 1084
RICARDO ANTONIO SERNA RUIZ 518
SIDERURGICA DEL MUÑA S.A. 609
SOCIEDAD AUTOSUBARU LTDA. 832
SOCIEDAD MARINA MORA DE ECHEVERRI Y CIA. LTDA. 960
SOCIEDAD SANTA FE PETROLEUM SERVICE AND SUPPLY CORP. 758
SOCIEDAD SIGA LTDA. 893
TARGELIA ARCOS DE MUÑOZ Y OTRO 61
TEJIDOS UNICA S.A. 948
VICENTE RUIZ MEDINA Y OTRA 390
VICTOR EMILIO CARDONA PINILLA 1176
VIMODERNAS S.A. 974
VIRGILIO CILIBERTI 304
VIRGINIA DE LOS ANGELES AMAYA V. DE DIAZ Y OTROS 402

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1991

INDICE TEMATICO

SECCION TERCERA

TEMA **PAG. No.**

A

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 233
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Diferencias 321
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Procedencia 128
ACCION DE REPARACION DIRECTA 20, 55, 321, 390, 402
ACCION DE REPARACION DIRECTA-Improcedencia 233
ACCION INDEMNIZATORIA 146
ACTIVIDAD PELIGROSA 217
ACTO ADMINISTRATIVO 55
ACTO ADMINISTRATIVO-Ejecución 233
ACTO CONTRACTUAL 145
ACTO SEPARABLE-Inexistencia 145
ACUMULACION CONDICIONAL DE PRETENSIONES 41
ADJUDICACION DEL CONTRATO 304
ADJUDICACION DEL CONTRATO- Inconveniencia 304

TEMA	PAG. No.
AUTORIDAD DE TRANSITO	29
C	
CADUCIDAD	20, 80, 321, 390, 402
CADUCIDAD DEL CONTRATO	41
COMPETENCIA	69, 217, 241
COMPETENCIA FUNCIONAL	513
CONSEJO DE ESTADO	69
CONSULTA-Requisitos	314
CONTRATO ADICIONAL-Plazo	145
CONTRATO ADMINISTRATIVO	276
CONTRATO ADMINISTRATIVO-Incumplimiento	41
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	41, 145
D	
DEMANDA-Corrección	80
DEMANDA-Requisitos	41
DICTAMEN PERICIAL-Objeción	146, 276
DOCUMENTO PRIVADO	80
E	
EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO	41, 459
ERROR GRAVE	146, 276
ESTADO CIVIL	110
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (Salvamento de voto)	261
EXCEPCIONES PREVIAS-Trámite	268
EXPLOTACION DE MINAS	138
EXTINCION DEL DOMINIO	138
F	
FALLA DE SERVICIO	359
FALLA DEL SERVICIO ADUANERO	390
FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA	217

TEMA	PAG. No.
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA	29
FALLA DEL SERVICIO DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS	409
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO	88, 110, 343, 518
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA	61
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Vehículo oficial	359
FALLA DEL SERVICIO PUBLICO-Inundación	375
FIRMA-Reconocimiento	80
FONDO VIAL NACIONAL	11
FUNDAMENTOS DE DERECHO	41
H	
HECHO NOTORIO	72
HEREDERO- Prueba	110
HIJO EXTRAMATRIMONIAL-Prueba	325
HIJO EXTRAMATRIMONIAL-Prueba (Aclaración de voto)	333
I	
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS	335
IURA NOVIT CURIA	41, 61
J	
JURISDICCION ORDINARIA	217
L	
LAUDO ARBITRAL	241
LEGITIMACION EN LA CAUSA	11
LEGITIMACION POR ACTIVA	110, 325
LEGITIMACION POR ACTIVA (Aclaración de voto)	333
LEGITIMACION POR PASIVA	11
LEGITIMACION PROCESAL	80
LESION RESARCIBLE	429
LEY DE FACULTADES-Naturaleza (Salvamento de voto)	261
LICITACION PUBLICA-Deserción	304
LIQUIDACION DEL CONTRATO	145, 459

TEMA	PAG. No.
M	
MENORES-Representación	80
MINAS	138
MONOPOLIO DE LICORES	128
MULTA	276
N	
NOTIFICACION	55
O	
OPERACION ADMINISTRATIVA	55
P	
PERJUICIOS MORALES	72, 335, 359
PERJUICIOS MORALES-Destinatarios	110
PERJUICIOS MORALES A HERMANOS	343
PLIEGO DE CONDICIONES	276
PODER ESPECIAL-Requisitos	80
PREJUDICIALIDAD PENAL-Improcedencia	518
PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS	72
PRINCIPIO DE EFICACIA	145
PRINCIPIO DE LA BUENA FE	145, 276
PRINCIPIO DE LEGALIDAD (Salvamento de voto)	261
PRUEBA TRASLADADA	88, 518
R	
REAJUSTE DE PRECIOS	459
RECURSO DE APELACION-Improcedencia	513
REPRESENTACION LEGAL	80
REQUERIMIENTO DE ARBITROS	69
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO	217
RESPONSABILIDAD OBJETIVA	429
RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL	72
RESPONSABILIDAD POR OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLE-Inexistencia	20

TEMA	PAG. No.
RESPONSABILIDAD POR RIESGO	217
RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS	20
RETRASO DESLEAL	276
S	
SALVAMENTO DE VOTO-Naturaleza	226
SENTENCIA COMPLEMENTARIA	226
SENTENCIA PENAL-Valor probatorio	88, 518
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA	217
SUSPENSION DEL PROCESO	213
T	
TEORIA DE LA IMPREVISION	41
TEORIA DE LA IMPREVISION-Improcedencia	459
TORTURA	110
TRANSACCION-Inexistencia	20
TRANSITO DE LEGISLACION	20, 402, 513
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	513
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO	241
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO (Salvamento de voto)	261
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Integracion	69
SECCION CUARTA	
A	
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO	609
ACTIVIDAD COMERCIAL	571
ACTIVIDAD DE SERVICIOS	821
ACTIVO FIJO-Naturaleza	788, 916
ACTIVO NETO	798
ACTO COMPLEJO- Inexistencia	620
ACTUACION ADMINISTRATIVA	719
ADMINISTRACION DE IMPUESTOS	964
AJUSTE CONTABLE-Oportunidad	827

TEMA	PAG. No.
AMNISTIA DE REQUERIMIENTOS- Efectos	974
ANEXOS	937
APORTES PARAFISCALES	922
ARGUMENTO NUEVO	788
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL	576
B	
BASE GRAVABLE	916
BASE GRAVABLE-Determinación	576
BIEN EXENTO	637
C	
CARGA DE LA PRUEBA	953
CARTA DE CREDITO	907
CAUCION	781
CERTIFICADO BIMESTRAL	701
COMERCIANTE	821
COMISION	964
COMPARACION DE PATRIMONIOS	685, 837
COMPENSACION	707, 812
COMPENSACION- Requisitos	899
COMPETENCIA FUNCIONAL	964
CONFISCACION-Prohibición	953
CONSTITUCION DE GARANTIA-Improcedencia	864
CONSULTA	735
CONSULTA (Aclaracion de voto)	740
CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE	749
CONTRATO DE SEGURO-Prueba	926
CONTRIBUCION DE VALORIZACION	899
CONTRIBUYENTE-Obligaciones	953
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA (Salvamento de voto)	631
D	
DEBIDO PROCESO	593
DECLARACION TRIBUTARIA	784, 877
DECLARACION TRIBUTARIA-Adición	812
DECLARACION TRIBUTARIA-Correción	812, 893

TEMA	PAG. No.
DECLARACION TRIBUTARIA-Presentación	565
DEDUCCION	916, 948
DEMANDA	604
DEMANDA-Requisitos	781, 937
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO- Finalidad	559
DERECHO DE DEFENSA	582, 593
DERECHOS DE IMPORTACION	589
DEVOLUCION	604, 609, 707, 827
DEVOLUCION-Improcedencia	812
DISTRITO TURISTICO DE SANTA MARTA	770
DOCUMENTO PRIVADO- Copia	926
E	
EMPLAZAMIENTO-Ineficacia	565
EMPRESA NUEVA	614
ENCAJE LEGAL	597
ENTIDAD FINANCIERA	559
ERROR ARITMETICO	974
EXCEPCIONES	930
EXENCION TRIBUTARIA-Prohibición	544
EXPORTACION	775, 843
EXPORTADOR	843
F	
FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL	576, 871
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	544, 553, 576, 663, 731, 770
FALLO INHIBITORIO	604, 937
H	
HECHO GENERADOR	821
HECHO GENERADOR-Determinación	663
I	
IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS	576, 861
IMPUESTO A LA CERVEZA-Improcedencia	871

TEMA	PAG. No.
IMPUESTO DE ADUANAS-Pago	864
IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS	663
IMPUESTO DE CONSTRUCCION	582
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Cali	821, 861
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Medellín	571
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Pereira	663
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Rioacha	544
IMPUESTO DE PATENTE-Improcedencia	553
IMPUESTO DE REMESAS	798
IMPUESTO DE TIMBRE	907
IMPUESTO DESCONTABLE	742
IMPUESTO DESCONTABLE-Rechazo	788
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO	832, 916, 942
IMPUESTO PROELECTRIFICACION RURAL	871
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	565, 735, 948
IMPUESTO SOBRE LA RENTA (Aclaración de voto)	740
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS	645, 701, 735, 742, 788, 827
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS (Aclaración de voto)	740
IMPUTACION	812
INSPECCION CONTABLE	852
INSPECCION JUDICIAL	537
INTERES CORRIENTE	812
INTERES JURIDICO-Inexistencia	763
J	
JUICIO EJECUTIVO	899
JUNTA MONETARIA-Facultades	597
JURISDICCION COACTIVA	899
L	
LIBROS DE CONTABILIDAD	657
LIBROS DE CONTABILIDAD-Exhibicion	877
LIBROS DE CONTABILIDAD-Pérdida	852, 953
LIQUIDACION DE AFORO-Improcedencia	784
LIQUIDACION DE CORRECCION	974
LIQUIDACION DE REVISION	964
LIQUIDACION DE REVISION -Plazo	537
LIQUIDACION DE REVISION-Requisitos	788
LIQUIDACION DE REVISION-Término	960
LIQUIDACION OFICIAL	942

TEMA	PAG. No.
LIQUIDACION OFICIAL-Motivacion	832
M	
MANDAMIENTO DE PAGO	926
N	
NORMA LOCAL	937
NOTIFICACION	565
NULIDAD PROCESAL	609
O	
OBLIGACION FISCAL	953
OBLIGACION TRIBUTARIA	930
P	
PAGO INDEBIDO	604, 609
PASIVO- Confirmación	559
PASIVO-Rechazo	685, 758
PERIODO DE FISCALIZACION-Suspensión	960
PODER ESPECIAL-Presentación	609
POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA	559, 593
POLIZA DE SEGURO	926
POTESTAD REGLAMENTARIA	798
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites	707
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites(Salvamento de voto)	642, 810
PRESUNCION DE VERACIDAD	877
PRETENSIONES	604
PRINCIPIO DE CONTRADICCION	719
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD- Improcedencia	559
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	719
PRUEBA CONTABLE	852, 877
PRUEBAS	719, 775
PRUEBAS-Oportunidad	937

TEMA	PAG. No.
R	
REINVERSION DE UTILIDADES	798
RENTA EXENTA	614, 637
RENTA EXENTA (Salvamento de Voto)	642
RENTA GRAVABLE-Determinación	837
RENTA LIQUIDA GRAVABLE	763
RENTA MUNICIPAL-Garantías	544
RENTA PRESUNTIVA-Determinación	752
RENTA PRESUNTIVA-Disminución	763
REQUERIMIENTO ESPECIAL	544, 942, 960, 964
REQUERIMIENTO ESPECIAL-Efectos	537
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	930
RESTITUCION DE TERMINOS	650
RETENCION EN LA FUENTE	673, 948
REVOCACION DEL ACTO (Salvamento de voto)	631
REVOCACION DEL ACTO-Improcedencia	620
S	
SALDO A FAVOR	707, 827
SANCION - Determinación	582
SANCION ADMINISTRATIVA	559
SANCION POR DESENCAJE	597
SANCION POR DESENCAJE (Salvamento de voto)	631
SANCION POR INEXACTITUD	701
SANCION POR INEXACTITUD-Procedencia	645
SANCION POR LIBROS-Improcedencia	657
SANCION- Determinación	582
SENA- Aportes	922
SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos	663
SERVICIO DE REENCAUCHE	742
SERVICIO EXENTO	742
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO-Improcedencia	650
SOBREGIRO BANCARIO-Inexistencia	685
SOCIEDAD EXTRANJERA	758
SUCURSAL	758
SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades	593, 597, 620, 749
SUSPENSION PROVISIONAL-Efectos	673
SUSPENSION PROVISIONAL-Requisitos	904

TEMA	PAG. No.
T	
TARIFA-Requisitos	589
TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO	749
TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO	571, 663
TITULO EJECUTIVO	926, 930
V	
VENTA EXENTA	775, 843
VIA GUBERNATIVA	719
VIA GUBERNATIVA- Agotamiento	582
Z	
ZONA AFECTADA	614, 637
SECCION QUINTA	
A	
ACCION ELECTORAL	1047, 1048, 1057
ACCION ELECTORAL- Requisitos	1047
ACTA DE ESCRUTINIO-Firmas	1192
ACTO DE NOMBRAMIENTO	1048
ALCALDE-Inhabilidades	1057, 1159, 1192
ANEXOS	1120
ASAMBLEA CONSTITUCIONAL-Convocatoria	1176
AUDITOR	983
AUTO ADMISORIO	1193
AUTORIDAD CIVIL	983, 1057, 1070, 1106
AUTORIDAD MILITAR	1084
C	
CADUCIDAD	1047
COMPETENCIA	1192

TEMA	PAG. No.
COMPETENCIA FUNCIONAL	1047
CONCEJAL-Inhabilidades	1070
CONDENA CONDICIONAL	1192
CONGRESISTA-Inhabilidades	983
COPIA DEL ACTO	1172
COPIAS-Valor probatorio	1115, 1172
COSA JUZGADA	1078
CUOCIENTE ELECTORAL	1070
D	
DECAIMIENTO DEL ACTO	1155
DEBIDO PROCESO	1193
DEMANDA	1120
DEMANDA ELECTORAL	1193
DEMANDA ELECTORAL-Ineptitud	983
DEMANDA ELECTORAL-Interpretación	983, 1057
DEMANDA ELECTORAL-Requisitos	983, 1172
DICTAMEN PERICIAL	1159
DICTAMEN PERICIAL- Valor probatorio	1010, 1193
DIPUTADO-Inahbilidades	1106
DOCUMENTO PUBLICO	1115
E	
EMPLEADO OFICIAL	1159
EMPLEADO PUBLICO	1070
EMPLEADOS DE TELECOM-Régimen aplicable	1101
ESCRUTINIO	1120
ESCRUTINIO NUEVO	1141
EXCEPCIONES	1078, 1155
F	
FALSEDAD	1120
FUNCION ADMINISTRATIVA	1084
FUNCION DE POLICIA	1057

TEMA	PAG. No.
FUNDAMENTOS DE DERECHO	983
G	
GABINETE MINISTERIAL-Integración	1084
GOBIERNO NACIONAL	1084
I	
INSPECCION ADMINISTRATIVA-Valor probatorio	1115
INSPECTOR DE POLICIA	1057
J	
JUICIO EJECUTIVO	1078
M	
MANDAMIENTO DE PAGO	1155
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	1084
MINISTERIOS-Integración	1084
N	
NOTIFICACION	1193
NOTIFICACION POR EDICTO	1001
NULIDAD ELECTORAL	1120, 1141
NULIDAD ELECTORAL- Improcedencia	1010, 1070
NULIDAD PROCESAL	1141
NULIDAD PROCESAL-Improcedencia	1001
P	
PREJUDICIALIDAD PENAL-Improcedencia	1120
PRESCRIPCION	1155
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	1084
PRESUPUESTO MUNICIPAL	1047

TEMA	PAG. No.
PRINCIPIO DE CONTRADICCION	1120
PRNCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS	1001, 1057
PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD	1159
PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD	1159
PRINCIPIO DE PRECLUSION	1159
PROCESO ELECTORAL	1010, 1120
PROCESO ELECTORAL	1120
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Facultades	1047
PRUEBA TRASLADADA	1120
PRUEBAS	1010
PRUEBAS - Oportunidad	1193
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA-Improcedencia	1159
PUBLICACION	1001
PUBLICACION-Prueba	1001
R	
RECLAMACION ELECTORAL	1070, 1192
RECLAMACION ELECTORAL-Causales	1010
REGISTRO ELECTORAL	1120
REHABILITACION	1192
S	
SANCION PENAL	1192
SECRETARIO DE GOBIERNO	1057
SUSPENSION DEL PROCESO-Improcedencia	1120
SUSPENSION PROVISIONAL- Naturaleza	1078
SUSPENSION PROVISIONAL-Requisitos	1115
T	
TELECOM	1101
TESTIMONIO-Valor Probatorio	1141
TITULO EJECUTIVO.	1042
V	
VIA GUBERNATIVA- Agotamiento	1078

CONSEJO DE ESTADO
INDICE DE NORMAS DEMANDADAS
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1991

1. DECRETOS DEL GOBIERNO
2. CÍRCULARES
3. ORDENANZAS DEPARTAMENTALES
4. ACUERDOS MUNICIPALES
5. DECRETOS DE ALCALDES
6. OTROS ACUERDOS
7. OTROS ACTOS ADMINISTRATIVOS

DECRETOS DE GOBIERNO

	Pag.
DECRETO REGLAMENTARIO 1889 DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1988; Artículo 4o.	614
DECRETO REGLAMENTARIO 1889 DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1988; aparte de Artículo 6º	637
DECRETO 2314 DE 1989; Artículos 8 y 19 (Anulados)	707
DECRETO REGLAMENTARIO 3020 DE 26 DE DICIEMBRE DE 1989; Artículo 3º	798
DECRETO REGLAMENTARIO 422 DE 1991	904

CIRCULARES

CIRCULAR EXTERNA 0044 DE 17 DE MAYO DE 1989, de la Superintendencia Bancaria (Confirma Suspensión)	749
CIRCULARES 003424 Y 003699 DEL 3 Y 6 DE ABRIL DE 1989,respectivamente, dictadas por la División Legal de la Dirección de Aduanas (anuladas)	864

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

ORDENANZA 18 DE 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Caquetá; aparte del artículo 6º numeral 31 (Anulado) 871

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDO 143 DE 10 DE DICIEMBRE DE 1987, Artículo 6º expedido por el Concejo Municipal de Cali (Anulado) 553

ACUERDO 07 DE 1988, expedido por el Concejo Municipal de Cali; Artículo 1º (Confirma Suspensión) 861

ACUERDO 25 DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1988, expedido por el Concejo Municipal de Valledupar; Artículos 5º y 6º (Confirma Nulidad) 731

ACUERDO 8 DE 17 DE AGOSTO DE 1990, del Concejo Municipal de Santa Marta (Confirma Suspensión) 770

DECRETOS DE ALCALDES

DECRETO 441 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1988, expedido por el Alcalde Municipal de Cúcuta (Anulado) 576

OTROS ACUERDOS

ACUERDO 13 DE 1990, expedido por el Concejo Nacional Electoral sobre la Convocatoria de la Asamblea Constitucional 1176

OTROS ACTOS ADMINISTRATIVOS

INSTRUCCION 001 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1985, de la División Legal de la Dirección General de Aduanas; artículo 10º (Anulado) 864