CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

TERCER TRIMESTRE DE 1991

Presidenta
Consuelo Sarria Olcos

Vicepresidente
Jaime Abella Zárate

Secretaria General
Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Libardo Rodríguez Rodríguez
Presidente

Yesid Rojas Serrano
Miguel González Rodríguez
Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

SECCION SEGUNDA

Dolly Pedraza de Arenas
Presidenta

Clara Forero de Castro
Joaquín Barreto Ruiz
Reynaldo Arciniegas Baedecker
Alvaro Lecompte Luna
Diego Younes Moreno

Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Carlos Betancur Jaramillo
Presidente

Daniel Suárez Hernández
Julio César Uribe Acosta
Juan de Dios Montes Hernández

Ruth Stella Correa Palacio
Secretaria

SECCION CUARTA

Jaime Abella Zárate
Presidente

Guillermo Chahín Lizcano
Carmelo Martínez Conn
Consuelo Sarria Olcos

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

SECCION QUINTA

Amado Gutiérrez Velásquez
Presidente

Jorge Penen Deltieure
Miren de la Lombana de Magyaroff
Luis Eduardo Jaramillo Mejía

Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Javier Henao Hidrón
Presidente

Jaime Betancur Cuartas
Jaime Paredes Tamayo
Humberto Mora Osejo

Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

FISCALIAS

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

RELATORES

Sonia Mireya Vivas Pineda
Danilo Rojas Betancourth

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

Impreso en los Talleres Gráficos de Canal Ramírez Antares Ltda,- Santafé de Bogotá, D.C.

SECCION

TERCERA

DEMANDA-Admisión/ **DEMANDA**-Inadmisión/ **SUSPENSION PROVISIONAL/ RECURSOS**

Los autos que, en primera instancia, inadmiten la demanda o resuelven sobre la suspensión provisional son apelables; el que la admite es reponible. Diferente es la situación cuando en el mismo auto se admite la demanda y se resuelve sobre la suspensión provisional, en donde existen tres posibilidades procesales: a) Que la providencia inicial inadmita la demanda y fortiori, no se ocupe de la suspensión provisional; aquí el auto será apelable; b) Que inadmita la demanda y decrete la suspensión provisional, en cuyo caso, habrá que distinguir dos eventos: que se recurra el auto únicamente en lo concerniente al decreto de la suspensión provisional, caso en el cual procede el recurso de apelación en el efecto diferido, que simultáneamente recurra el auto admisorio, cuando procede también la apelación, pero, esta vez, en el efecto suspensivo; c) Que admita la demanda y niegue la suspensión provisional -el que ocupa la atención de la Sala-, cuya solución es igual a la anterior.

ACTO DE ADJUDICACION- Naturaleza/ACTO SEPARABLE/ CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO

No hay duda del carácter de acto administrativo unilateral que reviste la adjudicación de los contratos de las entidades públicas. Para ese propósito es indiferente que dicho acto de adjudicación esté precedido de licitación o de concurso, o que sea el fruto de un procedimiento de contratación directa. La aplicación de la teoría de los fines y motivos permite esgrimir la pretensión de nulidad contra los actos unilaterales creadores de situaciones particulares, siempre y cuando dicha anulación no contenga en sí misma el restablecimiento de un derecho subjetivo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. , julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia : Expediente Nº 6724. Actor : Jorge Montoya Paz.

La Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y por el apoderado judicial de la sociedad Siemens S.A., representante de Siemens Aktiengesellschaft, en contra del auto proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, así :

a. El demandante, en cuanto dicha providencia niega la suspensión provisional de las Resoluciones Nos. 000793 del 20 de marzo y 01296 de abril 19, ambas de 1990 y proferidas por el Gerente General de las Empresas Municipales de Cali-Emcali-

b. El mandatario judicial de Siemens S.A. en virtud de que el auto recurrido admitió la demanda.

LA DEMANDA

Obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A. , el señor JORGE MONTOYA PAZ ocurrió ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca pretendiendo que se declarasen nulas las resoluciones Nos. 000793 y 01296 del 20 de marzo y 19 de abril de 1990, expedidas por el Gerente General de las Empresas Municipales de Cali-Emcali-; por el primero de tales actos EMCALI decidió contratar directamente "...con la firma SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT, el suministro de 81.000 líneas telefónicas, 200 puertos ROSI, equipos para señalización por canal común, equipos y cable para interconexión por fibra óptica, radio enlaces microondas digital, respuestos "; por el segundo modificó la adjudicación inicial para adicionar el valor del IVA al total del contrato.

En escrito separado solicitó la suspensión provisional de los actos acusados.

En apoyo de sus peticiones el actor considera que los actos censurados quebrantan los artículos 20 y 63 de la Constitución Política y el 280-12 del Código Fiscal del Municipio de Cali, según su escrito para acudir al procedimiento de la contratación directa era menester la declaración previa de la urgencia evidente.

LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL

A juicio del *a-quo,* la demanda reúne los requisitos legales "...en cuanto a la forma se refiere..." y, en consecuencia, la admite. En cambio niega la suspensión provisional porque :

" Con base en el art. 152 de C.C.A. , el demandante solicita la suspensión provisional del Acto Administrativo contenido en las Resoluciones número 000793 de marzo 20 de 1990 y 01296 de abril 19 de 1990.

" Permite la figura citada suspender provisionalmente los efectos de un Acto Administrativo cuando en forma ostensible y manifiesta viole o quebrante una norma superior, de tal manera que dicha violación resulta de una simple comparación de los preceptos sin necesidad de acudir a estudio o disquisiones profundas.

" Al efectuar la comparación en el caso de autos se observa que no salta a la vista la transgresión alegada, porque se trata de un asunto, que debe dilucidarse después de un cuidadoso estudio sobre si procede o nó conforme a derecho la contratación directa, razón suficiente para que la Sala niegue la suspensión provisional." (fls. 91 y 92 C.1.)

LOS RECURSOS

El actor, inconforme porque se negó la suspensión provisional de los actos acusados, pide se revoque esta decisión y se acceda a decretarla. El recurso lo sustenta así :

"...en el caso en cuestión fluye con meridiana claridad la manifiesta violación de las normas legales del Código Fiscal del Municipio de Cali, concretamente los artículos 270 y 280 numerales 1° y 12 al disponer la Contratación Directa mediante la Resolución N° 000793 de marzo 20 de 1990, para la adquisición de líneas y plantas telefónicas, que solo podía hacerse mediante el procedimiento de la Licitación Pública". (fl.181).

El apoderado judicial de la Sociedad Siemens S.A. , interpuso, en forma separada, los recursos de reposición y de apelación contra el mismo auto, en cuanto resolvió admitir la demanda; el recurrente explica este singular procedimiento por la circunstancia de que ..." Conozco reciente providencia de la Sección Segunda de esta Corporación (auto de 27 de septiembre de 1990, exp. 16905, Ponente Dr. Ramiro Saavedra) donde se sostiene que contra el auto admisorio de la demanda, en primera instancia, en el cual se resuelva, en cualquier sentido la solicitud de suspensión provisional, sólo cabe el recurso de apelación ". (fl. 97). Sin embargo, aunque manifiesta su desacuerdo con dicha interpretación, actúa en concordancia con su criterio (recurso de reposición) y además, con la doctrina del Tribunal (recurso de apelación).

Solicita se declare inadmisible la demanda por ineptitud y " por falta de jurisdicción para conocer de una acción como la incoada ", argumentando que los actos acusados crean una situación jurídica particular y concreta cuyo control jurisdiccional no es posible a través de la acción de nulidad.

El *a-quo* rechazó, por improcedente, el recurso de reposición y, en el efecto suspensivo, concedió los recursos de apelación propuestos por las partes.

LA SALA CONSIDERA

Lo primero que enfrenta la Sala es un problema de orden procesal, relativo a la procedencia del recurso de apelación del auto admisorio de la demanda, cuanto éste contiene también una decisión, en cualquier sentido, respecto de la suspensión provisional.

La dos primeras reglas del artículo 181, y el inciso final de 143 del C.C.A. preceptúa que el auto inadmisorio de la demanda puede recurrirse en apelación siempre y cuando se haya dictado por un Tribunal Administrativo en primera instancia.

Razonando en sentido contrario, frente al auto que admite la demanda, no procede el recurso de apelación; esta afirmación es válida cuando la admisión es la única decisión que contiene la providencia, la cual, en aplicación del artículo 180 del mismo código, será posible únicamente de reposición.

De otro lado, el auto que resuelve sobre la suspensión provisional en asuntos de primera instancia de los Tribunales es igualmente apelable según lo impone el inciso 2° del artículo 155, *in fine*: " En los de primera instancia el auto que decida la petición de suspensión provisional es apelable en el efecto suspensivo para ante el Consejo de Estado..."

Los preceptos comentados permiten trazar una regla general: Los autos que, en primera instancia, inadmiten la demanda o resuelven sobre la suspensión provisional son apelables; el que la admite es reponible.

Hasta ahí tiene razón el apoderado judicial de la Sociedad Siemens S.A. Diferente es la situación cuando en el mismo auto se admite la demanda y se resuelve sobre la suspensión provisional, circunstancia que ocurre en todos los casos en los cuales se haya solicitado esta medida cautelar, a términos del inciso final del artículo 207; en este evento dicho auto es apelable siempre que se produzca en la primera instancia; en efecto, la norma citada establece:

> Cuando se pida la suspensión provisional, ésta se resolverá en el auto que admite la demanda, el cual debe ser proferido por la Sala, secciones o subsecciones, y contra este auto sólo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación ".

Esta es una norma especial, de aplicación preferente sobre la regla general establecida antes, según lo enseña el ordinal 1° del artículo 5° de la Ley 153 de 1887.

Decidir este caso con las reglas generales dejaría abierta la posibilidad de producir decisiones contradictorias en el juzgamiento del mismo asunto; piénsese, por ejemplo, en casos como el presente, cuando el Tribunal haya decidido admitir la demanda y negar la suspensión provisional; el uso de los recursos distintos para

cada una de estas decisiones (la reposición para el auto admisorio y la apelación para la negativa a suspender provisionalmente el acto), podría concluir a que el Tribunal resuelva reponer el auto admisorio y el Consejo de Estado revoque la providencia y decrete la suspensión provisional. Este resultado es absurdo.

La imposible conciliación de las decisiones de primera y de segunda instancias por el carácter accesorio de la medida cautelar, demuestra que la escición de la providencia atenta contra la continencia de la causa, y su solución debe ser conjunta y estar confiada al mismo juez.

No es correcto sostener, como lo hace el apoderado de la sociedad demandada, que "cuando hay solicitud de suspensión provisional se dictan dos autos en una sola providencia : 1) el de admisión y 2) el que resuelve sobre la suspensión provisional." Se trata de un solo auto que contiene dos decisiones referentes a la admisión de la demanda y a la suspensión provisional.

A juicio de la Sala, existen tres posibilidades procesales:

a. Que la providencia inicial inadmita la demanda y, a fortiori, no se ocupe de la suspensión provisional.

b. Que admita la demanda y decrete la suspensión provisional.

c. Que admita la demanda y niegue la suspensión provisional por ausencia de los requisitos contemplados en el art. 152 del C.C.A.

En el primer caso, el auto será apelable en aplicación de los artículos 143 inciso último y 181-1° del C.C.A. ; en el segundo, habrá que distinguir dos eventos: que se recurra el auto en lo concerniente al decreto de la suspensión provisional, caso en el cual procede el recurso de apelación (art. 181-2) en el efecto diferido (inc. 3 del art. 155); o que simultáneamente se recurra el auto admisorio, cuando procede también la apelación (art. 207) pero, esta vez, en el efecto suspensivo (art. 181) el tercero - es el que ocupa a la Sala- se resuelve de la misma manera que el anterior.

El inciso 3° del artículo.155 no puede ser factor de confusión; su texto es claro:

> "Este recurso no suspenderá la tramitación del proceso ante el inferior, el cual actuará con la copia de las piezas correspondientes, cuyos originales se enviarán al Consejo de Estado ".

Es la consagración del efecto diferido de la apelación cuando el recurso se ha interpuesto sólamente en contra de la Resolución de la petición de suspensión provisional dejando incólume la admisión de la demanda.

Dos argumentos adicionales apoyan esta interpretación; el primero se refiere a la conexión o conexidad, fenómeno que algunos sectores de la doctrina procesal

califican de factor de competencia y que para Jaime Guasp constituye una " causa modificadora de la competencia " al lado de la sumisión; por ella, un juez que no es competente para conocer de un determinado negocio, lo llega a ser en virtud de la conexidad que dicho asunto guarda con otro para el cual tiene competencia.

El segundo consiste en la solución justa para los casos de duda sobre la procedencia de la apelación; la Sala ha considerado - y hoy lo reitera - como dice el *Brocárdico de DECIO : appellatio admittenda videtur in dubio* (se estima que en la duda hay que admitir la apelación), por lo que ha de decidirse en favor de las dos instancias, principio que informa nuestro sistema procesal.

Por lo dicho, la Sala tiene competencia para conocer, en su integidad, el auto apelado por las partes; por razones de método analizará inicialmente la admisión de la demanda para abordar luego la decisión sobre la suspensión provisional.

La Resolución Nº 000793 del 20 de marzo de 1990, expedida por la Gerencia General de las Empresas Municipales de Cali, decide " contratar directamente con la firma SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT de la República Federal de Alemania, con domicilio en Berlin y Munich, debidamente representada por SIEMENS SOCIEDAD ANONIMA de Bogotá D.E., a los precios unitarios incluídos en su cotización, la financiación, el diseño, fabricación, adquisición, suministro, instalación, prueba y entrega en funcionamiento. . . " de los equipos de telefonía que la misma resolución detalla. La Resolución 01296 expedida por la misma Gerencia el 19 de abril siguiente, sólamente modifica los valores contenidos en la primera, razón por la cual no introduce variación en su naturaleza jurídica.

Luego de algunas vacilaciones, la jurisprudencia del Consejo de Estado no duda del carácter de acto administrativo unilateral que reviste la adjudicación de los contratos de las entidades públicas . Para ese propósito es indiferente que dicho acto de adjudicación esté precedido de licitación o de concurso, o que sea el fruto de un procedimiento de contratación directa.

Así lo estableció en fallo de la Sección Tercera del 25 de julio de 1988, al cual pertenece esta doctrina: adoptando mediante el Decreto Ley No. 1 de 1984, evidencia que el acto mediante el cual la administración pública adjudica un contrato dentro del proceso licitatorio es típicamente unilateral ya que la ejecutoriedad o calidad de firme que ese acto administrativo adquiere, sólo es predecible de tal tipo de actos. Por ello la doctrina universal los denomina, justamente, decisiones ejecutorias.

" De acuerdo con el artículo 36 del Decreto Ley 222 de 1983, a menos que medie caso fortuito o evento constitutivo de fuerza mayor, debidamente comprobados, si el adjudicatorio de una licitación no suscribe el respectivo contrato dentro del término que se haya señalado, queda a favor de la entidad administrativa contratante, como multas el valor del depósito o garantía de seriedad de la propuesta, sin perjuicio de las demás acciones en la entidad

contratante pueda intentar para obtener el pleno reconocimiento de los daños y perjuicios que hubiera sufrido y que no alcanzaran a ser cubiertos por tal depósito o garantía. Mas la entidad contratante no podrá imponer al adjudicatario que incumpliera la obligación de suscribir el contrato otras sanciones o multas, ni hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias, ni declarar la caducidad del supuesto contrato, ya que éste aún no existe, no ha sido perfeccionado.

" Lo anterior impone, pues, distinguir entre la adjudicación del contrato y la celebración del mismo, pues no dos etapas o momentos diferentes que no pueden confundirse so pena de desnaturalizar el proceso de la contratación administrativa que se realiza previa una licitación pública. Esa distinción, por lo demás, anda ínsita en el Decreto Ley 222 de 1983 y aparece expresamente consagrada, por *ejemplo en el artículo 5° del estatuto contractual cuando, al regular lo concerniente a la responsabilidad de los consorcios, expresa que las personas a quienes se les adjudicare el contrato* 'responderán solidariamente por su celebración'. (Destaca la Sala). Sin mayores esfuerzos de exégesis debe concluírse, pues, que para el estatuto de la contratación administrativa una cosa es la adjudicación del contrato y otra distinta la celebración del mismo como consecuencia de la firmeza de la decisión que lo adjudica. De no ser ello así, sobraría la diferenciación que nítidamente se establece en el artículo comentado entre las dos fases del procedimiento contractual y habría que concluír, contra lo que enseñan la lógica jurídica y la hemenéutica que el legislador extraordinario de 1983 incurrió en tautología al expedir el citado artículo 5°. Reflexiones similares caben respecto de los artículos 6° y 8°, inciso 1° y 10, inciso primero del estatuto rector de la contratación administrativa: según el primero de tales textos, celebrando el contrato no podrá cederse sino con autorización previa de la entidad contratante'. Celebrado, no 'adjudicado',es el término utilizado por el legislador y ninguna significación jurídica ha de tener el hecho de haber operado por el primer vocablo y no por el último. Otro tanto cabe decir respecto del inciso primero del artículo 8° que establece las inhabilidades para celebrar contratos, o respecto del inciso primero del artículo 10 que señala las incompatibilidades para celebrar contratos con las entidades a que se refiere el Decreto 222 de 1983". (Extractos de Jurisprudencia Consejo de Estado, tomo I, julio, agosto, septiembre de 1988; págs. 20 y 261).

Sobre estas bases, la Corporación ha decidido que las acciones procedentes para enjuiciar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa el acto de adjudicación, son las previstas por los artículos 84 y 85 del C.C.A. La Sección Tercera en sentencia del 7 de febrero de 1990, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, precisó :

" Aunque la vigencia del inciso 8° del artículo 136 se debatió la índole del acto de adjudicación cuestionado incluso la clasificación legal y dándole el caráter de bilateral por constituir, una vez notificado el vencedor de la licitación o del concurso, el convenio mismo, esta Sala logró acuerdo en el sentido de que

cuando el acto de adjudicación se impugnaba con prescindencia del contrato que se había celebrado con el adjudicatario (no se pide la nulidad de éste ni la adjudicación al licitante vencido), la controversia no difería fundamentalmente de las propias de los demás actos administrativos; pero que si la pretensión anulatoria del acto de adjudicación se acumula con otras pretensiones que tuviesen que ver con el contrato, por ejemplo la nulidad absoluta de ésta (sic) por ilegalidad de la adjudicación, la controversia sería contractual, (Extractos de Jurisprudencia - Consejo de Estado, Tomo VII, enero, febrero y marzo de 1990; págs. 216-217).

Desde antes, de la misma Sección, en auto del 22 de abril de 1988, con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango, respecto de la adjudicación, dijo :

"Por definición expresa de la ley, es un acto separable del contrato. Es pasible de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho..."

".....

" La de nulidad que puede ejercerse en cualquier tiempo aunque, salvo la referida al acto de adjudicación, solo podrá ejercerse después de ' terminado o liquidado el contrato 'y si la sola declaración de nulidad importa el restablecimiento del derecho, sólo dentro de los 4 meses de su notificación, expedición, comunicación o ejecución del acto si el demandante es un particular o dentro de los dos años si el accionante es una entidad pública, por mandato de los arts. 84, 85, 87 y 136 del C.C.A. , y a reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

" Y la de restablecimiento del derecho según se desprende del mismo artículo, frente a los actos separables del contrato o dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación o comunicación de la adjudicación si de ésta se trata.

" Por lo demás, aunque el acto de adjudicación es indudablemente una emisión de voluntad unilateral de la administración y sólo una vez comunicada configura un convenio, y una vez ejecutoriada constituye una situación Jurídica y concreta, como que es irrevocable u obliga a ambas partes (arts. 34 y 35 del D.L. 222 de 1983) lo cierto es que unilateral o bilateral es pasible de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, según queda visto e igualmente de la suspensión provisional contempla en el art. 152 del C.C.A., que no distingue entre unas y otras y que no podía hacerlo ante mandato del art. 193 de la Constitución Política." (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de abril 22 de 1988. Consejero Ponente : Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 5252).

Ha existido, pues un reconocimiento jurisprudencial expreso a la procedibilidad de los Contenciosos subjetivo y objetivo frente al acto de adjudicación; respecto del

primero, cuyo ejercicio es el más frecuente pero no el único, la Sala ha deducido que :

> " El interés no debe ser el simple de legalidad, propio de la acción pública de anulación de un acto administrativo unilateral, sino un interés concreto, personal y directo como el que tiene un licitante vencido frente al acto de adjudicación del contrato que considera ilegalmente expedido. En tal sentido, si ese interés puede predicarse de dichos licitantes, en idéntica forma puede alegarse por aquellas personas que sin haber podido participar en la licitación (porque la administración no la abrió, por ejemplo, porque acudió a la contratación directa) si tenía la capacidad, la intención y la experiencia necesaria para ofertar idénticos servicios". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Enero 30 de 1987, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. Nº 3627).

Lo anterior no significa la exclusión de la pretensión de simple nulidad contra estos actos; sobre el particular debe recordarse que, a partir de 1961, el Consejo de Estado admite la procedencia de este contencioso para el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos de contenido particular y concreto, circunstancia que ha permitido deducir a la doctrina un contencioso objetivo propio y uno impropio.

La célebre construcción jurisprudencial conocida como la doctrina de los móviles y finalidades tuvo por virtud precisar que tanto el contencioso objetivio como el subjetivo tienen en común el propósito de mantener el orden jurídico, aunque con móviles diferentes, circunstancia está que va a determinar el contenido diverso de las pretensiones.

La aplicación de este principio permite esgrimir la pretensión de nulidad contra los actos unilaterales creadores de situaciones particulares, siempre y cuando -ésta es la salvedad- dicha anulación no contenga en sí el restablecimiento de un derecho subjetivo; en este evento final la única acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho, vale decir el contencioso, subjetivo, prevista en el artículo 85 del C.C.A.

En el caso *sub-lite*, la unilateralidad del acto de adjudicación y su contenido particular no se discuten; en cambio genera controversia el examen de su juridicidad a través de la acción de nulidad (art. 84 del C.C.A.); la respuesta negativa sirve de sustento al apelante del auto admisorio de la demanda.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corporación, de tiempo atrás, previó esa posibilidad, como se ha visto, y no se vislumbra ninguna razón seria que determine un cambio de doctrina.

Por consiguiente, la admisión de la demanda decidida por el *a-quo* deberá confirmarse.

Igual determinación se adoptará para la negativa a decretar la suspensión provisional, pues, como lo destaca el auto recurrido :

" Al efectuar la comparación en el caso de autos, se observa que no salta a la vista la transgresión alegada, porque se trata de un asunto, que debe dilucidarse después de un cuidadoso estudio sobre si procede o no conforme a derecho la contratación directa. . . ".

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

RESUELVE :

CONFIRMASE el auto apelado proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 10 de octubre de 1990.

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

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

POSESION

Es la resultante de dos elementos estructurales: el *corpus* y el *animus*. Aquél de índole material consistente en la relación física o de hecho entre un sujeto y el bien; el segundo elemento intelectual, volitivo o intencional, producto del espíritu del sujeto poseedor. Ambos con fisonomía propia e independiente, pero que confluyen a la vez para aflorar la resultante posesoria. El *corpus* puede cumplirse o llevarse a cabo directa o personalmente por el poseedor, o a través de sus agentes, dependientes o anuncios que lo representen; por el contrario, el elemento espiritual o *animus* es de naturaleza personalísima y le compete tenerlo y reflejarlo directamente a quien se dice poseedor.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL/ RESPONSABILIDAD OBJETIVA/ LESION RESARCITORIA/ PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS

De no hacerse responsable a la Nación bien, aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, o siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por la responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas (o desigualdad de los ciudadanos ante la ley), o por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la " lesión" al patrimonio del administrado, se desconocería la noción de equidad. Nadie comprendería cómo un modesto ciudadano, que demostró ánimo de colaboración para con las autoridades de policía al confiarle a título de arrendamiento el inmueble que poseía, tuviera que soportar, de manera exclusiva, la pérdida de uno de los elementos integrantes de su patrimonio.

LEGITIMACION PROCESAL

El hecho de no haber acreditado el actor ni el dominio ni la posesión alegados, no determina la falta de legitimación, pues esto sería tanto

como confundir la prueba del derecho material con la legitimación en la causa, error en que fácilmente se incurre por un mal entendimiento de quienes siguen la teoría concreta de la acción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera
Bogotá, D.E. , julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero ponente : *Doctor : Daniel Suárez Hernández.*

Referencia : Expediente N° 6014 . Actor : Aníbal Orozco Cifuentes.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de septiembre dde 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se decidió " NEGAR las pretensiones de la demanda ". (fl.154).

I. ANTECEDENTES

a) El señor ANIBAL OROZCO CIFUENTES, a través de apoderado judicial, demandó en ejercicio de acción de reparación directa a la Nación (Ministerio de Defensa- Policía Nacional) y al Departamento del Tolima, consignando las siguientes pretensiones :

" 2.1. *PRETENSIONES PRINCIPALES.*

" 2.1.1. Que las entidades demandadas, - *LA NACION COLOMBIANA- (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICIA NACIONAL) y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA,* son solidariamente responsables de todos los daños y perjuicios padecidos en su patrimonio moral y económico por el señor *ANIBAL OROZCO CIFUENTES,* a consecuencia de la destrucción total de un inmueble de su propiedad ubicado en la población de Herrrera. Municipio de Ríoblanco. Departamento del Tolima, el cual se individualiza completamente en la causa petendi de la presente acción.

" 2.1.2. Que como consecuencia de tal declaración se condene a las mismas entidades a pagar solidariamente al actor todos los daños y perjuicios de orden material, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante; consolidada la primera en la fecha del insuceso en la suma de *CINCO MILLONES DE PESOS ($5'000.000.oo) M-CTE.*- sin perjuicios de la peritación que puede arrojar resultados superiores, y la segunda en la rentabilidad legal de la propiedad, que estima - también *ad-referendum-* en la fecha, por aproximación, en la suma de *UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS ($1.200.000.oo) M-CTE.-*

" 2.1.3. Que se obligue a las mismas entidades a reconocer y pagar a mi representado, como parte de la indemnización del daño emergente, la indexación que se compruebe sobre la suma que -en definitiva, se establezca que tenía el inmueble en el momento de la destrucción.

" 2.1.4. Que se extienda el valor del lucro cesante hasta la fecha en que las entidades demandadas paguen al actor el valor de la indemnización por el daño emergente, con sus intereses compesatorios y ajustes de valor sobre las sumas periódicas correspondientes, desde el primer día siguiente al mes de su causación.

" 2.2. *PRETENSIONES SUBSIDIARIAS*

" 2.2.1. Que la entidad territorial denominada *DEPARTAMENTO DEL TOLIMA* es administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios padecidos en su patrimonio moral y económico por el señor *ANIBAL OROZCO CIFUENTES,* a consecuencia de la destrucción total de un inmueble de su propiedad, ubicado en la población de Herrera, Municipio de Ríoblanco, el cual se individualiza completamente en la causa petendi de la presente acción y estaba ocupado por el Cuartel de Policía por virtud de contrato de arrendamiento celebrado entre el actor, como arrendador; y la entidad demandada, como arrendataria.

" 2.2.2.Que como consecuencia de tal declaración, se condene al *DEPARTAMENTO DEL TOLIMA* a pagar al actor todos los daños y perjuicios de orden material, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante; consolidada la primera en la fecha del insuceso en la suma de *CINCO MILLONES DE PESOS ($5.000.000.oo) - M-CTE.* , sin perjuicio de la peritación que puede arrojar resultados superiores ; y la segunda en la rentabilidad legal de la propiedad, que estima -también *ad-referendum-* en la fecha, por aproximación, en la suma de *UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS (1'200.000.oo) - M-CTE.*

" 2.2.3. Que se obligue a la misma entidad a reconocer y pagar a mi representado, como parte de la indemnización del daño emergente, la corrección monetaria que se compruebe sobre la suma que, en definitiva, se establezca que valía el inmueble en el momento de la destrucción.

" 2.2.4. Que se extienda el valor del lucro cesante hasta la fecha en que la entidad demandada pague al actor el valor de la indemnización por el daño emergente, con sus intereses compensatorios y ajustes de valor sobre el monto de las sumas periódicas correspondientes, desde el primer día siguiente a cada mes o período de causación.

" 2.3. *OTRAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.*

" 2.3.1. Que cualquiera que fueren las pretensiones acogidas y si no hubiere incompatibilidad o acumulación indebida de indemnizaciones, se condene a *LA NACION -(MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -POLICIA NACIONAL)* y al *DEPARTAMENTO DEL TOLIMA,* o solamente a éste último, a reconocer y pagar a mi mandante, el señor *ANIBAL OROZCO CIFUENTES,* los daños de orden moral en la medida en que se comprueben; o en forma prudencial hasta el equivalente de un mil (1.000) gramos de oro fino, a la cotización legal vigente en el momento de operarse la indemnización.

" 2.3.2. Que cualquiera que fueren las pretensiones acogidas, en caso de dificultad para avaluar pecunariamente el daño material, por inexistencia en el proceso de bases suficientes para fijarlo por medio de la peritación, se señala como indemnización un suma equivalente en moneda nacional hasta cuatro mil (4.000) gramos de oro fino, a la cotización legal vigente en el momento de operarse la indemnización". (Fols. 10 y 11).

b. El actor fundamenta las peticiones anteriores en los siguientes HECHOS:

" 3.1. El señor *ANIBAL OROZCO CIFUENTES,* mi mandante, es propietario de una mejora constituída por una casa de habitación ubicada en el Corregimiento de Herrera, Municipio de Ríoblanco, Departamento del Tolima , construida con paredes de material, techo de teja, pisos de madera aserrada y determinada por los siguientes linderos: Oriente, con el señor Luis Hernández; Occidente, con calle pública, sucesión de Cruz Bonilla; Norte con la sucesión del señor Francisco López; sur, con el señor Evelio Atuesta.

" 3.1.1. Este hecho consta en la Escritura Pública N° 321 del 14 de mayo de 1976 de la Notaría del Circuito de Chaparral, mediante la cual se protocolizaron las declaraciones extraprocesales de *MARTIN ARAQUE QUINTERO y JOSE EVELIO BOCANEGRA LEZAMA,* rendidas ante el señor Alcalde Municipa de Chaparral, el día 18 de marzo de 1976.

" 3.1.2. En caso de que dicha escritura no fuese suficiente para demostrar el dominio sobre la mejora destruída, se alega que el señor Orozco Cifuentes fue poseedor material de la misma, por hechos positivos a los cuales sólo da derecho el dominio, conforme lo refieren los mismos testigos y lo referirán dentro del proceso otros testificantes; y, además, será demostrado con abundante prueba documental.

" 3.1.3. Tal posesión la ejercitó el actor por cerca o más de veintinueve (29) años, hasta cuando fue destruída por los hechos que más adelante se referirán.

" 3.2. Como prueba de que ejercitaba el dominio (o la posesión que lo presume dueño mientras no se demuestre lo contrario), el señor Orozco Cifuentes había dado en arrendamiento dicha mejora al *DEPARTAMENTO DEL TOLIMA,* como consta en el contrato de fecha 14 de abril de 1978, suscrito a nombres de la entidad arrendataria por el entonces Gobernador, doctor *CESAREO ROCHA OCHOA,* y sus Secretarios de Gobierno, doctor *CAROL ROJAS TOVAR;* y en Hacienda doctor *ARMANDO GUTIERREZ QUINTERO.*

" 3.2.1. En este documento aparece una ligera variación sobre los linderos, que se establecieron así : Por el Norte, con la calle del poblado; por el Sur, con el inmueble de propiedad de Dimas Arango; por el Oriente, con propiedad de Luis Hernández; y por el Occidente, también con la calle del poblado.

" 3.2.2. La destinación que se le dió fue para el servicio del Cuartel de Policía, el cual cumplía efectivamente cuando fue destruída; se pactó una duración de doce (12) meses prorrogables, un canon mensual inicial de cuatro mil pesos (4.000.oo) m-cte, mensuales, pagaderos por mensualidades vencidas, con un incremento de veinte por ciento (20%) después de la segunda prórroga automática.

" 3.3. El día primero (1°) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), se produjo un asalto guerrillero a la población de Herrera (Municipio de Ríoblanco), con saldo de varios muertos y heridos, además de cuantiosos daños materiales, entre los cuales se encuentra la *TOTAL DESTRUCCION* del inmueble de propiedad del señor *ANIBAL OROZCO CIFUENTES.*

"3.3.1. El sumario fue instruído por el entonces Juez Veintitrés de Instrucción Criminal, doctor *GONZALO ALVARADO GAITAN,* quien pudo comprobar la destrucción total de la habitación y parcial de otras propiedades.

"3.3.2. En dicho proceso penal figuran como sindicados *CARLOS PIZARRO LEON GOMEZ* (a. *CARRO LOCO), MARCO ANTONIO CHALITA,LAURA N. y BETTY N.* , entre otros; y actualmente conoce del mismo el señor Juez Superior de Chaparral (T).-" . (Fols. 11 y12 y 13).

c. La parte demandada se presentó al proceso así :

- La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional solicitó la práctica de una prueba en memorial visible a folio 63. Igualmente solicitó la declaratoria de ineptitud sustantiva de la demanda en virtud de que el actor debió ejercitar la acción contractual y no la de reparación directa ya que en la exposición de los hechos relaciona el contrato de arrendamiento . (fol.67).

- El Departamento del Tolima, contestó la demanda, en cuyo escrito se opone a las peticiones del actor y concluye en el *sub-judice* no se genera responsabilidad estatal por cuanto no se establece cuáles fueron los hechos constitutivos de la falla del servicio. Además, quienes originaron los hechos que dieron lugar a la presente demanda no fueron las autoridades de policía, sino personas ajenas que el mismo demandante individualiza en su demanda.

d. Cumplido el trámite de la primera instancia, el Tribunal competente profirió sentencia denegatoria de las súplicas de la demanda. Consideró el *a-quo* en primer lugar que no existe ineptitud sustantiva de la demanda porque la acción que eligió el actor fue la de reparación directa fundamentada en la falta o falla del servicio.

De otra parte expresa : " Cuando se trata de la indemnización de perjuicios por la responsabilidad extracontractual originada en un acontencimiento u omisión de la Administración solamente podrá reclamarla quien demuestre el legítimo interés o sea un derecho actual que ha sido lesionado.

" Ni el dominio ni la posesión alegados por el demandante se acreditaron y por ende no lo está la legitimación en la causa por activa. " (fol.152).

Y finalmente manifiesta además que no se encuentra estructurada la falla o falta del servicio ni se demostró el daño, por lo cual no habría lugar a acceder a las pretensiones del actor. (Fols. 145 a 155).

e. El demandante interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia en virtud de que la titularidad del derecho de dominio está amparada por la presunción legal del artículo 762 del C.C. , y que la falla del servicio está demostrada, ya que faltó protección. Manifiesta que no hay protección cuando ésta es deficiente o insuficiente . (Fols. 156 y 157).

f. Las partes presentaron sus alegatos de conclusión, dentro del término legal.

La actora reitera lo expuesto en la sustentación del recurso (Fols. 166 y 167).

La demandante insiste en la ineptitud sustantiva de la demanda y en la ausencia de prueba de la falla del servicio (Fols, 168 y 169).

g. La Fiscalía Séptima de esta Corporación conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse, para lo cual considera :

" En primer término debe analizarse la solicitud de inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda.

" Al respecto la Fiscalía estima que la acción instaurada es la de Reparación Directa y Cumplimiento por cuanto lo solicitado es una indemnización por falla del servicio de la Administración y entiende que la referencia al contrario se hace para establecer el fundamento de la indemnización; y entiende, por lo mismo, que las referencias al incumplimiento del convenio solo pueden tomarse como argumento en este proceso por cuanto se dirigen a obtener la reparación prevista en la acción mencionada.

" Así las cosas para este Despacho no existe la alegada ineptitud sustantiva de la demanda.

" En relación con el fondo del negocio la Fiscalía observa que quien demanda no prueba la propiedad del bien que, alega fue destruída por falla de la Administración.

" En efecto, quien demanda en el presente caso, manifiesta ser poseedor de una mejora y para demostrarlo allega una escritura mediante la cual se protocolizan dos declaraciones rendidas ante el Alcalde Municipal. Si tal escritura se allegara por el dueño del terreno, el documento podría ser prueba de la mejora; pero, no apareciendo demostrada la propiedad del terreno la sola escritura no sirve para demostrar la propiedad requerida.

En tales circunstancias las peticiones de la demanda deben denegarse por no estar probados los extremos necesarios para la prosperidad de la acción incoada con el fin de reclamar los prejuicios por los daños sufridos en una propiedad.

" Por último, en cuanto a la falla del servicio, la Fiscalía debe precisar que la misma no se encuentra demostrada ". (fls. 178 y 179).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

1. En virtud de que el apoderado de la NACION- POLICIA NACIONAL propuso excepción de Ineptitud Sustantiva de la demanda, corresponde a la Sala su análisis, antes de entrar al estudio de los demás aspectos procesales y de fondo.

Fundamentó la demandada dicha excepción en las manifestaciones del demandante cuando dice ejercitar la acción de reparación directa y cumplimiento, (folio 1) , en tanto que más adelante (folios 2, 3 y 4) se refiere a "un Contrato de Arrendamiento ", queriendo demandar en ejercicio de la acción contractual.' (folio 68).

Para dilucidar el punto, basta observar lo dispuesto por los artículos 86 y 87 del C.C.A., que definen en su orden la acción de reparación directa y la relativa a contratos para confrontar sus características con las pretensiones del libelo demandatorio.

En primer lugar, la acción de reparación directa, busca : "La reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos". (Artículo 86 C.C.A.).

Con la acción relativa a contratos se pretende "que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restricciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones" (Artículo 87 C.C.A).

Ahora bien, analizadas las pretensiones que se encuentran transcritas en el numeral 1° del capítulo I-ANTECEDENTES de la presenta providencia, se concluye claramente que ellas hacen relación al objeto de la acción de reparación directa, basados en la destrucción de un inmueble por hechos sucedidos con ocasión de una toma guerrillera y en ninguna de las petición se observa solicitud de pronunciamiento sobre el contrato de arrendamiento en sí mismo, de modo que no se trata de una acción contractual.

Por tanto, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda no resulta probada.

2. En cuanto a la LEGITIMACION EN LA CAUSA, cuya ausencia la hace derivar el *a-quo* del hecho de no haber acreditado el actor " ni el dominio ni la

posesión alegados", conviene aclarar que no precisamente la carencia de esta clase de pruebas determina la falta de legitimación, pues esto sería tanto como confundir la prueba del derecho material con la legitimación en la causa, error en que fácilmente se incurre por un mal entendimiento de quienes siguen la teoría concreta de la acción.

" Las partes pueden estar legitimadas para la causa, -explica Devis Echandía- tengan o no el derecho a su obligación sustancial según se trata de demandante o demandado, porque el derecho a poner en actividad la jurisdicción y a recibir sentencia que resuelve en el fondo sobre las peticiones incoadas, no pertenece solamente al titular del derecho material.

" Si esto no fuera así, resultaría lógicamente imposible explicar por qué se obtiene sentencia de fondo o mérito a instancia de quién, por no tener el derecho material, no estaría por ende legitimado para conseguir esos efectos.

".....Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formales de la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido ya por medio de sentencia favorable o desfavorable. De consiguiente cuando una de las partes carece de esa calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo, y el Juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo". (Compendio ..... Tomo I, págs. 214 y 215).

3. A folios 152 y 153 se encuentra el siguiente razonamiento hecho por el *a-quo*:

" Ni el dominio ni la posesión alegadas por el demandante se acreditaron y por ende no está la legitimación en la causa por activa.

" Ciertamente, el documento con el que pretende demostrar lo primero, la escritura N° 321 de 24 de mayo de 1976 de la Notaría de Chaparral no tiene ningún mérito al efecto.

" Si el señor Aníbal Orozco construyó en terreno ajeno, en virtud de la accesión como modo adquisitivo de derechos reales, el dueño del terreno pasa a serlo de los materiales por el hecho de la incorporación en la contrucción y podrá el que edificó o construyó perseguir el pago de su justo precio... esto en el evento de haberse demostrado que efectivamente esas edificaciones o construcciones fueron hechas por quien las alega pero ello no ha ocurrido...

".....

" La única prueba que se anunció y se trajo fue el contrato de arrendamiento que el demandante celebró con el departamento del Tolima en el año de 1978 pero esto no sirve para demostrar la posesión y sólo conjuntamente analizado con otros

elementos podría dársele por acreditado ya que no necesariamente quien arrienda lo hace porque es el propietario o es el poseedor...".

Esta manera de pensar del Tribunal, a más de que, en su sentir, no existió falla en el servicio, lo llevó a negar las pretensiones de la demanda e imponerle condena en costas al actor.

Esta Sala no puede compartir las apreciaciones del *a-quo,* en primer lugar porque el punto tocante con la falta de legitimación es causa por activa, ya quedó despejando favorablemente como se señaló en el considerando inmediatamente anterior; y, en segundo término por cuanto el señor Aníbal Orozco Cifuentes sí acreditó interés jurídico, serio y actual sobre la construcción que resultó destruída como consecuencia de la cruenta toma guerrillera sucedida el 1 de julio 1985, calidad de interesado tipificada por los hechos que adelante se resaltarán, si se tiene en cuenta lo siguiente:

a) *La posesión.*- Sin tomar partido respecto de la inmemorial polémica sobre la naturaleza jurídica de la posesión como hecho o como derecho, lo cierto es que nuestro ordenamiento legal positivo relieva tal figura jurídica para derivar de ella innumerables beneficios a quien ostente la calidad de poseedor. Así, el art. 562 del Código Civil la define como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se dá por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y nombre de él"; el segundo inciso del referido precepto legal, consagra presunción de dueño para quien demuestre ser poseedor, mientras otra persona no justifique serlo".

Son abundantes los arts. del Código Civil que se ocupa de clasificar y subclasificar el fenómeno posesorio, pero todos encaminados a resaltar la importancia del poseedor y los amparos que las normas jurídicas han establecido en su favor, comúnmente denominados interdictos posesorios.

Pero la consagración legislativa de la posesión y las defensas que el ordenamiento le brinda al poseedor, reflejan mayor importancia y utilidad práctica al regular uno de los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales conocido con el nombre de usucapión o prescripción adquisitiva. En efecto, el art. 2512 del Código Civil prescribe que este modo de adquirir los derechos reales ajenos, se fundamenta o estructura primordialmente "por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales".

Obsérvese como la posesión actúa en la prescripción adquisitiva como su elemento básico que al prolongarse en el tiempo y con la observancia de ciertos requisitos legales, generan el más robusto y completo de los derechos reales cual es la propiedad o el dominio (arts. 2512 y ss. del C.C.y art. 669 ibídem).

b) Volviendo al concepto de posesión, se tiene por sabido que ésta es la resultante de dos elementos estructurales, a saber: el corpus y el ánimus. Aquél de

índole material consistente en la relación física o de hecho entre un sujeto y el bien; el segundo,elemento intelectual, volitivo o intensional, producto del espiritu del sujeto poseedor. Ambos con fisonomía propia e independiente, pero que confluyen a la vez para aflorar la resultante posesoría. El corpus puede de cumplirse o llevarse a cabo directa o personalmente por el poseedor, o, a través de sus agentes, dependientes o nuncios que lo presenten; por el contrario, el elemento espiritual o animus es de naturaleza personalísimo y le compete tenerlo y reflejarlo directamente a quien se dice poseedor.

c) El corpus, como elemento material que es, se presenta a través de realidades y conductas fácticas, en tanto que el ánimus por ser de índole intencional normalmente se deduce a manifestaciones y comportamientos concluyentes del sujeto. En cuanto hace a la demostración del fenómeno posesorio, el art. 981 del Código Civil establece: " se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión".

d) El caso a estudio, desde el punto de vista probatorio, no constituye modelo o ejemplo de lo que debe hacer todo demandante interesado en la obtención de las consecuencias jurídicas consignadas en sus pretensiones. Pero, el juzgador tiene el deber de hacer análisis sistemático o integrado de los diversos instrumentos probatorios que obren en autos, con miras a concluir si se cumplió con la carga de la prueba de los supuestos de hecho de las normas sustanciales señaladas por el interesado, por lo que a ello procede la Sala seguidamente así :

- Obra a folios 2 a 4 del cuaderno N° 2 la escritura pública N° 321 del 14 de mayo de 1976 de la Notaría Unica del Círculo de Chaparral, mediante la cual se protocolizan " unas declaraciones extrajuicio, constante de tres (3) Fojas Utiles.... sobre propiedad de una casa, ubicada en el corregimiento de Herrera...Estas declaraciones fueron solicitadas por el señor Aníbal Orozco y rendidas ante el Alcalde Municipal de Chaparral, por los señores Martín Emilio Araque y Evelio Bocanegra...: el compareciente (Martín Emilio Araque Quintero) manifiesta que esta casa la obtuvo el señor Aníbal Orozco, por compra que hizo al señor Arturo Osorio". Dicho instrumento público de protocolización contiene la solicitud formulada por Aníbal Orozco presentada al Alcalde Municipal de Chaparral a efecto de que se le reciba declaración jurada a los referidos Martín Emilio Araque y Evelio Bocanegra, sobre aspectos relacionados con supuesta propiedad de una casa ubicada en el corregimiento de Herrera; que la posesión es quieta, pacífica e ininterrumpida " desde hace unos 24 años"; y, que viene ejerciendo actos de dueño y habilitándola con su familia desde cuando la adquirió por compra de Arturo Osorio. Finalmente, pregunta el peticionante si les consta a los declarantes que él figure en los libros catastrales del municipio de Río Blanco como titular de dicha propiedad bajo la inscripción N° 020. El memorial petitorio lo presentó en la Alcaldía citada el 18 de marzo de 1976. Por su parte, las personas citadas declararon el 18 de marzo de 1976, sobre los aspectos preguntados por Aníbal Orozco.

- En los folios 5 a 18 del cuaderno N° 2, encontramos copias auténticas, expedidas por autoridad competente, que contiene diligencia de inspección judicial practicada, " sobre las ruinas de la edificación en donde funcionaba el cuartel de la Policía Nacional" en Herrera Tolima y de la providencia calificatoria del mérito de sumario dictada por el Juez 41 de Instrucción Criminal de Chaparral, mediante la cual se dicta resolución de acusación contra Luis Carlos o Carlos Pizarro Leongómez, al igual que en contra de Marco Antonio Chalita y en contra de Victor Bravo Valencia. La diligencia de inspección judicial se llevó a cabo el 13 de julio de 1985 con participación de peritos y versó fundamentalmente sobre el lugar en donde funcionó la edificación de la sede del cuartel de la Policía Nacional en la citada localidad de Herrera, esquina sur de la plaza principal. Los peritos asesores del juez instructor manifestaron que " puede considerarse que la destrucción es total por cuanto que las paredes que quedaron en pie están en amenaza de los impactos sufridos en el ataque.- Los daños causados a la edificación en cuestión , son los siguientes : (debe aclararse que cuando se dice impactos se incluye los impactos de las bombas incendiarias y el efecto destructor de las llamas que fue alimentado además con gasolina según versiones de autos). Doscientas vigas, veintitrés puertas, treinta y dos columnas, cuarenta y seis cercos, veintiocho umbrales en bloque, trescientas tablas de madera doscientos bultos de cemento, dos mil ladrillos, doce mil tejas de barro colonial, veinte volquetadas de arena, cien libras de puntilla y doscientos cincuenta varillones de madera y veinte columnas más de madera y dos ventanas del mismo material para un total aproximado en su costo de seiscientos setenta y tres mil quinientos pesos ($673.500.oo) en materiales y seiscientos cincuenta mil pesos ($650.000.oo) en mano de obra, para un gran total de un millón trescientos ventitrés mil quinientos pesos ($1' 523.500.oo) y en cuanto a la casa contigua de propiedad del señor Olmedo Henao se produjeron los siguientes daños...".

El juzgado de instrucción dijo estar de acuerdo con el concepto de los señores peritos "por haber inspeccionado detenidamente lo anteriormente expuesto".

- La copia del auto o resolución de acusación de 29 de julio de 1988 del juzgado 41 de instrucción criminal, al calificar el mérito del sumario, consigna los hechos sucedidos desde las primeras horas de la madrugada del 1 de julio de 1985 en la población de Herrera, cuando una cuadrilla de subversivo al mando de Luis Carlos o Carlos Pizarro Leongómez y Marco Antonio Chalita, asaltaron y se tomaron dicha población, portanto sofisticadas armas de fuego como carabinas, fusiles, morteros, de 60 milímetros, subametralladoras, granadas de fragmentación y otras de corto y largo alcance, "ataque dirigido al cuartel de policía que funciona en ese caserío hasta las 16:00 horas, para en la noche abandonar la citada localidad", durante el injusto y cruel ataque perdieron la vida algunos miembros de la policía nacional en tanto que otros resultaron heridos, además de haber perdido la vida el profesor Angel Guarín Ospina, e incendieron "el cuartel de policía para obligar a los agentes a rendirse, los archivos de la inspección de Policía con los procesos que allí reposaban" y hurtaron las existencias de dinero de la Caja Agraría . El hurto del material de intendencia y armamento se estimó en $2'.550.000.oo y de la entidad credicticia en $3'804.795.89.

- Se relacionan abundantes declaraciones de uniformados y de civiles que resaltan las largas horas de angustia transcurridas en fatídico 1 de julio de 1985 y los destrozos de varios inmuebles, entre otros el del señor Aníbal Orozco en donde funcionaba el cuartel de la policía, blanco central de ataque guerrillero.

Por consideración útil para el análisis que posteriormente se haga de las pruebas, se transcribe uno de los considerandos de la resolución de acusación, visible al folio 11 del C. 2, en donde se lee : " ...Como se aprecia del recaudo probatorio, los insurgentes del M-19 al atacar las dependencias del cuartel de policía y obtener una tenaz resistencia de los escasos uniformados que allí se encontraban, comparados con el grupo de asalto, decidieron arrojar bombas incendiarias (molotov) construidas con botellas y gasolina que alojaron (sic) a la residencia donde funcionaba el asentamiento policivo, logrando así predner (sic) fuego con todas ellas dentro del mismo, que estuvieron en grave peligro, como también la probable propagación que podría engendrar a las habitaciones vecinas, acto que ocurrió ".

- De los folios 21 a 30 del cuaderno N°2, obran documentos remitidos por la Dirección General de la Policía Nacional, que dan cuenta de los HECHOS SUCEDIDOS con el asalto subversivo el 1 de julio de 1985 a la población de Herrera del Municipio de Río Blanco Tolima. Concretamente a folio 21 del citado cuaderno se hace una síntesis de lo ocurrido entonces, desde las 05: 15 horas hasta la 23:00 de ese día y las novedades resultantes. Del conjunto de estos documentos se deduce que a las 16:00 quedó completamente destruído el puesto de policía por los ataques con armas de fuego y por el incendio propiciado por los subversivos; también se lee que a las 10:00 " hicieron presentes dos helicópteros y dos aviones, hicieron ráfagas y se fueron, esto lo hicieron en dos ocasiones ", mientras que a las 21:00 " se retiró el resto del personal de los subversivos" y a las "23:00" llegó personal del ejército al mando de un señor Capitán".

- El departamento del Tolima, representado por su Gobernador y por los Secretarios de Gobierno y Hacienda Departamentales, suscribieron el contrato de arrendamiento obrante de los folios 35 a 37, con el hoy demandante Anibal Orozco Cifuentes, cuyo objeto consistió en que éste dió " en arrendamiento al DEPARTAMENTO para el servicio del cuartel de policía, UNIDAD TOLIMA " acantonada en Herrera , municipio de Río Blanco, una casa de habitación ubicada en la esquina sur-este, de la plaza principal de la población de Herrera la cual está alinderada de la siguiente manera:...". El término del contrato se convino inicialmente en un año, contado a partir del 1 de enero de 1978; el precio o renta mensual del arrendamiento se fijó en $4.000.oo y, se previno prórrogas sucesivos con reajustes anuales del 20%. Del folio 38 al 48 del mismo cuaderno aparecen los certificados de reserva presupuestal, por las vigencias correspondientes a los años 1978 a 1985, para amparar el pago del contrato de arrendamiento y sus prórrogas con el señor Aníbal Orozco Cifuentes.

Conforme a las reglas de la sana crítica, principio general del derecho probatorio también conocido con el nombre de persuasión racional, las distintas

pruebas deberán apreciarse EN CONJUNTO, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la Ley Sustancial para ciertos actos (art. 187 del C. de P.C.). De allí que la Sala analice cada una de las probanzas atrás relacionadas indicando el mérito que le merezca, para seguidamente apreciarlas como si se tratare de un sólo HAZ PROBATORIO.

En primer lugar las declaraciones extraproceso, rendidas ante el señor Alcalde de Chaparral el día 18 de marzo de 1976, demuestran marcado interés del solicitante de la misma, Aníbal Orozco, quien buscaba con ellas construir elementos probatorios para futura memoria, aunque de manera incipiente dentro de una estricta crítica probatoria. Pero, no puede perderse de vista que el contenido de su memorial petitorio ante la primera entidad administrativa del municipio de Chaparral, está evidenciando el ánimus de dueño sobre la construcción que allá se describió, a más de que enfáticamente se anunciaba como propietario de la misma; hacía amplia descripción de ésta y afirmaba que " ha venido ejerciendo la posesión quieta y pacífica, desde hace unos 24 años aproximadamente, sin interrupción de ninguna clase, ejerciendo dentro de dicho predio todo acto de dueño tales como (sic) y habitándola con mi familia.. y que la posesión la adquirí por compra que hice al señor Arturo Osorio". Las declaraciones de Martín Araque Quintero y José Evelio Bocanegra Lezama, rendidas bajo juramento, dan cuenta básicamente del conocimiento personal que tienen de Aníbal Orozco Cifuentes, de mucho tiempo atrás, y, son explícitas en cuanto a la situación fáctica entre Aníbal Orozco y el inmueblecito en la plaza principal de la población de Herrera municipio de Río Blanco. Así, también dan razón de los linderos generales, de esa ocupación que el referido Aníbal Orozco ha hecho del mismo junto con su familia : la fuente de adquisión por medio de negocio jurídico celebrado por Arturo Osorio; conductas personales, públicas, continua, y pacíficas llevadas a cabo por Aníbal Orozco desde mucho tiempo atrás al día de rendir las declaraciones.

La circunstancia de no haberse rendido los testimonios que se comentan ante juez, sino ante el Alcalde Municipal, hoy no presenta dificultad para su apreciación o valoración puesto que el nuevo artículo 299 del C. de P.C. permite esta modalidad entratándose de testimonios para fines no judiciales, cuando autoriza a los Alcaldes y a los Notarios para procesar tales declaraciones y, en caso como éste, tendrá el alcance de "prueba sumaria" para establecer extrajudicialmente los hechos narrados. No se olvide que el acontecimiento posesorio es un fenómeno sociológico antes que nada y que puede establecerse a través de cualquier medio probatorio. Adicionalmente, no sobra advertir que las mentadas declaraciones extraproceso para evidenciar la posesión de Aníbal Orozco sobre el predio comentado, fueron protocolizadas mediante instrumento público que se aporó con la demanda sin que se hubiere objetado, y mucho menos redargüido de falso. La ratificación judicial de estas declaraciones que echa de menos el Tribunal, si bien es cierto impiden tener por controvertida la probanza, también lo es que no puede restarle su eficacia inicial de "prueba sumaria" tipificadora, al menos, de un indicio sobre la posesión alegada, como fácilmente lo entiende la Sala.

En segundo lugar, la declaraciones extraproceso analizadas atrás, cobran mayor convicción en el juzgador, al ser complementadas por el contrato de arrendamiento suscrito por Aníbal Orozco Cifuentes y por el Departamento del Tolima, dado que permitir el goce de un determinado bien a cambio del pago de una renta periódica, constituye conducta normalmente realizada por quien ostenta la calidad de dueño, o por lo menos de poseedor del bien arrendado. No es que el simple tenedor no pueda igualmente celebrar negocios de arrendamiento sobre bienes ajenos que a título de tenencia ostente en un momento dado. Lo que ocurre es que en ausencia de elementos demostrativos que desvirtúen el poder dispositivo del goce de un bien, habrá de presumirse que quien así procede lo hace a manera y calidad de dueño real o presunto, como en el caso del poseedor; se trata simplemente de aplicar la teoría de lo normal por oposición a lo anormal; es decir, lo normal es pensar que quien arrienda un bien lo hace porque es su dueño real o presunto, mientras que resulta anormal, creer, salvo prueba en contrario, que quien arrienda un bien así lo haga que solamente tenga la calidad de tenedor.

Obsérvese que conforme a los certificados de reserva presupuestal expedidos por las autoridades del Departamento del Tolima, desde 1978 y hasta 1985, se efectuaron las apropiaciones dinerarias para pagarle a Aníbal Orozco Cifuentes las rentas o cánones mensuales, periódicos y sin solución de continuidad como contraprestación por el goce y aprovechamiento del inmueble que este señor le arrendó al Departamento del Tolima para que operare y funcionare allí el cuartel de Policía. Esta circunstancia que consta en documentos públicos y que por lo mismo auténticos procede tranquilidad en la certeza que busca el juzgador, en virtud de referirse a un período de 8 años contínuos, y , adicionan el contenido probatorio de las declaraciones extraproceso atrás analizadas, para concluir que entrambas reflejan la calidad de poseedor Aníbal Orozco Cifuentes sobre el inmueble de marras, a todo lo largo de la vigencia del contrato de arrendamiento. (Enero 1° de 1978 a julio 1° de 1985).

En tercer lugar las copias auténticas de los documentos remitidos por la Dirección General de la Policía Nacional que ocupan los folios 92 a 117 del cuaderno N° 2, establecen la preexistencia del inmueble de marras, a la fecha de la toma guerrillera el 1 de julio de 1985, a la vez que la destrucción total del bien cuando lo ocupaba la policía del lugar, por cuenta y nombre del arrendador Aníbal Orozco Cifuentes a quien en el medio se le reconocía como dueño y señor del mismo. La contrucción o casa donde operaba el cuartel de policía, para el 1de julio de 1985, quedó convertida en escombros, lo que constituye pérdida total de la misma; sobre ello se estructura la noción de daño cuya indemnización se pretende.

Así las cosas, para la Sala no cabe duda alguna sobre la calidad de poseedor predicable de Aníbal Orozco Cifuentes sobre la construcción arrendada al Departamento del Tolima para ser utilizada por el comando de la policía en la población de la Herrera, desde luego que el conjunto de elementos probatorios, analizados conforme a reglas de sana crítica, señalan, a las claras, que dicho señor, desde tiempo atrás al 1 de julio de 1985, realizaba conductas de tal naturaleza que tan sólo da derecho el dominio o propiedad, por lo que acreditaba la situación

posesoria debe aplicarse la presunción de dominio establecida por el art. 672 del Código Civil, la que no resultó desvirtuada en este proceso.

4. La sentencia recurrida considera que no se estructuró la falla o falta del servicio alegada por el actor como fuente de responsabilidad administrativa y que señala como " la inadecuada protección, vigilancia y custodia en que se tenía a la localidad asaltada", pues, "' los integrantes de la institución que allí se encuentra efectivamente estaban cumpliendo esa misión (prestando el servicio de policía) y lo hicieron de tal manera que es el mismo demandante quien exalta el valor con el que enfrentaron a la situación excepcional que se les presentó". Ahora bien, continúa el *a-quo*, " que esa falla no falta se quiera apoyar en el escaso número de sus integrantes, aspecto este que tampoco se detalla en el libelo, ello no nos indica que hubiera sido el factor determinante para los sucesos de que se da cuenta por el actor y aún siéndolo mal puede exígirsele al Estado que tenga en cada corregimiento y lugar del país elementos bélicos y número suficiente de personas para que enfrente con éxito un ataque de esta naturaleza que desborda las capacidades humanas y económicas del mismo Estado Colombiano..."

La Sala tampoco puede compatir la argumentación hecha por el *a-quo,* y que se acaba de transcribir, por las siguientes razones :

a) La responsabilidad de la administración, no sólamente surge por la omisión, tardanza o deficiencia en la prestación de los servicios públicos a su cargo, que es lo que tradicionalmente se conoce con el nombre de " falla o falta en el servicio". Su verdadero fundamento se encuentra en algo más de contenido universal cuya finalidad es protección del derecho a los administrados, como bien lo enseña MIGUEL S. MARIENHOFF, al afirmar que " tal fundamento no es otro que el 'estado de derecho' y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios, o postulados, que forman un complejo y que tienden, todo, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados...Los 'principios aludidos resultan de la Coristitución Nacional, como así de las generosas expresiones de su preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho . (' No dañará a otro '; ' dar cada uno lo suyo') que, por cierto también integran nuestro ordenamiento jurídico, como el de todo país civilizado". (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Cuarta Edt. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Edición 1987, pág. 706).

b) Moderadamente la responsabilidad administrativa puede tener diversos orígenes, así: a) en la llamada falta del servicio, b) en la teoría del riesgo; c) en los daños ocasionados por trabajos públicos; d) en el llamado daño especial; e) en la exportación y ocupación de inmuebles en caso de guerra; f) en el rompimiento de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas; g) en el enriquecimiento injusto.

También es característica contemporánea el que se prescinde de los conceptos de licitud e ilicitud, culpa o dolo, y, en fin de cualquier elemento subjetivo de los que sirvieron de fundamento pretérito al concepto de responsabilidad administrativa;

actualmente ésta tiene su razón de ser *en la lesión que los particulares sufran en sus derechos,* aún con prescindencia de que la acción originaria del daño se hubiere ejercido legalmente por el ente público. Con respecto a éstos últimos conceptos, GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, enseñan: "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 la 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 de riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios, puesto que sólo se excluyen expresamente 'los casos de fuerza mayor' (precisión hoy ya constitucional), es decir, los 'acatamientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza' .....

"....."

" Al constituir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquélla se desplaza desde la respectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de 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 sí, 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 de sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico-júridico;* nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario reposa sobre un profundo rigor técnico que sólo precisa de una explicación coherente ". (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández; Curso de Derecho Administrativo; Tomo II; Edt. Cívitas S.A.; Madrid 1981; págs. 336 y 337). (Subrayas de la Sala).

Para esta Sala no resulta exótico, las nuevas tendencias sobre la responsabilidad administrativa del Estado, dado que en diferentes provincias, de una u otra manera, han sido acogidas, en mayor o en menor grado, pero eso sí, bajo la claridad manifiesta que no sólamente la falta o falla en el servicio resulta ser la única

fundamentación de aquélla. Así en sentencia de 20 de febrero de 1989, se hicieron las siguientes precisiones :

" *La teoría del daño especial.* Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.

" La existencia del Estado y su funcionamiento implica incomodidades o inconvenientes para los asociados, que estos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasan un determinado umbral; el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aun por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarciendo los perjuicios que de tal manera hayan podido causarse, porque la equidad lo impone. Con base en similares argumentos ha dicho esta Corporación :

" Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, 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 mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad, que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado ". (Sentencia del 28 de octubre de 1976: "ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO", Tomo 91, Nos. 451-452, págs 710 y 711).

" Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan solo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad. Por ello es quizás aquélla en la cual el fundamento mediato de la responsabilidad, que consiste en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas que campea en la Constitución, opera de manera directa". (Expediente N° 4655; Actor Alfonso Sierra Velásquez; Consejero Ponente : Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo. En Extractos de Jurisprudencia del Consejo de Estado, primer trimestre de 1989, Tomo II, publicaciones Caja Agraria, Bogotá. págs. 249 y 250).

Por otra parte, las razones de equidad que deben orientar al intérprete del derecho, también han sido relievadas por esta Sala, para darle cabal cumplimiento a los principios que actualmente orientan la responsabilidad administrativa del Estado, cuando al ocuparse de la teoría de la responsabilidad por el riesgo

excepcional reconoce que a pesar de demostrarse diligente actuación del ente administrativo el perjuicio también puede ser achacable a la entidad, pues, " si bien la falla del servicio es el régimen de derecho común de la responsabilidad extracontractual del Estado, bien pueden existir regímenes diferentes a aquél de derecho común.

" La afirmación anterior reviste importancia precisamente frente a perjuicios como el que plantea el presente proceso, en los cuales así se desconozca el porqué de un accidente, la Corporación considera procedente la indemnización, y con apoyo en el principio de *iura novit curia,* aplique la teoría del riesgo excepcional". (Sentencia de 22 de agosto de 1989, Expediente Nº 5408 (317); Actor: Daniel Pira Amaya, en Extractor de Jurisprudencia del Consejo de Estado, tercer trimestre de 1989, publicación de la Caja Agraria, Tomo V, pág 283).

Agrega la sentencia que se acaba de citar que " en múltiples ocasiones, el régimen de responsabilidad administrativa fundado en la falla del servicio es insuficiente para explicar la procedencia de la reparación de perjuicios que, en términos de equidad, deben ser resarcidos, no con base en tal régimen como lo hizo el *a-quo, sino con apoyo en la teoría del riesgo excepcional como ha considerado la jurisprudencia de la Corporación y se hace en esta sentencia* ". (Ob. cit., pág 284). (Subrayas de fuera del texto).

Al tomar en cuenta la teoría del daño especial y compaginarla con la tesis que estructura la responsabilidad administrativa en el rompimiento del principio de la igualdad ciudadana frente a las cargas públicas, en sentencia de 30 de enero de 1987, esta Sala razonó de la siguiente manera : " Se puso en evidencia que la obra del puente de la Calle 53 con la carrera 30 produjo un daño de carácter excepcional a los dueños del inmueble aledaño a dicha obra (Nº 28-A- 05 de la Calle 53). Daño o perjuicio que no surge de una falla del servicio (la actividad de la entidad demandada fue legítima) sino del hecho de habérsele impuesto, a los demandantes una carga especial en beneficio de la comunidad. Carga que rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (forma del principio general de la igualdad ante la ley)". (Expediente Nº 4493 : Actor : Bertha María Martínez Zamudio; Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo). Iguales consideraciones se contemplan en sentencia de 3 de mayo de 1990 de esta Sala. (Expediente Nº 5497; Actor : Bernardo Méndez B. y otro; Consejero Ponente : Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo).

Frente a un caso juzgado por esta Sala, en donde las fuerzas del orden actuaron activamente para contrarrestar la acción bélica contra el mismo grupo subversivo M-19, según hechos ocurridos en Cali en los días 1,2,3 y 4 de diciembre de 1985, resultaron muertos y heridos varios habitantes del barrio " Siloé ", la sentencia de 24 de abril de 1991, discurrió así: "Ciertamente ese operativo militar antiguerrillero cumplido en Cali los días 30 de noviembre y 1 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 domiciliadas en este 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 y amparo que les brindan los organismos del Estado. Si el riesgo se consume y ocasiona un daño sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidades de la administración aunque no pueda decirse que hubo culpa o falta del servicio estatal.

" Debe concluirse por consiguiente que se configuraron 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'" (Expediente N° 6110; Actor: Octavio Potes y otros; Consejero Ponente Dr. Policarpo Castillo Dávila : sentencia de 24 de abril de 1991.)

En reciente sentencia, la Sala después de analizar diversos criterios en que se apoya la responsabilidad de la administración, consignó lo siguiente :

" Reestudiada la jurisdicción vigente, y particularmente el fallo de 8 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 .....

" Dentro de este marco, la responsabilidad de que trata el artículo 2350 del C.C. , se torna OBJETIVA en el derecho administrativo, pues como lo enseña el profesor J. M. DE LA CUETARA "...no se trata de ningún perjuicio CAUSADO antijurídicamente, sino 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 está obligado a soportar un detrimento patrimonial". (Sentencia de 27 de junio de 1991; Expediente N° 6454; Actor : Edgar Pérez Rodríguez y otra; Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta). (Subrayas de la sentencia).

5. Descendiendo de lo teórico y abstracto al caso particular propuesto por el demandante Aníbal Orozco Cifuentes, se colige que no asiste razón al a-quo cuando en su sentencia y como último argumento para negar las pretensiones de aquél,

discurrió alrededor de la falla en el servicio, de manera exclusiva como si se tratara de la única fuente de responsabilidad administrativa . Por ello, la sentencia no será confirmada y, en cambio, la Sala accederá a las súplicas del libelo demandatario, aunque de manera explícita el actor no hubiere invocado como fundamento de sus pretensiones las bases doctrinarias y jurisprudenciales que se acaban de dejar vislumbradas en el considerando anterior. Como bien se sabe, es tarea del juzgador adecuar los hechos narrados por las partes a la normatividad legal y principios jurídicos que corresponda según el legendario principio *iura notiv curia,* pues, lo único que no puede suplirse son las informaciones fácticas.

Del análisis probatorio que atrás hizo la Sala, no cabe duda alguna que el grupo guerrillero M-19 irrumpió injustamente en ataque bélico contra el cuartel de la polícia de la población de Hererra Departamento del Tolima, el 1 de julio de 1985 desde tempranas horas de la madrugada, efectuando desmanes de todo género en contra de la vida, la integridad personal y bienes pertenecientes no solamente a la institución policiva allí localizada, sino además contra múltiples de los ciudadanos allí radicados.

La Sala entiende, como también entendió el demandante, que el exiguo número de agentes policiales destinados a mantener el orden público y a garantizar la vida, honra y bienes de los habitantes de aquél alejado rincón del país, obrando dentro del límite de sus capacidades, hasta el punto de que los supérstites bien merecieron distinciones y condecoraciones por coraje y valentía al tratar de defenderse y defender a los pobladores del lugar, del cobarde ataque irrogado por el comando guerrillero, pero ello no es óbice para que con aplicación de las tesis antes esbozadas la Nación Colombiana resulte condenada por responsabilidad administrativa y tenga que indemnizar los daños que aquí se demandan.

No puede perderse de vista que de no hacerse responsable a la Nación Colombiana, como se enuncia en el páragrafo anterior, bien, aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, ora siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por la responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas (o desigualdad de los ciudadanos ante la Ley), o, por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la "lesión" al patrimonio del administrado, se desconocería la noción de equidad. Nadie comprendería cómo un modesto ciudadano (Aníbal Orozco Cifuentes), que demostró ánimo de colaboración para con las autoridades de policía al confiarle a título de arrendamiento el inmueble que poseía en la población de la Herrera , tuviera que soportar, de manera exclusiva, la pérdida de uno de los elementos integrantes de su patrimonio.

La responsabilidad administrativa que se le enrostra a cualquier ente público, sólamente se neutralizará mediante la demostración plena que la entidad demandada hiciera para tipificar culpa exclusiva de la víctima, intervensión de un tercero o fuerza mayor. Ninguna de éstas situaciones se han demostrado en el *sub-lite.*

6. En punto relacionado con el perjuicio, se demanda la indemnización por "todos los daños y perjuicios padecidos en su patrimonio moral y económico ",

alegándose solidaridad entre la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) y el Departamento del Tolima, distinguiendo entre el daño emergente y el lucro cesante y una suma consolidada para la fecha del daño, en cinco millones de pesos ($5'000.000.oo) como mínimo y, una segunda por concepto de la rentabilidad legal de la propiedad que para la fecha de presentación de la demanda el actor estimó en la suma de un millón doscientos mil pesos mcte. (1'200.000.oo). Se consigna en la demanda que habrá de aplicarse la indexación "sobre la suma que en definitiva, se establezca que tenía el inmueble en el momento de la destrucción" y, finalmente que el valor por lucro cesante se extienda hasta cuando se pague el importe de la indemnización.

De primer momento habrá de aceptarse que el acervo probatorio arroja como daño material, la pérdida total de la construcción poseída por el demandante hasta el punto de calificarse sus restos como "escombros"; dicha destrucción fue producto de la actuación bélica de los guerrilleros del M-19, que tenía sobre dicha edificación el blanco propicio de su conducta punible, pues para nadie resulta díficil pensar que el primero de los propositos era inutilizar el cuartel de policía y sus ocupantes, para posteriormente sin restricción de ninguna clase proseguir con sus demandas y fechorías.

Ocurre sin embargo que al no producirse la prueba pericial pretendida por el demandante, respecto de la cuantía o monto de los daños materiales, tan sólo se tiene información por la diligencia de inspección judicial y peritación que para efectos penales se llevaron a cabo por el Juzgado 23 de Instrucción Criminal del Tolima, y, que esta Sala entiende como demostrativas de la ocurrencia de los destrozos o daños, más no cuanto atañe a su cuantía. Razón por la cual la condena que se imponga será en abstracto y para su concreción se tramitará incidente el cual deberá intentarse por el demandante dentro de los 60 días siguientes a cuando se notifique el auto que profiera el a-quo ordenando cumplir lo que aquí se resuelva. Para efecto de liquidar la condena en abstracto, se observarán las siguientes bases:

a) Mediante inspección judicial, documentos, testimonios y peritaciones, con miras a cuantificar el daño emergente, se establecerá si la construcción a Aníbal Orozco Cifuentes que fue destruida el 1 de julio de 1985, ya que reconstruida refaccionada o repuesta; si fue repuesta íntegramente cuál o cuáles fueron su costos históricos, precisando los diversos momentos en que se hicieron los pagos o erogaciones para tal menester; si la referida construcción no ha sido respuesta, cuál sería el valor que hubiere de sufragársele, al momento de la práctica de las pruebas, para efectuar tal reposición; si se ha llevado a cabo la reconstrucción o refacción parcial, habrá de precisarse con claridad en qué consiste tal reconstrucción, cuál su costo histórico, a qué porcentaje de la construcción pretérita o pasada equivale y qué porcentaje faltaría por reconstruir, indicando el precio del mismo para la época de las pruebas.

b) Con base en los mismos medios probatorios atrás señalados, con cualquiera de ellos y aún con otros, si los hubiere, se determinará cuál era la renta, canon o

precio que el inmueble destruído generaba para el 1 de julio de 1985 , cuáles los precios o rentas que mensualmente debieron haberse producido, en condiciones normales, el inmueble referido desde el 1 de julio de 1985 y hasta la época de producción de la prueba.

c) Se allegarán los índices de precios al consumidor y los índices de precios al por mayor procesados y que certifique que el Departamento Administrativo de Estadística DANE, vigentes desde el 1 de julio de 1985 y hasta cuando se expida tal certificado, a efecto de que los peritos que designe el Tribunal puedan poner en valor presente los valores históricos que por daño emergente y lucro cesante deberán liquidarse según las orientaciones o bases de los dos ordinales anteriores.

Aunque se ha pretendido reconocimiento por perjuicios morales, que bien pueden suscitarse en casos como el que nos ocupa, la Sala negará tal reconocimiento porque no existe ni la más elemental prueba de que ellos hubieran tenido ocurrencia, razón por la cual aplicará el principio de la carga de la prueba para absolver la Nación Colombiana de esta súplica.

7. Por último, como la demanda intenta condena solidaria en contra de la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa- Policía Nacional) y el Departamento del Tolima, se exonerará a este porque no se dan los supuestos de la solidaridad pretendida.

De lo que viene, esta Sala no puede respaldar la sentencia proferida por el Tribunal del Tolima, ni tampoco aceptar las insinuaciones formuladas por la señora Fiscal Séptima de esta Corporación y, revocada que sea la sentencia de primer grado dictará la que habrá de reemplazarla.

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 auroridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO.- REVOCASE en su totalidad la sentencia de 28 de septiembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO.- DECLARASE administrativamente responsables a la Nación Colombiana Ministerio de Defensa -Policía Nacional, de todos los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, causados al ciudadano Aníbal Orozco Cifuentes, con ocasión de la toma guerrillera sucedida el 1 de julio de 1985 en la casa donde operaba el cuartel de la Policía en la localidad de Herrera, municipio de Río Blanco, departamento del Tolima.

TERCERO.- Condénase, en abstracto, a la Nación Colombiana Ministerio de Defensa- Policía Nacional, a pagarle a Aníbal Orozco Cifuentes el monto de dinero

necesario para resarcirle los daños y perjuicios materiales señalados en el punto anterior.

CUARTO.- Tramítase incidente, conforme a lo reglado por los arts. 137 del C. de P.C. y 172 del C.C.A. con miras a liquidar el daño emergente y el lucro cesante reconocidos en favor de Aníbal Orozco Cifuentes. La parte actora intentará el incidente dentro de los 60 días siguientes al de la notificación del auto proferido por el *a-quo* y que ordene cumplir aquí resuelto, siguiendo las bases y orientaciones de la parte motiva.

QUINTO.- Niéguese la condena solicitada por concepto de perjuicios morales.

SEXTO.- Absuélvase de todas las pretensiones formuladas contra el departamento del Tolima.

SEPTIMO.- Dése cumplimiento a lo establecido por los arts. 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase y Devuélvase al Tribunal de origen.

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

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

INDIVIDUALIZACION DEL ACTO/ DEMANDA-Requisitos/**DEMANDA-**Ineptitud/**ACTO COMPLEJO**

Cuando el acto administrativo haya sido objeto de recursos por la vía gubernativa, deben impugnarse también los actos decisorios de éstos, los cuales se integran a la decisión inicial para conformar la única manifestación de la voluntad administrativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. , julio doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia : Expediente Nº 5372. Actor : Rubén Pérez.-Minas.

El señor Rubén Pérez, mediante apoderado idóneo demanda la nulidad de la resolución # 002606 de septiembre 28 de 1987 dictada por el Ministerio de Minas, mediante la cual se declaró fundada la oposición hecha por Antonio Hernández P. contra la solicitud de permiso #6042 presentada por aquél. Como consecuencia, pretende que se ordene al citado Ministerio rechazar la oposición y continuar el trámite el permiso sobre toda la zona pedida inicialmente, incluída la que se declaró fundada.

Como hechos narra la demanda, presentada el 11 de mayo de 1988 (a folio 43), en síntesis, los siguientes :

1) Que el señor Rubén Pérez presentó solicitud de permiso #6042 el día 14 de junio de 1984 ante el Ministerio de Minas " para la exploración y explotación de un yacimiento de mármol y demás minerales no reservados, ubicado en Teruel (Huila).

2) Que la solicitud fue admitida por resolución #00806 de junio 12 de 1986.

3) Que contra esa solicitud #6042 formuló oposición al señor Juan A. Hernández P. el 11 de julio siguiente.

4) Que practicadas las pruebas, el Ministerio declaró probada la oposición mediante la resolución #002696.

En el capítulo disposiciones violadas se citan como infringidos los artículos 26 de la Constitución; 12 del decreto 2727 de 1979; 3 y 170 del c.c.a.

Antes de la Admisión de la demanda, el despacho solicitó copia de la resolución impugnada con la constancia de ejecutoria, de lo cual resultó que la citada resolución había sido objeto del recurso de reposición y que éste se había resuelto por la #000178 de 11 de febrero de 1988.

En la demanda se pedía la suspensión provisional del acto impugnado; medida que se denegó por auto de septiembre 20 de ese mismo año. (a folios 86)

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

Para la señora fiscal séptima de la corporación, Doctora De la Lombana de Magyaroff, la demanda deberá despacharse en forma desfavorable. En primer término, considera que no se da la inepta demanda porque el acto impugnado al no conformar un acto complejo con el que decidió la reposición no tenía porqué demandarse en su conjunto. En segundo, porque la actora no logró desvirtuar la presunción de veracidad que amparaba el acto impugnado. A ese respecto sostuvo:

" En efecto, solicitó un dictamen pericial para contradecir un informe rendido en la vía gubernativa mediante el cual se estableció la antigüedad de la explotación : solicitó, igualmente que el Ingeniero que practicó la visita en la vía gubernativa, declarara en el proceso.

" Ambas pruebas fueron decretadas y practicadas : el Ingeniero manifestó en su declaración cuáles habían sido los parámetros que le sirvieron de fundamento para rendir su informe ; los peritos se pronunciaron sobre el informe en cuestión para concluír que era aventurado establecer la antiguedad de la explotación con los parámetros que aparecían en el mencionado documento:

" Se observa, entonces, que mientras el Ingeniero que intervino en la vía gubernativa practicando la visita que le fue encomendada, aclara aspectos del informe, los peritos no establecen la antigüedad de la explotación, ni tienen en cuenta las precisiones del Ingeniero, por cuanto no se les solicitó.

" Así las cosas, la Resolución de la administración debe mantenerse por cuanto aparece comprobado que el solicitante del permiso al entregar el bien

por orden judicial el 17 de febrero de 1984, no volvió a él y desde esa misma fecha el opositor ocupó el predio. Tal circunstancia que no puede tomarse como punto de partida de la explotación del opositor, sí muestra que el solicitante desde la fecha indicada no explotó la mina por culpa del opositor sino por la orden judicial de que se ha hablado.

" Aparece igualmente demostrado que el señor Pérez, solicitó al Ministerio de Minas en 1986 que ordenara la suspensión de trabajos en la mina por parte del opositor o sea que el solicitante acepta que el opositor trabajaba en la mina en la época de la petición.

" Frente al dictamen de los peritos dentro del juicio no puede sacarse ninguna conclusión puesto que no se demuestra que la antigüedad no sirviera para establecer el derecho del opositor que es el verdadero meollo del problema.

" Las demás pruebas que aparecen en los antecedentes administrativos aunque no pueden tenerse como plenas por cuanto no cumplen los requisitos necesarios, sí son indicios de la explotación por parte del opositor.

" Así las cosas para la Fiscalía no se ha demostrado plenamente los hechos alegados por el actor, por lo tanto la Resolución de la Administración debe mantenerse."

El Ministerio de Minas, por su parte, insiste en que se deben denegar las súplicas de la demanda porque la entidad consideró como suficientes las pruebas que respaldan los derechos del opositor. De ese escrito se destaca el siguiente aparte:

" Pero la declaración de testigo más importante es la rendida por la señora Ana Fuentes Barrera, el 9 de julio de 1986, quien afirma que el señor Luis Antonio Hernández Perdomo desde cuando adquirió el predio y hasta la fecha de rendir el testimonio, ha estado explotando la mina en mínima escala. Aunque la testigo dice conocer al señor Luis Antonio Hernández Perdomo hace un año y que le ofreció material de la mina que explota en la finca El Minche, debe aceptarse como cierta la afirmación de haber explotado el señor Luis Antonio Hernández el yacimiento, desde cuando el opositor recibió la finca, porque este hecho puede ser comprobado por una persona aunque no haya conocido personalmente al explotador desde la época anterior.

" Con relación al informe rendido por el funcionario técnico del Ministerio quien realizó la visita a la zona del permiso, no ha sido desvirtuado por el dictámen de los señores peritos, porque los fundamentos y razones expuestos por dicho funcionario, encuentra respaldo en la declaración de testigos y certificaciones de las personas antes citadas, quienes afirman sobre la explotación por parte de Luis Antonio Hernández Perdomo en pequeña escala. Además el señor funcionario técnico en su declaración rendida bajo juramento en el presente proceso, se ratifica en la indicación de los parámetros

sobre los cuales fundamentó su informe. De otra parte se refiere en su exposición a la suspensión de trabajos que el señor Luis Antonio Hernández Perdomo adelantaba en el yacimiento de Mármol, por orden de la Acaldía Municipal de Teruel, Huila, lo que constituye prueba de que en realidad el opositor venía realizando trabajos de explotación.

" Ha quedado demostrado que el señor Luis Antonio Hernández Perdomo, durante un lapso mayor de tres meses, contados con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de permiso, estuvo explotando el yacimiento de mármol y continuó con los trabajos de explotación hasta mucho después de haberse presentado la solicitud de permiso o sea hasta cuando se le ordenó suspender dichos trabajos por la Alcaldía de Teruel, comisionada por el Ministerio de Minas y Energía para tal fin, por consiguiente, el opositor dió cumplimiento a las exigencias del Decreto N° 2727 de 1979, artículo Décimo Segundo.

" Si bien es cierto, que el señor Rubén Pérez estuvo anteriormente explotando la mina, desde el 17 de febrero de 1984 no pudo volver a realizar trabajos, porque la Finca Minche donde está ubicado el yacimiento de mármol le fue entregado al opositor Luis Antonio Hernández Perdomo a quien le quedaba muy fácil explotar la mina, luego de recibir la finca.

" Por último, me refiero a la circunstancia de no haber sido demandada sino únicamente la Resolución N° 002696 de septiembre 28 de 1987 que declaró fundada la oposición, dejando por fuera la Resolución N° 000178 de febrero 11 de 1988 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición que interpuso contra la anterior. Considero que se trata de un acto administrativo complejo que incluye las dos resoluciones, por consiguiente, el hecho de haber demandado solamente una, constituye motivo para que no prospere la demanda. "

Para resolver se considera :

Para la Sala la demanda es inepta, ya que la parte actora no impugnó sino la primera parte de la decisión administrativa que declaró fundada la oposición formulada por el señor Luis Antonio Hernández Perdomo y dejó por fuera la #000178 de 11 de febrero de 1988, que reestudió el asunto en reposición y confirmó la primera decisión.

De acuerdo con el artículo 137 del c.c.a. modificado por el artículo 24 del decreto 2304 de 1989, en toda demanda deberá indicarse lo que se pide; lo que cuando se trata de la impugnación del acto administrativo impondrá la individualización de éste con toda precisión *" pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados por la vía gubernativa. "*

Lo subrayado constituyó una desafortunada adición al texto original, hasta el punto que el gobierno, mediante el decreto antecitado con fundamento en la

jurisprudencia de la corporación, precisó que si el acto definitivo fue objeto de recursos también deberán demandarse las decisiónes que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procederá demandar la última decisión.

Se dice que con fundamento en la jurisprudencia porque cuando la administración manifiesta su voluntad en el Acto A y luego debe reestudiar el asunto sucesivamente en reposición y en apelación mediante la expedición de los actos B y C, en realidad su manifestación no se circunscribe a la decisión inicial, sino que conforma una sola unidad o en el conjunto A, B y C. No sobra afirmar que el Acto A, frente a la cual se interpusieron los aludidos recursos, únicamente se completa con la decisión de éstos, los que culmina la vía gubernativa y definen su ejecutoria.

La jurisprudencia en aquel entoces (antes de la vigencia del decreto 2304) tuvo que armonizar los distintos textos (el numeral 2 del artículo 137 y 138) por despejar las dudas que dejaban, pues el último daba a entender que el acto quedaba bien individualizado con la cita del acto final (el que precisamente no fue impugnado aquí o sea la resolución 000178) y no con la del inicial que fue objeto de los recursos. No otro es el sentido de la frase optativa subraya atrás "pudiéndose indicar también... los que fueron modificados o confirmados por la vía gubernativa."

En otros términos, si de la simple interpretación literal se tratara, la obligación de identificación radicaría sólo en el acto confirmatorio o modificatorio y no en el modificado o cofirmado, o sea el inicial.

Asimismo en ese tiempo también se sostuvo por un sector de la corporación, contrariando la letra del indicado artículo 138, que bastaba demandar el acto inicial cuando el posterior o los posteriores se redujeran a confirmarlo. Aunque la tesis tenía su novedad ofrecía desde un principio reparos, en especial cuando, como sucedió aquí, el acto ni siquiera menciona el acto confirmatorio (la resolución 000178) ni su fecha de notificación.

Como la interpretación de los textos se prestaba a equívocos y a vacilaciones entre las distintas salas, la plena, en su sentencia de 12 de diciembre de 1988 (Expediente S-047 Ponente: Jorge Penen D. Actor: Misael Gutiérrez Espejo), unificó la jurisprudencia y definió el punto en forma similar a la adoptada luego por el decreto 2304; o sea que en esa inidividualización, cuando el acto administrativo haya sido objeto de recursos por la vía gubernativa, debían impugnarse también los actos decisorios de éstos los cuales se integraban a la decisión inicial para conformar así la única manifestación de la voluntad administrativa.

De este fallo la sala plena destaca :

> " Al no haberse demandado los dos acuerdos mencionados el actor se colocó, él mismo, en imposibilidad de obtener lo buscado, pues al no demandar el acuerdo final no sería posible el restablecimiento del derecho pretendido por el actor."

" En efecto, en el evento de que se declarara la nulidad del acuerdo Nº 306 dejando vigente el Nº 075 que lo mantiene, se haría una declaración ineficaz o inocua del derecho, que no produciría el efecto deseado. Se trata entonces en el acto presente de una demanda sustantivamente inepta que impide que se pueda fallar de fondo el asunto que se plantea. "

" Con lo anterior se modifica la jurisprudencia de la Sala expresada en el fallo del 28 de julio de 1990 (Expediente 3170 Actor : Fanny García Lobo), en donde tratándose de los actos simples sometidos a recurso que no por ello se convierten en complejos, se dijo en lo pertinente :

" Se deben distinguir tres eventos.....3) cuando las decisiones que resuelven los recursos son confirmatorias de la decisión principal. En este evento basta con demandar la nulidad del acto principal, porque de anularse éste quedarían sin piso jurídico para su existencia los actos confirmatorios. "

" En efecto, la modificación se impone porque :

" 1) Si bastara con demandar el acto principal, para determinar la caducidad de las acciones de plena jurisdicción sería necesario tener en cuenta la notificación de dicho acto principal y no la del acto que lo confirmó, lo que es ilógico y además puede ir en perjuicio del propio administrado.

" Es ilógico, porque el acto que termina la actuación de la administración es el confirmatorio y no el principal y es con aquél con el que se agota la vía gubernativa y no el principal. Aceptar que se demanda sólo el principal es, por tanto, dejar sin sentido lo que los artículos 82 del Código Contencioso y 18 del Decreto 2733 de 1959, exigen, cuando establecen que es indispensable agotar la vía gubernativa para acudir a la vía contenciosa.

" b) Puede ser perjudicial al propio administrado, porque aceptar que basta demandar el acto principal, implica que el término de caducidad de la acción se debe empezar a contar desde el momento de su notificación o publicación que puede haber precedido en mucho a la expedición y notificación del acto confirmatorio, pudiendo así operarse la caducidad de la acción iniciada. Lo contrario será aceptar que se demanda la nulidad del acto principal pero contado el término de caducidad desde el acto confimatorio, lo que a todas luces es un contrasentido jurídico.

" 2) Aceptar que se demande sólo el acto principal es dejar de lado lo prescrito por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo cuando dice que : si la acción es la nulidad de un acto administrativo se individualizará éste con toda precisión y desconocer también lo que establece como complemento el artículo 86, que exige que el actor acompañe una copia del acto acusado con las constancias de su publicación, notificación o ejecución según los casos.

" En efecto, individualizar el acto con toda precisión como dice el artículo, exige la inclusión de todos los producidos en la vía gubernativa, aunque sean confirmatorios del primero, porque estos son tan importantes para el acto principal, que son ellos finalmente los que permite saber si antes de la decisión judicial, el acto principal se mantiene vigente o no. Anulado el acto principal, estos actos no quedan sin piso jurídico porque, al contrario, son ellos los que le dan firmeza jurídica al principal, pues mientras ellos no se dicten no se puede decir que el acto principal está en firme, a no ser el caso del silencio administrativo.

"Por ello puede afirmarse, que basta con demandar la nulidad de los actos que confirman el principal para que éste quede cobijado con la demanda, lo que no ocurre en los desarrollos de la jurisprudencia que por ésta se modifica, porque el acto principal cuya demanda única se acepta, no puede abarcar también los actos posteriores que son independientes y sobre todo posteriores y, por tanto ni siquiera pueden estar mencionados en él.

" 3) Como nuestra justicia es rogada, al demandar solamente la nulidad del acto principal, la sentencia no puede decidir la nulidad del acto que lo confirma, que es un acto independiente, posterior y válido mientras no sea anulado, porque esto significa un fallo extrapetita no aceptado por nuestra legislación. "

Visto lo anterior se concluye que la demanda es inepta, no sólo porque contrariaba el mandato del artículo 138 del c.c.a. vigente cuando se presentó la demanda, sino porque no se ajustaba a la jurisprudencia de aquel entonces, unificada por la Sala plena en la sentencia citada atrás.

Aplicando las ideas precedentes al caso concreto, cabe destacar :

a) La resolución 02696 de 28 de septiembre de 1987 fué objeto del recurso de reposición y éste se decidió mediante la 000178 de 11 de febrro de 1988. Con este último pronunciamiento culminó la manifestación de voluntad administrativa, la que se había iniciado con la primera resolución.

b) Los argumentos de fondo para declarar fundada la oposición del señor Luis Antonio Hernández Perdomo no están expuestos en la primera decisión sino que también aparecen complementados en la segunda y la impugnación se hizo en torno precisamente a los argumentos expuestos en una y otra.

Con tales presupuestos no podía la parte actora, en forma alguna, omitir la impugnación de la resolución 000178, la que cerró el debate gubernativo y que con su notificación le dió firmeza a la decisión inicial y permitió que se contara el términos de caducidad de la acción de restablecimiento. Sobra afirmar que la notificación de la impugnada (la 02696) en el caso concreto sólo abarcó la posibilidad del agotamiento gubernativo y no inició el conteo del término de

caducidad; término éste que, se repite, solo empezó a correr con la notificación de la 00178.

La Sala estima, entonces, que la aceptación de los puntos de vista del demandante implicaría contrariar la jurisprudencia de la sala plena y dejar la semilla para la prosperidad de un posible recurso extraordinario de súplica que se interponga con base en el nuevo artículo 130 del c.c.a. (decreto 2304 de 1989)

Finalmente la Sala anota :

Si el asunto puediera estudiarse de fondo tampoco tendría razón la parte actora, porque no alcanzó a demostrar que los supuestos de hecho alegados por la administración en el acto impugnado no correspondían a la realidad. En este punto la Sala comparte la apreciación de la fiscalía, cuyos argumentos de fondo aparecen transcritos atrás, la que estima que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. Los mismos peritos son conscientes de los vacíos probatorios anotados por la Fiscalía. A este respecto es bastante ilustrativo el siguiente aparte del dictámen :

> " Sin embargo, estos parámetros no están justificados en el informe, por lo cual resulta aventurado por decir lo menos, establecer cuál es el tiempo de actividad de la explotación, por cuanto la extracción diaria depende del número de trabajadores, de los equipos empleados y de la intensidad horaria. Al no especificar estas cifras, resulta imposible determinar, como lo hace el informe, el tiempo de explotación de la mina."

También la peritación se infiere que efectivamente parte de la zona de oposición se encuentra dentro del área del permiso #6042; quedando una zona común de 72.250 mts.2 " equivalente a un 82.57% de la zona de oposición y a un 26.76% del área de la solicitud #6042" (Ver dictámen a folio 123).

Tampoco se desvirtúo el hecho de la explotación por parte del señor Hernández y antes, por el contrario el testimonio del Doctor Manuel A. Acevedo, reafirma dicha explotación.

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,

F A L L A :

Declárase inhibido para fallar de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 11 de julio de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO ADUANERO/ ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD

Sólo cuando esté en firme la declaración de que la mercancía es de contrabando puede proceder el Fondo a su remate en forma directa o por un martillo. Este orden resulta apenas lógico para evitar situaciones absurdas e ilegales como las de este proceso en que sin establecer judicialmente si la mercancía o el vehículo eran de contrabando, se dispuso el mismo en remate pretermitiendo las obligaciones de custodia como depositario asignadas al Fondo. No puede otorgársele el mismo tratamiento legal aduanero, o, administrativo, al objeto material del contrabando, que al medio en que se transportó. De otra parte, es la omisión del establecimiento demandado en el cumplimiento de la orden de entrega del automotor la que señala la iniciación del término de caducidad y no la fecha de remate o del conocimiento que tuvo de éste, porque de todos modos está claro que el interesado debía esperar y someterse a las resultas del proceso penal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. , julio doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia : Expediente Nº 6246. Actor : Julio Rómulo Ordóñez Anacona.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Julio Rómulo Ordoñez Anacona, contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 1990 por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual declaró la caducidad de la acción. (Fol.170).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1º LA DEMANDA.

El señor Julio Rómulo Ordóñez Anacona por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, consagrada en el artículo 86 del C.C.A. solicitó el 9 de abril de 1988 que se produjeran las siguientes declaraciones y condenas :

" *PRIMERA* : Con fundamento en la Providencia de octubre 30 de 1987, emanada del Juzgado Segundo Superior de Aduanas, con sede en la ciudad de Cali (Valle), EL FONDO ROTATORIO DE ADUANAS está obligado a REPARAR EL DAÑO causado a Julio Rómulo Ordóñez Anacona, por el hecho de haber dispuesto, si autorización judicial, el Remate de un Vehículo automotor de propiedad de éste.

"*SEGUNDA* : Como consecuencia de lo anterior. EL FONDO ROTARIO DE ADUANAS cancelará a Julio Rómulo Ordóñez Anacona, la suma de SEIS MILLONES DE PESOS (6'000.000.oo), suma ésta en la que estimo el valor comercial del vehículo rematado.

" *TERCERA* : Así mismo, EL FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, pagará a Julio Rómulo Ordóñez Anacona, el Lucro Cesante originado en el producido ordinario del vehículo, dejado de percibir por mi mandante, desde el 1 de Diciembre de 1987 y hasta el día en que efectivamente se produzca la Reparación del Daño, a razón de QUINIENTOS MIL PESOS MENSUALES ($500.000.oo)". (Fol.20).

2° FUNDAMENTOS DE HECHO

Se relaciona así la demanda :

" 1. El día 23 de Febrero de 1983, en el sitio denominado La Depresión, municipio de La Sierra (Cauca), fue retenido por la Patrulla SUR del Resguardo Nacional de Aduanas, un vehículo automotor de propiedad de mi mandante, Julio Rómulo Ordóñez Anacona, el cual automotor (sic) al momento de la retención, se hallaba bajo la responsabilidad del señor Guido Asael Realpe Arcos, por convenio celebrado entre éste y mi mandante.

" 2. La retención del vehículo se produjo porque el citado Guido Asael Realpe Arcos, lo había destinado para el transporte de una mercancía que resultó calificada como de Contrabando.

" 3. La respectiva investigación penal, fue iniciada por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Cali, el día 25 de Febrero de 1983 y posteriormente asumida por competencia del mismo Juzgado, el día 16 de Mayo de 1983.

" 4. Estando la respectiva investigación al Despacho del citado Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Cali, entró en vigencia el nuevo Estatuto Penal Aduanero (Decreto N° 0051 de Enero 13 de 1987) cuya vigencia empezó el 1 de Julio del mismo año.

" 5. El citado estatuto, en su Artículo 83, dispuso para los Jueces Superiores de Aduanas, la obligación de ordenar el Cese de todo procedimiento a favor de los sindicados y el Archivo del expediente, cuando : ' TRANSCURRIDOS MAS DE VEINTICUATRO MESES DESPEUES (sic) DE LA REALIZACION DEL HECHO PUNIBLE, NO SE HUBIERE CALIFICADO DEFINITIVAMENTE LA ACTUACION. . . . ".

"6. En cumplimiento de la anterior disposición, el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Cali, dispuso mediante Providencia de Octubre 30 de 1987, lo siguiente : '. . . *Cuarto.-* Disponer la entrega del siguiente medio de transporte a la persona que a continuación se relaciona : Vehículo camión marca Dodge, modelo 1977, color azul oscuro, servicio público, placas SY-2123, motor T720720C89, Chasis DT720720 en favor del señor Julio Rómulo Ordóñez quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 1.435. 566 de Bolívar (Cauca). *QUINTO.-*... '.

" 7. La anterior providencia fue comunicada por el propio Juzgado, al señor Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana de Cali, con la anotación constancia de su ejecutoria el día 25 de noviembre de 1987, mediante oficio 894 y confirmada por oficio 895 de la misma fecha.

" 8. Si bien es cierto que el señor Juez Segundo Superior de Aduanas, en el último aparte de los Considerandos de su Providencia, manifiesta" '...lo que por ende obliga a su entrega (la del vehículo) o al producto de su remate dado que según se observa en el cuaderno del incidente (Fol.90) dicho vehículo fue rematado por el Banco Popular Martillo en favor de Carlos Julio Ripe Bolívar en la cantidad de $540.520.oo' no es menos cierto que, en la parte Resolutiva el propio señor Juez, elimina esta opción, o sea la de que EL FONDO ROTATORIO DE ADUANAS entrega el producto del remate y se circunscribe a disponer la entrega del vehículo.

" 9. O sea que, siendo como lo era, el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Cali, la única autoridad con competencia para disponer acerca del destino final de los sindicados, el vehículo y la mercancía, está mediante la Providencia citada, disponiendo lo propio y por consiguiente, dejando sin piso jurídico, la actuación administrativa que llevó al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, a rematar el vehículo.

" 10. Esto lo confirma el propio Juzgado cuando, en el penúltimo aparte de los Considerandos precisa: " ".....y toda vez que la imposibilidad de graduar la responsabilidad de los sindicados impide el decomiso del vehículo que por ellos pudo ser utilizado para la comisión del ilícito, IMPERATIVA SERA SU ENTREGA A SU RESPECTIVO PROPIETARIO SIEMPRE Y CUANDO OBRE EN EL PROCESO PRUEBA SUFICIENTE DE SU LEGAL INGRESO AL PAIS. TAL SITUACION SERA LA QUE A CONTINUACION SE DETERMINE : ' (Resalto). Y efectivamente, la legalidad del ingreso al país del vehículo, es reconocida por el señor Juez, a reglón seguido, es decir, en el último aparte de los Considerandos, al expresar : Por lo demás , la constancia expedida por el Jefe de la Sección de Estadística y Archivo de la Aduana Interior de Bogotá sobre la existencia del

manifiesto de importación número 017284 de 1977 y el examen de improntas a él practicado confirmaron su debida nacionalización....."" ".

" 11. Por lo demás, mi mandante Julio Rómulo Ordóñez Anacona, en ningún momento fue vinculado al proceso, ni su conducta cuestionada, en la investigación.

" 12. Al enterarse mi mandante del contenido de la Providencia del señor Juez Segundo Superior de Aduanas de Cali, pretendió hacer (sic) los derechos que la misma la reconoció.

Fue entonces cuando, al intentar el rescate de su vehículo, salió a flote la actuación irregular del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, que concreto así:

"A. Al día siguiente de la retención del vehículo y la mercancía, es decir, el día 24 de Febrero de 1983, los Agentes del Resguardo de la Patrulla SUR, mediante ACTA DE INGRESO N° 023 de esa fecha, hicieron entrega al Almacenista del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS de la ciudad de Cali, del vehículo y sus elementos accesorios. En aquella oportunidad, al vehículo le fue asignado un valor de UN MILLON , OCHOCIENTOS, MIL PESOS (1' 800.000.00), Acompaño fotocopia de este documento.

" B. Posteriormente y mediante Comprobante de Egreso N° 106 del 1 de septiembre de 1983, se laboró (sic) el ACTA DE TRASPASO por la cual el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS hizo entrega al Jefe de la Sección Martillo del Banco Popular en la ciudad de Cali, del vehículo y sus accesorios, ' para su remate según Acuerdo Nro. 207 de Nov. 8/76 emanado de la Junta Directiva del Fondo de Aduanas'.

" 13. Cabe señalar que para la época de la entrega por parte del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS al Banco Popular, del vehículo y sus accesorios, ya la investigación estaba bajo la competencia del señor Juez Segundo Superior de Aduanas, quien a esta fecha no había hecho aún pronunciamiento alguno de fondo sobre el destino de los muebles materia de la investigación. O sea que es este el momento en que se configura la arbitrariedad de la actuación.

" 14. El acto administrativo en que se apoyó el FONDO ROTATORIO para proceder así , es el Acuerdo N° 207 de Noviembre 8/76, emanado de la Junta Directiva del mismo. Pero lógicamente, este Acuerdo contraría abiertamente las normas del Estatuto Penal Aduanero, como más adelante me propongo demostrar. Y aún conociendo esta situación, mi mandante no podía entonces haber iniciado la acción administrativa, por cuanto el vehículo era por entonces materia de una investigación penal". (Fols. 20 a 23).

3° TRAMITACION.-

1. Mediante auto del 13 de mayo de 1988, el Tribunal Administrativo del Cauca, no admitió la demanda porque consideró que el actor no había solicitado la

declaración de responsabilidad administrativa del demandado, ni había efectuado una estimación razonada de la cuantía como factor para establecer la competencia. Dispuso que en el término de cinco días fuese corregida.

De igual manera, pese a considerar que, en principio, podría estar caducada la acción, como tal asunto era cuestionado en la demanda, consideró procedente decidir sobre este particular en la sentencia. (Fols 34 a 36). Cumplida la corrección de la demanda, ésta se admitió por auto del 7 de junio de 1988 y dispuso la notificación al representante legal del Fondo Rotarorio de Aduanas y al Ministerio Público (Fol. 42).

2. Notificado el Gerente del establecimiento público demandado, por conducto de apoderada contestó la demanda, admitió algunos hechos como ciertos, negó otros, se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas por el actor y propuso las excepciones de inexistencia del hecho generador del daño; caducidad de la Acción de Reparación Directa y Cumplimiento e, Inexistencia de incumplimiento del fallo del Juez Aduanero. (Fols. 55 a 59). Debe advertirse que esta respuesta fue posterior al término de fijación en lista, es decir, extemporánea.

3. En el auto que abrió el proceso a pruebas, se decretaron las pedidas en la demanda. En cuanto a las de la entidad demandada, el *a-quo,* en vista de su extraporaneidad "desestimó su escrito" y, por consiguiente, no las decretó.

4. Luego de practicarse las pruebas inicialmente decretadas y las después se ordenaron de oficio, tanto el señor Agente del Ministerio Público, como el Procurador Judicial del demandante, consignaron sus alegaciones de fondo, las que concluyeron en peticiones favorables a los intereses de la parte actora (Fols. 146 a 156 vto.)

II. EL FALLO RECURRIDO

En providencia del 15 de marzo de 1990, visibles a folios 160 a 170 del expediente, decidió el Tribunal "Declarar probada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada". Se sostuvo que si el hecho originario de la demanda sucedió el 1° de septiembre de 1983, el término de caducidad de tres años que regía en aquella fecha, habría vencido el 1° de septiembre de 1986, de donde resultaría claramente determinada la caducidad a la fecha de la presentación del libelo el 9 de abril de 1988. Adiciona su conclusión el *a-quo,* en el sentido de que aún si se tomara como plazo de caducidad el que estableció el actual Código Contencioso Administrativo, la acción también habría caducado el 1° de septiembre de 1985.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACION

En forma oportuna recurrió el apoderado del demandante contra la decisón del Tribunal y en su escrito de sustentación (Fol.177 a 180), aduce que la caducidad no era declarable a instancia de la parte demandada porque ésta la propuso con

posterioridad al término de fijación en lista, pese a lo cual en la sentencia se declaró probada. Agrega que por haberla propuesto el ente de mandato, por ese solo hecho quedaba excluída esa excepción de aquellas " a que se refiere el segundo inciso del artículo 164 del C.C.A., porque la circunstancia de " SER PROPUESTAS elimina la oportunidad procesal de SER ENCONTRADAS '" . (Mayúsculas en el texto).

Cuestiona también el apelante que así como en la sentencia recurrida no se declaró probada la excepción por falta de competencia, la que se entendió saneada " por el silencio de la demanda", no se hubiese asumido el mismo criterio frente a la excepción de caducidad.

Por último, afirma el recurrente, que su acción se encamina a conseguir la reparación del daño, "por el Hecho (sic) de estar eludiendo el ente administrativo, el cumplimiento de un deber legítimo por su origen. Entonces, el término de la caducidad o su cómputo se reinicia todos los días, a partir de la ejecutoria de la Providencia del 30 de Octubre de 1987, porque todos lo días ocurre o se evidencia el incumplimiento " . (Fol. 180).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Perfectamente establecido encuentra la Sala que a consecuencia de la aprehensión del camión marca Dodge, modelo 1977, color azul oscuro, servicio público, de placas SY-2123, por presunción de contrabando, por parte de una Patrulla de la Aduana Nacional, dicho automotor, al día siguiente, o sea el 24 de febrero de 1983, ingresó al Almacén de Depósito del Fondo Rotatorio de Aduanas en la ciudad de Cali. (Fol.16).

De igual manera está debidamente acreditado que el Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas entregó al Jefe de la Sección Martillo del Banco Popular en Cali, para su remate, el aludido vehículo, conforme consta en el Acta de Traspaso N° 106 del 1° de septiembre de 1983. (Fols. 138-139).

También se demostró en este proceso que el mencionado camión fue rematado por cuenta del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cali, en la Sección Martillo del Banco Popular de esta ciudad, a nombre de Carlos Julio Riape Bolívar por un precio de $394.000, según consta en la Orden de Salida N° 81584 del 15 de diciembre de 1983 del Banco Popular. (Fol. 129).

Por otra parte, de la lectura del auto de cesación de procedimiento que en copia obra a folios 2 a 10, y fechado el 30 de octubre de 1987, se infiere que el actor Julio Rómulo Ordóñez Anacona no fue vinculado como sindicado al proceso penal; que la mercancía ingresada al Almacén de Depósito del Fondo fue declarada de contrabando y sobre ella se dispuso el decomiso para que "pase a disposición del Fondo Rotatorio de Aduanas para que sea esta entidad la que conforme a las alternativas de ley se proceda de conformidad"; que en relación con el vehículo automotor, "obliga su entrega o al (sic) producto de su remate" (Fol.5), no obstante se dispuso en la parte resolutiva únicamente su entrega. Para hacer efectivas las

medidas en dicho auto, el Juzgado ofició con los números 894 y 895 del 25 de noviembre de 1987 al Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas en Cali, transcribiéndole lo resuelto en el proveído.

Encuentra la Sala, de las comprobaciones anotadas, que el comportamiento administrativo del Fondo Rotatorio de Aduanas no está muy claro en el caso bajo estudio. En efecto, no se entiende el por qué de un precipitado remate sobre un bien mueble que, de una parte no era mercancía de contrabando, sino su medio de transporte y, de otra, pertenecía a una persona extraña el diligenciamiento penal, a quien en ninguna forma se le vinculó al proceso.

En cuanto a la actitud asumida por el establecimiento público demandado al disponer arbitraria y unilateralmente del automotor que apenas había sido aprehendido " por presunción de contrabando" y en esa misma calidad lo había recibido el Almacenista, según consta en el Acta de Depósito (fol.16) la Sala considera que la enajenación del vehículo mediante remate no le era legalmente permitido al Fondo Rotatorio, así éste se respalde en el Acuerdo 207 del 8 de noviembre de 1976 de su Junta Directiva.

Resulta evidente que el automotor mencionado y la mercancía aprehendida o retenida por los guardas de la Aduana Nacional, desde que la tomaron, hasta el final del proceso penal aduanero, debía encontrarse *depositada* en las instalaciones correspondientes del establecimiento demandado, pero, a *disposición* del Juez que adelantaba la investigación o iba a calificar el mérito del sumario. Hasta donde el expediente informa, esa exclusiva disposición siempre la mantuvo el Juzgado de Aduanas y sólo finalizaba cuando las respectivas diligencias penales llegaren a su fin, bien con una providencia absolutoria o con un enjuiciamiento y condena. Lo relacionado con aprehensión de bienes vinculados, real o presuntamente, con el hecho punible se resolverá en providencia de fondo, proferida por el Juez de conocimiento, por tratarse de cuestiones accesorias al asunto principal y, adicionalmente, porque la suerte de dichos bienes es consecuencial del proveído principal.

Precisamente la providencia interlocutoria del 30 de octubre de 1987 confirma las anteriores apreciaciones, porque en ella se determinó que las mercancías sí eran de contrabando y, por ese motivo el Juzgado dispuso su decomiso para que pasaran a disposición del Fondo, para que éste procediera " conforme a las alternativas de ley". En cambio, frente al camión la decisión fue otra, ordenó su entrega a su propietario y para ello ofició al Fondo Rotatorio. Este ejercicio de autoridad por parte del Juez de Aduanas indica que ese despacho siempre mantuvo a su disposición jurídica el referido automotor y que el remate administrativamente realizado, lo fue sin su autorización y sin su conocimiento, como expresamente el mismo Juzgado lo manifiesta. (Fol. 177).

Encuentra la Sala que por parte del establecimiento demandado se atribuye especial importancia al Acuerdo 207 del 8 de noviembre de 1976, de cuyas disposiciones pretende acomodar a derecho su comportamiento cuestionado por el

demandante. Conviene, de otra parte, aludir a las disposiciones legales que regulan esta materia, para lograr entender y encuadrar frente al derecho la conducta del ente demandado. Por su directa relación con los hechos de esta actuación, la Sala destaca las normas siguientes :

Si bien, para cuando se dispuso la entrega del camión regían el nuevo Estatuto Penal Aduanero (Decreto 0051 de 1987), para el tiempo en que por el remate se enajenó el automotor, se hallaban vigentes el Decreto N° 955 del 18 de junio de 1970, (Estatuto Penal Aduanero), y el Decreto 520 de 1971 reformatorio de algunas disposiciones del estatuto anterior y la ley 21 de 1977 que introdujo algunas reformas a los decretos mencionados.

Decreto 955 de 1970.

" Artículo 13. Decomiso. Toda mercancía *de contrabando será decomisada y entregada al Estado para su venta.* De la misma manera se procederá con las armas, naves, aeronaves, vehículos e instrumentos *que hayan servido para cometer la infracción, a menos que deban ser restituídos* a personas que acrediten derechos sobre ellos y ausencia de culpa en su empleo ilícito". (se subraya).

" Artículo 71. Aprehensión y entrega. Quien aprehenda mercancía de contrabando, deberá entregarla inmediatamente, *en depósito*, al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, *junto con los automotores en que se haya transportado* y comunicar tal hecho al juez dentro de las veinticuatro horas siguientes..."(se subrayó).

" Artículo 73. Custodia. El Fondo Rotatorio de Aduanas tiene el deber de *custodia* de la mercancía que le haya sido entregada *en depósito,* de conformidad con las disposiciones del Código Civil".

Reformado por el artículo 25 del Decreto 520 de 1971, el artículo 79 quedó así :

" Artículo 79. Enajenación directa de la mercancía. Las cosas fungibles o que puedan dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro, o para cuyo almacenamiento se presenten serias dificultades, serán enajenadas directamente y lo más pronto posible por el Fondo Rotatorio de Aduanas, quien mantendrá en depósito su producto, y dará cuenta del hecho al juez.

"Las mercancías declararadas de contrabando podrán ser vendidas a entidades oficiales, empresas de economía mixta o establecimientos de beneficencia, con autorización de la Dirección General de Aduanas.

"Los artículos de consumo popular, especialmente los víveres, aprenhendidos como contrabando, serán entregados al Instituto de Mercadeo Agrícola, para su venta al público, previo contrato celebrado con el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas.

Reformado por el artículo 26 del Decreto 520 de 1971, el artículo 80 quedó así:

" Artículo 80. Disposición de automotores, armas, explosivos y estupefacientes. El Gobierno, por Resolución ejecutiva, podrá destinar al servicio oficial los automotores que hayan sido declarados de contrabando.

".....

" Artículo 81. Declaración de contrabando. La declaración de que una mercancía es de contrabando se hará en la sentencia, en el auto de sobreseimiento definitivo, en el que ordena el archivo del expediente o en la providencia que dispone la cesación del procedimiento, según el caso, siempre que esté plenamente demostrada la materialidad de la infracción".

" Artículo 82. Remate de la mercancía. En firme la declaración de que una mercancía es de contrabando se procederá a su remate directamente por el Fondo Rotatorio de Aduanas o por un martillo legalmente autorizado, siguiendo las formalidades establecidas por el Código de Procedimiento Civil".

Decreto 520 de 1971.

" Artículo 29. Retención. Las mercancías, vehículos y demás medios de transporte cuya retención haya sido ordenada por un Juez de Aduanas quedarán a órdenes suyas aunque sean objeto de otras acciones penales o civiles".

" Artículo 30. Entrega de mercancías de procedencia lícita. En cualquier estado del proceso en que se demuestre que la mercancía aprehendida no es contrabando, el Juez, mediante auto motivado, ordenará su entrega o el precio de ella a quien demuestre tener derecho de propiedad sobre la misma".

Por último, el Artículo 14 de la Ley 21 de 1977, establecía :

" Entrega de la mercancía. La providencia que ordena la entrega de la mercancía, o de los medios de transporte, o de sus precios se cumplirá una vez este ejecutoriada.

".....".

De las disposiciones anteriores resulta claramente establecida la oportunidad para que el Fondo Rotatorio de Aduanas disponga de los bienes depositados por lo Jueces Penales Aduaneros, oportunidad que no puede ser previa a la declaración judicial de contrabando de la mercancía retenida. Sólo cuando esté en firme la declaración de que la mercancía es de contrabando puede proceder el Fondo a su remate en forma directa o por un martillo. Este orden resulta apenas lógico para evitar situaciones absurdas e ilegales como las de este proceso, en que sin establecerse judicialmente si la mercancía o el vehículo eran de contrabando, se

dispuso del mismo en remate, pretermitiendo las obligaciones de custodia como depositario, asignadas al Fondo conforme a las normas del Código Civil, según remisión expresa que el estatuto penal Aduanero hace en su artículo 73.

De otra parte, conviene diferenciar el automotor frente a la mercancía. Contra aquél, la providencia del Juez Segundo Superior de Aduanas no hace consideración alguna de contrabando; en cambio, frente a ésta sí. No puede otorgársele el mismo tratamiento legal aduanero, o, administrativo, al objeto material del contrabando, que al medio en que se transportó. Este puede ser utilizado como tal sin que su propietario tenga conocimiento, sin podérsele reprochar penalmente esta involuntaria e ilícita utilización de su automotor.

Ahora bien, en este asunto no se trataba de una cosa perecedera, el automotor no era susceptible de sufrir deprecio, merma o deterioro, por el simple transcurso del tiempo, ni se daban serias dificultades para su almacenamiento, que son los casos excepcionales que el Fondo Rotatorio puede enajenarlos " directamente y lo más pronto posible ". Tampoco podía destinarse al servicio oficial, porque tal ocurrencia sólo sería factible sobre automotores " que hayan sido declarados de contrabando ", todo lo cual lleva a concluir, que " los automotores depositados en el Fondo Rotatorio de Aduanas en desarrollo de investigaciones penales no pueden ser destinados al servicio oficial, ni vendidos directamente, ni rematados en pública subasta, antes de que se produzca y quede ejecutoriada la decisión jurisdiccional sobre contrabando ", como lo sostuvo la Sala, con ponencia del Consejero Doctor Jorge Dangond Flórez, en sentencia del 16 de julio de 1981, al resolver un caso similar al presente, en el proceso instaurado por Noé Sotelo Molano (Anales Tomo CI, Segundo Semestre de 1981, página 519).

Adicionalmente, respecto del acuerdo 207 de noviembre 8 de 1976 de la Junta Directiva del Fondo Rotatorio, conviene aclarar que por su origen y finalidad se trata de un estatuto particular cuyas disposiciones mal podrían predominar frente a normas legales cuya superioridad es indiscutible, no solo por la autoridad de las mismas, sino por el contexto ordenado, lógico y jurídico que las orienta.

De conformidad con lo hasta ahora expresado, resulta imperativo concluir que el demandante sólo estuvo en condiciones legales y procesales para reclamar por el daño causado por el Fondo Rotatorio de Aduanas cuando este se abstuvo de cumplir la orden de entrega del camión impartida por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas. Recuérdese que para esa fecha, 25 de noviembre de 1987, en forma precipitada e irregular ya había dispuesto del automotor que sólo para su custodia y en depósito le había sido confiado. Lo anterior permite deducir que es la omisión del establecimiento demandado en el cumplimiento de la orden de entrega del automotor la que señala la iniciación del término que el actor tenía para reclamar esta jurisdicción las indemnizaciones correspondientes, y no la fecha de remate o del conocimiento que tuvo de éste, porque de todos modos está claro que el interesado debía esperar y someterse a las resultas del proceso penal toda vez que, hasta su definición, la situación jurídica del camión se encontraba *sub-judice*. Este mismo comportamiento le era exigible al depositario del vehículo, para efectos de

establecer si se encontraba en posibilidad de disponer su remate, el cual, por prescripción legal, sólo podía hacerse cuando fuese declarado de contrabando.

Así las cosas, habiéndose producido la orden de entrega mediante providencia del 30 de octubre de 1987, la cual quedó en firme el 13 de noviembre y se comunicó por doble oficio confirmatorio el 25 de noviembre de 1987, resulta ésta la fecha legalmente adecuada para, a partir de ella, contabilizar el término de caducidad de la acción, que vencería el 25 de noviembre de 1989.

Como la demanda se presentó el 9 de abril de 1988, debe aceptarse que lo fue dentro del término legal y, como consecuencia de ello, se impone revocar la providencia recurrida en cuanto declaró probada la excepción de caducidad, para en su lugar proferir sentencia de mérito.

Visto lo anterior, resulta claro para la Sala que en el caso bajo estudio se presentó una falla del servicio por parte del Fondo Rotatorio de Aduanas al no cumplir la orden de entrega del camión aludido emanada del Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Cali, porque previamente y en abierta rebeldía con claras disposiciones legales, vigentes entonces, había dispuesto de aquél mediante remate que efectuó la Sección Martillo del Banco Popular por cuenta del demandado. (Fol.129).

De igual manera surge la existencia cierta de perjuicios irrogados sobre el patrimonio del demandante, propietario del nombrado automotor. Suficiente para admitirlos sería reflexionar sobre la pérdida total del mencionado bien y la imposibilidad que ha tenido el actor para disponer de su vehículo y utilizarlo en su propio beneficio. El comportamiento del ente oficial que le produjo esa privación, necesariamente le ocasionó serios malestares de orden personal y económico que tanto por el daño emergente, como por el lucro cesante reclama el actor en su demanda.

Por último, es obvia la relación causal entre el comportamiento del Fondo al no cumplir la orden de entrega del automotor, por causa del remate que él mismo había dispuesto, y los daños materiales que esa actitud produjo al demandante. Tan cierto es lo anterior, que si la entrega se cumple, el actor no hubiese sufrido los perjuicios cuya indemnización demanda.

Se concluye entonces, que se encuentran suficientemente establecidos los supuestos que permiten atribuirle responsabilidad administrativa al Fondo Rotatorio de Aduanas y, consecuencialmente, condenarlo al pago de los perjuicios materiales que sufrió el demandante por motivos originados en esa entidad.

Sinembargo, como en este proceso no fueron liquidados los perjuicios de orden material cuyo pago se solicitó en la demanda, y dado que la deficiencia demostrativa respecto de su cuantía es casi absoluta, la condena que se imponga se hará en abstracto y para poder concretarla debe el actor tramitar el respectivo incidente dentro de los 60 días siguientes a la fecha de notificación del auto dicte

el Tribunal ordenando cumplir lo decidido en este fallo. Para los efectos de la liquidación de la condena en abstracto, se deben observar las siguientes orientaciones o pautas :

a) Daño emergente.

Se decretará pruebas pericial a efecto de que expertos tomen en cuenta las características del camión Dodge, modelo 1977, placas SY-2123, servicio público y, sobre las mismas, deduzcan su posible estado de mantenimiento y servicio, su capacidad de carga, su estado de funcionamiento, los precios de vehículos similares en la región y demás circunstancias que estimen pertinentes para determinar el valor comercial del citado automotor en la época en que debió efectuarse la entrega del mismo a su propietario, es decir, para el 1° de diciembre de 1987.

b) Lucro Cesante.

Su valor lo establecerán los expertos de acuerdo con el producido normal y corriente que un camión de las características anotadas en el proceso podía generar en la región, para el 1° de Diciembre de 1987, de acuerdo con su capacidad de carga, estado de funcionamiento, valor de las tarifas oficiales y particulares, etc, para lo cual se sugiere informarse en las empresas de transporte de la región, tomando en consideración la vida útil de automotor y demás datos tendientes a establecer su rendimiento económico líquido, es decir, previo descuento de las cargas y costos pecuniarios propios e inherentes a la utilización y explotación económica del automotor. Esta cuantificación se efectuará mes por mes, desde la fecha antes mencionada hasta cuando se produzca el dictamen.

De otra parte, como el actor señaló cifras precisas máximas de los perjuicios materiales, su liquidación no podrá superar dichos límites, por lo que el *a-quo* advertirá a los peritos que no excedan los montos consignados en las pretensiones del demandante. (Fol.20).

Como de lo expresado resulta evidente que el fallo recurrido debe revocarse, así se hará, para en su lugar dictar la sentencia que lo sustituya.

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

FALLA:

PRIMERO, REVOCASE en su totalidad la sentencia del 15 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

SEGUNDO, DECLARASE administrativamente responsable al Fondo Rotatorio de Aduanas, de todos los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, causados al señor Julio Rómulo Ordóñez Anacona por el no cumplimiento

de la orden de entrega del camión de placas SY-2123 de su propiedad, impartida y confirmada por el Juez Segundo Superior de Aduanas de Cali, de fecha 25 de noviembre de 1987.

TERCERO, CONDENASE, en abstracto, al Fondo Rotatorio de Aduanas, a pagarle a Julio Rómulo Ordóñez Anacona el valor de los dineros necesarios para indemnizarle los daños y perjuicios materiales a que se refiere el anterior ordinal, limitados como máximo a los guarismos consignados en la demanda.

CUARTO, TRAMITASE incidente, conforme a lo dispuesto por los artículos 137 del C. de P. C. y 172 del C.C.A. para efectos de liquidar el daño emergente y el lucro cesante reconocidos en favor de Julio Rómulo Ordóñez Anacona. El actor deberá intentar la tramitación incidental dentro de los 60 días siguientes al de la notificación del auto proferido por el Tribunal en que disponga dar cumplimiento a lo decidido en este fallo, atendiendo las orientaciones y cifras máximas consagradas en la parte motiva.

QUINTO. Dése cumplimiento a las disposiciones de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de fecha, once (11) de Julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS

Si bien la actuación procesal relacionada con la notificación de la demanda no se ciñó estrictamente al mandato legal, lo cierto es que la relación procesal se pudo establecer normalmente, sin perjuicio de las garantías y derechos referentes al debido proceso y defensa de las partes cuya igualdad siempre se respetó a través de todo el curso procesal, consiguiéndose así el objeto principal del procedimiento, por lo que, resultaría contrario al espíritu de la norma, invalidar la actuación, sacrificando en aras de instrascendentes formalidades, el pronunciamiento de fondo que finalice el proceso.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La acción adecuada para controvertir los actos administrativos se enmarca dentro del género "acciones contractuales", habida cuenta de que bien o mal calificado, el ente administrativo productor de los actos demandados tuvo en mente un contrato, el cual precisamente dio por terminado con las resoluciones demandadas. Distinto es que como consecuencia de la contradicción jurisdiccional, se ponga de presente la falsa motivación de tales actos.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Perfeccionamiento/**NULIDAD**

El contrato administrativo existe judicialmente a la luz del derecho una vez haya sido completamente legalizado, esto es, cuando cumplido el trámite señalado en la ley se perfecciona, lo cual se alcanza cuando queda ejecutoriada la providencia del Consejo de Estado o el Tribunal Administrativo que declare ajustado a la ley el contrato. Si no requiere dicha revisión, con la aprobación de garantías; y si no requiere constitución de garantías, una vez suscrito. A pesar de que probablemente existió la

adjudicación, la relación contractual no se formalizó mediante el perfecionamiento del acto, por lo cual le asiste razón a la actora en el sentido de que las resoluciones demandadas se expidieron con falsa motivación, derivada por considerar como una realidad fáctica jurídica la existencia del contrato, por lo que, consecuencialmente, se encuentran viciadas de nulidad.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Inhabilidades/ **PARENTESCO/ IMPEDIMENTO MORAL/ GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA.**

En el caso de autos no queda duda alguna sobre la existencia de la inhabilidad invocada por parte de la entidad contratante, y mal hace la actora en su intención de desconocerla para lograr una situación favorable de una actitud irregular originada por ella misma. La inconveniencia moral de la contratación resulta a todas luces evidente. Las circunstancias de carácter personal constitutivas de inhabilidad según las leyes, tales el matrimonio y el parentesco, tendrán la virtualidad de impedir la celebración del negocio, o de justificar la terminación de la etapa precontractual, o la declaratoria administrativa de terminación del contrato, tan sólo cuando el cónyuge o el pariente de quien aspira a celebrar esta clase de negocios tenga, dentro de la entidad, funciones y atribuciones que puedan envolver alguna ingerencia en la calificación o evaluación de las propuestas o en la adjudicación del contrato, o conductas similares.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. , julio quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia : Expediente N° 6227. Actor: Con-geniar Ltda.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, fechada el 6 de abril de 1990, mediante la cual negó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1° LA DEMANDA.

Ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la sociedad " CON-GENIAR LTDA", por conducto de apoderado, formuló demanda contra las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, para que se declarara lo siguiente :

" PRIMERO: Son nulas las resoluciones Nos. 441 y 490 de 1985, expedidas por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín.

" SEGUNDO : Como consecuencia de la anterior declaración las Empresas Públicas de Medellín son responsables de los perjuicios materiales ocasionados a la sociedad Con-geniar Ltda el desconocer la adjudicación que el contrato N° 1/DJ-8234/18 le había hecho la Junta Directiva". (Fol.59).

2° FUNDAMENTOS DE HECHO

Los relaciona así el apoderado de la actora :

" 1. Las Empresas Públicas de Medellín efectuaron la licitación pública N° 0608-AN con el objeto de contratar la construcción de domiciliarias nuevas de acueducto y alcantarillado (sic) en las diferentes zonas atendidas por las Empresas".

" 2. La Junta Directiva de las Empresas, en reunión efectuada el 6 de agosto de 1985 -acta N° 1081, adjudicó la realización de dicho contrato a la Sociedad Con-geniar Ltda, sociedad comercial debidamente constituída.

" 3. Por tratarse de un contrato cuya cuantía excedía los cincuenta millones de pesos este debía someterse a la revisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con lo preceptuado por el art. 263 del C.C.A.

" 4. Una vez que dicho contrato fue suscrito por el adjudicatario mediante oficio N° 138603 del 24 de septiembre de 1985 el Dr. J. Claver Ramírez - Coordinador del grupo contratos de la División Jurídica de Empresas Públicas- solicitó al Dr. John Jairo Bedoya Valencia, a la sazón gerente de la Sociedad Con-Geniar Ltda. , que informará si era cierto o no que tanto él como los demás socios eran parientes del ingeniero Juan Alberto Ramírez Valencia, empleado de las Empresas Públicas de Medellín.

" 5. Como respuestá este oficio el Dr. John Jairo Bedoya Valencia, en comunicación del 26 de septiembre de 1985, expresó que el parentesco de los socios de la firma Con-geniar Ltda, con el ingeniero Alberto Ramírez Valencia es el de primos hermanos".

" Tal afirmación está acorde con lo que verbalmente comunicamos al Dr. Luis Alfonso Díaz, antes de conocer el contenido del oficio de la referencia."

" 6. El día 3 de octubre de 1985, María Victoria Ramírez de J. , analista de seguros de la entidad demandada, mediante oficio N° 139511 se dirigió a la Compañía de Seguros Alfa S.A. para informarle que 'de acuerdo a (sic) instrucciones de nuestra división jurídica haremos efectiva la póliza de seriedad....otorgada por Con-Geniar Ltda, para la licitación.....".

" 7. En comunicación del 3 de octubre de 1985 el Dr. John Jairo Bedoya V. dirigida al Dr. Luis Alfonso Díaz, jefe de la División (sic) Jurídica de la entidad demandada, solicita las recomendaciones del caso a fin de agilizar la ejecución de las obras adjudicadas y remover los obstáculos que se presentaron para la legalización del contrato adjudicado.

" Asimismo pone en conocimiento de las Empresas la reforma estatutaria de la sociedad Con-geniar Ltda, en cuanto al interés social y la representación legal, protocolizda (sic) mediante escritura pública N° 3736 de 1985, de la notaría 3ª de esta ciudad, la cual consulta el estatuto contractual de Empresas Públicas.

" 8. Como respuesta a esa comunicación el Dr. J. Claver Ramírez A. en oficio N° 140318 del 11 de octubre de 1985 señaló '...Consideramos que ahora que las Empresas tuvieron conocimiento de las inhabilidades de Con-geniar para contratar con ellas, no deberían tratar de buscar la forma de hacerle el esguince a la ley, sino de reconocer que exista la inhabilidad legal y por ende respetarla".

" 9. En esa misma fecha -octubre 11 de 1985- mediante resolución N° 414 el gerente general de las Empresas Públicas de Medellín *declaró terminado el contrato* que se había adjudicado a mi mandante por considerar que de acuerdo con el estatuto contractual de las Empresas (Decreto N° 02 de 1983), art. 4° y parágrafo 1° del mismo, el parentesco existente entre el ingeniero Juan Alberto Ramírez Valencia y los socios y el representante legal de Congeniar (sic) -cuarto grado de consanguinidad- constituía una inhabilidad para celebrar contratos en la sociedad que respresento.

" 10. Como consecuencia de esta declaración se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato (Cláusula décimo segunda).

" 11. En escrito del 24 de octubre de 1985, la sociedad congeniar (sic) Ltda, interpuso recurso de reposición en contra de la resolución N° 441 y solicitó la revocatoria de ésta, a fin de que se continuara con los trámites normales de legalización del contrato hasta su perfeccionamiento.

"Como fundamento de esa petición se invocaron las siguientes razones: Que la vinculación del ingeniero Juan Alberto Ramírez Valencia a las Empresas Públicas de Medellín llegó a conocimiento de la sociedad con posterioridad a la adjudicación; que la sociedad actuó de buena fe ya que consultó con la división jurídica si con la modificación estatutaria efectuada se podía mantener las relaciones contractuales entre la firma y las Empresas; que como la vinculación con el ente demandado era desconocida no se prestó para favoritismos indebidos, *ya que el empleado o pariente no intervino en la adjudicación del contrato, ni pertenece a ningún grupo que pueda comprometer la autonomía e independencia de la adjudicación ;* que si la inhabilidad existió, desapareció con la modificación introductoria a la sociedad; que además el Estatuto de contratos de las Empresas así como el decreto 222 -art. 14- exige establecer en el reglamento los medios de información que permitan conocer las inhabilidades e incompatibilidades, por lo

tanto, si las empresas no han establecido esos medios no están autorizadas para aplicar esa disposición en vista de que han omitido cumplir con ese deber.

" 12. Mediante resolución N° 490 del 8 de noviembre de 1985, se resolvió el recurso de reposición confirmado el acto recurrido y declarando, a su vez, agotada la vía gubernativa". (Fls.52, 53 y 54).

3°. TRAMITACION

Admitida la demanda, se notificó personalmente el auto admisorio de la misma al Fiscal del Tribunal. El Gerente General de las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, en escrito de folios 64 y 66, se dió por "notificado de la demanda" a la vez que recurrió en reposición para que se revocara el proveído y se rechazara o subsidiariamente se inadmitiera el libelo, con el objeto de que la actora presentara copia de todos los anexos para surtir correctamente la notificación a la demanda. Fundamentó el recurso en los preceptos de los artículos 139 y 143 del C.C.A.. En el mismo escrito designa apoderado para el juicio.

Por su parte la demandante al descorrer el traslado manifiesta que los anexos que extraña la recurrente, no los adjuntó porque aquéllos reposaban en poder de ésta, a más de que se había pedido el envío de los antecedentes administrativos. Complementa su escrito sosteniendo que los anexos acompañados al libelo no deben ser los que la contraparte, por derecho propio, conoce y tiene en su poder. No obstante, aportó copia de cada uno de los documentos que faltaban.

En auto de 28 de julio de 1986 (Fols.81 a 83) el *a-quo,* negó la resposición por considerar que "... la sociedad cumplió con el requisito de allegar con la demanda los anexos indispensables para los correspondientes traslados y notificaciones, y si no adjuntó algunos de los documentos previos al contrato fue porque consideró que al no reposar los originales en su poder, éstos serían solicitados en su debida oportunidad por el Tribunal". (fol.82).

Tramitado y resuelto el recurso, el establecimiento público, EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN , por intermedio de su apoderado, dió respuesta a la demanda admitiendo como ciertos los hechos y negando que con los actos administrativos se hubieran violado normas constitucionales o legales. Sostuvo que el Decreto 222 de 1983 le era aplicable, en lo relacionado con las inhabilidades e incompatibilidades, a los Departamentos y Municipios porque dicho estatuto tiene los alcances de una Ley,

De otra parte afirma que al hacer la adjudicación "Es en este momento cuando surge a la vida jurídica una relación entre la administración y el licitante ganador; esa relación no puede ser otra cosa que una relación contractual, un contrato el cual sólo puede terminar por causas legales, por circunstancias previstas en la Ley." (Fl.87).

Por eso en los actos acusados se determinó la finalización del contrato.

Por último propuso la excepción de " ineptitud de la demanda, por falta de los requisitos formales, la cual, no obstante su condición de previa, la plantea como de fondo al tenor del artículo 163 del C.C.A., vigente a la presentación del escrito, y se fundamenta en la omisión de la actora al no presentar con el libelo las copias de los anexos, entre ellos, el poder para actuar, la adición (Post scriptum) y el certificado sobre existencia y representación de la empresa demandante.

Notificado el representante legal de Seguros Alfa. S.A., Compañía que en este negocio expidió la póliza de cumplimiento contractual, en escrito que obra a folios 90 a 97, manifestó que las resoluciones acusadas en cuanto declaran hacer efectiva la cláusula penal y cobrar a la Aseguradora la garantía de cumplimiento, son ilegales y no pueden producir efecto respecto de Seguros Alfa S.A. .

Su rechazo obedece a la diferencia que se da ante la garantía de seriedad de la propuesta, que ampara riesgos precontractuales y la de cumplimiento que se refiere a riesgos contractuales, vale decir, posterior al perfeccionamiento del respectivo contrato. Considera " injurídico e ilegal" que se pretende hacer efectiva una póliza que garantiza el cumplimiento del contrato, cuando éste no tenía aún vida jurídica.

Corrido el traslado de rigor para alegar de conclusión, así lo hicieron el apoderado de la parte actora (Fols.190 a 200) y el representante judicial del establecimiento demandado (Fols. 202 a 213), quienes insisten en las aspiraciones procesales planteadas desde el comienzo del litigio, destacándose la posición asumida por la demanda al solicitar que, si se llegase a decretar la nulidad de los actos acusados, no se imponga condena alguna por perjuicios. El Fiscal Primero del Tribunal, por su parte, conceptuó desfavotablemente a las peticiones de la demanda.

4' FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Con la fecha de 6 de abril de1990, el Tribunal del conocimiento profirió sentencia contraria a las peticiones de la parte demandante. (Fols.220 a 236).

Apreció, en primer término, que en el caso bajo estudio "se debió disponer seguir el trámite especial que establecía el artículo 217 del C.C.A." y no el ordinario, bajo cuyos principios se adelantó el proceso, toda vez que el asunto debatido era de carácter contractual por cuanto se controvertían actos posteriores a la adjudicación. Pero a lo anterior, y por considerar satisfecho el propósito consagrado en el artículo 4° del C. de P.C. como es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, el respeto del derecho de defensa, la garantía del debido proceso, y la igualdad de las parte, y, dado que entre uno y otro trámite no se daban sustanciales diferencias, antes que invalidar lo actuado y abstenerse de dictar fallo de mérito procedió a pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

Un segundo aspecto de la sentencia apelada, hace referencia al problema fundamental de este juicio y consiste en establecer si en razón del parentesco en cuarto grado de consanguinidad entre un funcionario de las Empresas Públicas de

Medellín y los socios de la Compañía contratista " CON-GENIAR LTDA.", ésta se encontraba legalmente impedida para celebrar el contrato, al tenor del artículo 9° del Decreto 222 de 1983.

El *a-quo,* luego de transcribir un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, fechado el 1° de diciembre de 1983, cuyos planteamientos tienden a la aplicación del Decreto 222 de 1983 a los entes Departamentales y Municipales, en lo relacionado con las inhabilidades e incompatibilidades, lo comparte y prohija en la sentencia, para llegar a la conclusión de que, dado el parentesco mencionado, no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

5° ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal sustentándolo sobre estos dos aspectos: "1. Se invocó como causal de 'inhabilidad', una causal inaplicable al caso y se hizo una indebida aplicación analógica o extensiva del decreto 222 de 1983, en un momento en que la ley no lo estableció al régimen municipal. Pues sólo en forma posterior a la decisión administrativa el Legislador mediante la ley 11 de 1986, decidió hacer aplicable al régimen Municipal el régimen de inhabilidades reglamentado en el Decreto-Ley 222 de 1983.

" 2. Existió Falsa Motivación (o por lo menos errónea) en las resoluciones expedidas por la administración pues se dió por existente en contra de la Ley, un Contrato que aún no existía pues se hallaba pendiente del perfeccionamiento y por lo tanto no era posible ejercer el poder exorbitante aplicado de hacer efectiva ' la Cláusula Penal Pecuniaria' y 'terminar' unilateralmente el contrato.". (Fol. 242).

La entidad demandada plantea la confirmación del fallo recurrido y reitera los razonamientos expresados en el curso del proceso sobre la inhabilidad contractual de la empresa demandante, De igual manera insiste en las razones que le sirvieron de fundamento a la excepción propuesta de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, en razón a que no se acompañaron para la notificación las copias de los anexos como lo prescribe el artículo 139, inciso final del C.C.A. . De lo anterior resultaría, a juicio de la parte demandada, la comprobación de la excepción propuesta, una decisión inhibitoria y la revocación del fallo apelado.

También alude al trámite inadecuado de la demanda, por haberle dado el curso ordinario y no el especial que regía para ese tipo de controversias relacionadas con materia contractual. Concluye su escrito reiterando que si se accede a las súplicas de la demanda, no se condene a las Empresas Públicas de Medellín al pago de perjuicios.

6° CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

En escrito de folios 265 a 269, la señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado, expresa su criterio en el sentido de revocar la sentencia apelada, declarar la nulidad de las resoluciones acusadas y negar las demás pretensiones de la demanda.

Observa la Fiscalía, que en virtud de que el contrato no estaba perfeccionado, es equivocado afirmar que el mismo existió, y por tanto es también erróneo darlo por terminado.

También manifiesta, en cuanto a la inhabilidad, que era aplicable el artículo 4° del Decreto 02 de 1983 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín (Estatuto Contractual) "siendo imposible por expresa prohibición celebrar el contrato, so pena de incurrir en nulidad absoluta del mismo." (Fol.268).

Por lo tanto, concluye, que las resoluciones demandadas deben ser anuladas, pero sin declarar ningún tipo de perjuicios, por cuanto la imposibilidad que el contrato existiera tuvo su origen en un hecho imputable al contratista.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tomando en cuenta, en primer lugar que se ha propuesto la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, consistentes en no haber acompañado a la copia del libelo, para su notificación, los anexos relacionados con el poder, un escrito de adicción (Post scriptum) y el certificado de existencia y representación de la actora, conforme lo establece el último inciso del art. 139 del C.C.A. , se observa :

Sin pretender desconocer el precepto aludido, que en lo pertinente establece: "Deberá acompañarse copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes", considera que los documentos que se mencionan como faltantes, no pueden tenerse como indispensables hasta el punto de hacer producir una decisión inhibitoria en aras de los principios de economía y eficacia consagrados en el artículo 3° ibídem. Se tiene que los documentos enumerados por la demanda reposan en "Empresas Públicas de Medellín" y además, los antecedentes administrativos de los hechos que originaron la demanda debían ser allegados al proceso, por expreso mandato del artículo 207, numeral 6° del C.C.A. .

Agréguese a lo anterior el criterio de interpretación de la ley procesal, consagrado en el artículo 4° del C. de P. C. , según el cual, " el Juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

Pues bien, en desarrollo de esta orientación piensa la Sala que, si bien, la actuación procesal relacionada con la notificación de la demanda no se ciñó estrictamente al mandato legal, lo cierto es que la relación procesal se pudo establecer normalmente, sin perjuicio de las garantías y derechos referentes al debido proceso y defensa de las partes, cuya legalidad, además, siempre se respetó a través de todo el curso procesal, consiguiéndose así el objeto principal del procedimiento, por lo que, resultaría contrario al espíritu de la norma, invalidar ahora la actuación, sacrificando en aras de intrascendentes formalidades, el pronunciamiento de fondo que finalice el proceso. Respáldese lo dicho también con el objeto de las actuaciones administrativas que procuran " la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley, " (Art. 2° C.C.A.) y el principio orientador del mismo ordenamiento consagrado en el artículo 3°, según el cual " Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, etc", disposiciones éstas que si bien son de estricto sabor administrativo, no impiden ser apreciadas por el Juzgador que conoce precisamente de los actos de esa administración.

Por lo expresado la excepción propuesta no prospera.

Puesto que uno de los subtemas controvertidos en el *sub-lite* radica en la naturaleza jurídica de la acción adecuada para controvertir los actos administrativos proferidos por las Empresas Públicas de Medellín , la Sala considera conveniente precisar que aquélla debe enmarcarse dentro del género "acciones contractuales", habida cuenta de que, bien o mal calificado, el ente administrativo productor de los actos demandados, tuvo en mente un contrato, el cual, precisamente dió por terminado con las resoluciones demandadas; el contenido del acto administrativo marca claros derroteros de la acción por ejercitar en desarrollo de su impugnación. Cosa bien distinta es que, como consecuencia de la contradicción jurisdiccional, se ponga de presente la falsa motivación de tales actos, materia objeto de decisión por parte del contencioso administrativo.

Lo anterior quiere significar que en materia procesal no debe partirse del cuestionamiento "qué debió ser ?", si no que se debe preguntar "que fué lo sucedido?", para una vez obtenida la respuesta seleccionar la acción que corresponda ejercitar.

Se dijo que lo anterior mantenía relación con uno de los temas del presente debate porque éste, de una parte, tiene que ver con la existencia o inexistencia del contrato al momento de expedir las Resoluciones 441 y 490 de 1985 por el Gerente de las Empresas Públicas de Medellín y, de otra, con la inhabilidad de la sociedad CON-GENIAR LTDA. , para contratar con la demandada.

Considera la Sala que el contrato administrativo existe jurídicamente a la luz del derecho una vez haya sido completamente legalizado, esto es, cuando cumplido el trámite señalado en la Ley se perfecciona , lo cual se alcanza, según el Estatuto Contractual Decreto 222 de 1983 (art. 51) y el Estatuto de la demanda (art.68, Fl.105), cuando queda ejecutoriada la providencia del Consejo de Estado o

Tribunal Administrativo que declare ajustado a la Ley el contrato. Si no requiere dicha revisión, con la aprobación de garantías; y si no requiere constitución de garantías. una vez suscrito.

En el caso bajo examen, después de agotarse el trámite de la licitación se llegó hasta la elaboración del contrato y firma del mismo por el entidad contratista -aquí demandante-, pero, para su perfeccionamiento, restaba aún la firma de la contratante -aquí demandada-; la aprobación de las garantías (de lo cual no aparece prueba) y, por su cuantía ($25.530.950.oo), según el artículo 67 del Decreto N° 02 de 1983 de la misma Empresa y artículo 36 de la Ley 7ª de 1981, requería revisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo que obviamente tampoco se efectuó.

De esta forma, se tiene que a pesar de que probablemente existió la adjudicación, y se dice que probablemente, puesto que sobre el particular no se allegó prueba al expediente, la relación contractual no se formalizó mediante el perfeccionamiento del acto, por lo cual le asiste razón a la actora en el sentido de que las resoluciones demandadas se expidieron con falsa motivación, derivada por considerar como una realidad fáctica y jurídica la existencia del contrato, por lo que, consecuencialmente, se encuentran viciadas de nulidad.

El artículo 84 del C.C.A., determina que la nulidad de actos administrativos procederá no sólo cuando ellos " infrigen las normas en que deberián fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió". (inciso 2°).

Se estima entonces procedentes por este aspecto, declarar la nulidad de los actos demandados, con lo cual se concede a la pretensión principal de la actora, solicitada en su libelo demandatario y en el escrito de impugnación a la sentencia del *a-quo*.

Ahora bien, el otro aspecto materia de debate, relacionado con la inhabilidad de la compañia demandante para celebrar contratos con EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, encuentra la Sala que dicha inhabilidad es ostensible en el caso que se estudia. En efecto, el "contrato" sin perfeccionar, pero ya suscrito por el representante legal de CONGENIAR LTDA., consagrada en la cláusula vigésima octava :

" Inhabilidades e incompatibilidades. El Contratista afirma bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la firma de este contrato, que no se halla comprendido en ninguna de las situaciones de incompatibilidad consagradas en los artículos 3°, 4° y 5° del Decreto 02 de 1983, Estatuto contractual de LAS EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN". (Fol.26 y 27).

No obstante la Fiscalía le da recibo a dicho estatuto local para respaldar la existencia de la inhabilidad, la Sala no lo considera legalmente admisible porque

por disposición expresa del art. 5° de la Ley 19 de 1982, las inhabilidades e incompatibilidades " están reservadas a la Ley", de donde resultaría inaplicable, en el presente asunto, el estatuto contractual de las Empresas Públicas de Medellín, dado que al tenor de la Ley nombrada, la Junta Directiva de aquél establecimiento no podía regular lo referente a las inhabilidades e incompatibilidades contractuales, materia de exclusiva competencia del Legislador, quien no la había delegado o traspasado en favor del ente municipal.

Entendiendo entonces que el artículo 5° del ordenamiento legal citado, excluyó a los departamentos y municipios de la posibilidad de regular lo relacionado con inhabilidades e incompatibilidades, pero reservadas estas materias al Legislador, es del caso admitir que habiéndose contemplado en los arts. 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Decreto Ley 222 de 1983, éste resulta ser el estatuto legal regulador del "contrato"que se tramitaba entre las partes de este proceso, el cual en su artículo 9°, numeral 2° expresó :

" Son también inhábiles para contratar con la respectiva entidad, por sí o por interpuesta persona :

" 2. El cónyuge, compañero permanente, y los parientes de los empleados oficiales y de los miembros de la Junta o Consejo Directivo de la entidad contratante".

" PARAGRAFO PRIMERO. Para los efectos previstos en el presente estatuto, son parientes quienes se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo grado de afinidad o primero civil".

En el *sub-lite,* existe manifestación expresa del contratista en cuanto el parentesco en cuarto grado de consanguinidad con el ingeniero ALBERTO RAMIREZ VALENCIA (Fl.10), quien se desempeñaba a la fecha de adjudicación como Jefe del Departamento de Alcantarillado según certificación que obra a fol. 9. De tal suerte, no queda duda alguna para la Sala sobre la existencia de la inhabilidad invocada por parte de la entidad contratante, y mal hace la actora en su intención de desconocerla para lograr una situación favorable de una actitud irregular originada por ella misma. Es que la inconveniencia moral de la contratación a que se refiere este proceso, resulta a todas luces evidente.

Precisamente, encuentra la Sala procedente reiterar lo manifestado en providencia del 6 de abril de 1989, con ponencia del Dr. Julio César Uribe Acosta, en relación con las inconveniencias de índole moral en la adjudicación de los contratos. Al respecto, en lo pertinente, se expresó :

" . . . . . En este particular no puede perderse de vista que cuando el Consejo de Estado conoce de Asuntos como el presente, tiene la más amplia libertad para examinar y definir la litis, a la luz de lo alegado y probado. En otras palabras, su tarea viene a ser la misma de la persona u órgano encargado de hacer la adjudicación, lo que hace posible que si la motivación de la decisión que se revisa no es la

adecuada, pero sí otra, es ésta la que debe informar la decisión, como ocurre en el *sub-lite*. Quede pues, bien en claro, que para esta Sala era INCONVENIENTE, por razones de índole moral, hacer la adjudicación del contrato a la sociedad demandante. Si esto último hubiese ocurrido, el campo jurídico de cuestionamiento de la resolución hubiese sido amplio y serio, pues en los tiempos que corren tanto los doctrinantes como la jurisprudencia se inclinan por la revocatoria o anulación de los contratos administrativos por razones de tal naturaleza.

Por ello Brandao Cavalcanti, citado por Bercaitz, enseña ' Toda actuación administrativa ha de tener inexcusablemente una base moral' 'La moral es y debe ser la base de toda actividad de la administración; del mismo modo, la moral debe ser el soporte de toda la actividad de los administrados'" (Bercatiz. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda Edición, pág 54).

En otro aparte del fallo mencionado, se continúa leyendo: "Sin que se pretenda confundir el derecho con la moral, sí debe consolidarse la perspectiva jurídica anterior por la vía jurisprudencial, para que las personas que están vinculadas con la administración y las que dejan de estar a su servicio (estas últimas en el futuro inmediato) entiendan que no deben aspirar a contratar con ella, ni en forma directa, ni a través de las que ellos o su familia hacen parte. En ningún momento debe darse la disculpa de que lo inmoral no es legal, o la de que el interés nacional, departamental, o municipal está por encima de cualquier consideración de naturaleza ética.

No se debe andar simplemente a la caza de los impedimentos legales para aterrizar en la conclusión de que el acto jurídico se puede llevar a cabo porque el impedimento moral no está en la Ley, ora en forma de inhabilidades, ora en forma de incompatibilidades. Por ello se enseña que las obligaciones que no pueden ser impuestas escapan a las leyes, pues se refieren a actitudes interiores, a las verdaderas relaciones de persona a persona, a comportamientos éticos que los tratados jurídicos no pueden reglamentar, porque emanan de la sumisión personal a una ley interior, escrita en el corazón del hombre. La moralidad, en otras palabras, no puede dibujarse en forma de Ley."

" C. La oportunidad es propicia para precisar que en casos como el presente, el Juez administrativo tiene una amplia potestad revisora de la decisión de adjudicación, como ya se destacó en otro aparte de este proveído, que puede llegar hasta la sustitución de la decisión tomada por la persona u órgano que la hizo o, por la declaratoria que condena al pago de los perjuicios causados. En otras palabras, él tiene vocación para pronunciarse sobre la CONVENIENCIA U OPORTUNIDAD de la conducta administrativa, y dentro de ese marco, ejerce un amplio control de tutela. Está bien que en materia de tanta importancia, como la contractual, se enfatice, en el control de legalidad, pero se impone también acentuar el tinte en el control de gestión, mérito u oportunidad. En los tiempos que corren se torna imperioso llegar a la comprensión de que en más de una ocasión el simple control de legalidad no basta". (Exp. 4556 Actor :Soc. Hernando Artunduaga e Hijos).

" Aprovecha la Sala la presente ocasión para hacer las siguientes precisiones:

a) De conformidad con la preceptiva contenida en el art. 274 del Decreto 1333 de 1986, que sustituyó el art. 48 de la Ley 11 de 1986. "Mientras el Congreso expide las normas sobre contratación a que se refiere el artículo anterior, regirán en los Municipios las disposiciones legales vigentes para la Nación y sus entidades descentralizadas". De manera pues que como hasta el momento el Congreso no ha expedido la normatividad referida en la disposición legal que se acaba de transcribir, resulta imperativo aplicar a la contratación administrativa municipal el decreto 222 de 1983;

b) En punto tocante con el momento respecto del cual surgen incompatibilidades e inhabilidades para celebrar contratos administrativos, por tratarse de aspectos limitativos y restrictivos de la voluntad negocial, deberán ser interpretadas y analizadas para los momentos precisos en que se geste y se perfeccione el contrato. Es decir, que no podrán aducirse válidamente motivos que constituyan inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, o, lo que es igual, que circunstancias de ese linaje sucedidas con posterioridad al perfecionamiento del contrato, no podrán generar la terminación de éste;

c) Las circunstancias de carácter personal constitutivas de inhabilidad según las leyes, tales como el matrimonio y el parentesco, tendrán la virtualidad de impedir la celebración del negocio, o, de justificar la terminación de la etapa precontractual, o, la declaratoria administrativa de terminación del contrato, tan sólo cuando el cónyuge o el pariente de quien aspira a celebrar esta clase de negocios tenga, dentro de la entidad, funciones y atribuciones que puedan envolver, alguna injerencia en la calificación o evaluación de las propuestas, o en la adjudicación del contrato, o conductas similares a éstas. Dicho de otra manera, la intervención decisiva e importante de esas personas dentro del proceso negocial, es precisamente lo que constituye la inhabilidad. Así, la relación de parentesco que el proponente tenga, por ejemplo, con un empleado de la entidad encargado de repartir correspondencia, o de conducir el vehículo automotor para transportar a los funcionarios de la entidad, o quien desempeñe funciones de celaduría, u otras similares, no alcanzan a estructurar inhabilidad por razón del parentesco. Esta interpretación del concepto de inhabilidades para contratar con entidades oficiales, encuentra su fundamento en la circunstancia de ser instituciones de carácter exceptivo que limitan el ejercicio libre de los derechos subjetivos, que constituyen el principio general en la contratación.

Al existir la inhabilidad en el caso que ocupa a la Sala, dado que el Ingeniero ALBERTO RAMIREZ VALENCIA, pariente de los interesados en la adjudicación del contrato, se desempeñaba como Jefe del Departamento de Alcantarillado, resulta obvio que la Empresa contratante no podía con conocimiento, de causa, esperar a que el contrato se perfeccionara para poder aplicar la sanción legal de declararlo terminado, y como le estaba prohibido revocar la adjudicación, lo adecuado hubiera sido que la administración terminara el proceso de contratación, es decir, ordenar que no se continuara con los trámites del perfeccionamiento del

contrato, suspender su diligenciamiento en el estado en que se encontraba al tener conocimiento de la causal de inhabilidad y hacer entonces efectiva la garantía de seriedad de la propuesta. Sinembargo, a pesar de esta reflexión, lo que se hizo fue dar por terminado el contrato, solución que no era la más acertada por cuanto éste no existía, como tal, frente a la Ley, y además, fue mucho más allá al ordenar que se hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria imputando su cobro a la compañía de Seguros que otorgó la garantía de cumplimiento.

Respecto de este último punto, al cual no hizo alusión el a-quo a pesar de la intervención en el proceso por parte de la garante Compañía de Seguros Alfa, cuyo escrito fue relacionado en los antececentes de ésta providencia, es forzoso, concluir que le asiste plena razón a ésta, ya que mal podría aceptarse que antes de que existiera el contrato, fuera posible hacer efectiva una póliza que lo garantizara; porque si todavía se encontraba el proceso en la etapa precontractual, lo legal y razonable hubiera sido ordenar el cobro de la póliza vigente a ese momento, es decir, la de seriedad de la propuesta.

Aunque en el plenario no se anexó documento alguno de la póliza contra la cual ordenaba el cobro de la cláusula penal pecuniaria, su existencia puede deducirse de lo expresado en la resolución N° 441 de 1985 demandada, y del escrito presentado por la compañía aseguradora. (fls. 90 a 97) Lo estrictamente cierto es que si aún no existía el contrato, de ninguna manera resulta aceptable hacer efectiva una póliza que precisamente garantizaba su cumplimiento.

Las razones expuestas, le permiten a la Sala en primer término, disponer la revocatoria de la sentencia objeto del presente recurso y, consecuencialmente, declarar la nulidad de las resoluciones acusadas proferidas por la Gerencia General de las Empresas Públicas de Medellín, sin que por este motivo, haya lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios que solicita la sociedad demandante, porque, además de las circunstancias que rodearon la actuación administrativa, resulta lógico que no se pueda reportar beneficio económico, si se considera que por su irregular comportamiento y compremetedor silencio se originó la situación examinada en esta providencia. De igual parecer es la Fiscalía Segunda de esta Corporación.

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

FALLA:

1. REVOCASE la sentencia apelada, de fecha de 6 de abril de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera.

2. ANULANSE las resoluciones números 441 del 11 de octubre y 490 del 8 de noviembre de 1985 emanadas de la Gerencia General de las Empresas Públicas de Medellín.

3. NIEGANSE las demás pretensiones .

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 11 de julio 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.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Improcedencia/ **RECURSO DE REPOSICION**-Límites/ **ACTO ADMINISTRATIVO**-Firmeza

> ***So pretexto* de un recurso interpuesto contra parte de un acto administrativo, no se podrá invalidar lo que no fue objeto del mismo (salvo que lo invalidado tenga tan íntima relación con el todo que no permite la subsistencia de lo no cuestionado), porque se atentaría no sólo contra la firmeza del acto en lo no cuestionado, sino también porque se estaría revocando el acto administrativo creador de una situación jurídica particular sin su autorización expresa o escrita.**

DEMANDA-Requisitos/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**

> **Al anularse el acto posterior queda vigente el inicial que dijo reponer o revocar y se entiende automáticamente restablecido el derecho. Si el actor no quiere pedir algo más como restablecimiento, vbgr, una indemnización de perjuicios, nadie puede obligarlo a ello. Si pidió lo mínimo está satisfecha la exigencia legal y la demanda desde el punto de vista del petitum, es apta.**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. , julio diez y siete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Carlos Betancur Jaramillo.

Referencia : Expediente N° 6157. Actor : Abel Guevara Vargas. Incora.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de marzo 7 de 1990 dictada por el Tribunal administrativo de Boyacá, mediante el cual se dictó fallo inhibitorio.

En la demanda presentada el 29 de mayo de 1987 se narraron, en síntesis, los siguientes hechos :

1) Que el señor Abel Guevara Vargas solicitó ante el Incora, Area de Casanare, la adjudicación del predio "Montegordo" situado en el paraje Girabobos (Municipio de Monterrey); solicitud que le fue aceptada en providencia de 3 de marzo de 1980, la que ordenó el trámite previsto en el decreto 389 de 1974 y 2703 de 1981.

2) Que cumplido el trámite de rigor el Incora expidió la resolución 00019 de 20 de enero de 1986 y adjudicó parte del predio mencionado, con una extensión aproximada de 302 hectáreas con 7. 232 mts. 2, y por los linderos que se señalaron en el hecho segundo (a folio 239).

3) Que de esa adjudicación se excluyeron los lotes de los señores José Isairías y las sabanas de la comunidad de Palonegro, que comprenden, respectivamente, áreas de 41 hectáreas 2.750 mts. 2 y 83 hectáreas 8.000 mts. 2.

4) Que contra la resolución de adjudicación presentaron recursos de reposición el Doctor Jaime Alonso Arias, apoderado del adjudicatario, en cuanto consideró tener derecho también a las partes excluídas, y la señora Amalia Mora de Isairías, quien alegó derecho a ser excluida de la adjudicación.

5) Que la resolución 001365 de 4 de noviembre de 1986 revocó la resolución 0019 del 20 de enero de 1986 en todo su contenido, exceptó en lo relacionado con el derecho perteneciente a la Comunidad Palonegro (ver punto 3)

En la demanda se pidió la suspensión provisional y la consiguiente anulación de la resolución # 001365 de 4 de noviembre de 1986, expedida por el Jefe del área de Casanare del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

En la misma demanda se citaron como normas fundamentales los artículos 16 y 26 en concordancia con los artículos 2, 20 y 30 de la Carta; el artículo 84 del c.c.a.; los artículos 149 y 152 del c.p. y los decretos 389 de 1974 y 2703 de 1981. Además, la demanda fuera de las indicadas citas, expone ampliamente el concepto de la violación a folios 249 y siguientes.

El a-quo para tomar su decisión inhibitoria, luego de aceptar que la demanda era de restablecimiento, concluyó que dicha calificación le imponía al actor la carga de determinar o precisar el restablecimiento pretendido y que no había cumplido con esta exigencia. Anota, además, que tampoco, señaló la parte demandada y menos su representante. En cuanto a la exigencia de la cita de las normas violadas, concluye que la demanda no se ajusta al mandato legal, por la forma genérica de su enunciado. Con apoyo en tales irregularidades, hace un pronunciamiento de inhibición.

El actor, descontento, con lo así decidido, interpuso apelación. En el escrito sustentatorio expone como motivos de discrepancia los siguientes :

" Dispone el artículo 4 del decreto 2304 (octubre 7) de 1989 reformatorio del artículo 52 del c.c.a. en su numeral 2° que se debe sustentar este recurso con " el fin de señalar los motivos específicos de la inconformidad".

" Esta la razón por la cual señaló mi inconformidad apoyándose en los siguientes MOTIVOS :

" 1°. La demanda fue incoada por ABEL GUEVARA VARGAS contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) en procura de la nulidad de la resolución N° 0001365 (noviembre 4 de 1986) proferida por el dicho organismo.

" 2. En el libelo demandatario en el petitum se indica qué era lo que se pretendía, que no era otra cosa que la nulidad de la precitada resolución expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) con lo que se estaba indicando de la persona demandada era el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA).

" Pero como si esto fuera poco, en el rubro " NOTIFICACIONES" se señala a la persona que debía notificarse como demandada.

" Se dice textualmente : " El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA por intermedio de su representante legal, en este caso el Gerente" y se señalaba el lugar : Centro Administrativo Nacional (CAN) "

" 3° .- Aceptada la demanda el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora) fué notificado con las debidas formalidades de ley por intermedio de su representante legal, el señor Gerente. "

Cumplido el trámite de la segunda instancia, para decidir, se considera :

Para la Fiscalía segunda de la corporación, la sentencia recurrida merece ser confirmada . Para el efecto, en su concepto de 24 de abril de 1991 le da la razón al tribunal en cuanto considera que la demanda es inepta por la falta de señalización de las normas violadas, ya que:

" Se ha dicho y con razón, que la solicitud de nulidad de un acto administrativo implica en el fondo la necesidad de hacer un análisis racional entre la norma que se dice violada y el acto impugnado. Por otra parte, siendo la jurisdicción contencioso administrativa rogada, es deber del juzgador pronunciarse únicamente sobre los motivos o razones alegados en la demanda y sobre las normas que de manera clara y precisa se consideren violadas."

"Para decidir, el Juez necesita que se le señale de manera precisa la norma que se transgredió o violó al expedirse el acto acusado y no de manera general como lo hizo el actor, pues ello impide llegar a la aplicación de la norma. El Juez no puede tampoco bajo la fórmula de interpretar la demanda, adivinar lo que el actor no dijo."

"En el presente caso las razones expuestas en el aparte de la demanda titulado "Concepto de la Violación" tampoco permiten deducir cuáles fueron las normas de la legislación agraria que fueron violadas al expedirse la resolución acusada. El actor utiliza términos amplios e imprecisos, como cuando afirma: "El jefe del Area de Incora en Casanare el resolver un recurso de reposición al considerar que todo lo actuado, aceptación de la solicitud, lleno de los requisitos de los Decretos 389 de 1974 y 2703 de 1985, reguladores del trámite de adjudicación de baldíos y fallo favorable, está mal hecho y revocar la pretensión en que reclamaba tales derechos, no está ejerciendo los poderes públicos en los términos que la constitución establece, puesto que en los considerandos no se encuentra ni en el proceso mismo citado, causales de nulidad ni decreto de nulidad que invaliden todo lo actuado. Por ende la actuación administrativa del jefe de Area de Casanare del Instituto de la Reforma Urbana, va en contra de lo establecido por la Constitución al revocar la Resolución 00019 de 1986, en vez de asegurar dicho organismo del poder público, el cumplimiento de sus funciones y de proteger a las personas en su vida, honra y bienes, atentan contra las finalidades constitucionales para las que han sido instituídas y se ejercieron dichos poderes por fuera de los marcos constitucionales y su indebida extralimitación, constituye falta de la administración."

"Más adelante dice: "La Resolución 001365 (noviembre 4 de 1976) quebranta los Decretos 389 de 1974 y 2703 de 1981 que regulan el trámite de la adjudicación de baldíos porque se cumplieron dichos trámites y se dieron los presupuestos requeridos para la adjudicación del baldío en forma definitiva sin que en las diligencias que obran en el plenario, obre ninguna prueba en contrario, luego no existe las causales para la pérdida del derecho de adjudicación de baldíos.

" 5) La Resolución tantas veces citada al desconocer lo dispuesto por el Art. 1° de la Ley 200 de 1936 y el Art. 65 de Código Fiscal puesto que ABEL GUEVARA VARGAS ejercía actos de señor y dueño sobre el predio que solicitó en adjudicación al Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Area de Casanare, hasta el punto de que la Resolución 00019 del 86 le adjudicó en forma definitiva también, en dicho acto administrativo la Resolución 001365, "una Resolución mafiestamente contraria a las Leyes " y la conducta de sus autores se adecúa a lo dispuesto en el Art. 149 de nuestra Ordenación Penal."

Para la Sala no asiste la razón ni al *a-quo* ni a la fiscalía de la corporación, porque la demanda está llamada a prosperar, ya que estima que el señor fiscal 1° del

Tribunal Superior, Doctor Luis Alberto González G. estuvo en un todo acertado al emitir su concepto que obra a folios 287 y siguientes.

Para respaldar este acerto, la Sala dividirá este análisis de dos aspectos fundamentales, así : la inepta demanda declarada por el tribunal; y el asunto de fondo : su historia, el alcance de los recursos, la intervensión de terceros y la conclusión.

Este orden de ideas, se observa :

La inepta demanda

Para el tribunal la demanda adolece de los siguientes defectos : a) Pese a ser una acción de nulidad y restablecimiento, el petitum se queda en el primer extremo y no enuncia las declaraciones y condenas que pretende la parte actora; b) No se indica en ella ni la parte demandada ni su representante; c) El enunciado de las normas legales no satisface los requerimientos de ley, unas porque constituyen principios generales que requieren desarrollo legal (extremo no enunciado); otras, porque se limitan a consagrar una acción; y las de más allá porque se citan como estatutos generales y no las normas concretas.

Ahora bien. No le asiste la razón al tribunal cuando habla de la no indicación del restablecimiento pretendido. Con esto no se está contrariando lo dicho por el suscrito en su obra "Derecho Procesal Administrativo", citada por el *a-quo,* cuando anota que en este tipo de acción deberán señalarse con toda precisión las pretensiones que aspira el actor obtener, *so pena* de hacer inepta la demanda. No, esa exigencia es la regla general, porque el juzgador no podrá adivinar que es lo que quiere la parte como restablecimiento, máxime teniendo en cuenta que algunos de esos derechos pueden ser renunciables. Pero cosa distinta es, como sucede en el caso *sub judice,* cuando se hizo desde un principio la calificación de la acción como de restablecimiento y se dijo que la declaratoria de nulidad del acto impugnado tendría la virtualidad de restablecer el derecho conculcado al adjudicatorio Abel Guevara Vargas.

Situaciones como la planteada se dan ordinariamente cuando se pide la nulidad del acto administrativo que revoca o repone el dictado inicialmente que confería un derecho al interesado. Como es obvio, al anularse el posterior queda vigente el inicial que dijo reponer o revocar y se entiende automáticamente restablecido el derecho. Si el actor no quiere pedir algo más como restablecimiento, vbgr, una indemnización de perjuicios, nadie lo puede obligar a ello. Si pidió lo mínimo está satisfecha lo exigia legal y la demanda, desde el punto de vista del petitum, es apta.

Basta pensar que la nulidad de la resolución 001365 que revocó la adjudicación hecha al señor Guevara Vargas mediante la resolución 0019 de 20 de enero de 1986, tendrá el efecto de dejar viva a esta última, con todos sus efectos.

Tampoco le asiste la razón al Tribunal cuando sostiene que en la demanda no se señala la parte demandada ni su representante. Aquí el tribunal incurre en una extraordinaria ligereza, máxime cuando el mismo ponente en el acto admisorio de la demanda de febrero 3 de 1988, (a folios 272 y siguientes) ordena la notificación al Incora a través de su Gerente General. Por lo demás, con un pequeño esfuerzo de interpretación aplicado a la demanda bien pudo el *a-quo* detectar que si lo impugnado era un acto expedido por el Incora, era este establecimiento público el demandado y que por ley (que no tiene ni siquiera que probarse) la representación legal radicaba en su gerente. Pero, como si fuera poco, en la misma demanda se indican las direcciones de las partes para su notificación.

Se le recuerda al tribunal que el derecho formulario es historia y de la antigüa.

Asimismo considera el tribunal, y en esto coincide con la fiscalía de la Corporación, que la cita de las normas legales no satisfacen las exigencias legales.

Pues bien, en esto quizás la demanda no sea un modelo para mostrar, pero armonizando los capítulos "Disposiciones Violadas" y "Concepto de la Violación", se infiere claramente cuál es la normatividad que respalda la pretensión anulatoria del demandante. Normatividad que muestra que el Incora en la resolución impugnada no sólo excedió los poderes revisores que le otorgaba el recurso de reposición interpuesto (artículo 59 del c.c.a.), sino que su decisión desconoció el derecho adquirido por el señor Guevara, (artículo 30 Constitución Nacional), sin siquiera cumplir para el efecto el debido proceso (artículo 26 ibídem). Esto es suficiente para la Sala, así en la demanda se citen otras infracciones en forma inadecuada, cuales son las relacionadas con los decretos 389 de 1974 y 2703 de 1981 y el artículo 84 del c.c.a. que contempla la acción de simple nulidad, ni siquiera la aquí instaurada.

Como se observa, la demanda no presenta defectos que impidan el pronunciamiento de fondo. Pronunciamiento que se habría hecho si el tribunal no hubiera olvidado el mandato contenido en el artículo 4° del c. de p.c. , norma de conducta aplicable a todos los procedimientos que se siguen ante la jurisdicción colombiana.

El problema de fondo

Visto lo anterior, pasa la Sala a estudiar el problema de fondo.

Para entender a cabalidad la motivación que sigue es preciso historiar brevemente el asunto : 1) El señor Abel Guevara V. solicitó ante el Incora (Area Casanare) la adjudicación del predio baldío denominado "Montegordo" (Girabobos, Monterrey) de un área aproximada de 400 hts.

2) El Incora, mediante la resolución #0019 del 20 de enero de 1986, le adjudicó el inmueble mencionado de un área de 302 hts, y 7.232 mts 2; expresamente excluyó de la adjudicación las áreas correspondientes a los lotes de José Isairías y

de la Comunidad de Palonegro de 41 hectáreas y 2.750 mts2 y 83.800 mts 2, respectivamente; y negó la exclusión del lote de la señora Amalia Mora de Isarías.

3) Contra la resolución de adjudicación interpusieron recurso de reposición el adjudicatario y la señora Mora de Isairías; aquél desistió del recurso. El Incora decidió mediante la resolución #001365 de 4 de noviembre de 1986, cuya parte resolutiva reza : Artículo Primero : Revocar la resolución #0019 de 20 de enero de 1986 en todo su contenido excepto en lo relacionado con el derecho perteneciente a los miembros de la Comunidad Palonegro sobre el área de 83 hectáreas, 8.000 mts2 y el cual se encuentra contenido en la parte final del párrafo 2° de su artículo 4° determinadas en el plano #299056 radicado en el Incora por cuanto establecida su ocupación y características, dichos terrenos se enmarcaron dentro de los descritos por el decreto 1963 de 1957 y 2095 de 1961. "

" Artículo Segundo. Acéptase el desistimiento del recurso de reposición presentado por el Doctor Jaime Alfonso Arias, apoderado del señor Guevara Vargas"

" Artículo Tercero. Contra la presente providencia no procede ningún recurso por la vía gubernativa. "

4) El señor Abel Guevara V. fué notificado de dicha decisión el 4 de febrero de 1987, por conducto de su apoderado, y demandó ante esta jurisdicción el 29 de mayo de 1987. A la demanda, presentada como de nulidad simple, se le dió la calificación de restablecimiento por este mismo despacho y se le envió al tribunal administrativo competente, o sea al de Boyacá. En dicho escrito se pidió solamente la nulidad de la resolución 001365 de 4 de noviembre de 1986.

Hecha la historia del asunto, se pregunta la Sala : Podía el Incora al resolver la reposición, revocar el acto administrativo de adjudicación dictado en favor del señor Guevara Vargas, quien se había conformado con la decisión inicial al desistir del recurso de reposición que había interpuesto contra la resolución 0019? Debió el Incora sujetarse a los términos de la reposición interpuesta por la señora Amalia Mora de Isairías, quien sólo impugnó parcialmente la resolución inicial, concretamente porque se le había negado la oposición por un lote de unas 50 hectáreas que decía poseer dentro del adjudicado a Guevara ?

Los interrogantes que se dejan formulados encuentran su solución en el código administrativo, en especial en el artículo 59, el cual reza:

" Contenido de la decisión. Concluído el término para practicar las pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencias si es del caso.

" La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes."

Esta norma importa para esta solución el inciso final. Si bien es cierto tiene una aparente amplitud, ésta no puede ser tanta como la que le endilga el Incora. Deberán decidirse las cuestiones que se hayan planteado; vale decir, los motivos de inconformidad debidamente sustentados. Esta exigencia se armoniza en el numeral 1 del artículo 52 ibídem que enuncia los requisitos que " deberán reunir" los recursos interpuestos.

Si bien es cierto la norma que se deja transcrita agrega : "Y las (cuestiones) que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes", no quiere esto significar que a la administración se le concedan poderes oficiosos de revocatoria. No, el texto impone otra interpretación armónica y sistemática : en él se le da amplitud al recurrente para que con motivo del recurso puede plantear puntos nuevos no alegados durante el procedimiento de expedición del acto inicial (o definitivo en la terminología de inciso final del artículo 50 ibídem); y se le permite a la administración que estime o considere puntos nuevos, siempre y cuando encajen en la órbita de lo pretendido por el recurrente.

Se hace la precisión precedente porque, so pretexto de un recurso interpuesto contra parte de un acto administrativo (como sucedió aquí), no se podrá invalidar lo que no fué objeto del mismo, (salvo que lo invalidado tan íntima relación con el todo que no permite la subsistencia de lo cuestionado), porque se atentaría no sólo contra la firmeza del acto en lo no cuestionado, sino también porque se estaría revocando el acto administrativo creador de una situación jurídica particular (la resuloción 0019, dictada en favor de Guevara) sin su autorización expresa o escrita, contrariándose así el mandato contenido en el artículo 73 del c.c.a.

Lo expuesto permite concluír que el Incora al resolver el recurso de reposición de la señora Mora de I. tenía restringida su competencia a lo alegado por ésta, o sea que dentro de la adjudicación hecha a Guevara del predio " Montenegro " tambien se debía excluír el predio que decía poseer. De allí que en lugar de resolver como lo hizo debió limitarse a reponer parcialmente o no la resolución 0019; en el primer evento, ordenando la exclusión del predio de la recurrente, dejando viva la resolución inicial en lo demás; y en el segundo, denegando la reposición y dejando en pie todo el acto recurrido.

Como no actuó así, el acto deberá anularse por violación de las normas citadas en la demanda. Anulación que dejará vigente, en todos sus extremos, la resolución 0019.

Finalmente, se anota :

El proceso debió iniciarse con citación y audiencia de la señora Mora de Isairías. No se hizo así, con lo que, en principio, quedó afectado de nulidad. Ya en segunda instancia voluntariamente la mencionada señora se hizo parte y su apoderado solicitó la nulidad con apoyo en la causal 8a. del Art. 152 del c. de p.c. (a folio 315). En vista de esto la fiscalía solicitó el trámite del incidente correspondiente (a folio 322). Pero antes de su iniciación la misma parte, en su

escrito de febrero 27 de 1991 (folio 328), dió por allanada la nulidad y solicitó la confirmación de la sentencia inhibitoria dictada por el *a-quo*.

En vista de esto, el suscrito ponente dictó el auto de marzo 20 y dispuso que el proceso siguiera su trámite, con el traslado a la fiscalía para el concepto de fondo.

Da a entender lo anterior que la presente decisión también cobija a la indicada señora, la que al allanar la nulidad saneó todo lo actuado.

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

F A L L A :

Revócase la sentencia dictada por el tribunal administrativo de Boyacá el día 7 de marzo de 1990. En su lugar :

Declárase la nulidad de la resolución #001365 de 4 de noviembre de 1986, dictada por el jefe de Area de Casanare, del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA-.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 12 de julio de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO DE TRANSPORTE/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ CADUCIDAD.

El contrato de transporte, si bien es de derecho privado, por la razón de la cláusula de caducidad que contiene, los conflictos que de él se deriven son de conocimiento de esta jurisdicción. Además no le cabe duda a la Sala que la acción propuesta está dirigida a obtener la declaratoria de incumpliento surgida de la mora en los pagos de las sumas a cargo de la entidad contratante; y en consecuencia, también reclama el pago de los perjuicios que esa infracción de la convención le ha irrogado. El término para las caducidades debe computarse a partir del motivo de hecho que es fundamento de la acción, es decir cuando ocurrió el incumplimiento que se endilga a la administración, marcado por el no pago de las sumas adeudadas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., julio diez y nueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Carlos Betancur Jaramillo.

Referencia : Expediente N° 6393. Actor : Transportes Laser Ltda. Apelación Auto.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto dictado por el Tribunal administrativo del Meta el 9 de agosto de 1990, mediante el cual inadmitió la demanda del proceso de la referencia, con apoyo en las siguientes consideraciones :

" La anterior demanda no es de recibo del despacho por cuanto desde la fecha del acto acusado Contrato N° 364 de junio 1 de 1988, a la fecha de presentación de la demanda (julio 30 de 1990) folio 119 reservo, han

transcurrido más de dos (2) años. Lo anterior por cuanto el otro si del mencionado contrato (folio13), carece de la fecha en que se firmó y ésta es parte integral del contrato. Lo dicho de conformidad a lo establecido en el Art. 136 inciso 4° del C.C.A. reformado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989.

" En consecuencia se inadmite la denominada por haberse operado la caducidad de acuerdo a lo establecido por el Art. 143 ibídem y se ordena la devolución de los anexos sin necesidad de desglose."

En ejercicio de la acción que la demanda contratual de reparación directa, prevista en el artículo 87 del c.c.a. en el escrito de demanda de 30 de julio de 1990 se formularon las siguientes pretensiones :

" PRINCIPALES

" PRIMERA : Que la Comisaría especial del Guaviare ha incumplido del contrato N° 364 de 1988 al no pagar al contratista TRANSPORTES JOBER LTDA, el valor neto que arroja su ACTA N° 2 de LIQUIDACION DE TRANSPORTE, de fecha SEPTIEMBRE 30 DE 1988, como tampoco al no pagar el valor neto que arroja su ACTA JUSTIFICATIVA DE TRANSPORTE ADICIONAL de fecha MARZO 15 DE 1989, actas debidamente firmadas por el Comisario Especial, como por el Director del Proyecto, el Almacenista Comisarial, documentos que presentamos unos en original y otros en fotocopia auténtica.

" SEGUNDA : De la misma manera, que la demanda ha incumplido el anterior contrato por no haber incluído en su respectivo presupuesto, en la oportunidad para ello, o a la mayor brevedad, las partidas necesarias para el pago de las mencionadas actas.

" TERCERA: Que en consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la demandada a pagar a la CESIONARIA, quien está legitimada por el CEDENTE para cobrar para sí, el valor de los perjuicios materiales y extrapatrimoniales por los incumplimientos ya dichos, perjuicios que estimamos razonadamente en los siguientes ítems y cuantías:

. . . . .

"PRIMERA SUBSIDIARIA. A la PRIMERA Y SEGUNDA PRINCIPALES:

" Que la Comisaría Especial del Guaviare es responsable de los daños de toda índole sufridos por TRANSPORTES JOBER LTDA, imputables a Omisión de la Comisión Especial del Guaviare por no pagar el valor del contrato de transporte de Tubería Eternit y PVC, a que se refiere respectivamente el Acta N° 2 de LIQUIDACION DE TRANSPORTE DE FECHA SEPTIEMBRE 30 de 1988, y EL ACTA DE JUSTIFICATIVA DE TRANSPORTES

ADICIONAL de fecha MARZO 15 de 1989, en ampliación del contrato 364-88, relacionados en la petición PRIMERA de esta demanda, como también por Omisión al no incluír en su respectivo presupuesto las partidas necesarias para su pago.

"SEGUNDA SUBSIDIARIA : A la PRIMERA, SEGUNDA PRINCIPALES Y PRIMERA SUBSIDIARIA :

" Que la Comisaría Especial del Guaviare es responsable de los perjuicios causados a Transportes Jober Ltda, por el hecho de no haber adoptado un mecanismo o procedimiento idóneo de pago de las sumas que adeuda a la misma por concepto de Prestaciones del Servicio de Transportes para Tubería Eternit y PVC a que se contraen las mencionadas actas.

"TERCERA SUBSIDIARIA : A la PRIMERA Y SEGUNDA PRINCIPALES y a las dos ANTERIORES SUBSIDIARIAS :

" Que la Comisaria Especial del Guaviare se enriqueció, sin causa legal, a expensas del Patrimonio de TRANSPORTES JOBER LTDA. al haber logrado ejecutar obras dentro de su territorio con el Servicio de Transporte de tubería Eternit y PVC no pagado a quienes lo prestaron, según actas que se relacionan en la pretensión PRIMERA PRINCIPAL de esta demanda y sin que hasta la fecha hayan sido canceladas las sumas a que se refieren esas actas.

" Que en consecuencia se condene a la demandada a reembolsar a mi poderdante, TRANSPORTES DE CARGA LASER LTDA, Sucursal de Villavicencio, quien actúa como cesionaria de TRANSPORTES JOBER LTDA. El valor actualizado a que se contraen, como deuda, las actas de adición al contrato 364-88, ya mencionadas, sobre prestación de servicios de Transportes de Tubería y Accesorios Eternit y PVC, prestados por la cedente en beneficio de la demanda, con sus frutos correspondientes."

Descontenta la parte actora con la decisión del tribunal, interpuso de manera oportuna el recurso de apelación, en cuya sustentación el recurrente señala que el término para la caducidad debe contarse no como lo hizo el a-quo desde la firma del contrato, que debio perfeccionar posteriormente, sino desde la fecha del acta de liquidación de este y su adición; oportunidad la cual se conocen las obligaciones resultantes para las partes y surgen las acciones para reclamar su cumplimiento.

Para la Sala el punto amerita las siguientes precisiones :

El decreto 468 de 1986, establece que los contratos que celebren las Intendencias y Comisarías se regirán por las mismas disposiciones que se aplican a los correspondientes de la Nación y sus establecimientos públicos, salvo las excepciones que la misma normatividad especial consagra.

El estatuto de la contratación administrativa, decreto ley 222 de 1983, clasifica los contratos que celebren las entidades a las cuales se aplica, entre ellas la Nación y sus establecimientos públicos, como administrativos y de derecho privado, entre los cuales se halla precisamente el de transporte (artículo 16). De otra parte, el parágrafo del artículo 17 de este régimen, dispone que la jurisdicción administrativa conoce de los procesos que se susciten respecto de los contratos de derecho privado, en los cuales se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

En este orden de ideas, el contrato de transporte 364-88 suscrito entre la Sociedad Transportes Jober Ltda, y la Comisaría Especial del Guaviare, si bien es de derecho privado, por razón de la cláusula de caducidad que contiene, los conflictos que de él se deriven son de conocimiento de esta jurisdicción. Además no le cabe duda a la Sala que la acción propuesta dirigida a obtener la declaratoria de incumplimiento surgida de la mora en los pagos de las sumas a cargo de la entidad contratante, según el acta de liquidación del contrato de septiembre 30 de 1988 y "la justificativa de transporte adicional de marzo 15 de 1989"; y en consecuencia, también reclama el pago de los perjuicios que esa infracción de la convención le ha irrogado.

En esas circunstancias, el término para la caducidad debe computarse a partir del motivo de hecho que es fundamento de la acción; es decir, cuando ocurrió el incumplimiento que se endilga a la administración, marcado por el no pago de las sumas adeudadas por la Comisaría Especial del Guaviare, como resultado de la liquidación del contrato 364-88 (artículo 87 y 136 del c.c.a).

Atendidos los dos extremos, el de liquidación de la convención y de prestación de la demanda, se deduce que ésta se recibió en oportunidad; por el cual deviene la revocatoria del proveído recurrido y como consecuencia necesaria la admisión de la demanda, como en efecto se ordena.

En mérito de lo expuesto **SE RESUELVE :**

PRIMERO .- Revócase el auto de 9 de agosto de 1990, dictado por el tribunal administrativo del Meta en cuanto inadmite el libelo inicial de este *sub-lite.*

SEGUNDO .- Por reunir los requisitos formales, admítase la demanda propuesta en acción contractual por la Sociedad TRANSPORTES DE CARGAS LASER LTDA. Notifíquese esta providencia personalmente al representante legal de la entidad demandada o a su delegado, conforme lo dispuesto por el artículo 150 del c.c.a. Igualmente, notifíquese personalmente al Ministerio Público.

Cumplida la notificación, dése traslado al fiscal de la corporación para efectos de la conciliación prevista en el artículo 65 de la ley 23 de 1991. Envíese el expediente original.

Hecho lo anterior, fíjese el negocio en lista por el término de cinco días para los fines del numeral 5° del artículo 207 ibídem.

Solicítese al correspondiente funcionario el envío de los antecedentes administrativos.

Término : 30 días.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase al tribunal de origen.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día

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

Ruth Stella Correa Palacio. Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL/ LESION RESARCIBLE/ PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS

Los particulares que han sufrido daños en virtud del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar, impone el resarcimiento o indemnización de tales daños, así la actuación administrativa que ocasionó la lesión al patrimonio administrado hubiere sido legítima y su cumplimiento obedeciere a fines nobles y reportare beneficios para el resto de la comunidad. La doctrina de la lesión tiene también la objetivación de la responsabilidad, y encuentra su base fundamental en la interdependencia de las complejas relaciones sociales que aboguen por acentuar la solidaridad de los coasociados, con prescindencia de argumentos subjetivos, para ocupar su atención en la persona de quien resulta lesionado, dicha tesis recaba la del daño especial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia : Expediente N° 6334. Actor Soc. Phidia Investment Anstalt.

Surtido el trámite propio de la segunda instancia procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora, contra la sentencia de 31 de mayo de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, que en su parte resolutiva dispuso.

" PRIMERO.- Deniéganse las súplicas de la demanda.

" SEGUNDO.- No prospera la objeción que, por error grave, formuló la parte demandada al dictamen pericial que se produjo dentro del proceso.

" Sin costas porque no se produjeron" (fls. 167 y 168, C.1).

Frente a la anterior sentencia se produjo salvamento de voto por uno de los magistrados, quien en síntesis entendió que procedía la declaración de responsabilidad del D.E. de Bogotá y la consiguiente condena, al pago de los perjuicios causados". (fls. 174 y 175, C.1).

I. ANTECEDENTES

La parte actora, en escrito de demanda presentado el 3 de febrero de 1984, (fls. 2 a 11 del C.1), formuló las siguientes pretensiones :

" *Primera.* - Que se declare responsable al Distrito Especial de Bogotá, por el daño especial producido a la Sociedad PHIDIA INVESTMENT ANSTAL, domiciliada en Vaduz, Principado de Liechtenstein, propietaria del lote ubicado en la calle 14 (zona de Puente Aranda) y distinguido con el número 52-71 de la nomenclatura urbana de Bogotá, por causa y con ocasión de la ejecución de la obra vial de la intersección de Puente Aranda.

" *Segunda.*- Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Distrito Especial de Bogotá a pagar a PHIDIA INVESTMENT ANSTAL o a su apoderado con facultades para recibir, la indemnización que corresponda por el referido daño en la cuantía que determinen los peritos, incrementada en la proporción que los mismos peritos señalen por la razón de la depreciación monetaria que sobrevenga desde la fecha del dictamen hasta cuando se realice el pago. La indemnización cubrirá, además, el lucro cesante producido entre la ocurrencia del daño y la fecha de la sentencia, determinado por los intereses bancarios corrientes sobre el valor que habría tenido el inmueble si la obra se hubiere ejecutado en la forma inicialmente prevista y aprobada, o por los cánones de arrendamientos que el inmueble haya dejado de producir, a juicio de los peritos.

" *Tercera* .- Que se ordene al Distrito Especial el cumplimiento de la sentencia dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del fallo y que, en caso de no hacerlo, se le condene al pago de intereses comerciales de mora.

" *Cuarta* .- Que se reconozca mi condición de apoderado judicial, en los términos del poder que acompaño.

Los anteriores pedimentos los fundamentó la parte actora en los hechos que la Sala sintetiza así :

Primero.- La sociedad Phidia Investment Anstalt es propietaria de un lote de terreno situado en el barrio Puente Aranda N° 52-71 de la calle 14, con cédula catastral N° 13-52-12, con matrícula de inmobiliaria N° 05000128691, con extensión

superficiaria de 2.785,16 mts2, comprendido dentro de los linderos especiales indicados en el fl. 2 del C.1.

Segundo.- Que la sociedad actora adquirió ese lote en mayor extensión (8.319,85 mts2) por dación en pago que le hizo Joel Naranjo Escobar, mediante Escritura Pública N° 1195 de 1 de abril de 1966 de la Notaría Cuarta de Bogotá, registrada el 28 de abril de 1966 bajo el número y en la página del libro indicado a fl. 2 del expediente, en donde también se señalan los linderos generales del referido lote de mayor extensión.

Tercero.- Del lote identificado con el N° 52-40 de la calle 13, que como se vio tenía un área de 8.319,85 mts2, se agregó su mayor parte, o sea, la cantidad de 5.534, 20 mts2 que la sociedad actora vendió al Distrito Especial de Bogotá para la obra "intersección de Puente Aranda", según escritura Pública N° 31 de enero 24 de 1981 de la Notaría 19 del Círculo de Bogotá, inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria N° 05 00128691 el 3 de marzo de 1981, quedando por consiguiente subdividio en dos lotes, vale decir el de mayor extensión (5.523,20 mts2) vendido al Distrito Especial de Bogotá y el más pequeño que quedó de propiedad de Phidia Investiment Antsalt. Los linderos del lote vendido al Distrito Especial de Bogotá aparecen a fls. 3 y 4 del expediente.

Cuarto.- El precio de venta de inmueble al Distrito Especial de Bogotá fue de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS ($36.000.000.oo), lo que arroja SEIS MIL QUINIENTOS PESOS ($6.500.oo) por cada metro cuadrado.

Quinto.- Que de conformidad con los planos aprobados para la obra, "intersección de Puente Aranda", ordenada mediante acuerdo N° 1 de 1979, una de las vías principales debía atravesar la propiedad integral de la parte actora, razón que la indujo al Distrito Especial de Bogotá para comprarle a ésta la parte atrás señalada. Que dicha circunstancia motivó a la sociedad Phidia Investment Anstalt, para efectuar el negocio "sobre la base del diseño de la obra ya aprobado, conforme al cual, el predio que esta última conservaba como de su propiedad quedaba, después de la segregación y una vez ejecutada la obra, con un frente sobre la nueva vía pública de 61,65 mts., en línea recta. En la propia escritura de venta y en el plano oficial adjunto a ella se señaló esta línea como futuro paramento".

Sexto.- La obra se construyó de manera distinta a como se había previsto inicialmente, trayendo, como consecuencia que el lindero sur del lote remanente de propiedad de la Sociedad Phidia Investment Anstalt, no bordearía la vía pública cocedida en los planos, sino que quedaría lindando con el costado norte del lote de mayor extensión que le había vendido al Distrito Especial de Bogotá, "por manera que el lote de Phidia perdió, de hecho y a la postre, su frente sobre la vía pública para quedar conlindando con el predio vendido al Distrito. La ejecución de la obra terminó en julio de 1982 ".

Séptimo.- Que como consecuencia de haberse ejecutado de manera diferente, la obra, el lote remanente de Phidia " quedó practicamente 'ciego', con una mínima salida a la vía pública de 14 a 16 metros sobre una callejuela secundaria (calle 14) que allí desemboca, pues en el resto de su contorno linda con propiedades de particulares y con el lote vendido al Distrito".

Octavo.- Se señala la sociedad constructora de la obra y la firma interventora de la misma, que para el caso no importa recordarlas.

Noveno.- " La circunstancia anotada en el hecho séptimo ha implicado una pérdida casi completa del valor comercial del inmueble de propiedad de la sociedad demandante, que entraña y configura un daño o perjuicio evidente para su propietario y, además, singular o único, en cuanto ninguno de los demás propietarios lo sufre, ni siquiera en forma similar o análoga".

Décimo.- Por último, la demandante sostiene que antes de haberle vendido al Distrito Especial de Bogotá la porción del lote referido, éste " colindaba por un costado con la avenida del Centenario (calle 13) en una longitud de 97.81 mts., por otro con la línea curva del sardinel que formaba parte de la glorieta de Puente Aranda en longitud de 59.50 mts. y, en parte, por otro costado con la calle indicada antes, o sea que disponía de tres frentes sobre la vía pública.

En el capítulo que denominó "FUNDAMENTOS DE DERECHO O CONCEPTO DE LA VIOLACION" la sociedad actora invoca la llamada "RESPONSABILIDAD SIN FALTA DE LA ADMINISTRACION O RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL", pues, esta tiene origen cuando en el ejercicio de la actividad normal de la administración "infiera a las personas un perjuicio excepcional o extraordinario que quebrate el principio fundamental de 'la igualdad ante las cargas públicas' *(daño especial)*. En este último caso se considera que, en principio, los particulares deben soportar las molestias, inconvenientes o restricciones que se deriven natural y ordinariamente de las actividades de la autoridad pública, en cuanto esas molestias, restricciones o incomodidades sean más o menos generalizadas porque se difunden entre los asociados y no entrañan, por lo mismo un daño anormal exorbitante. Pero si este se singulariza o adquiere dimensiones que sobrepasen el nivel normal de las cargas que deben soportar los particulares, la administración está obligada objetivamente a repararlo para restablecer el equilibrio que ha quebrantado por su actividad. En este caso la responsabilidad pública resulta comprometida aún cuando la actividad administrativa sea legítima o esté conforme con conveniencia y el bien públicos, pues su fundamente radica en la naturaleza excepcional, anormal o extraordinaria del daño producido y en el consiguiente quebranto de la 'igualdad frente a las cargas públicas', principio general del derecho público colombiano sobre el cual se sustenta nuestra organización democrática, que está ínsito en la Constitución Nacional y que ha sido desarrollado ampliamente en las diversas materias de la legislación..." (fls. 5 y 6, C.1).

La parte demandada, Distrito Especial de Bogotá, durante el término de fijación en lista, se limitó a solicitar práctica de pruebas (fls. 53 a 55).

Practicadas, en su mayoría, las pruebas propuestas por ambas partes, se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. (fl.168, C.1).

La parte demandante presenta su alegato de bien probado, tal como aparece a fol. 169 a 175, en tanto que la parte demandada hizo lo propio con su escrito obrante a fls. 176 a 188. La primera insiste en que los diversos hechos fundamento de sus pretensiones han quedado legal y oportunamente establecidos; como el Distrito Especial de Bogotá formuló objeción por error grave contra el dictamen pericial rendido por los ingenieros civiles Sergio Alberto Rojas Fajardo, y Fabio Buitrago Muñoz, (fls. 123 a 128), la demandante aprovecha su alegato final para propugnar sobre la inexistencia del error grave achacado a la peritación, a la vez que pide se acoja la pericial; concluye su escrito el señor apoderado de la parte demandante, insistiendo que el caso litigado encuadra dentro del concepto de responsabilidad del estado "por daño especial" que rompió la igualdad frente a las cargas públicas, en cuanto que sólo su representada tuvo que soportar el paso derivado del cambio de diseño inicial de la obra de Puente Aranda, para lo cual cita jurisprudencia de esta Sala. La parte demandada, después de hacer transcripción de las pretensiones de su contraparte, se ocupa fundamentalmente de rebatir la llamada tesis de la responsabilidad administrativa por " daño especial, la teoría del riesgo", e "igualdad ante las cargas públicas" . Luego de citar doctrina y jurisprudencia foráneas para explicar la llamada ' responsabilidad sin falta', la apoderada del Distrito Especial de Bogotá, discurre así :

" De donde resulta que la teoría ni es la única de la cual puede echar mano al Juez Administrativo, ni, tampoco, opera de pleno derecho, que es necesario atemperarla, aceptar, igualmente, que no se la pueda acoger en todos los casos - el avitullamiento en tiempo de guerra, por ejemplo, genera responsabilidad no a la luz de esta teoría sino a la luz de la teoría de la falla o culpa del servicio, - y que para el caso concreto del ámbito jurídico colombiano se hace necesario que el PRETOR estudie a contrapelo de nuestro desarrollo económico, industrial, financiero y principalmente jurídico la conveniencia de acogerla sin permitir antes su decantamiento en los países que primero la formularon y que aún hoy la miran con recelo.

" Por otra parte, en otras oportunidades la jurisprudencia nacional no ha precipitado a acoger las tesis novedosas que nos vienen de otros continentes, así por ejemplo, recordamos cómo en Francia la responsabilidad de la Administración halló una fundamentación propia, autonóma respecto del derecho civil, a partir del célebre Fallo Blanco del 8 de febrero de 1873, pronunciado por el Tribunal de Conflictos Francés, sin embargo, el principio sólo lo acogió nuestro medio jurídico recientemente, en sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de 1962, cuando aplicó la teoría de la falta del servicio.

" Así pasaron cien años antes de que la teoría fuera aceptada en Colombia, y la espera no fue injustificada. Sin pensar que debe transcurrir un lapso similar, se ha de solicitar al Honorable Magistrado Ponente el estudio de la conveniencia de aplicar el rigor de la teoría de igualdad ante las Cargas Públicas, aún no decantada en nuestro medio jurídico, con las exigencias de su acogida pueda derivar hacia el futuro, sobre todo al lado de las consideraciones planteadas en otra parte de este escrito, para el desarrollo y evolución de nuestra jurisprudencia administrativa.

" De manera que la responsabilidad por el daño especial se presenta cuando el estado en ejercicio legítimo de su actividad ocasiona un daño o perjuicio especial a una persona en una forma que supera el causado a los demás, esto es con un rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas. Su aplicación es limitada, excepcional y no generalizado para todas las obras públicas. Sólo opera cuando se den los requisitos exigidos. Para la prosperidad de la acción indemnizatoria por razón del daño especial es necesario probar que efectivamente se ha producido el perjuicio, un daño que ha de ser excepcional, anormal. Es por esto indispensable entrar al análisis de cada una de las pruebas que reposan dentro del expediente para determinar si se dan los elementos que constituyen la responsabilidad por el daño especial". (fls. 181 a 182, C.1).

Por último, y a manera de conclusión, la parte demandada analiza las distintas probanzas practicadas para agregar que el Distrito, si bien es cierto, no realizó la obra pública en las condiciones y términos inicialmente previstos, también lo es que no le ocasionó daño alguno a la demandante, puesto que lo primero era una simple expectativa para la sociedad vendedora y nunca un riesgo con el cual deba correr su representado, por lo que " no se reunen los requisitos exigidos para que se configure la responsabilidad de la administración por el daño especial y así solicito a la honorable Sala la manifieste en el momento de proferir sentencia".

El señor Fiscal del Tribunal emitió su concepto de fondo según aparece, a fls. 191 a 193 del C.1 y, en lo pertinente, advierte que no se configuran en el *sub-lite* la prueba del daño y su carácter especial, "pués la disminución específica, real y cierta del patrimonio requerida para establecer el daño emergente no se presenta, porque no se puede confundir la constatación del hecho de la desvalorización con la operación mental dirigida a deducir una frustada expectativa de ganancia, dado que por lo demás constituye una actuación legítima de la administración y que obviamente no es objeto de impugnación en el presente proceso". (fl.193).

II.- LA SENTENCIA APELADA :

1.- La sentencia de primer grado de 31 de mayo de 1990 (fls. 145 y 168), denegó las súplicas de la demanda. Para arribar a la anterior determinación, el *a-quo,* hizo, entre otras, las siguientes consideraciones :

- Que, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes elementos integradores o estructurales de la misma ;

" a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;

" b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscasbo del derecho de una persona;

" c) El menoscabo de derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;

" d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados;

" e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y

" f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.

" Se trata, entonces, de un responsabilidad objetiva dentro de la cual demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, eso sí, que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen.

".....

" Ahora, bien : La demanda sustenta su pretensión indemnizatoria, como ya se explicó anteriormente, en que el lote de propiedad de la actora quedó prácticamente encerrado porque la obra pública no se ejecutó conforme a los planos inicialmente elaborados, sino que éstos fueron cambiados y al serlo el predio perdió la posibilidad de contar con un frente de más de 60 metros sobre la avenida Centenario o calle 13 de la ciudad de Bogotá, situación que tuvo como consecuencia la pérdida de gran parte del valor comercial del mismo.

"Los supuestos de hecho antes descritos se encuentran demostrados pero para la Sala no son constitutivos de los elementos integradores del régimen de responsabilidad de la administración denominado ' Responsabilidad sin falta o daño especial'.

"Efectivamente, para que tal tipo de responsabilidad se configure es necesario que la actuación administrativa legal (en este caso la obra pública) cause un daño grave al particular rompiendo así el equilibrio de las cargas pública. Es decir, entre la conducta administrativa y el daño siempre tiene que existir una relación de causa a efecto.

" En el *sub-lite* la causa del posible daño (desvalorización del predio) se encuentra en que éste quedó "...prácticamente encerrado..." y sólamente con un pequeño acceso a través de una vía secundaria.

" Pero resulta que, conforme a las probanzas allegadas al plenario, el que el inmueble quedara ". . . prácticamente encerrado . . . ', *no tuvo como causa la construcción de la obra pública,* puesto que, cuando la obra fue construída el lote ya se encontraba en esa situación.

" La pérdida de acceso a la vías públicas se produjo cuando la sociedad actora en ejercicio de su libre voluntad vendió al Distrito Especial de Bogotá la otra parte del inmueble para que allí se desarrollara parte de la actividad administrativa destinada a la Construcción de la vía pública. Para llegar a esta conclusión basta observar los linderos descritos en la escritura de compraventa (fols. 30 y ss.) y el plano que con ella se protocolizó (fol. 37) o el plano que obra al folio 119, de ello no queda duda alguna.

'"No fue, entonces, la obra pública la que causó el supuesto perjuicio a la actora ya que entre el hecho que lo procede (encerramiento) y la actividad administrativa, no existe relación de causa a efecto. La situación de encontrarse el predio con un mínimo acceso a la vía pública era preexistente a la realización de la intersección vial de Puente Aranda y, por tanto, no fue su contrucción la que produjo el daño. Si por alguna causa la obra no se hubiere ejecutado, la situación de encerramiento del predio sería la misma.

" No puede alegarse válidamente, que el daño se origina en que conforme a los primeros planos sobre los cuales se proyectó la obra el lote propiedad de la actora quedaba con acceso a una calle pero que como esos planos se variaron se produjo el encerramiento, porque la administración podía variar la construcción de la obra que iba a ejecutarse sobre un terreno de su propiedad en busca del bien colectivo, como así lo hizo y la sola variación de planos iniciales no podía causar por sí misma, daño a nadie.

" La posibilidad de que una obra dé acceso a la vía pública al predio de un particular no puede generar obligaciones porque dicha obra no realice o se haga en forma distinta a la inicialmente concebida porque, como bien lo dice el señor Fiscal, lo que se produce en estos casos es una '...expectativa de valorización...' cuya fructuación no puede ser fuente de una pretensión de indemnización por concepto alguno y menos por el denominado 'daño especial '"(fls. 165 a 167, C.1).

- Finalmente, la sentencia del Tribunal agrega que :

" Por otra parte, es cierto que la parte del predio que accedía a la vía pública fue vendido al Distrito Especial (Escritura Nº 31, fol. 30) para ejecutar la obra pública, pero del contrato de compraventa no se desprende por parte alguna que el comprador se obligara a realizar la obra con base en los planos inicialmente efectuados, pacto del cual, si existiera, se podría derivar alguna responsabilidad del Distrito y, de toda s maneras, de haberse convenido tal condición, su incumplimiento daría lugar a una acción de carácter contractual, pero no de otra naturaleza. Y si para la vendedora el móvil que la impulsó a efectuar la compraventa estaba íntimamente

vinculada a la ejecución de la obra conforme a los planos iniciales, ello también podría dar lugar a otro tipo de acción, pero de carácter contractual". (fl. 167 C.1).

2. - Uno de los miembros de la Sección Tercera del Tribunal, por no estar de acuerdo con la tesis mayoritaria, salvó su voto, en los términos consignados a fls. 170 a 175 del cuaderno principal. Dicho salvamento de voto disiente totalmente de la sentencia, "puesto que considera que se encuentran demostrados todos los elementos que estructuran la responsabilidad administrativa, por daño especial, con la consecuencia de que se debe condenar a la entidad demandada". Como fundamentos sobresalientes del salvamento de voto, se destacan los siguientes :

a) " Del análisis de la demanda en su contexto se desprende que el daño especial invocado por la demandante consiste en que el lote de su propiedad ha quedado prácticamente encerrado por las circunstancias mismas de su situación y ubicación y como consecuencia directa de la forma de ejecución de la obra de la intersección de Puente Aranda, pues el lote hacía parte de uno de mayor extensión que antes de la operación de la ejecución de la obra disponía de tres frentes sobre la vía pública y ahora ha quedado con una mínima salida por uno de sus extremos a una callejuela menor, con la consecuencia de que esto se ha traducido en una grave pérdida de su valor comercial que determina la magnitud del perjuicio. Así mismo se advierte que la demandante indicó que " El hecho o causa generador del daño se produjo dentro de la operación misma de ejecución de la obra y como efecto de ella...". A las anteriores conclusiones se llega teniendo en cuenta los capítulos de las pretensiones, los hechos y de los fundamentos en derecho o concepto de violación de la demanda, y, en especial, el análisis que sobre las 'características del caso singular propuesto' se hace a folio 6 de la misma". (fl. 170 y 171, C.1).

b) " El encerramiento del lote de propiedad de la demandante se produjo en desarrollo de la operación de construcción de la obra pública. En efecto : a- El Concejo Distrital mediante acuerdo número 1 de 1979 ordenó la construcción de varias obras públicas, dentro de ellas, la ' Intersección de Puente Aranda ' ; b- El Alcalde Mayor de Bogotá mediante decreto número 1011 de 1979 declaró de utilidad pública u interés social las zonas de terreno necesarias para la construcción de esas obras y dispuso que el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y los demás organismos y entidades distritales prestarán asesoría para los efectos de la negociación directa y que el Personero de Bogotá adelantara las acciones judiciales correspondientes en caso de que resultara necesaria la adquisición forzosa por el procedimiento de la expropiación; c- El Alcalde mayor de Bogotá mediante Decreto número 2011 de 1979 delimitó las zonas de terreno declaradas de utilidad pública e interés social, conforme a los planos firmados y sellados por el Alcalde Mayor, el Secretario de Obras Públicas y el Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital; d- Como de acuerdo al diseño y a los planos, la obra pública afectaba el predio de propiedad de la Sociedad demandante, el Distrito Especial de Bogotá negoció directamente y adquirió mediante escritura pública número 0031 de 1981 de la Notaría 19 del Círculo Notarial de Bogotá una parte del mismo, con la consecuencia de que aquella quedó como propietaria de un remanente; e- Con posterioridad a la adquisición del predio del demandante y a fin

de evitar la compra de un terreno cuyo costo resultara excesivo para los intereses del Distrito, este ente modificó el proyecto inicial aprobado para la construcción de la obra (fl. 15, cuad. 2); f- La modificación del trazado de la vía trajo como consecuencia que la vía no cruzara por el frente opuesto del lote adquirido por la demandada, lo cual produjo el encerramiento de aquel, por cuanto, en definitiva, el de propiedad del Distrito Especial de Bogotá no fue utilizado para dicha obra". (fls. 171 a 172, C.1).

c) "Pero la realización de la obra como en definitiva quedó construida produjo un daño especial, excepcional a la Sociedad demandante, pues, como ya se anotó, el remanente del lote de su propiedad quedó encerrado, sin salida a la vía pública a la cual tenía acceso antes de iniciarse la operación de construcción de la vía pública. Ese perjuicio no fue el normal que sufrieron los demás ciudadanos para facilitar la construcción de una obra pública que beneficia a la comunidad, presentándose, en consecuencia, el quebrantamiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

3.- La parte demandante, inconforme con la Determinación tomada por el Tribunal, interpuso recurso de apelación y lo sustentó en los términos consagrados en los fls. 178 a 186 del cuaderno principal, en donde analizó las diversas consideraciones del *a-quo* para criticarlas, a la vez que resalta el rigor jurídico del razonamiento del salvamento de voto, recordando de igual manera el fallo de esta Corporación de 16 de octubre de 1987 producido dentro del expediente N° 3549, para reiterar la revocatoria del parágrafo primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

4.- Durante el traslado para alegar ante esta Corporación, la demandante lo hizo como aparece a fls. 192 a 200, en tanto que la demandada solicita la confirmación de la sentencia apelada tal como puede verse fls. 201 a 211. Una vez reiteran sus puntos de vista esgrimidos durante la primera instancia, sólo que aprovechan la oportunidad para rebatir la primera, y, prohijar, la segunda, las consideraciones y conclusiones del *a-quo*.

5.- La Fiscal Segunda de esta Corporación emite su concepto de fondo en los términos visible a fls. 212 a 218 del C.1, de lo cual se resalta lo siguiente :

- La construcción de la obra vial en Puente Aranda, tuvo como finalidad mejorar la circulación de automotores en el lugar, con beneficio para la comunidad; su ejecución se llevó a cabo de manera normal, por lo que se descarta la falla en el servicio;

- La argumentación de la parte actora en el sentido de que el remanentede su lote hubiera quedado "prácticamente encerrado", no se ajusta a la realidad, puesto que los planos demuestran que antes de iniciarse la obra, el lote ya sufría dicha situación, por el acto de la venta, pues desde entonces quedó encerrado; no existe, por consiguiente, relación de causa-efecto entre el encerramiento y la actividad de la administración;

- Que asiste razón a la sentencia recurrida al encuadrar la situación en una "frustrada expectativa de valorización", pues la actora solamente contaba con la posibilidad de tener un frente de más de 60 metros en línea recta, " sobre la vía pública, obteniendose así un mayor valor comercial de su terreno ";

Concluye la Fiscalía que " En el presente caso, el llamado daño o perjuicio por el cual se reclama, no puede considerarse como tal. Como bien lo anota la parte opositora, en la demanda se está confudiendo el perjuicio que se reclama con unas gananacias o beneficios futuros que se suponía iba a obtener la Sociedad Actora.... en la proyección comercial que ellos hicieron, creyeron que la obra pública que se realizara en la zona, les traería un beneficio o ganancia económica por la situación privilegiada en la cual quedaría su propiedad raíz. Tenemos pues que esas ganancias futuras o ese supuesto valor que obtendría el lote, no fue nunca un hecho, ni esas ganancias formaron nunca parte de su patrimonio real. Así que carece de lógica y de fundamento pretender que la Administración le pague a la Sociedad Actora las ganancias o el mayor valor que la propiedad hubiera tenido o, dicho de otro modo, se reclama del Distrito lo que la Sociedad demandante dejó de ganar al variarse la ubicación de las obras". Termina solicitando la confirmación de la sentencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

A.- En primer término resulta conveniente dejar bien claro el fundamento esgrimido por la sociedad demandante para el ejercicio de la acción por ella incoada. Así las cosas, se halla a folio 1 el memorial poder en donde la demandante designa a un profesional del derecho para que "lleve a su término el proceso correspondiente para deducir la responsabilidad por el daño causado a la expresada sociedad propietaria de un lote de terreno ubicado en la calle 14 N° 52-71 de Bogotá, con ocasión de los cambios o modificaciones en la ejecución de las obras de Puente Aranda". (Subraya la Sala).

En segundo lugar, el apoderado de la sociedad demandante dedica un capítulo en su primer escrito a lo que denominó " LA RESPONSABILIDAD SIN FALTA DE LA ADMINISTRACION O RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL" (fls. 5 y 6). Luego de hacer una presentación general de la responsabilidad administrativa, se ocupa de señalar las características y fundamentos de la responsabilidad administrativa por " daño especial ". Cita apartes de la sentencia de 28 de octubre de 1976 (Anales, Tomo XCI, 1976, pág, 710), para con base en ella desentrañar tres condiciones básicas de la figura que se comenta; después de estos aspectos generales la demanda busca encuadrar el caso concreto en aquélla (fl.7).

En tercer lugar, las pretensiones demandatorias, básicamente la PRIMERA, cuando busca " que se declare responsable al Distrito Especial de Bogotá por el daño especial producido a la Sociedad Phidia Investment Anstalt, por causa , y con ocasión de la ejecución de la obra vial de la intersección de Puente Aranda ", también refleja el fundamento jurídico de la responsabilidad reclamada.

En las diversas alegaciones formuladas por el señor apoderado de la sociedad actora, se recaba insistemente en que la figura jurídica fundamento de sus pretensiones lo constituye la responsabilidad administrativa por el daño especial, o, ruptura de la igualdad del administrado frente a las cargas públicas. Así, puede verse en el alegato de conclusión durante la primera instancia (fls. 169 a 175, C.1); en la interposición y sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de 31 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera. (fl. 178 a 186); y, en el alegato de conclusión durante el trámite del recurso de apelación (fls. 192 a 197, C.1).

Por su parte, la entidad demandada resistió las pretensiones de la actora, Basicamente en virtud de que, en su sentir, no se estructuran en el *sub-lite* los presupuestos generadores de la responsabilidad administrativa, por daño especial. Así puede observarse en el alegato de conclusión de la primera instancia (fl. 176 a 188, C.1); y en el alegato deconclusión durante la segunda instancia (fl.202 a 211 C.1).

El Ministerio Público tanto en la primera instancia (fls. 191 a 193), como en el recurso de apelación (fl. 212 a 218), es del mismo parecer de la entidad demandada.

Lo anterior circunscribe el debate, desde el punto de vista de la naturaleza de la acción y el fundamento jurídico de las pretensiones, a la llamada responsabilidad administrativa por daño especial, o, por el rompimiento de la igualdad de las cargas públicas de los ciudadanos frente a la ley.

B. - Los hechos y su prueba. Los hechos consignados en el capítulo "ANTECEDENTES" de esta providencia, impusieron a la parte demandante la necesidad de producir múltiples pruebas, al mismo tiempo estimuló a la parte demandada para buscar acreditar su oposición con pruebas documentales.

a) A folios 14 a 24 se encuentra copia auténtica de la Escritura Pública N° 1195 de 1 de abril de 1966 de la Notaría Cuarta de Bogotá, con anotación de los respectivos sellos de inscripición en el registro de instrumentos públicos de esta ciudad, que en lo pertinente demuestran la transferencia, a título de dación en pago, a favor de la sociedad Phidia Investment Anstatl de parte del señor Joel Naranjo Escobar relacionada con el inmueble N° 52-40 de la calle 13 de la nomenclatura urbana de Bogotá;

b) Copia al carbón de la promesa de compraventa, suscrita el 16 de octubre de 1980, visible a folios 25 a 28, que contiene el contrato preparatorio 0186 de 1980 entre la sociedad Phidia Investment Anstalt, como promitente vendedor, de una parte, y el Distrito Especial de Bogotá, de la otra, sobre una porción del inmueble N° 52-40/60 de la calle 13 de Bogotá con área de 5.534,20 metros cuadrados, por la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS ($36'000.000.oo), quedando de propiedad de la prominente vendedora el remanente o resto del lote en mención;

c) Cuarta copia de la escritura pública N° 0031 de 24 de enero de 1981 de la Notaria 19 del Círculo de Bogotá, mediante la cual la sociedad Phidia Investment Anstalt transfiere a título de compraventa al Distrito Especial de Bogotá, 5.534,20 mts2 segregados del inmueble 52-40 de la calle 13 de Bogotá, cumpliendo la obligación surgida de la promesa de compra-venta descrita en el ordinal inmediatamente anterior. Con dicha escritura se protocolizó acta de entrega real y material del inmueble enajenado, del poder con que actúo el apoderado de la sociedad vendedora y copia del plano levantado por Antonio Bustos el 25 de febrero de 1980, correspondiente a la intersección de Puente Aranda, distinguido con el registro N° 2485 que refleja la ubicación de la totalidad de lote de la calle 13 N° 52-40/60, como también la zona o sector que se segrega del mismo en extensión de 5.534,20 mts2 con destino al Distrito Especial de Bogotá, y el sector sobrante que queda de propiedad de la sociedad Phidia Investment Anstalt (fls. 30 a 37, C.1).

d) Folio de Matrícula inmobiliaria N° 0500128691 expedido el 6 de diciembre de 1983, perteneciente al inmueble de la calle 13 N° 52-40 de Bogotá que da cuenta de la dación en pago que hizo Joel Naranjo Escobar a Phidia Investment Anstalt y de la venta parcial efectuada por ésta al Distrito Especial de Bogotá en extensión de 5.534, 20 mts 2 (fl. 39);

e) Copia auténtica del acuerdo N° 1 de 1979 expedido por el Consejo del Distrito Especial de Bogotá con el cual se ordena la construcción de varios puentes elevados en esta capital y se autoriza al Alcalde Mayor para que lleve a cabo los contratos de obra requeridos y para que negocie la adquisición de zonas de terreno necesarias para la construcción de puentes. (fls. 40 y 41).

f) El cuaderno N° 2, destinado específicamente a las pruebas, esencialmente contiene : certificación expedida por el Departamento Nacional de Estadística DANE sobre los índices de precios al consumidor desde diciembre de 1980 hasta abril de 1984; fotocopia del oficio radicado bajo el N° 04549 de 16 de septiembre de 1981 dirigido por el Secretario de Obras Públicas del Distrito al Subdirector Legal del IDU, comunicándole el estudio sobre la necesidad de modificar el proyecto inicial aprobado para la construcción de la intersección de Puente Aranda, " con el fín de evitar la compra de la propiedad del señor Guerrero cuyo costo resulta excesivo para los intereses del Distrito"; además, el referido oficio informa que el señor Alcalde ha tomado la determinación de " hacer las modificaciones al proyecto, por lo cual ruego a usted suspender la negociación de compra del terreno mencionado". Se allegaron copias auténticas de los decretos 1011 y 2011 de 1979, de los decretos 1476 y 2213 de 1980; y de los decretos 0054 y 0480 de 1982. Junto con lo anterior se incorporaron diversos planos pertenecientes a la Intersección Puente Aranda (fl. 69, C.2). A folio 104 se observa la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria sobre las diversas tasas de interés vigentes desde octubre de 1971 hasta el 7 de junio de 1984. Por último, en el citado cuaderno se encuentra el acta de Inspección judicial, con intervención de peritos, que da cuenta de la diligencia llevada a cabo el 25 de febrero de 1986 sobre el lote de la calle 13 N° 52-40 y 52-71 de la calle 14 de Bogotá; allí se lee, que después de ubicarse "el lote de terreno cuyas dimensiones constan en el plano que obra en el expediente ...se

observa que el lote no tiene nomenclatura: por el costado norte limita con unas edificaciones particulares en la mayoría de su longitud, encontrándose que en el extremo nor-occidental de este lindero existe una pared en ladrillo de aproximadamente 2 metros de altura y en una longitud aproximada de 15 a 20 metros, da frente a la calle 14; por el costado occidental limita con propiedades particulares, edificadas; por el costado sur está delimitando con una cerca de alambre de púas para colindar con propiedad del Distrito Especial de Bogotá, en un terreno que hoy se encuentra al parecer ocupado por unos inquilinos que manifestaron tenerlo a título de arrendatarios y ocupados como parqueadero o semitaller o depósito de vehículos automotores; por el costado oriental en la longitud aproximada y señalada en el plano de 32 mts., está delimitado también por una cerca de alambre de púa y parece colindar, según lo manifestó una persona que estuvo presente,. . . con terrenos que dijeron ser de la firma Mazuera. El lote así descrito queda encerrado entre lo que podría denominarse la manzana comprendida entre la calle 13 y la calle 14 y las carreras 52 y 53 . . . " (fls. 107 a 109, C.2).

G) Mención especial merece el dictamen pericial que obra a fls. 112 y 114 del cuaderno principal, cuyos apartes sobresalientes se transcriben a continuación :

" Para efectos de una amplia información al respecto, fueron consultados los planos que reposan en autos y también en el Instituto Agustín Codazzi, elaborados unos y otros a diferentes escalas, lo que dificulta una exacta confrontación entre ellos. Optamos entonces, tomar como base para las medidas y linderos, el plano diseñado por la División de Cartografía del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, en febrero 25-80, debidamente autenticado en la notaría novena de Bogotá D.E., el 10 de diciembre de 1983 y que reposa en el expediente .

" De acuerdo con lo anterior, el lote de terreno transferido por la sociedad "Phidia Investment Anstalt" al Distrito Especial de Bogotá, tiene una cabida de 5.534, 20 metros cuadrados, como consta tambié en la escritura pública N° 31 de enero 24-81, de la notaría 19 de esta capital y se le asignó un valor global de $36.000.000= moneda corriente, lo que representa la suma de $6.505= m.cte por cada metro cuadrado.- Se estipula en el mismo documento de Planeación Distrital, que el área sobrante del lote inicial y que pertenece a la Sociedad mencionada atrás, parte demandante en este proceso, después de realizada la venta al Distrito es de 2.541, 16 metros cuadrados.- Su actual nomenclatura es: calle 14 N° 52-71.

" El acuerdo N° 1 de 1979 originario del Concejo Distrital, ordenó la construcción de la obra 'Intersección de Puente Aranda' y de conformidad con los planos aprobados inicialmente por las autoridades distritales, el lote mencionado inmediatamente atrás y de propiedad de 'Phidia' quedaría con un frente de 61,65 metros sobre la vía pública proyectada.

" El proyecto tuvo variaciones en su ubicación y fue ejecutado por la firma 'Brugrés y Cía S.A.', con interventoría de 'CEI Ltda.', y se concluyó en julio

de 1982. A partir de esta fecha se originan los perjuicios que alega la parte actora de este juicio.

".....

"Para efectos de este informe, los suscritos peritos aceptamos las medidas que aparecen estipuladas en el plano registrado con el N° 2485 del departamento de Planeación Distrital, en febrero 25-80, y los linderos que obran en el expediente, es decir: Partiendo del punto B marcado en el plano levantado por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, registrado con el N° 2485 A, en línea recta, en una extensión de *54,70 metros*, en dirección E, llegando al mojón B sobre el parámetro de la calle 14, punto 1 del plano ya citado; partiendo de éste, en línea recta, en una extensión de *59,02 metros,* en dirección SE, para llegar al mojón G, punto J. del citado plano; partiendo de éste, en línea recta, en una extensión de *32,58 metros*, en dirección SW, llegando al punto C del citado plano; y partiendo de éste, en línea recta, en un extensión de *61,65 metros,* en dirección NW., y lindando con el lote que se segregó de éste, propiedad del Distrito Especial de Bogotá, llegando al punto B de partida.

" El área del referido lote es de : 2.541,16 metros cuadrados".

".....

' En concordancias con las circunstancias actuales y los factores enunciados en esta pregunta y haciendo hincapié en el hecho que el lote tiene un frente a la calle 14, vía secundaria en lo que a tráfico vehicular y peatonal se refiere, de unos 18.00 metros aproximadamente, consideramos que el metro cuadrado es de $7.000= m.cte., y por lo tanto, el avalúo comercial actual del lote es de:

2.541,16 mts2 x $7.000.oo := $17.788.120.oo

==========

" Consta en los autos que el Distrito Especial de Bogotá, al comprar a la sociedad demandante parte del lote de cuya totalidad ésta era propietaria, lo hizo en vista al proyecto de construcción de Puente Aranda. De acuerdo con ese proyecto, el actual lote de propiedad de la sociedad demandante quedaba con acceso a la vía pública en longitud aproximada de 61,65 metros.- Pero por razones de las cuales hay constancia en el expediente, el Distrito cambió el proyecto original y ordenó su ejecución. Como resultado de todo ello, el lote de propiedad de mi mandante, quedó privado de este acceso a la vía pública, pues éste sólo pasa al extremo del lote que compró el Distrito.- Esta circunstancia ha causado una enorme desvalorización del predio, y lo que yo solicito ahora a los señores peritos es que determinen cuál valor o qué valor tendría el predio si se ejecuta el plan original, es decir, que el lote citado hubiera quedado con un frente a la vía pública de aproximadamente de 61.00 metros.-

" Teniendo en cuenta estos planteamientos, consideramos que el lote referido, en caso de haberse construído una vía pública a la que hubiera dado frente aquél, en una longitud aproximada de 61,65 metros, tendría actualmente un valor de $12.000.oo m.cte. , el metro cuadrado, y consecuentemente su valor comercial global actual sería :

2.541,16 mts2 x $12.000.oo= $30.493.920.oo

" Consideramos que el daño emergente que se ha producido en este evento, es la diferencia entre los valores obtenidos en las respuestas de los numerales 2° y 3°, respectivamente, del cuestionario, es decir :

$30.493.920.oo- $17.788.120.oo= $12.705.800.oo

"En nuestro concepto, el lucro cesante que se ha originado en esta emergencia es el valor que corresponde a la suma de los intereses producidos por un capital de $12.705.800.oo, anteriormente deducido, a una tasa mensual aceptada por las autoridades competentes, en un lapso de tiempo comprendido desde la entrega de las obras del complejo de ' Puente Aranda' hasta la fecha de este informe.

" De acuerdo con lo anterior, se tiene :

Fecha de terminación de las obras :		julio de 1982
Fecha de este informe	:	julio de 1986
Lapso de tiempo	:	47 meses
Rata de interés anual	:	33.81%
Rata de interés mensual	:	2.82%

'' Nota : intereses aceptados por la Superintendencia Bancaria, según resolución N° 1374 de fecha febrero 27-86.

" De tal manera que, el lucro cesante sería :

$12.705.800.oo x 2.82% x 47 meses: $16.840.267,31 "

".....

" Con respecto a este planteamiento, manifestamos que todos los valores que se han estipulado anteriormente están actualizados y por tal motivo no es necesario tener en cuenta los factores de depreciación monetaria.

" En concordancia con lo expuesto, consideramos que el valor total del daño emergente y el lucro cesante, es :

$12.705.800.oo + 16.840.267,32 : $29.546.067,32".

(fls. 112 a 114, C.1).

Los señores peritos acompañaron a su dictamen copias de la Resolución 1374 de 1986 dictada por la Superintendencia Bancaria certificando el interés corriente bancario; dos copias del plano registrado con el N° 2485 que identifica el lote total y los dos lotes resultantes después de la segregación por la venta parcial al Distrito Especial de Bogotá; y, copia de la plancha H-68 levantada por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", 1981, en donde señalizaron el inmueble remanente propiedad de la sociedad demandante con área de 2.541,16 mts2 e indicaron la línea divisoria por donde inicialmente se había diseñado una nueva vía pública que lo separaría del inmueble vendido al Distrito.

Descrita la situación procesal, compete ahora a la Sala ocuparse del estudio de los hechos, de su prueba y de las consecuencias jurídicas que de ello emerjan; a la cual procede seguidamente así :

C. *Daño especial.* Esta Corporación, en varias oportunidades se ha ocupado del fenómeno conocido en la doctrina con el nombre de RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL. Así, en sentencia de octubre 28 de 1976, dijo lo siguiente:

" Más surge de la jurisprudencia compendiada, que aún la actividad estatal absolutamente legítima, tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente, puede dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado, que es lo que se conoce como responsabilidad sin falta.

" Lo anterior importa que tal tipo de responsabilidad excluye, la derivada de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio o de la administración y lógicamente, con mayor razón, la derivada de las vías de hecho.

" Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal., considerable, 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 mismos frentes a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.

" Surge, pues, de la esquemática exposición hecha, que la pretensión indemnizatoria por daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base en la ilegalidad del acto o de la operación o el hecho administrativo, la falla o falta del servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o ' vías de hecho '.

" Con cualquiera de ellas resulta incompatible, no por el *petitum* posiblemente idéntico en todas ellas, sino por la *causa petendi,* que resulta distinta y contraria como quiera que se habla de la responsabilidad por equidad, sin falta u obejtiva, frente a otras fuentes de la responsabilidad estatal, y por lo mismo, no son acumulables.

" En efecto, causa para pedir en el contencioso subjetivo o anulación de plena jurisdicción es la ilegalidad del acto, en la del daño especial, la absoluta legalidad de la actuación administrativa, en la responsabilidad por falla o falta, la afirmación de ésta, mientras que en la responsabilidad por daño especial, la afirmación causal es la contraria, la regularidad, oportunidad, legalidad y eficiencia de la actuación estatal; es la pretensión indemnizatoria por las ' vías de hecho' la causa para pedir es arbitrariedad, la ausencia de derecho o de procedimiento en la administración, es decir, todo lo contrario de lo que debe aparecer acreditado para la prosperidad de la indemnización por daño especial.

" Y como la pretensión no puede prosperar sino en la medida en que resulta conforme con la causa para pedir, obvio que si ésta contiene proposiciones contrarias e incompatibles, entre sí, la conclusión resulta imposible.

' Si se afirman dos hechos contrarios y excluyentes entre sí, se destruyen mutuamente, pues no es posible que una actuación sea al mismo tiempo, legal e ilegal, legítima y arbitraria, regular, correcta y eficiente y al mismo tiempo, irregular, incorrecta, inoportuna y perjudicial, o que algo sea y no sea a la vez.

" Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivo de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributaria de aquél y destinataria de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por uno de los administrados y, por equidad, debe ocurrir a compensar el daño causado.

" Obvio que el beneficio de la comunidad no es necesariamente patrimonial, hay otros intangibles sociales y políticos más importantes para ella como son la existencia del Estado, la seguridad de sus integrantes y la realización de los fines sociales, económicos y culturales que sirven de meta o norte a su organización jurídica". (Anales del Consejo de Estado, Tomo XCI, año LI, Nros 451-452, segundo semestre, 1976, pág. 710 a712).

Como es fácil deducirlo de la jurisprudencia parcialmente transcrita, la tendencia a responsabilizar los entes administrativos, en virtud del comunmente denominado "daño especial", presenta, entre otras características las de prescindir de toda noción de culpa o de conducta ilícita del agente, de igual manera, se fundamenta primordialmente en la incidencia del daño que objetivamente ha soportado el particular de manera individual o personal, dado que sus congéneres, o, por lo menos, un grueso número de ellos no ha padecido igual deterioro en sus bienes que integran el patrimonio; y,el proceder o conducta de la administración, como ha quedado vislumbrado, es a todas luces lícito y hasta loable. Esta figura, pues, difiere ostensiblemente de la tradicional " falta o falla en el servicio ", desde luego que no puede enrostrársele a la administración deficiencia, equivocación u omisión en los quehaceres que la competen.

Esta Sala, en sentencia de 20 de febrero de 1989, analizó los distintos regímenes de responsabilidad administrativa y entonces discurrió así :

" Se ha dicho y repetido por la jurisprudencia nacional que la responsabilidad del Estado encuentra fundamento positivo en las normas constitucionales que reconocen y tutelan, sobre la base de la igualdad de los ciudadanos, los derechos y garantías sociales que la Constitución Nacional consagra y garantiza a todos ellos (Título Tercero de la Carta Fundamental) y, de modo paticular, en los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 39, 43, 44 y 51 de la Carta. En desarrollo de esos preceptos, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina han organizado diversos sistemas o regímenes de responsabilidad, orientados siempre por una meta definida: la de obtener el restablecimiento del derecho del administrado que haya resultado lesionado por los actos, los hechos, las acciones o las omisiones imputables a los entes administrativos.

" El fundamento común y mediato de dichos sistemas o regímenes estriba, pues, en la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas. Al respecto, desde antaño existen pronunciamientos de los más altos tribunales del país. Es así como la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia de su Sala de Negocios Generales del 3 de agosto de 1949 lo siguiente:

" La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, *el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley.* Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado ('GACETA JUDICIAL', TOMO 46, números 2073 y 2074, pág 543, las subrayas no son del texto).

" Y el Consejo de Estado no ha sido menos explícito al respecto. En efecto, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 1967, la Sección Tercera de la Corporación expuso los siguientes planteamientos que conservan plena vigencia:

" La responsabilidad estatal puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso que se dijera para qué estan instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional- bello artículo, lo llama el señor Samper-, en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intrascendente parece ese precepto; pero no lo es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el poder público ha sido y puede ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupos, de clases o de partidos.

" *Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural,* de aquellos que han de servir para ilustrar a la Constitución , según las previsiones del artículo 4° de la Ley 153 de 1987, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia (ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Tomo 73, Nos.415 y 416 pág.279; las sublíneas no son del original).

"La jurisprudencia nacional ha venido aplicando diferentes teorías o regímenes de responsabilidad elaborados por la doctrina, buscando siempre salvaguardar un principio que parece esencial hoy por hoy a todo estado de derecho; el de la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, una de cuyas manifestaciones es la igualdad ante las cargas públicas, y que está directamente enderezado al restablecimiento de la equidad allí donde ésta fuera vulnerada ". (Extractos de Jurisprudencia, Tomo III, enero, febrero y marzo, pág. 247 y 248; publicaciones Caja Agraria).

Posteriormente, en sentencia de agosto 22 de 1989, la Sala reiteró lo consignado en decisión que se acaba de transcribir parcialmente (Extractos de Jurisprudencia, Tomo V, julio, agosto y septiembre de 1989, págs 282 a 28; publicaciones Caja Agraria). Más recientemente, en sentencia de junio 27 de 1991 (Expediente N° 6454, Actor : Edgar Pérez Rodríguez y otra; Consejero Ponente : Dr. Julio César Uribe Acosta) y sentencia de 4 de julio de 1991 (Expediente N° 6014; Actor : Aníbal Orozco Cifuentes; Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández), igualmente se le dio recepción a la teoría en comento, las que en gracia a la brevedad de este fallo no es el del caso transcribir.

En un evento bastante similar al que ahora ocupa la Sala, en sentencia de 30 de enero de 1987, dijo :

> " Se puso en evidencia que la obra del puente de la 53 con la carrera 30 produjo un daño de carácter excepcional a los dueños del mueble aledaño a dicha obra (#28-A-05 de la calle 53). Daño o perjuicio que no surge de una falta del servicio (la actividad de la entidad demandada fue legítima) sino el hecho de habérsele impuesto a los demandantes una carga especial en beneficio de la

comunidad. Carga que rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (forma del principio general de la igualdad ante la ley).

'' La Sala estima que el apoyo jurisprudencial citado por el a-quo conserva su vigencia, ya que él no hace otra cosa que relievar el postulado de que el interés general debe prevalecer sobre el particular". (Expediente N° 449; Actor: Bertha María Martínez Zamudio; Consejero Ponente : Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

De lo dicho hasta ahora, emerge que los particulares que han sufrido daños en virtud del rompimiento de la igualdad de las cargas públicas que deben soportar, impone el resarcimiento o indemnización de tales daños, así la actuación administrativa que ocasionó la lesión al patrimonio del administrado hubiere sido legítima y su cumplimiento obedeciere a fines nobles y reporta beneficios para el resto de la comunidad. La única manera que de la administración pueda exonerarse de este deber indemnizatorio, sería demostrado culpa de la víctima o fuerza mayor, pues, de lo contrario, fatalmente estará obligada al resarcimiento (véase sentencia de 24de abril de 1991; Expediente N° 6110; Actor : Octavio Potes y otros; Consejero Ponente : Dr. Policarpo Castillo Dávila).

En la época contemporánea, viene haciendo carrera otra tesis para fundamentar la responsabilidad administrativa de los entes públicos. Se conoce en doctrina con el nombre de LA LESION, El catedratico de Derecho Administrativo LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER, nos informa sobre esta teoría así :

" En el nuevo sistema esta noción pasa a ocupar un puesto central logrando un protagonismo decisivo en la nueva configuración de la responsabilidad patrimonial. En el bien entendiendo que la expresión lesión tiene un significado más estricto que la palabra daño. No cualquier daño será indemnizado, sino solo aquellos daños jurídicos, aquellos daños a los que el derecho les de alguna relevancia, aquellos daños que no deban ser normalmente soportables : el cambio de lugar de una parada de los autobuses urbanos, el tiempo que hay que aguantar en la cola en la ventanilla de una oficina pública, son consideraciones así como supuestos en los que las posibles molestias de los ciudadanos no alcanzan la categoría de 'lesión'. Con todo, no se oculta que la fórmula no puede resolver de una vez toda la problemática inherente. Pero aquí entra en juego la tarea de interpretación de los juristas, en la que, por supuesto, juega un papel decisivo la postura del juez a la hora de enjuiciar cada caso. Pero no es menguada, tampoco, la responsabilidad de la doctrina". (La responsabilidad en la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia; publicaciones de la Universidad Externado de Colombia; 1986; pág.116).

Obsérvese que la anterior doctrina tiene también la objetivación de la responsabilidad, y encuentra su base fundamental en la interdependencia de las complejas relaciones sociales que aboguen por acentuar la solidaridad de los coasociados, con prescidencia de argumentos subjetivas, para ocupar su atención en la persona de quien resulta lesionado. Dicha tesis recaba la del daño especial.

D. - Ahora bien : Las pruebas atrás relacionadas analizadas en conjunto, tal como lo prescribe el art. 187 del C. P.C. , claramente reflejan lo siguiente :

a) Que el Distrito Especial de Bogotá, se impuso la tarea de emprender la construcción de varios puentes elevados, en distintas intersecciones vehiculares de la capital de la República (Acuerdo N° 1 de 1979; folios 17 a 30, cuaderno N° 2), entre los cuales se encontraba el del sector de Puente Aranda. (Plano 1-2, fl. 69);

b) Que en desarrollo del proyecto señalado en el ordinal anterior, el Distrito Especial se interesó en adquirir parte del lote de terreno marcado con el N° 52-40/ 60 de la calle 13 de la nomenclatura urbana, perteneciente a la demandante Phidia Investment Anstalt, en extensión superficial de 5.534,20 mts2;

c) Que del lote de mayor extensión, una vez segregado el que necesitaba el Distrito Especial, quedaba un remanente de propiedad de la Sociedad Phidia Investment Anstalt, en extensión superficiaria de 2.541,16 mts, en el sector norte del lote original;

d) Que de conformidad con los proyectos originales elaborados por el Distrito Especial para construir el puente en el sector de Puente Aranda, entre el sector del terreno requerido para la obra pública y la franja remanente que quedó en cabeza de la sociedad vendedora, se construiría por el ente administrativo una vía pública para el tránsito de automotores, quedando el predio remanente con un frente y acceso a dicha vía pública de 65 mts, lineales (véase plano anexo al dictamen pericial, folio 119 del cuaderno 1);

e) Que en septiembre de 1981, tiempo después de efectuada la venta al Distrito Especial, ésta entidad resolvió cambiar el diseño inicial de la obra, suprimiendo la proyectada vía que dividiría el inmueble del Distrito y el perteneciente a la sociedad vendedora, con la cual se dejaba " encerrado" o sin salida a la vía pública, por el lindero sur al lote de la hoy demandante (oficio del Secretario de Obras Públicas al Subditector Legal del I. D.U.; folio 15, cuaderno 2).

f) Que la decisión anterior fue tomada por el Distrito Especial "...con el fin de evitar la compra de la propiedad del señor Guerrero cuyo costo resulta excesivo para los intereses del Distrito.

" Revisado el proyecto consultado con el señor Alcalde se ha tomado la determinación de hacer las modificaciones al proyecto, por lo cual ruego suspender la negociación de compra del terreno mencionado " (oficio de 16 de septiembre de 1981 citado; folio 15, cuaderno N° 2);

g) Que la supresión de la vía prevista en el proyecto inicial, trajo como consecuencia que el lote remanente propiedad de la vendedora solamente hubiera quedado con un solo frente sobre una calle secundaria (calle 14), en línea recta de tan sólo 18 metros y, por los demás costados encerrado por distintas propiedades ajenas (véase plano anexo al dictamen pericial; folio 119, cuaderno 1);

h) Que por tratarse de un inmueble parcialmente ciego, o, encerrado , pues, de los 65 mts, proyectados de frente sobre la vía pública (Avd. del Centenario o calle 13) pasó tan solo a tener un frente, por el costado norte, de escasos 18 mts. sobre la calle 14, que es una vía menor o secundaria, lo cual acarrea una pérdida de valor o precio comercial, dado que los peritos lo avaluaron en $17.788.120.oo cuando de haberse ejecutado el proyecto inicial, hubiese representado, para la fecha de avalúo pericial (20 de junio de 1986), $30.493.920.oo (fl. 113, C.1).

Bien entendidos los planteamientos de la demandante, en lo tocante a los hechos, sus pretensiones y las argumentaciones jurídicas, según lo evidencian las probanzas en antes relacionadas, el Distrito Especial de Bogotá deberá responder administrativamente por el *daño especial* ocasionado al patrimonio económico de la demandante, por lo que se impone la revocatoria de la sentencia apelada.

Obsérvese como el inmuble originalmente tenía acceso a avenida o calle principal (Centenario o calle 13), por todo su costado sur, en tanto que ahora está solamente comunicado con la vía pública sobre el lindero norte con una calle secundaria (calle 14). Adicionalmente, habrá de concluirse que la determinación tomada por el Distrito Especial de Bogotá de no constituir la nueva calle proyectada, trajo para éste una doble economía, a saber : de una parte, no sufragó los costos que la proyectada avenida le implicaba; y, de la otra, se ahorró el precio del inmueble propiedad "del señor Guerrero" que hubiera tenido que pagarle para prolongar la vía pública.

Para la Sala, el predio limitado que asignaron los señores peritos a razón de $7.000.oo por metro cuadrado , cuando de haberse llevado a cabo la vía proyectada, correspondería a $12.000.oo, evidencia del daño sufrido por la parte actora, quien de alguna manera guardó la esperanza de que su inmueble mantuviera un precio normal. No es que hubiere perdido expectativas de futuras valorizaciones, es que su bien ha perdido poder económico.

E.- En cuanto respecta al nexo causal entre el daño y su origen, la Sala se limita a transcribir dos apartes del salvamento de voto a la sentencia recurrida, por hallarse acertados :

" También se configura la relación de causalidad entre la actividad legítima de la administración orientada a la construcción de la obra pública y el daño especial causado a la demandante. Si la administración no hubiese diseñado el plan de ejecución de la intersección vial de Puente Aranda, el Distrito Especial de Bogotá no habría adquirido la parte del lote de propiedad de la demandante y, por consiguiente, ésta no habría perdido el acceso a la vía pública de la Glorieta de Puente Aranda y de la calle 13, pues, el lote de mayor extensión no se había desmembrado .

Y si la administración hubiese construído la obra conforme a los planos originales, el lote de propiedad de la actora también habría quedado con acceso a la Intersección Vial de Puente Aranda. Pero como, en definitiva, la administración

construyó la obra pública con un trazado que dio lugar al encerramiento del remanente del lote de propiedad de la actora, la conclusión es la de que la causa del daño fue dicha construcción. (fls. 172 a 173, C.1).

" En estas condiciones se deduce la reunión simultánea de los elementos que configuran la responsabilidad de la administración por el daño especial. Se encuentra comprobada la actividad legítima del Distrito Especial de Bogotá con la ejecución de la Intersección Vial de Puente Aranda; esa construcción de la obra pública produjo un daño especial a la Sociedad demandante en una forma que alteró el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, representado en la desvalorización que sufrió el lote de su propiedad ante la pérdida del acceso a la Glorieta de Puente Aranda y a la calle 13; y, como ya se anotó, entre la actividad de la administración y el daño especial si hubo una relación de causalidad. En consecuencia, procedía la declaración de responsabilidad del Distrito Especial de Bogotá y la consiguiente condena al pago de los perjuicios causados". (fls. 174 a 175, C.1).

F.- *Los perjuicios.*- La actora pretende que como consecuencia de la responsabilidad administrativa del Distrito Especial de Bogotá, se le indemnice en la cuantía que determinen los peritos, en la modalidad del daño emergente y lucro cesante, este último determinado por los intereses corrientes bancarios sobre el daño emergente, o , por los cánones de arrendamiento que el inmueble dejó de producir. (folio 8).

Entendido por daño emergente el perjuicio o pérdida derivado directamente de la conducta dañina, la Sala acepta en este caso que la diferencia entre el valor real del inmueble y el valor que debía de tener, de no haber fallado la construcción de la avenida proyectada por el Distrito, es lo que constituye aquel extremo, o, daño emergente. Así, pues, como quedó visto atrás , los concluyen que el lote remanente, de haberse llevado a cabo la obra vehicular y peatonal conforme al diseño original, para el momento del dictamen habría tenido un valor de $30.493.920.oo pero quien en verdad, para entonces, comercialmente tan solo costaba $17.788.120.oo de donde, la diferencia entre estos güarismos, vale decir, $12.705.800.oo, constituye el perjuicio cierto o daño emergente.

La Sala acoge la recomendación de los peritos, en cuanto al monto del daño emergente, por encontrar debidamente razonado y fundamentado su dictamen, a mas de provenir de ingenieros civiles que lo explicaron y respaldaron suficientemente.

En punto tocante con el lucro cesante, esto es la ganancia o provecho que deja de reportarse o percibirse a consecuencia del daño, la Sala no acepta el liquidado por los auxiliares de la justicia, en cuanto lo identificaron con los intereses comerciales que hubiera podido producir el daño emergente desde la entrega de las obras de Puente Aranda hasta la época del dictamen. Y no puede aceptarse tal razonamiento porque en autos no obra prueba que pudiera llevar a pensar que ese inmueble estaba prometido en venta o al menos para la venta, o negocio parecido que hubiere perdido la oportunidad de llevarse a cabo, por lo que al no haberse

ejecutado la construcción de la vía proyectada, habría perdido esa utilidad la demandante. Por otra parte, los intereses comerciales corrientes con que trabajaron los peritos, solamente se aplican en " los negocios mercantiles ..." (Art.884 C. de Co.).

Tampoco habrá de hacerse condena alguna por concepto de lucro cesante, ademas de lo dicho en el páragrafo anterior, por cuanto no se demostró que el inmuble hubiese estado rentando o produciendo frutos civiles, y que el hecho tipificador del daño hubiere privado totalmente, o disminuido la cuantía de los mismos para la actora. Por estas razones se negará la pretensión en cuanto a lucro cesante se refiere.

Como la demanda pretende incremento por depreciación monetaria, habrá de accederse a ello, pero solamente en cuanto se contrae al daño emergente, única condena que se impondrá; para actualizar el valor del daño emergente, es decir, la suma de $12.705.800.oo, se tomarán los índices de precios al consumidor (art. 178 del C.C.A.) y se aplicará la fórmula adoptada por la jurisprudencia de esta Sección, así:

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

de donde Vp= el valor presente o actualizado; Vh= valor histórico o inicial que se actualiza; ind. final = índice vigente a la fecha de ejecutoria de ésta providencia; ind. inicial = índice que regía en la fecha en que se fijó el valor del daño emergente por los peritos (20 de junio de 1986)." Así las cosas, la condena que se impone lo es en concreto, pues, la parte actora al formular la cuenta de cobro respectiva efectuará la actualización del monto reconocido y acompañará los índices de precios al cosumidor que certifique el Dane, vigentes para el 20 de junio de 1986 y para la fecha de ejecutoria de ésta sentencia.

Como la parte demandada objetó, por error grave, el dictamen pericial, impugnación que el Tribunal desechó, lo anterior significa que esta parte del fallo de primera instancia la Sala comparte y así lo declarará en la resolutiva. De igual manera y por las razones atrás expuestas, el concepto fiscal no es de recibo.

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;

F A L L A :

Primero.- Revócase el numeral " primero " de la sentencia del 31 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

Segundo.- Confírmase el numeral " segundo " de la sentencia apelada.

Tercero.- Declárase administrativamente responsable al Distrito Especial de Bogotá, por el daño especial en la modalidad de daño emergente ocasionado a la sociedad PHIDIA INVESTMENT ANSTALT, en virtud del encerramiento parcial del lote de terreno marcado con el número 52-71 de la calle 14 de Bogotá al no construirse la vía pública proyectada en la llamada " intersección de Puente Aranda" .

Cuarto.- Condénase, en concreto, al Distrito Especial de Bogotá a pagarle a la sociedad PHIDIA INVESTMENT ANSTALT, o, a quien sus derechos, represente, a título de daño emergente, la cantidad de dinero que resulte de actualizar la suma de Doce Millones Setecientos Cinco Mil Ochocientos Pesos ($12.705.800.oo) M/cte. de 20 junio de 1986 a la época en que cobre ejecutoria esta sentencia. A la cuenta de cobro, la parte actora anexará los índices de precios al consumidor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE para las épocas aquí señaladas y que respalden su liquidación actualizada.

Quinto.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Sexta.- Dese aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, Notífiquese, Cúmplase y Devúelvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala aen sesión de la fecha 18 de julio 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.

CORRETAJE/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA

Conviene diferenciar entre las actividades propias del corretaje en materia de seguros, y los actos administrativos que determinan la intervención, participación o exclusión de los intermediarios en el manejo de los mismos. A pesar de que con la resolución acusada se produjo la designación de asesores de seguros de la Empresa, para el cumplimiento de esos objetivos comerciales, sin embargo, atendiendo la naturaleza oficial del ente que lo expidió, el juzgamiento de tal acto administrativo corresponde a esta jurisdicción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , julio veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Daniel Suárez Hernández*

Referencia : Expediente N° 6471. Actor : Sociedad Proviseguros Ltda. Asesores de Seguros.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la firma "PROVISEGUROS LTDA. ASESORES DE SEGUROS", contra la providencia del Tribunal Administrativo de Santander, calendado el 1° de noviembre de 1990, en virtud de la cual, por falta de jurisdicción, se declaró la nulidad de toda la actuación a partir del auto admisorio de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

a. *La Demanda.*

En escrito visible a folios 12 a 24, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, "PROVISEGUROS LTDA. ASESORES DE

SEGUROS" demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander a la empresa LICORERA de ese departamento, y solicitó que se hiciera las siguientes declaraciones:

" *PRIMERA* Que son nulos los artículos 2° y 3° de la Resolución número 00905, del 19 de julio de 1988, ' por la cual se designen los Asesores de Seguros de la Empresa Licorera de Santander ", expedida por la Gerencia de la EMPRESA LICORERA DE SANTANDER, en cuanto por la misma se le desconoció a la sociedad PROVISEGUROS LTDA. ASESORES DE SEGUROS su derecho a concurrir en el manejo de los seguros adjudicados por la citada EMPRESA mediante la Licitación Pública N° 001-88, adjudicación realizada por medio de la Resolución número 00635 del 18 de mayo de 1988.

" *SEGUNDA*. Que como consecuencia de la anulación impetrada de la Resolución número 00905, del 19 de julio de 1988, expedida por la Gerencia de la EMPRESA LICORERA DE SANTANDER, la sociedad demandante - PROVISEGUROS LTDA. ASESORES DE SEGUROS- será restablecida en su derecho.

" *TERCERA*. Que como consecuencia de la anulación impetrada de la Resolución número 00905, del 19 de julio de 1988, expedida por la Gerencia de la EMPRESA LICORERA DE SANTANDER, la EMPRESA LICORERA DE SANTANDER reparará los daños y perjuicios que le ha causado a la sociedad PROVISEGUROS LTDA, ASESORES DE SEGUROS ". (Fols. 12 y 13).

b. *Los Hechos.*

Se resumen así en el fallo recurrido: " La sociedad comercial PROVISEGUROS LTDA, ASESORES DE SEGUROS, representada desde su constitución legal por el doctor Rafael Correa Barrera y cuyo objeto social es el de ofrecer Seguros Generales y seguros de vida, títulos de capitalización y Unidades de Fondos de Inversión a través de su propia organización como Agencia Colocadora de Seguros y a nombre de una o varias compañías de seguros, promoviendo la celebración de dichos contratos y obteniendo la renovación de los mismos, venía ejerciendo la asesoría en el manejo y adquisición de los seguros de la EMPRESA LICORERA DE SANTANDER , desde antes del 18 de mayo de 1988, fecha de adjudicación de la Licitación Pública N° 001-88, asesoría que ejercía conjuntamente con la sociedad DELIMA Y CIA DEL ORIENTE LTDA.

" Con el fin de contratar los seguros que protegieran a la Empresa demandada a partir del 1° de enero de 1988, fue abierta la Licitación Pública N° 002-87; pero como ésta fue declarada desierta y existía la necesidad de ampliar las pólizas tomadas con anterioridad, éstas fueron solicitadas a PROVISEGUROS LTDA, a la vez que mediante comunicación 0177 de febrero 3 de 1988 se le solicitó expresamente a esta firma la asesoría para modificar, adicionar, reformar o elaborar un nuevo pliego y en general para la nueva licitación que debía abrirse.

" En efecto, PROVISEGUROS LTDA. acudió al llamado de la EMPRESA y le prestó sus servicios colaborándole en las diligencias a la Licitación, entre ellas, la elaboración del pliego de condiciones que fue hallado dentro de los lineamientos legales y técnicos, y ajustado en su terminología y contenido al propósito pretendido.

" Fue así como mediante resolución número 00635 de 18 de mayo de 1988 la EMPRESA LICORERA DE SANTANDER adjudicó la Licitación Pública N° 001-88, referente a la contratación del programa de seguros que garantizará la protección de los intereses económicos y patrimoniales de la entidad, licitación que, repítese fue asesorada por PROVISEGUROS LTDA, al igual que por DELIMA LTDA Y CIA DEL ORIENTE LTDA.

" No obstante lo anterior, la EMPRESA LICORERA DE SANTANDER, al designar los Asesores de Seguros mediante resolución N° 905 de 19 de julio de 1988, objeto de la demanda, no tuvo en cuenta a la firma PROVISEGUROS LTDA., sino que asignó este contrato de asesoría o corretaje a las firmas DELIMA Y CIA. DEL ORIENTE LTDA. como líder con el 50% y como Auditores en la intermediación de seguros a la Agencia Profesional de Seguros y Cía. Ltda. , con el 25% y a Calderón Ardila y Cía. Ltda., con el 25% , todos por el término de un (1) año contado a partir del día 1° de junio de 1988" . (Fols. 225 y 226).

c. *El auto apelado.*

Las consideraciones básicas de la providencia impugnada se precisan en los siguientes apartes de la misma :

" Estas previsiones hacen parte del marco normativo de este tipo de entidades descentralizadas a todo nivel y las que debe observar la EMPRESA LICORERA DE SANTANDER como empresa Industrial y Comercial del orden Departamental.

Pero es necesario dilucidar si el acto de adjudicación de un contrato de asesoría o CORRETAJE constituye una expresión de voluntad proferida en desarrollo de una actividad típicamente administrativa o, por el contrario, tal situación debe someterse al régimen de derecho privado por tratarse de una decisión inherente a la actividad comercial o industrial." (Fol.229).

" Luego debe concluirse que el CORRETAJE es un contrato de derecho privado de orden comercial, cuya condición para que se considere un contrato administrativo es que en él se haya incluído la cláusula de caducidad, circunstancia que no se cumple en el caso que se examina, como que fuera de la designación de los corredores no se registra la voluntad de las partes en documento alguno. Además, el artículo 4° de la Ley 19 de 1982 establece que serán de conocimiento de la justicia contencioso-administrativa los litigios surgidos de los contratos administrativos y de aquéllos en los cuales se haya pactado la cláusula de caducidad; de la justicia ordinaria lo demás.

" En este orden de ideas, se llega a la forzosa deducción de que la Resolución Número 00905, expedida el 19 de julio de 1988 por la Gerencia de la EMPRESA LICORERA DE SANTANDER, objeto de la demanda, no es un acto administrativo porque la decisión de adjudicar los contratos de CORRETAJE no se adoptó con el propósito de cumplir una función administrativa, sino de desarrollar una actividad netamente comercial propia de la empresa, entre otras razones porque, como se dejó visto, el contrato adjudicado es de orden comercial. En consecuencia, las controversias que se susciten por razón del mismo, empezando por la adjudicación, debe resolverlas la jurisdicción ordinaria y no esta especial de lo contencioso-administrativo.

" La falta de jurisdicción es la primera de las causales de nulidad que consagra el Art. 140 del C. de P.C. que invalida la actuación a partir del establecimiento de la relación jurídico-procesal iniciada con el auto admisorio de la demanda, a partir de cuya decisión habrá de declararse, con la consiguiente orden de archivo del expediente ". (fols. 230 y 231).

d. Razones del recurrente.

A folios 237 a 239 consignó el apelante los motivos de su inconformidad con la decisión recurrida, los cuales se concretan en la parte del escrito sustentatorio, cuyo contenido, para mayor claridad, en lo pertinente se transcribe :

" Esa norma no es otra que la contenida en el páragrafo del artículo 17 del Decreto-Ley 222 de 1983, en concordancia con el artículo 3° de la Ley 19 de 1982. Esa norma dice así :

> "De la jurisdicción competente. La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria.
>
> "Parágrafo. No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.
>
> "Igualmente, en los *contratos de derecho privado* de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de *actos administrativos,* se aplicarán a éstos las normas de procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la *justicia contencioso administrativa* '. (Se ha destacado).

" Si el auto recurrido no hubiera olvidado o hubiera tenido en cuenta esta disposición tan clara y evidente, que no necesita mayores explicaciones, no hubiera afirmando la incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa (pues a la luz de este artículo 17, ella sí es competente para conocer del presente asunto

referente a una licitación pública para celebrar un contrato de corretaje), ni hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero establecer que, como bien lo apreció el *a-quo,* la relación que se dió entre la sociedad demandante y la Empresa Licorera de Santander debe contemplarse básicamente como una actividad de contenido estrictamente comercial y de carácter privado, cuyo desarrollo y regulación se cumple bajo la tutela normativa del Código de Comercio, más no del Decreto 222 de 1963, o estatuto contractual de la administración pública.

En efecto, pese a la situación procesalmente confusa sobre la relación que se dió entre demandante y demandada, se puede entender que su labor correspondió al corretaje regulado por el artículo 1347 del Código de Comercio, cuyo texto, a manera de definición, dice que " son corredores de seguros las empresas constituídas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectiva, o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación *a título de intermediarios* entre el asegurado y el asegurador". (Subraya la Sala).

Consideró el Tribunal acertadamente que la designación de las firmas corredoras de seguros, no se hizo con el propósito de cumplir una función de contenido administrativo, sino que aquélla se produjo en desarrollo de una actividad estrictamente comercial, propia de los objetivos comerciales de la empresa demandada, lo que le permitió concluir que estaba frente de una controversia cuya decisión correspondía a la justicia ordinaria y no a la contencioso-administrativa. En respaldo del anterior criterio, acude el *a-quo* a la inexistencia de cláusula de caducidad, lo que le permitió reafirmar que el conocimiento de este proceso no correspondía a su jurisdicción.

Para la Sala resulta parcialmente atinado el análisis que realizó el Tribunal frente a la situación sometida a estudio, porque, como se verá, si bien acierta en cuanto a que se trata de una relación comercial de carácter privado de la administración y, por lo mismo, sometida a las normas de derecho privado y procedimientos ordinarios, no ocurre igual cuando concluye, de manera absoluta, para excluir de esta jurisdicción el juzgamiento de legalidad del acto administrativo acusado.

Para un mejor entendimiento, conviene diferenciar entre las actividades propias del corretaje en materia de seguros, cuya naturaleza jurídica es de estricto contenido comercial, y, los actos administrativos que determinan la intervensión, participación, o, exclusión de los intermediarios en el manejo de los mismos. Si se trata de las primeras, su regulación se hace por las normas del derecho comercial y se someten para su juzgamiento a la jurisdicción ordinaria del juez comercial o civil competente. Si se refiere a los segundos, es decir, a los actos administrativos, producidos para la selección, adjudicación, o, prescindencia de quienes intervengan

en dichas actividades, su legalidad quedará sometida a la jurisdicción contencioso administrativa.

Esta interpretación resulta respaldada por el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 que establece: "Los actos y hechos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta realicen para el desarrrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquéllos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos".

De otra parte, a pesar de que con la resolución acusada se produjo la designación de asesores de seguros de la Empresa Licorera de Santander, para el cumplimiento de esos objetivos comerciales, sinembargo, atendiendo la naturaleza oficial del ente que lo expidió, el juzgamiento de tal acto administrativo corresponde a esta jurisdicción. Tal apreciación está acorde con el artículo 17 del Decreto 222 de 1983 cuando dispone que " las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables estarán sometidas a las reglas de la justicia de lo contencioso administrativa".

De lo anterior surge, en el caso que se estudia, una doble situación procesal, en cuanto que, por una parte se demanda la nulidad de un acto administrativo cuyo conocimiento, sin duda alguna, corresponde a esta jurisdicción y, por otra, se reclaman indemnizaciones consecuenciales de dicho acto, objeto de resolución en la sentencia, pues, deberá determinarse, si por ser de índole comercial de la administración, serían, o nó, examinables en este proceso. Tal situación podría conllevar a hacer un doble pronunciamiento al momento de dictar el fallo que decida el presente asunto; de una parte, podrá manifestarse sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo demandado y, de otra, bien puede suceder que defina o nó sobre la procedencia del restablecimiento reclamado.

Para la Sala es oportuno referirse a pronunciamiento anterior, en un caso de similares características al presente, pero no idéntico, porque en aquél el contrato administrativo se encontraba claramente determinado. Sin embargo, las consideraciones que hizo la Sala en tal oportunidad, hoy sirve de orientación para resolver la apelación, pues, entonces, se dijo :

" Esta presentación muestra una indebida acumulación de pretensiones, ya que la primera y la quinta, serían de conocimiento de esta jurisdicción; no así la segunda, la tercera y la cuarta que serían de la competencia de los juedes (sic) ordinarios. Pese a esto no se declarará la ineptitud de la demanda, que implicaría inhibición total, sino que se acojerá parcialmente la fórmula adoptada por el Tribunal de instancia, o sea de estudiar de fondo las pretensiones propias de la jurisdicción y declarar la inhibición en las que no lo son.

" Puede tomarse esta decisión por cuanto la pretensión principal aquí es la nulidad del acto de terminación del contrato expedido por funcionario incompetente

para el efecto. Nulidad que no podría declarar el juez ordinario, por no permitirlo la ley, dentro de la controversia que por incumplimiento se siguiera en su sede. Además porque la decisión inhibitoria en su totalidad produciría la grave consecuencia de dejar vivo el acto impugnado, de notoria ilegalidad, con incidencia definitiva en relación con el contrato de suscripción de acciones, cuyo cumplimiento no podría definirlo sino la justicia ordinaria ". (Sentencia de septiembre 8 de 1987; Actor : Centro de Cómputo de Nariño; Expediente N° 4995; Consejero Ponente : Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

De lo anterior se concluye que el Tribunal Administrativo de Santander sí tiene jurisdicción para conocer de este proceso, por lo menos en cuanto a la nulidad del acto administrativo demandado se refiere. Por esta razón hay lugar a revocar la decisión interlocutoria del *a-quo* que, bajo las formas de sentencia declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción y dispuso el archivo del expediente, para que, en su lugar, se ordene la devolución de la actuación a efecto de que se profiera la sentencia de primer grado que corresponda.

Por lo expuesto la Sala **RESUELVE :**

PRIMERO. REVOCASE el auto del 1° de noviembre de 1990 proferido por el Tribunal Administrativo de Santander mediante el cual declaró la nulidad de la actuación y dipuso el archivo del expediente.

SEGUNDO. Como consecuencia, devuélvase la actuación para que el Tribunal Administrativo de Santander dicte sentencia de primer grado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, Julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (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 EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO/ FALLA DEL SERVICIO/ DERECHO DE PROPIEDAD-Afectación

Es ostensible la indolencia de la administración municipal que, por un lado trataba de conservar afectado a como dé lugar un bien inmueble de propiedad particular al uso público, y, por el otro, no realizaba ninguna diligencia tendiente a la adquisición del lote y a la construcción de la plaza proyectada. Es indudable que esta conducta causó perjuicios al actor; de un lado porque habiendo tenido ofertas de compra y de explotación del bien no pudo aprovecharlas; de otro, porque dado el interés del municipio en conservar el lote impidió su utilización y disfrute adecuados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor : Juan de Dios Montes Hernández.

Referencia : Expediente Nº 4220. Actor : Ciro Gómez Mejía.

Reconstruído este expediente por petición de las dos partes, debe la Sala resolver el recurso de apelación propuesta por ellas en contra de la sentencia del 22 de agosto de 1983, proferida por el Tribubal Administrativo de Santander, en virtud de la cual adoptó estas decisiones :

"PRIMERO : Declárase civilmente responsable al Municipio de Bucaramanga de los perjuicios sufridos por el Señor CIRO GOMEZ MEJIA por motivo de los hechos narrados en la demanda y aceptación en la parte motiva de este fallo.

" SEGUNDO : Condenáse en abstracto al Municipio de Bucaramanga pagar al demandante GOMEZ MEJIA los perjuicios materiales que se le causaron. Para su tasación deberá seguirse el procedimiento indicado en el artículo 308 del C. de P. C. con sujeción a las bases señaladas en la motivación.

" TERCERO : Hecha la regulación indicada atrás, la entidad demandada deberá cumplir el fallo dentro del término del artículo 121 del C.C.A.

" CUARTO : Se deniegan las demás súplicas de la demanda. (fls. 24 y 25 C.1).

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor CIRO GOMEZ MEJIA demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander y frente al Municipio de Bucaramanga, la satisfacción de las siguientes pretensiones:

" PRIMERA- EL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, es responsable de una expropiación de hecho sin indemnización, al sustraer del comercio entre particulares, ni comprar, el lote de terreno, situado en el costado oriental del parque García Rovira, carrera 11, entre las calles 35 y 36 de la ciudad de Bucaramanga.

" SEGUNDA- En consecuencia condénase al Municipio de Bucaramanga a pagar, dentro de los treinta días a la ejecutoria de esta providencia :

" A) POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES : El valor de un mil gramos (sic) a mi representado.

" B) POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MATERIALES : Los que se tasen.

" TERCERA- Por las indemnizaciones debidas se reconocerán los intereses corrientes (Artículo 191 del C. de P. C.)

" CUARTA- Sí el monto de los perjuicios materiales no pudiera establecerse dentro del término probatorio, deberán tasarse en la forma prevista en el artículo 308 del C. de P.C. O en la autorizada por el artículo 107 del Nuevo Código Penal.

" QUINTA- Sí el Municipio de Bucaramanga no compra el predio, objeto de esta querella, ordenar se permita construir en él.

El actor narró los hechos constitutivos de la causa petendi de esta manera :

" 1° .- El Señor Ciro Gómez Mejía, es dueño desde junio de 1968 de un lote de terreno en Bucaramanga, costado Oriental del parque García Rovira, carrera 11 entre las calles 35 y 36. Y linda así : por el NORTE con la calle 35 al medio, antes calle 5ª, con el Palacio de Justicia; por el ORIENTE: en parte

con propiedad de la sra. María Puyana de Vásquez y sucesión de Manuel Enrique Puyana; por el SUR, con propiedades de Manuel Enrique Puyana; y por el OCCIDENTE, carrera 11 al medio, con el prque (sic) García Rovira. LINEA DIVISORIA : Según sentencia del 23-03-81.

" Teniendo como referencia el predio de propiedad de los esposos Chinchilla que tiene 14.30 mts. del punto donde termina este lindero y empieza del predio del Sr. Gómez Mejía, se toma en la parte exterior de la pared una longitud de 6.20 mts. de norte a sur en linea (sic) recta en donde hoy se coloca un mojón, consistente en señal de tubo cerrado en más de 20 cms; de aquíhacía (sic) el Oriente, a dar con un muro de ladrillo cocido que delimita el predio demandado y demandante, en 6 mts; de este punto en línea recta de norte a sur, en 13 mts hasta dar a un punto donde se coloca un mojón, consistente en un tubo similar al anterior. De este punto en 5.60 mts, hasta otro punto en donde se coloca otro mojón de tubo; de este partiendo hacia el sur, en línea recta en 1.60 mts., lugar en donde se coloca nuevo mojón consistente en tubo; partiendo de este punto hacia el oriente, en una extensión de tres metros (3.90) noventa centimetros (sic), hasta un punto en donde se deja un mojón; de esta línea recta de norte a sur, cinco (5.70) con setenta centimetros (sic) sitio donde se coloca otro mojón; de este hacía el oriente en línea recta, seis metros (6.60) con sesenta centímetros, lugar en donde se coloca otro mojón, atravesando un muro de ladrillo, sitio desde el cual se parte en línea recta de norte a sur a dar al muro que obligatoriamente deslinda el predio con la vía pública, corresponde hoy a la calle 36, advirtiendo que en cada una de las demarcaciones se sigue la línea recta. # Matricula 300-0009345.

" 2° Por urgentes necesidades económicas, se puso en venta dicho lote.

" 3° .- Con tal fin se solicitó a Planeación Municipal la demarcación de lote, quien la expidió en Marzo de 1977, informando que el lote se encuentra en ZONA DE USO PUBLICO E INSTITUCIONAL, por el simple hecho de existir un proyecto.

" 4°.- En abril de 1978, el Director de Planeación Municipal informa al señor Alcalde de Bucaramanga el proyecto, para qué sea puesto a consideración del Consejo (sic) Municipal, en especial en lo referente a la manzana situada entre carreras 11 y 12 y calles 35 y 36.

" 5°.- El 12 de junio de 1978, el Director de Planeación Municipal certifica que dicha manzanas NO está declarada de USO Público e Institucional. Lo que abre el camino para la negociación del lote.

" 6° .- El 20 de diciembre de 1978, INPAC Ltda. (Inversiones para la Construcción Ltda.) solicita por un mes opción de compra, en base a la anterior certificación. La cual no se cumple por información de Planeación, y el rumor o fama que tejió sobre la inutilidad del lote.

" 7° .- Sinembargo, el 27 de marzo de 1979, INPAC LTDA. , mejor informada, propone nuevamente comprar el lote a $12.000.oo. M2 para construir un edificio.

" 3° .- Ante tal situación el Consejo (sic) Municipal se apresura a expedir el Acuerdo #022 del 10 de Mayo de 1979, declarando Zona de Interes (sic) Público, el lote comprendido entre las carreras 11 y 12 y calles 35 y 36 de la ciudadde (sic) Bucaramanga; y además autoriza al señor Alcalde para iniciar de inmediato las negociaciones con los propietarios del predio. Imposibilitándose el anterior negocio con INPAC LTDA.

" 9° .- Transcurridos los dos años de Ley, sin llegar a ningún acuerdo con el Municipio, el Sr. Gómez siguió luchando por la venta del lote, dándole prelación a la Entidad Oficial en misiva al señor Alcalde de la ciudad. Mayo 15 de 1981.

" 10° .- Aproximadamente en mayo de 1981, el señor Ciro Gómez Mejía se residenció en la ciudad de Bucaramanga, en el Hotel Andino, para personalmente encargarse de la venta del lote.

" 11° .- Nuevamente se solicitó (sic) demarcación de lote a Planeación quien la expidió en agostó 27 de 1981, cuidándose en no informar el estado jurídico del predio, citando simplemente el artículo 14 de la Ley 1° de 1943, lo que en cierta forma equivale a afirmar que el lote estaba ya descongelado por el transcurrir del tiempo.

" 12° .- Acto, seguido, o sea en Septiembre 4 de 1981, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Bucaramanga, informó a la Secretaría de Planeación Municipal, quel (sic) lote se encontraba descongelado y ya podía ser edificado, reconstruido, reformado o enajenado libremente.

" 13° .- A pesar del anterior concepto, Planeación Municipal falsea la verdad e informa, en septiembre 17 de 1981, que dicho lote está ubicado en Zona de Interes (sic) Público, y por lo tanto NO se puede construir.

" 14° .- Agoviado (sic) por las deudas, el sr. Gómez hipoteca el predio por $530.000.oo, en noviembre 4 de 1981.

" 15° .- El 19 de noviembre de 1981, la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, analizando la burla despiadada de que estaba siendo objeto el señor Ciro Gómez Mejía, recomendó al Sr. Alcalde la ejecución del proyecto.

" 16° .- Acto seguido, o sea el 26 de noviembre de1981, LA JUNTA DIRECTIVA DEL DEPARTAMENTO DE VALORIZACION, autorizó al señor Alcalde iniciar la negociación tendiente a adquirir el lote de propiedad del Sr. Gómez.

" 17° .- Nuevamente mi poderdante se ve en la penosa obligación de hipotecar el lote por la suma de $2'000.000.oo, en diciembre 18 de 1981.

" 18° .- En marzo 10 de 1982, Planeación Municipal expide otra demarcación, en base al artículo 14 de la Ley 1° de 1943, pero sujeta al Nuevo Código de Urbanismo, complementando la burla.

" 19° .- Sinembargo muy gentilmente el Sr. Ciro Gómez Mejía, siguiendo los lineamientos de una charla personal, confirma al Sr. Alcalde de la ciudad : precio y forma de pago del lote. En abril 5 de 1982.

" 20° .- Ante la falta de interes (sic) del Municipio en negociar y con el fin de obtener alguna utilidad para resarcirse de los perjuicios, Jorge Mantilla Arenas, autorizado por el señor Gómez pide permiso a Planeación Municipal para construir una ramada PROVISIONAL, en mayo 13 de 1982.

" 21° .- Siendo una ramada desmontable en cualquier momento Planeación Municipal la niega de plano, basándose en la mentira de que el lote se encuentra en Zona de Uso Público e Institucional. Mayo 17 de 1982.

" 22° .- Ante la situación económica del país, especialmente el cierre del Banco Nacional que le capturó los fondos, el Sr. Gómez se ve avocado a hipotecar nuevamente el lote por $530.000,oo en julio 7 de 1982. "(fls.26 a 30 C. 1).

Surtida la primera instancia, el *a-quo* produjo el fallo contra el cual las partes interpusieron el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO

El Tribunal hizo suyos los argumentos de la Fiscalía, Despacho que, en lo pertinente sostiene :

a) Respecto de la "naturaleza de la acción" "1° .- Desde el punto de vista formal, atendiendo el contenido de la demanda, ha de estimarse que por no solicitar la declaratoria de nulidad de acto administrativo alguno, la acción ejercida es como el mismo libelista lo afirma, la de simple restablecimiento del derecho consagrado por el Código Contencioso Administrativo en su artículo 68. Su objeto es obtener del Municipio de Bucaramanga el pago de los perjuicios ocasionados, mediante actuaciones y omisiones que en la práctica sacaron del comercio un predio de prosperidad del actor. Se trata pues, de una acción de responsabilidad extracontractual por situaciones y omisiones de la Administración." (fls. 8 y 9 C.1).

" . . . . .

" En resumen, hubo una limitación a la propiedad privada mediante un acto ceñido a la Ley y al derecho; pero de ella surgieron perjuicios para el propietario,

quien soportó la medida de la Administración en espera de ser resarcido con la obtención del precio del lote. Mas como no se produjo la traslación del dominio en favor del Municipio y esta omisión no fue por culpa del propietario, él cree tener derecho a lograr la indemnización por los perjuicios sufridos. Se concluye entonces, que como no existió acto administrativo susceptible de ser declarado nulo, al propietario afectado por las medidas del Municipio solamente le era dado ejercitar la acción subjetiva de restablecimiento del derecho, pues tanto la pública de nulidad como la de plena jurisdicción de los motivos y finalidades perseguidos por el actor, y la subjetiva de que trata el artículo 67, por las razones anotadas. A juicio de la Fiscalía, se está en presencia de la acción consagrada por el artículo 68 del C.C.A." (fls.10 y 11 C.1)

b) En cuanto a la jurisdicción competente : " ...en el proceso se evidencia claramente, que no existe acto alguno que decrete la transferencia de dominio al patrimonio municipal, debe desde el comienzo considerarse que no se configura la expropiación del predio. Por consiguiente, de los posibles perjuicios que haya podido sufrir el actor a consecuencia de las actuaciones de la Administración Municipal, por no constituir ellas ocupación de carácter permanente, corresponde conocer a la jurisdicción contencioso-administrativa de conformidad con la competencia atribuída por el Decreto 528 de 1964 en su artículo 32, numeral 2°, literal f). " (fls. 11 y 12 C.1).

c) En lo concerniente a la caducidad de la acción : "De conformidad con lo preceptuado por el Decreto 528 de 1964 en su artículo 28, la acción que tienen los Tribunales y el Consejo de Estado para conocer de las indemnizaciones por hechos u operaciones de la Administración caduca en el lapso de tres años, contados a partir del momento en que se realizó el hecho o la operación correspondiente. Como anotó, las actuaciones de la Administración emitidos por dependencias de la Alcaldía Municipal de Bucaramanga y por el Acuerdo N° 022 del 10 de mayo de 1979, las cuales, de diferentes maneras afectaron el predio del actor. Pero como a partir de los daños presuntamente recibidos el actor podía solicitar la indemnización, el dejar transcurrir el tiempo sin ejercer sus derechos se traduce en abandono de los mecanismos que la ley le otorga, por lo que, los daños que pudo sufrir con una anterioridad mayor de tres años a la presentación de la demanda, carecen de acción para ser reclamados, por haber caducado ésta. Y siendo que la demanda fue presentada el 15 de septiembre de 1982 los posibles derechos del actor para pedir indemnización por las actuaciones y omisiones de la Administración se estudiarán únicamente a partir del 15 de septiembre de 1979." (fls 12 y 13 C.1).

d) Sobre la procedencia de la indemnización:"

" Está demostrado procesalmente, por fotocopia autenticada del certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bucaramanga, que el predio ubicado en el costado oriental del Parque García Rovira, cruce de la carrera 11 con calle 35, de 774, 85 metros cuadrados, pertenece desde el 27 de junio de 1968 al Señor CIRO GOMEZ MEJIA, quien para el 23 de junio de 1982 seguía siendo el propietario de dicho lote.

De lo anterior, se sigue entonces, que si la Administración ha causado algún perjuicio en dicha propiedad el actor es el titular del derecho para solicitar la posible indemnización.

" Está asimismo (sic) demostrado mediante documentos que aparecen en los folios 5 a 22, que a partir de marzo de 1977 el Departamento Administrativo de Planeación Municipal comenzó a considerar el área donde se halla situado el lote del Señor GOMEZ MEJIA como ZONA DE USO PUBLICO INSTITUCIONAL por existir un proyecto de Plaza Pública García Rovira para conformar un conjunto con el Palacio Municipal. Sobre este aspecto, en oficio del 27 de abril de 1978, la misma entidad le comunica al Alcalde el resultado de un estudio para la construcción del Centro Administrativo de Bucaramanga, quedando comprendido en dicho sector el lote del demandante, sobre el cual no se podrán levantar construcciones diferentes, para lo cual se deberá presentar un proyecto de Acuerdo al Concejo Municipal. Este proyecto fué controvertido en acto administrativo con la expedición del Acuerdo Nº 022 del 10 de mayo de 1979, que al considerar la necesidad de construir la plaza cívica, declaró como ZONA DE INTERES PUBLICO el sector comprendido entre las calles 35 y 36 y las carreras 11 y 12; así- mismo, se autorizó al Alcalde para iniciar negociaciones con los propietarios de tales inmuebles.

" Queda claro, que por actuaciones de la Administración Municipal de Bucaramanga, el bien de propiedad del demandante se vió afectado. En la práctica, se le colocó en imposibilidad para venderlo, arrendarlo o construir obra alguna, pues se destinó a una obra de interés público.

" Se anotó igualmente, que en principio si el propietario aceptó la intervención estatal en su propiedad y estuvo de acuerdo en vender el predio a la Administración Municipal. Pero debe advertirse, que no podían exigir legalmente del Municipio la compra o la expropiación, porque el Alcalde simplemente tenía una autorización para negociar; no existió disposición legal que otorga derecho alguno al particular para obligar a que le compraran o le expropiaran su inmueble. Quedó pues el propietario, en situación desfavorable; porque si de una parte no podía disponer libremente de su propiedad, usándola o vendiéndola, tampoco podía exigir de la Administración la compra, por carecer de título para tal efecto.

" Se advierte también que la demarcación del lote, donde se le califica como Zona de Uso Público Institucional, constituye un concepto, que en la práctica se traduce en colocar el bien fuera del comercio. En efecto, nadie compra o arrienda un inmueble carente de construcción, si por otra parte, anticipadamente el Municipio está calificándolo como Zona de Interés Social, en donde se levantará una obra pública. La demarcación expedida en tales términos, produce una limitación al derecho de propiedad, protegido por la Constitución Nacional y por el Código Civil; esto, porque para obtener el permiso para

construir, es requisito indispensable la demarcación según lo previene el Código Urbanístico de Bucaramanga en su artículo 76.

" 3° .- La situación descrita se mantuvo para el propietario, a quien se le dieron informes y demarcaciones sobre la ubicación de su lote en Zona de Uso Público Institucional, con imposibilidad para construir, hasta el 31 de julio de 1982, cuando le fue comunicada la aceptación de un permiso provisional para construir, siempre que, se sometiera previamente a consulta y aprobación del Director Ejecutivo de Planeación Municipal (fl.57).

" Se ha demostrado, que a partir de 1977 y hasta 1982, el Departamento Administrativo de Planeación Municipal, primero sin que existiera norma superior alguna, afectó el lote del actor. Posteriormente con fundamento en lo dispuesto por el Acuerdo N° 022 de 1979 mantuvo la misma posición. Y por último, contraviniendo abiertamente lo dispuesto por la Ley 1° de 1943 en su artículo 14, siguió considerando el predio como de interés público, cuando el Acuerdo N° 022 de 1979 ya había perdido vigencia por el transcurso de dos años, sin que el Municipío adquiera la propiedad del referido inmueble.

" 4° .- En los folios 91 a 122 se hallan las declaraciones de varios ciudadanos, a quienes les consta que el lote del demandante, desde hace algún tiempo no muy preciso- no ha podido ser objeto de ninguna negociación, porque el Municipio de Bucaramanga sistemáticamente se ha abstenido de expedir permisos de construcción conceptuando que el predio se encuentra en una zona de Interés Público para la construcción de una Plaza.

" Sobre este aspecto, una ex-empleado de Planeación Municipal expone cómo dicha dependencia, por carrecer de base legal, omitió pronunciarse sobre la aprobación de unos planos, considerando que en dicho sector no se podía construir, porque había un proyecto en estudio para edificar una plaza (fls. 91 a 93).

" Asimismo (sic), los señores Virgilio Rodríguez, Efrain Ramírez, Fabio García y Julio Escalante, exponen sobre su interés en la compra del lote del demandante y la imposibilidad de una negociación, por estar destinado a una obra de interés público.

" Analizadas en su conjunto las pruebas descritas, este Despacho considera que realmente la Administración Municipal de Bucaramanga ha causado al demandante daños en su patrimonio. Que tales perjuicios están constituídos por la limitación temporal de un predio de su propiedad, sobre el cual no ha sido posible ni que el demandante levante obra alguna ni que realice ninguna negociación, porque ha sido destinado a la construcción de una obra de interés público.

" Ahora bien; de conformidad con lo dispuesto por la Construcción Nacional en su artículo 30, la propiedad privada lo mismo que los demás derechos

adquiridos con justo título y de acuerdo a las leyes civiles, están garantizados y deben ser protegidos por las autoridades según mandato de la misma Carta, artículo 16. En el mismo orden, el Código Civil en su artículo 669 define el derecho de propiedad, como el que tienen las personas sobrea las cosas corporales para gozar y disponer de ellas arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. El derecho de dominio comprende tanto el uso como el goce. La libre disposición del bien del cual se es propietario. Por ello, la H. Corte de Suprema de Justicia ha considerado que se puede privar a un individuo del derecho de propiedad, cuando se le impide el uso de ella. En estos casos se llama nuda propiedad y ya es el derecho reducido al simple dominio, sin posiblidad de usar o disponer de las cosas.

" En el caso de estudio, al demandante se le privó del derecho de usar y a disponer de su propiedad. Se le cercenó su derecho adquirido con justo título. Se le colocó en una situación desfavorable, sin que para compensar tal carga, la Administración hubiera cumplido con la obligación de indemnizar los daños ocasionados. Pues si bien la misma Constitución en el artículo 30, impone a la propiedad una función social, y manda, que en - caso de conflicto entre el interés general y el derecho particular, éste deberá ceder primero ante el primero, la misma norma al institucionalizar la expropiación por motivos de interés social, impone para la Administración la obligación de indemnizar al particular afectado con tal medida. Nadie desconoce, que por motivos de utilidad pública el Estado pueda decretar y producir la expropiación; pero de la misma manera a nadie escapa, que tal intervención debe estar precedida del pago de los perjuicios que ella puede ocasionar al propietario, pues no es justo que una sola persona o un grupo reducido de éstas deban soportar de manera desigual las cargas que implica la prestación de un servicio o de la construcción de obra de interés general.

" Si el Municipio de Bucaramanga necesitaba el lote del demandante para fines de interés público, podía conforme a la consitución y a las leyes, afectarlo a tal finalidad. Pero también estaba en la obligación de compensar al propietario, cancelándole tanto el valor del predio como los perjuicios que la traslación del dominio púdiera ocasionar. Como se advirtio, en el caso debatido, la afectación no estuvo seguida ni de la compra ni de la expropiación, lo que significa que hubo un daño para el propietario, sin que éste haya recibido compensación alguna. Esta situación por ser injusta y por constituir para la Administración el desconocimiento de disposiciones de carácter superior tanto institucionales como legales, conllevan responsabilidad y consecuencialmente obligación de reparar los perjuicios causados.

" En cuanto a los daños y perjuicios, la Fiscalía considera que el patrimonio del actor se vió disminuido por la actividad de la Administración; pero como en el proceso no hay manera de cuantificarlos pecuniariamente, es del caso que, como lo solicita la demanda, se de aplicación al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

" Respecto a los daños morales que el actor solicita le sean reconocidos por valor de un mil gramos, ha de entenderse que se refiere a mil gramos de oro. Pero independientemente de la manera como tales perjuicios puedan calcularse, este Despacho estima, que no es procedente reconocimiento alguno por tal concepto, habida consideración de la forma lacónica como la demanda presenta tal solicitud , sin expresar el derecho juridicamente tutelado que fue objeto de quebrantamiento por parte de la Administración, ni en qué se traduce el menoscabo de tal bien. Pues aun cuando la responsabilidad de la Administración conlleva la obligación de indemnizar todos los perjuicios que se hayan causado, incluyendo los morales, es necesario que el actor exprese por lo menos en qué consitieron éstos. De qué manera la actividad de la Administración afectó sus sentimientos y en qué y por qué se ha causado dolo o sufrimiento . " (fls. 13 a 18 C.1).

A estos planteamientos, el *a-quo* agregó los siguientes :

" No obstante que la Sala comparte el concepto del Ministerio Público líneas arriba transcrito, cree conveniente hacer las siguientes precisiones :

" 1° . La movilización del inmueble del propietario del actor por culpa de la Administración Municipal de Bucaramanga se inició, en forma continuada, desde el 25 de marzo de 1977 (fl.5), culpa o hecho que se prolongó hasta el 10 de mayo de 1979 fecha en la que el Concejo Municipal expidió el Acuerdo N° 022 de ese mismo año que lo declaró zona de interés público y autorizó al Alcalde para que iniciará la correspondiente negociación con el dueño del predio, plazo que expiró el 10 de mayo de 1981, sin que se le hubiera dado cumplimiento a la autorización concedida. Este acto administrativo no fue censurado por el actor sino que reclamó la reparación directa en forma de indemnización, considerando así legalizado ese lapso comprendió entre las dos fechas citadas en que permaneció vigente el Acuerdo. A partir de ésta última fecha dicho lote de terreno continúo afectado por las autoridades municipales impidiéndosele al dueño y poseedor inscrito y material del inmueble su arriendo, venta o construcción en él hasta el 23 de julio de 1982 cuando la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Planeación Municipal autorizó darle por el actor el uso para el cual había solicitado permiso.

" 2° .- La acción de restablecimiento del derecho por los perjuicios causados al demandante por la posición asumida por la Administración Municipal de Bucaramanga al considerar de utilidad común el inmueble que, junto con otros, declaró zona de interés público para imposibilitar su arriendo, venta o construcción, se debe tener como prescrita por los daños y perjuicios cumplidos antes de los 3 años anteriores a la presentación de la demanda, vale decir, el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1979 y el 15 de septiembre de 1982, fecha esta de presentación de la demanda. Pero como ya se dijo en párrafos anteriores, el Acuerdo N° 022 de 10 de mayo de 1979 que tuvo su vigencia hasta el 10 de mayo de 1981 por mandato del artículo 14 de la Ley

1ª, de 1943, único vigente por cuanto el resto del artículado y según concepto de la Sala fue desplazado por el Decreto 1400 de 1970 ó Código de Procedimiento Civil, no se afirmó de él su nulidad sino que, por el contrario, se le indicó como norma vulnerada en el escrito demandatorio. En estas condiciones el tiempo que permaneció el predio de la referencia como zona de interés público (10 de mayo de 1979 a 10 de mayo de 1981) debe considerarse legal y por lo mismo, no debe tomarse para efectos de la acción contencioso administrativa de restablecimiento de derecho por perjuicios causados al actor por no habersele permitido el arrendamiento, construcción o, lo que es lo mismo, por haberse perturbando el derecho de propiedad, en forma que su uso y goce se hicieron imposible. Ahora bien: como ese perjuicio constante en que no pudo el demandante explotar, gozar y usar el patrimonio representado en el lote de terreno porque no se le autorizó sino a partir del 23 de julio de 1982 (fl.57), es hasta ese día que debe tomarse para efecto del lucro cesante, esto es, que el lucro cesante es sólo indemnizable durante el período comprendido entre el 10 de mayo de 1981 y el 23 de julio de 1982, porque la acción se hallaba prescrita al presentarse la demanda, en cuanto a los perjuicios causados con anterioridad a la primera de tales fechas (15 de septiembre de 1979) y el resarcimiento no puede ir o extenderse durante el tiempo que duró vigente el acuerdo que declaró "DE INTERES PUBLICO, el lote comprendido entre las carrreras 11 y 12 y calles 35 y 36", zona de terreno dentro de la cual se encuentra el lote del demandante, con destino a una ' Plaza Cívica', según el anteproyecto elaborado por la Oficina de Planeación Municipal, como tampoco con anterioridad a la fecha en que se le concedió el permiso provisional al demandante para que le diera uso al lote de su propiedad, esto es, 23 de julio de 1982.

" 3° .- La pretensión de indemnización por haber hipotecado el inmueble (hechos 14, 17 y 22 de la demanda) a causa de la inmovilización del lote por culpa de la Administración Municipal , no puede prosperar porque, es imposible aseverar que si no se hubiese presentado el abuso del derecho contra el actor, no se hubiese visto abocado (sic) a la situación que plantea en su libelo. Lo mismo y con mayor razón puede afirmarse de su permanencia en esta ciudad en dos hoteles porque, además, cualquier transacción jurídica que hubiere querido cumplir o llevar a término, era obligatoria su presencia en esa ciudad por ser su residencia en la ciudad de Bogotá.

" 4° .- Como se dió prueba del valor pecuniario del daño moral, de perjuicios objetivados, la negligencia probatoria no podrá en ningún momento ser protegida por la norma del Código Penal citado.- En lo referente a los subjetivos que son aquellos perjuicios derivados del dolor o depresión que se causa con el hecho causante del daño que por eso se les denominó también de afección, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que es un estado sicológico que se revela mediante actos externos por los cuales el sujeto que los padece pone de manifiesto su vinculación especial con el objeto o cosa que motiva aquel estado; es decir, que se trata del amor o estima especial que se tiene por una cosa fuera del valor comercial. No se encuentra establecido en

el proceso que el actor tuviera algún afecto o estima especiales por el predio materia de este proceso. Dice la doctrina que tal perjuicio de afección se da y se presume entre padres e hijos, el dolor que siente la mujer por la muerte de su marido, la depresión del lesionado por verse afectada su propia constitución física o también la destrucción de cosas valiosas desde el punto de vista sentimental. Pero en el presente caso no encuentra la Sala configurados esta clase de perjuicios morales subjetivos y por lo tanto no hay lugar a ordenar indemnización alguna por este concepto.

" 5° .- La indemnización por los perjuicios causados al libelista por la falla de la Administración Municipal de Bucaramanga configurada, como ya se dijo en otra parte de este proveimiento, por la inmovilización del predió ya referido y que constituye en abuso del derecho, comprenderá no solo los daños y perjuicios causados al dueño y propitario del bien inmueble sino también los intereses corrientes hasta que se lleve a término la indemnización.

" 6° .- Como el monto de los perjuicios no fue demostrado en su cuantía por las pruebas arrimadas al expediente; deberá la condenación hacerse en abstracto y para su liquidación posterior se tendrá en cuenta, fuera de lo anteriormente dicho, el valor del inmueble del propietario Ciro Gómez Mejía, según la declaración de renta y patrimonio del año de 1981." (fls. 20 a 24 C.1).

RAZONES ALEGADAS POR LOS RECURRENTES

El apoderado del actor interpuso la apelación "...en todo lo que es desfavorable, como: 1° . No condenar en perjuicios morales. 2° . Exigir caprichosamente la declaración de renta de 1981 del actor, para establecer el valor del inmueble. 3° . La forma ilógica en que se fijan los lapsos de tiempo en que no existen perjuicios, como si estos no fueran continuados. Y 4°. No resolver en forma definitiva el problema al negar las demás súplicas de la demanda". (fl. 44 C.1).

Sustentó cada uno de estos aspectos de la siguiente manera :

" Al primero; En la demanda y en el alegato de conclusión pido la condena de los perjuicios morales subjetivos especialmente, pues el caso que nos ocupa requiere una indemnización por la burla y el dolor que esta causa, la cual está probada por la forma como sucedieron los hechos. No hay que ser un docto en el dolor, para comprender el sufirmiento de un hombre de más de 60 años de edad, que abandonó su residencia en Bogotá D.E. desde el año de 1981, con el único fin de vender un lote de terreno y que siempre que realiza su venta, una Entidad Administrativa se la fustra o un personaje Municipal ofende su dignidad personal con falsas ofertas de compra.

" De otro lado puede afirmarse que está probando el daño moral objetivado al ser condenado el Municipio en perjuicios materiales y su valor calculado y pedido en un mil gramos oro. El daño deber ser indemnizado en su totalidad como lo afirma la Corte Suprema de Justicia en fallo del 21 de julio de 1982,

con ponencia del Dr. TANCREDO NANNETTI, que afirma: '...el hecho de haber restringido el Tribunal la indemnización a los solos perjuicios patrimoniales, violaron los Artículos 1494, 2341 y 2356 del Código Civil, porque estos hablan de indemnizar el daño en su totalidad, no solo el patrimonial...'

' Al segundo; Al condenar el pago de los perjuicios materiles en abstracto, por el procedimiento ordenado en el Art. 308 del C. de P.C., lógico es que quiera el fallador una regulación justa y equitativa, que dependa de pruebas reales, de valores comerciales actualizados de intereses justos, etc., destruyéndose esta intención de justicia al pedir que para la liquidación se tenga en cuenta el valor del inmueble por la declaración de renta y patriomonio de 1981 del actor, cuando es de público conocimiento que estos se basan en los avalúos catastrales que nunca reflejan el verdadero valor comercial de los predios.

" De otro lado y teniendo en cuenta que este proceso tiene segunda instancia y su lógica demora, a la fecha de liquidación de perjuicios, por justo que sea el valor del inmueble consagrado en la declaración de Renta de 1981, ya estará desactualizado.

" Cito de la sentencia de marzo 25 de 1980 con ponencia del Dr. BERNARDO ORTIZ AMAYA. Consejo de Estado: 'Con el transcurso del tiempo, el valor nominal no se modifica, mas el valor real o poder adquisitivo sufre permanente modificaciones, en teoría, en diversas direcciones, pero en la práctica, en países sub-desarrollados, siempre en continuo y permanente movimiento de desvalorización."

' Si el interprete, no atiende en el campo de indemnización de perjuicios en materia estracontractual a tales variaciones, implícitas en la conciencia del legislador a quien hay que presumir sabio, torna la ley justa e injusta, la norma sabia en absurda y la equidad deviene en iniquidad.'

" Al tercero; En sentencia del 24 de junio de 1985, con ponencia del Consejero ALEJANDRO MOLINA, se dice : '. . . Y esto es no solo exacto cuando se trata de daños repetidos, sino también cuando el perjuicio es continuado. Ahora bien, los perjuicios que causa la abstención u omisión de un deber no se producen siempre en forma instantánea, pues cuando se trata de bienes jurídicos no susceptibles de destrucción o disminución, los efectos nocivos de la omisión no surgen ni se agotan en un instante, porque ella apenas viene a ser un obstáculo en el disfrute de tales bienes. Después de la lesión que se realiza en el primer momento, la violación del derecho y el daño o perjuicio consiguiente , se renuevan continuamente, mientras dura o permanece el estado de abstención u omisión, en relación con tal clase de bienes jurídicos. Así, por ejemplo, la omisión o abstensión para resolver una solicitud de licencia para exportar banano, que es un bien susceptible de

destrucción, puede causar el daño de la pérdida del cargamento en un instante dado; en cambio, la omisión o abstensión en resolver sobre una licencia para edificar , constituye apenas un obstáculo para el disfrute del inmueble, mediante edificación y por eso el daño que causa no se produce de una vez, sino que se renueva en forma indefinida, mientras dura o permanece la omisión. En este caso los perjuicios son continuados, la acción de resarcimiento nace desde que principian a causarse...'

" Según los hechos, los perjuicios causando en forma continuada al señor CIRO GOMEZ MEJIA se iniciaron desde marzo 25 de de 1977, en que Planeación, mintiendo, informa que el lote se encuentra en ZONA DE USO PUBLICO E INSTITUCIONAL y no puede ni remotamente pensarse que los perjuicios se suspendieron por haberse aprobado un ACUERDO que ordena al Señor Alcalde iniciar de inmediato las negociaciones con los propietarios del predio. Cuestión que no se hizo agravando la situación económica del actor. Es imposible creer que un ACUERDO, que tiene como objeto terminar con los perjuicios, pero que el Señor Alcalde no cumple, los subsane por su sola vigencia.

' Si el Señor Alcalde compra el lote no existiría hoy la presente demanda.

' De otro lado, la ramada desmontable, que prendía montar JORGE MANTILLA ARENAS en el predio en cuestión y con permiso del actor era para obtener alguna utilidad, pero nunca tal obra podría resolver la totalidad de los perjuicios. Lo apenas lógico es que tal utilidad o beneficio, si lo existió, se reste de la liquidación en abstracto, pero nunca pretender que una ramadita subsane grades perjuicios que hasta ahora se van a calcular.

" Al cuarto; Al solicitar en el literal Quinto de la demanda, en forma condicionada: "Si el municipio de Bucaramanga no compra el predio, ordenar se permitan construir en él" Sólo pretendía que el TRIBUNAL resolviera de raíz el problema. Ya que si realmente el municipio necesita el lote para su uso , lo compra y en caso contrario lo deja construir por un particular y ya no existirían más perjuicios. Pero al no pronunciarse al respecto en ninguna parte del fallo, es muy posible que el actor deba volver a demandar dentro de poco tiempo por los mismos hechos."

" Por las anteriores consideraciones con todo respeto solicito complementar el fallo con las siguientes peticiones :

" a) Se condene en perjuicios morales.

" b) Aclarar en los considerandos que las pruebas, como declaraciones de renta, avalúos certificaciones, se deben solicitar en el incidente de tasación de perjuicios de acuerdo con el procedimiento indicado en el Art. 308 del C. de P. C. con el fin de no someter a camisas de fuerza a las personas encargadas de tasarlos, con libre criterio y dentro de la mayor equidad.

"c) Aclarar en los considerandos que los perjuicios han sido continuados en el tiempo y sin ninguna interrupción, y

"d) Declarar que si el Municipio no compra o expropia, debe dejar construir, con el fin de resolver de fondo el problema, y no dejar pendiente una idéntica futura demanda." (fls. 44 a 47 C.1).

Sobre las razones que adujeron la apoderada judicial del Municipio de Bucaramanga y el Fiscal del Tribunal, no existe prueba en el proceso.

LA SALA CONSIDERA

Por los medios de prueba que obran en el expediente están plenamente demostrados los hechos siguientes :

a. - Que el actor fué propietario entre el 10 de junio de 1968 y el 27 de febrero de 1991, de un lote de terreno situado en la ciudad de Bucaramanga, en el cruce de la carrera 11 con la calle 35, en un área de 774,85 m2, alinderado "Por el Norte, con carrera treinta y cinco (35) al medio, antes calle (5ª), con el Palacio de Justicia; por el Oriente, en parte con propiedad de la señora María Puyana de Vásquez y Sucesión de Manuel Enrique Puyana; por el Sur, con prosperidades que son o fueron de Manuel Enrique Puyana; por el Occidente, carrera once (11) al medio con el Parque de García Rovira " (Escritura Pública Nº 2661 del 27 de junio de 1968 otorgada ante el Notario 3° del Círculo de Bogotá y Certificado expedido por el Registrador de instrumentos Públicos de Bucaramanga).

b) Que por una imperdonable torpeza de los funcionarios del Municipio de Bucaramanga, el inmueble permaneció inexplotado, y prácticamente fuera del comercio desde el 25 de marzo de 1977 hasta una fecha que no se puede precisar con exactitud; en todo caso, posterior al 23 de julio de 1982, y anterior al 27 de febrero de 1991.

Las obvias dificultades que supone reconstruir un expediente y recuperar los medios de la prueba agregados a él en la actuación original, así como la deficiencia de los archivos de las dependencias administrativas del Municipio de Bucaramanga (fl. 243 C.2), han influído para que, a pesar de los esfuerzos realizados en la tramitación, los resultados no sean del todo satisfactorios. Por ello la Sala deberá cubrir esta deficiencia con la relación de pruebas elaboradas por el Fiscal y por el *a-quo* en la primera instancia.

Respecto del comienzo de la actuación administrativa censurada, expresa el Fiscal, citado por el fallo del Tribunal :

"2°.- Está asimismo (sic) demostrado mediante documentos que aparecen en los folios 5 a 22, que a partir del 25 de marzo de 1977 el Departamento Administrativo de Planeación Municipal comenzó a considerar el área donde se halla situado el lote del Señor GOMEZ MEJIA, como ZONA DE USO

PUBLICO INSTITUCIONAL, por existir un proyecto de Plaza Pública García Rovira para conformar un conjunto con el Palacio Municipal. Sobre este aspecto, en oficio del 27 de abril de 1978, la misma entidad le comunica al Alcalde el resultado de un estudio para la construcción del Centro Administrativo de Bucaramanga, quedando comprendido en dicho sector el lote del demadante, sobre el cual se podrán levantar construcciones diferentes, para lo cual se deberá presentar un proyecto de Acuerdo al Concejo Municipal" (fl. 15 C.2.)

15 meses después, el 12 de junio de 1978, el Director de Planeación Municipal expidió constancia según la cual "...la manzana comprendida entre las calles 35 y 36 y carreras 11 y 12 del perímetro urbano de la ciudad, no esta (sic) declarada de Uso Público e Institucional en la actualidad; pero la Oficina de Control de Edificaciones Municipal, para aprobar cualquier proyecto o construcción, antes de dar la demarcación debe conocer y expedir el Vo. Bo. al anteproyecto." (fl. 258 C.2); esta manifestación que, para el sentido común, significaría que el propietario quedaba en libertad de explotar lícitamente su inmueble, fué sin embargo contradicha por el Acuerdo N° 022 del 10 de mayo de 1979, en virtud del cual el Concejo Municipal de Bucaramanga decidió :

" Art. 1° .- Declárase ZONA DE INTERES PUBLICO, el lote comprendido entre las carreras 11 y 12 y las calles 35 y 36.

" Art. 2°.- Autorízase al Alcalde :

" a) Para iniciar de inmediato las negociaciones con los propietarios del predio.

" b) Para dictar las normas necesarias para la ejecución de la obra.

" Art. 3° .- El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción " (fl. 111 C.2).

Para tomar esta determinación adujo los siguientes motivos :

" 1. - Que el Muncipio de Bucaramanga carece de una Plaza Cívica.-

" 2.- Que en la actualidad está utilizando el Parque Santander García Rovira para actividades Cívicas en deterioro de los mismos.

" 3 .- Que el uso del Parque Santander no corresponde al carácter cívico que debe tener una Plaza.

" 4 .- Que existe un lote entre las carreras 11 y 12 y las calles 35 y 36 que reúne las condiciones, ubicación y caractrísticas según planos adjuntos.

" 5 .- Que de acuerdo al anteproyecto elaborado por la Oficina de Planeación Municipal el proyecto entraría a formar parte del conjunto urbano de la Gobernación, Alcaldía, Palacio de Justicia, y la Zona Histórica.

" 6 .- Que el anteproyecto contempla la construcción de parqueaderos, en los sótanos de la plaza tendientes a solucionar el problema de la deficiencia de establecimientos en la zona central. " (fl.111 C.2).

Los dos años de afectación del bien de que trata el artículo 14 de la Ley 1ª de 1943 deben contarse a partir del 16 de mayo de 1979, día siguiente a la promulgación del auerdo (fl.112 C.2), o sea que el plazo otorgado por la ley al municipio para ocuparlo o adquirirlo venció el 16 de mayo de 1981.

Pese a ello, el 20 de agosto de ese año la Oficina de Planeación Municipal elabora una demarcación del predio calificando como "U.P.I.", (zona de uso público e institucional), aquélla donde se encuentra situado, advirtiendo de manera expresa : " Esta demarcación se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1ª de 1943 " (fl.100 C.2).

Ante las peticiones del actor para que se definiera tal confusión, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Municipal de Bucaramanga, el 4 de septiembre de 1981, conceptúa:

" Doctora

BEATRIZ HELENA MEJIA DE GOMEZ

Secretaria General

Depto. Admón de Planeación Mpal.

Ciudad

" En respuesta a su Oficio S.G.P. 266 relacionado con la solicitud de don CIRO GOMEZ MEJIA para el señor Alcalde, con la cual pide se le defina si el Municipio compra el lote de terreno de su propiedad declarado de interés público por el Acuerdo Nº 022 de 1979, o que se derogue el Acuerdo, me permito manifestarle:

" Es verdad que por el Acuerdo mencionado el H. Concejo Municipal declaró zona de interés público el lote comprendido entre las carreras 11 y 12 y calles 35 y 36, dentro del cual se encuentra ubicado el lote de propiedad del peticionario.

" Como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1ª de 1943, las propiedades afectadas por el impuesto de valorización que no fueren ocupadas o adquiridas por el respectivo Municipio en el plazo de dos años a

contar de la fecha en que hubieren sido declaradas como de utilidad pública, podrán ser edificadas y reconstruídas, reformadas o enajenadas libremente sin las restricciones que rigen para ellas, y el Acuerdo entró a regir el 10 de mayo de 1979, han transcurrido los dos años señalados en la Ley y, por consiguiente dicho lote se encuentra descongelado y su propietario puede disponer libremente de él sin necesidad de derogar el Acuerdo.

" Naturalmente, esto si el Municipio no está dispuesto a realizar la obra contemplada en los considerandos del Acuerdo, o sea construir una Plaza Cívica. " (fl. 113 C.2).

13 días después, el 17 de septiembre, el Jefe de Control del Departamento Administrativo de Planeación Municipal produce el oficio D.C. #351 donde manifiesta :

" En referencia a su solicitud de demarcación #1110, me permito comunicarle que el predio de su propiedad esta unbicado en una zona declarada como" como zona de interés pública (sic) para una plaza cívica.

" Por lo tanto en dicho predio no se puede realizar construcción alguna" (fl. 147 C.2)

El 4 de noviembre de 1981, la Junta Directiva de Planeación Municipal recomendó al Alcalde la construcción de la plaza, según lo manifiesta la Secretaria General en certificación expedida el 19 de noviembre, cuyo texto expresa :

" EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL DEL
" DEPARTAMENTO ADMINNISTRATIVO DE
" PLANEACION MUNICIPAL

" CERTIFICA :

" Que en la reunión de la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, del día 4 de noviembre de 1981, se estudió la situación del lote de propiedad del Señor Ciro Gómez Mejía, destinado a Plaza Cívica por el Acuerdo N° 022 de 1979.

" Analizada la conveniencia de la Plaza y su integración al área administrativa de uso público e institucional, se decidió recomendar al Señor Alcalde de la ciudad la ejecución del proyecto, dada su necesidad y conveniencia." (fl.148 C.2).

En su nombre, según lo manifiesta el actor, Jorge Mantilla Arenas solicitó permiso ' para construir una ramada provisional' en el lote en cuestión con el objeto de instalar una lonchería y un parqueadero (fl. 232 C.2); la respuesta de la administración municipal fechada el 17 de mayo de 1982 tuvo este contenido:

" En referencia a su oficio del 11 de mayo de 1982, me permito comunicarle que en el predio ubicado en la Carrera 11 entre calles 35 y 36 no puede realizar dichas obras, ya que se encuentra ubicado en una ZONA UPI : Uso Público e Institucional, en donde el uso del suelo para este predio en particular esta definido para una plaza Cívica . " (fl. 231 C.2).

Finalmente, el 6 de julio de ese año la Junta Directiva otorgó el permiso solicitado por el Sr. Mantilla (Acta Nº 006- fls. 135 C.2), decisión que fue comunicada por el oficio S.C. 093 del 23 de julio, bajo el siguiente texto :

" En mi calidad de Secretario General de la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, le informo que los Honorables miembros del Organismo Directivo, en la reunión ordinaria del día 6 de julio del año en curso, aprobaron la propuesta por usted presentada, con relación a que se le conceda un permiso provisional para darle un uso al lote ubicado en la Carrera 11 35-01 de esta ciudad.

" Es importante hacerle saber, que a pesar de haber sido su solicitud acogida *cualquier uso que se le pretenda dar al inmueble antes descrito, debe ser previamente consultado y aprobado por la Dirección Ejecutiva de Planeación.*

" El no cumplimiento de lo anterior y de las normas de Planeación Municipal serán normas de Planeación Municipal (sic) serán causal inmediata para negar el permiso provisional de uso y funcionamiento " . (fl. 99 C.2).

Esta relación es muestra ostensible de la indolencia de la administración municipal que, por un lado trataba de conservar afectado a como dé lugar un bien inmueble de propiedad particular al uso público, y, por el otro, no realizaba ninguna diligancia tendiente a la adquisición del lote y a la construcción de la plaza proyectada.

La disposición permanente del actor para encontrar fórmulas de arreglo con la entidad pública subraya aún más los reproches que merece la prolongada omisión de la administración.

Es indudable que esta conducta causó perjuicios al actor; de un lado porque habiendo tenido ofertas de compra y de explotación del bien demostradas documental y testimonialmente en el proceso, no pudo aprovecharlas; de otro, porque dado el interés del municipio en conservar el lote para construir la plaza, impidió su utilización y disfrute adecuados; finalmente, porque - está también demostrado- el demandante debió permanecer por fuera de su domicilio y trasladarse a Bucaramanga, temporalmente, primero y definitivamente, después, par atender este problema.

Los perjuicios morales reclamados por el actor no aparecen probados; en cuanto a los materiales, el *a-quo* hace la siguiente disgresión :

" 2° .- La acción de restablecimiento del derecho por los perjuicios causados al demandante por la posición asumidas por la Administración Municipal de Bucaramanga al considerar de utilidad común el inmueble que, junto con otros, declaró zona de interés público para imposibilitar su arriendo, venta o construcción, se debe tener como prescrita por los daños y perjuicios cumplidos antes de los 3 años anteriores a la presentación de la demanda, vale decir, el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1979 y el 15 de septiembre de 1982, fecha esta de presentación de la demanda. Pero como ya se dijo en párrafos anteriores, el Acuerdo N° 022 de 10 de mayo de 1979 que tuvo su vigencia hasta el 10 de mayo de 1981 por mandato del artículo 14 de la Ley 1ª de 1943, único vigente por cuanto el resto del articulado y según concepto de la Sala fue desplazado por el Decreto 1400 de 1970 ó Código de Procedimiento Civil, no se afirmó de él su nulidad sino que, por el contrario, se le indicó como norma vulnerada en el escrito demandatorio. En estas condiciones el tiempo que permaneció el predio de la referencia como zona de interés público (10 de mayo de 1979 a 10 de mayo de 1981) debe considerarse legal y por lo mismo, no debe tomarse para efectos de la acción contencioso administrativa de restablecimiento del derecho por perjuicios causados al actor por no habérsele permitido el arrendamiento, construcción o explotación o, lo que es lo mismo, por haberse perturbado el derecho de propiedad, en forma que su uso y goce se hicieron imposibles. Ahora bien: como es perjuicio constante en que no pudo el demandante explotar, gozar y usar el patrimonio representado en el lote de terreno porque no se le autorizó sino a partir del 23 de julio de 1982 (fl.57), es hasta ese día que debe tomarse para efecto del lucro cesante, estos es, que el lucro cesante es sólo indemnizable durante el período comprendido entre el 10 de mayo de 1981 y el 23 de julio de 1982, porque la acción se hallaba prescrita al presentarse la demanda, en cuanto a los perjuicios causados con anterioridad a la primera de tales fechas (15 de septiembre de 1979) y el restablecimiento no puede ir o extenderse durante el tiempo que duró vigente el acuerdo que declaró ' DE INTERES PUBLICO, el lote comprendido entre las carreras 11 y 12 y calles 35 y 36', zona de terrenos dentro de la cual se encuentra el lote del demandante, con destino a una ' Plaza Cívica', según el anteproyecto elaborado por la Oficina de Planeación Municipal, como tampoco con anterioridad a la fecha en que se le concedió el permiso provisional al demandante para que le diera uso al lote de su propiedad, esto es, 23 de julio de 1982. " (fl 21 y 22 C.1).

La transcripción revela una notoria confusión entre la caducidad y la prescripción; debe recordarse, sobre este particular, que la doctrina procesal moderna distingue sin dificultad el derecho de acción , la pretensión y el derecho subjetivo material; la distinción de estas instituciones permite predicar la caducidad para el derecho de acción y la prescripción para el derecho subjetivo material; de orden público y declarable de oficio, la primera, renunciable por su contenido de interés particular, la segunda.

En este orden de ideas, la caducidad, cuando se opera, impide el ejercicio de la acción; en cambio la prescripción no es obstáculo para el desarrollo normal del proceso; estos principios muestran porqué no es jurídicamente posible establecer caducidades trienales a la acción haciéndola morir y resucitar cada cierto período

de tiempo. En este caso, la acción no estaba caducada; en efecto el término aplicable lo había fijado en 3 años el Decreto-Ley 528 de 1964, y debe contarse a partir del 23 de julio de 1982, fecha en la cual el Municipio comunica el permiso provisional para explotar el predio; como la demanda se presentó el 3 de septiembre siguiente, no hay duda de su oportunidad.

Tampoco comparte la Sala la afirmación del Tribunal según la cual se debe excluir de la condena los perjuicios causados entre el 10 de mayo de 1979 y la misma fecha de 1981 por cuanto no se demandó la nulidad del Acuerdo N° 022 del 10 de mayo de 1979, y, por consiguiente la actuación del Municipio es legal a términos del artículo 14 de la Ley 1ª de 1943. En efecto, pese al Acuerdo mencionado, la administración no adelantó diligencia alguna para ejecutarlo, vale decir, permaneció constante la omisión constitutiva de la falla del servicio que venía presentándose desde 1977.

Finalmente, para el reconocimiento de los perjuicios que han de liquidarse por incidente que debe promover el actor dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto de obedecimiento de este fallo, se tendrán en consideración los siguientes criterios :

a) Que los perjuicios se causaron entre el 25 de marzo de 1977 y el 23 de julio de 1982.

b) Los perjuicios liquidables se refieren al lucro cesante consistente en lo dejado de percibir por el actor, ante la imposibilidad de explotar económicamente el lote de terreno durante ese lapso.

c) No se tendrá en cuenta la eventual dificultad que enfrentó el actor para vender el inmueble .

d) La condena se actualizará a la fecha de este fallo.

Para el trámite incidental se observará lo dispuesto por el artículo 137 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:

Con las precisiones anotadas en la parte motiva, SE CONFIRMA la sentencia del 22 de agosto de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

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

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala

en sesión de fecha veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y uno (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.

PERJUICIOS MATERIALES/ DEMANDA-Ineptitud (Salvamento de Voto)

La demanda es inepta pues en el *petitum*, el apoderado de la parte actora, se limitó a impetrar el pago de perjuicios materiales diciendo: "Los que se tasen". Transitando por esta vía el sentenciador ignora el universo de los que el demandante aspira a que se le indemnice, siendo posible al fallador inventarlos o suponerlos. En el proceso no hay prueba alguna que acredite el daño ni su monto.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Santafé de Bogotá, D.C. , agosto primero (1°) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia : Expediente N° 4220. Actor : Ciro Gómez Mejía. Demandado : Municipio de Bucaramanga.

No comparto la decisión de fondo que se tomó dentro del proceso del rumbo, por dos razones a saber :

PRIMERA : Porque a mi juicio la demanda es inepta, pues, en el petitum el apoderado de la parte actora se limitó a impetrar el pago de perjuicios materiales diciendo: *"LOS QUE SE TASEN"*. Transitando por esta vía, el sentenciador ignora el universo de los que el demandante aspira a que se le indemnice, no siendo posible al fallador inventarlos o suponerlos. En esta materia hago mía la pauta jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia marcó en sentencia de 10 de noviembre de 1964. Magistrado Ponente Dr. Hernán Salamanca, Gaceta Judicial. Tomo 58 N° 2,116-2,018, pag 113, en la cual se discurre dentro del siguiente temperamento :

> " Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental del derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser

demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración."

SEGUNDA : Porque dentro del proceso no hay prueba alguna que acredite el daño ni su monto. En esta materia también patrocino la tesis de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en sentencia de 24 de mayo de 1946. Magistrado Ponente, Dr. Ricardo Hinestroza Daza, en la cual, y en lo pertinente, se lee :

" EN CUANTO A PERJUICIOS MATERIALES, PARA NO CONDENAR A INDEMNIZARLOS BASTARIA OBSERVAR QUE NO SE HAN DEMOSTRADO NINGUNOS.....LA MERA CONJETURA, PRESUNCION O ESPERANZA DE QUE HABRIAN DE PRODUCIRSE CON EL ANDAR DE LOS AÑOS, NO DA ASIDERO AL CONCEPTO DE PERJUICIOS EFECTIVOS NI, POR ENDE, MATERIA PARA CONDENAR, Y, COMO ES OBVIO, SI ESTA FALTA, NO HAY LUGAR A DECRETO DE INDEMNIZACION, PUES SERIA ILOGICO PENSAR EN ESTA NO HABIENDO AQUELLOS".

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

AUTO DE CUMPLIMIENTO

En aras de la certidumbre y de la seguridad jurídicas, una vez regrese el asunto con la decisión de la Sala Plena, se requiere que exista una providencia, por cuya virtud se reasuma la competencia perdida por la interposición y trámite del recurso extraordinario de súplica y sirva de punto de partida para contar los términos procesales a que hubiere lugar. Debe existir absoluta certeza sobre la fecha a partir de la cual se comiencen a contar los plazos cuyo vencimiento produce el efecto fatal de la caducidad; esa finalidad no se cumple con la simple ejecutoria de la sentencia de la Sala Plena pues el solo envío del expediente por la Secretaría General a la de la Sección competente para la tramitación posterior, supone cierto lapso incierto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto primero (1) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia : Expediente N° 2930. Actor : Esther Bodmer Vda. de Garavito.

Resuelve la Sala el recurso de súplica interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora en contra del auto proferido por el Consejero Ponente, Dr. Julio César Uribe Acosta, el 24 de octubre de 1990, por medio de la cual denegó la solicitud, formulada por la misma parte, para que dictase providencia avocando el conocimiento y ordenando cumplir lo dispuesto por la Sala Plena en fallo del 27 de marzo anterior.

FUNDAMENTOS DEL AUTO SUPLICADO

Circunstancias de hecho y consideraciones de derecho fundamentaron el auto impugnado. Ellas son las siguiente :

" A) Dentro del informativo aparecen acreditadas las siguientes circunstancias particulares del proceso :

" *PRIMERA* .- Que el día veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa (1990), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, profirió la sentencia que obra a folios 83 y siguientes del cuaderno número 1 Bis, en virtud de la cual INFIRMO la sentencia impugnada ;

" *SEGUNDA* .- Que en el referido proveído se condenó en abstracto al Hospital Militar Central al pago de los PERJUICIOS MATERIALES causados a los demandantes que se enlistan en el punto tercero de la parte resolutiva del fallo ;

" *TERCERA* .- Que para notificar a las partes el alcance de la sentencia proferida por la Sala Plena se fijó el Edicto que obra a folio 108 del Cuaderno N° 1 Bis, el día nueve (9) de Mayo de mil novecientos noventa el cual permaneció en cartelera hasta el día quince (15) de Mayo del mismo año, a las 6 P. M.

" *CUARTA* .- Que por oficio N° 309, calendado el día veintidós (22) de Mayo de mil novecientos noventa (1990) (Cdno. N° 1 Bis, fl.109), suscrito por la Secretaria General de la Corporación, ésta remitió el proceso al Secretario de la Sección Tercera ;

" QUINTA .- Que el escrito en que se recoge la petición que ahora resuelve la Sala Unitaria, fue presentada el día primero (1°) de Octubre de mil novecientos noventa (1990);

" B) A la luz de la realida que se deja detallada en el literal anterior, la Sala encuentra que en el caso en comento no hay lugar a que se dicte providencia alguna que ordene cumplir lo dispuesto por la Sala Plena, pues la sentencia proferida por ésta tuvo su momento de ejecutoria en el tiempo físico, dándole así entrada al incidente que contemplaba el artículo 308 del C. de P. Civil, antes de ser modificado por el artículo 1°. , numeral 138 del decreto 2282 de1989. En situaciones como la presente, no tiene cabida el auto que ordene obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, pues cuando la Sala Plena, desta (sic) los recursos de súplica, no procede con tal carácter, sino en ejercicio de la competencia que le fue asignada por la ley, pero con la filosofía de que el Consejo de Estado es uno, lo que explica que cuando ora la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ora en una de sus Secciones decide algo, es la entidad misma la que lo hace en nivel horizontal, no vertical, esto es, de jerarquía." (fl. 31 a 33 C.4).

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

El recurrente distingue un enfoque orgánico de otro material y procesal en la estructura y funcionamiento del Consejo de Estado; desde el primer punto de vista,

reconoce que la Sala Plena no es superior jerárquico de las Secciones: desde el segundo ángulo de observación, encuentra realizada la subordinación.

Su discurso es el siguiente :

" Si bien es cierto, puede llegar a afirmarse que la Sala Plena no tiene el carácter de superior jerárquico de las secciones que la integran, desde un punto de vista netamente *orgánico* mas no funcional y no es menos cierto que desde el punto de vista *material* y *procesal* sí existe una subordinación de las sentencias de las Secciones en relación con las que llegare a dictar la Sala Plena, en virtud de las ' funciones especiales ' que a la misma le adscribe la Ley, más exactamente el artículo 7° del Decreto 228 del año 1989, en donde se le faculta para resolver recursos extraordinarios, como lo fue el que revocó la providencia de la Sección Tercera y más, aun cuando ella misma se le faculta también para llegar a dirimir en determinado momento, conflictos de competencia.

" El recurso extraordinario de suplica que revocó, no pretendía otra cosa que darle aplicación y regulación a lo establecido en los artículos 22 y 24 del Decreto 528 de 1964, que dejaba bajo la subordinación de la Sala Plena, las sentencias que dictaran las Secciones, a fin de que pudieran ser controladas por dicha Sala, cuando pudieran ser contradictorias con las expedidas por ella.

" Impropio sería entonces desconocer la jerarquía desde el punto de vista material o procesal, circunstancia que hace entonces necesario el obedecimientos a lo resuelto por la Sala Plena o Mayor, mediante un auto que así lo decide, conforme a la preceptiva del Art. 308 del C. de P. C. , antes de su modificación.

" Tengamos en cuenta de otra parte, que sin la providencia prevista en la norma en comento y objeto de nuestra solicitud inicial, tendríamos entonces, conforme a la argumentación de la providencia suplicada, que tramitar ante la misma Sala Plena el incidente de regulación de perjuicios y claro es que este trámite se tiene que surtir necesariamente ante la Sala cuya providencia le fue revocada.

" Concluimos entonces que es errado y estrecho el argumento traído a colación por la Sala Unitaria para denegar la petición que se le hiciera conforme al sistema legal vigente. El criterio de interpretación, por el contrario, debe ser amplio y ajustarse a la dimensión exacta del artículo 308 en comento, porque tomar en su sentido gramatical exacto la aceptación 'superior' nos llevaría a equívocos que alejan del sentido real de la disposición analizada.

" Tengamos en cuenta, de otra parte que cuando, por ejemplo la jurisdicción ordinaria si la Corte en ejercicio del recuros de casación, llegare a dictar una sentencia de instancia, nadie podría desconocer la ejecutoria de ese fallo, sin

embargo, es necesario que se dicte el auto de obedecimiento por parte del Tribunal , para conocer efectivamente de lo resuelto por el superior.

" Para concluir reitero la necesidad de que se acceda a la solicitud presentada el 1° de Octubre y que fuera denegada, pues de ninguna otra forma puede la Sección Tercera tener conocimiento de lo decidido por la Sala Plena para poder llegar entonces a medir el tiempo o el momento desde el cual debe contabilizarse el término para promover la regulación de los perjuicios.

" Si existe una jerarquización funcional que se confirma en el hecho de que por expresa disposición de la Ley, se le dio a la Sala Plena la facultad de revocar o modificar las sentencias de las Secciones y a su vez para el trámite del indicidente de regulación de perjuicios que se debe surtir ante la Sección respectiva, en este caso la Tercera, es indispensable y necesario que ésta avoque nuevamente la competencia que había perdido con ocasión del recurso extraordinario, y para ello es menester que profiera providencia en este sentido, porque de lo contrario llegaríamos a la situación ya reseñada de tener que tramitar el incidente como estaba previsto en el artículo 308 del C. de P. C. ante la Sala Plena y ésta no es competencia para ésto.

Para resolver, **SE CONSIDERA :**

Inicialmente se debe señalar que no resulta lógico pensar como lo subrayó el Ponente que al interior de la misma Corporación existen superiores e inferiores, en cuanto la sóla consideración destruye la unidad que le es propia como característica constitucional. Tan cierta resulta esta apreciación a la luz de nuestro sistema jurídico que, se habla de jerarquía funcional cuando se trata de providencias originadas en organismos diversos; tal cosa ocurre, por ejemplo con los recursos de apelación y casación, y con el grado de consulta, entre otros. Por eso el artículo 362 del C. de P. C. , dispone :

" Cumplimiento de la decisón del superior, decidida la apelación y devuelto el expedientes al inferior, éste dictará auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior en el cual dispondrá lo pertinente para su cumplimiento; si no lo hiciere así, dictará de oficio o a petición de parte auto con tal fin.

" Cuando se revoque una providencia apelada en el efecto devolutivo o diferido,quedará sin efectos la actuación adelantada por el inferior después de haberse concebido la apelación, en lo que dependa de aquélla, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 354. El juez señalará expresamente la actuación que queda sin efecto."

Lo propio ocurre respecto de la consulta , por mandato del artículo 386, inciso final, del mismo código :

" La consulta se tramitará y decidirá por el superior en la misma forma que la apelación".

Y el inciso 6° del artículo 371 dispone :

" El Tribunal ordenará cancelar la causión en el auto de obedecimiento a lo resuelto por la Corte, cuando ésta, haya casado la sentencia".

Esta circunstancia no cambia con el hecho de que al interior del Consejo de Estado existan formaciones distintas sin que sea dable encontrar relaciones de jerarquía en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, en aras de la certidumbre y de la seguridad jurídicas, la Sala encuentra atendible la petición del actor para que, una vez regrese el asunto con la decisión de la Sala Plena, exista una providencia, por cuya virtud se reasuma la competencia perdida por la interposición y trámite del recurso extraordinario se súplica y sirva de punto de partida para contar los términos procesales a que hubiere lugar.

A esta conclusión se llega, luego de las siguientes reflexiones :

a. - En varias ocasiones la Sala ha reiterado los esfuerzos que debe hacer el juzgador con el propósito de que la actividad desplegada por la administración de justicia y por las partes durante un lapso que, en este caso, supera los diez años, no resulten, a la postre, sin ningún efecto.

b.- Con principios de similar contenido las decisiones de la Corporación han tenido en su punto de mira la preocupación por la prevalencia del dereho sustancial en frente de formalismos legalmente superables, en sujeción al contenido del artículo 4° del C. de P.C. , y hoy, al del 228 de la Constitución Política vigente.

c.- Es claro que la Sección que profiera la decisión suplicada a términos del artículo 130 del C.C.A. , pierde competencia para seguir conociendo del asunto, hasta tanto la Sala Plena decida el recurso; por consiguiente, es de la lógica del procedimiento, que una vez regrese el expediente al Despacho del Consejero Ponente en la Sección, se reasuma la competencia para la actuación que fuere menester.

d. - Si bien es cierto que para la fecha de la sentencia de la Sala Plena (27 de marzo de 1990), estaba vigente el artículo 308 del C. de P.C. , por el cual se establecía el perentorio plazo de dos meses para que el beneficiado con una condena en abstracto presentara su liquidación, no es menos que, a partir del 1° de junio de 1990, dicho término desapareció por la derogación hecha por el decreto 2282 de 1989.

Esa es la razón para que la Sección Tercera, en casos como éste, haya acudido a los artículos 119 y 120 del C. de P. C. para señalar un término judicial de sesenta días para la presentación del escrito de liquidación.

En todo caso debe existir absoluta certeza sobre la fecha a partir de la cual se comience a contar los plazos cuyo vencimiento produce el efecto fatal de la caducidad; esa finalidad no se cumple con la simple ejecutoria de la sentencia de la Sala Plena pués el sólo envío del expediente por la Secretaría General a la de la Sección competente para la tramitación posterior, supone un lapso incierto.

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

RESUELVE :

REVOCASE el auto suplicado, es decir, el proferido por el Consejero sustanciador el 24 de octubre de 1990, y téngase por reasumida la competencia en la Sección.

Señálase un término de sesenta (60) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, para que los demandantes presenten la liquidación, la cual se tramitará conforme a lo previsto por el artículo 137 del C. de P.C.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL/ LESION RESARCIBLE

Si bien la característica de la especialidad del daño sufrido por la actora en virtud de la actuación legítima de la policía no merece discusión, no se puede afirmar lo mismo en lo que atañe a su anormalidad. La retensión del Vehículo se limitó a doce días, lapso que no supera la contribución normal de toda persona como su cuota de sacrificio en el mantenimiento del orden público y en la represión de los delitos. La prolongación de la retensión del vehículo, después de la entrega que hizo la policía al juez competente, si bien pudo causar un daño al actor, no depende con relación efecto-causa de la actuación inicial de la Policía.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto primero (1°) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia : Expediente N° 6277. Actor : Joaquín Granados Melo. Transportes Arimena S.A.

El Tribunal Contencioso-Administrativo de Cundinamarca consulta el fallo que profirió el 17 de mayo de 1990 y mediante el cual dispuso :

" 1° .- Declárase a la Nación administrativamente responsable de los perjuicios causados a la sociedad ' Transportes Arimena S.A. ' por la retención del vehículo de placas GD-5443, efectuada por miembros de la Policía Nacional en la población de Guayabal el día 25 de marzo de 1987.

" 2° .- Como consecuencia de la declaración anterior, condenáse (sic) en abstracto a la Nación al pago a favor de la Sociedad ' Transportes Arimena S.A. ', por concepto de perjuicios materiales, de la suma que se liquide en el

incidente previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civi conforme a las bases dadas en la parte motiva de esta providencia.

" 3° .- La condena deberá cumplirse conforme a lo establecido en los artículo 176 y 177 del C.C.A.

" La suma que se establezca en el incidentes de liquidación de perjuicio devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a l ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de este término, en caso d no pago.

" 4° .- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda". (fls 110-111 C.1

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda.- La Sociedad " Transportes Arimena S.A. " constituy apoderado judicial y, a través de él, demandó a la Nación - Policía Nacional, el de octubre de 1988, buscando satisfacer las pretensiones siguientes :

" PRIMERA : Que se declare que la NACION -POLICIA NACIONAL e responsable por una falta del servicio que causó perjuicios a la empres 'Transportes Arimena S.A.', con domicilio en Villavicencio, al ser retenic por unidades de policía en el retén de Guayabal (Cund.), en forma ilegal arbitraria, desde el 25 de marzo de 1987 al 7 de julio del mismo año, el vehícu de placas GD-5443, servicio particular, marca Dodge, modelo 1978, tip furgón, color habano, de propiedad de la citada Empresa.

" SEGUNDA : Que como consecuencia de la falla del servicio se cau perjuicios a la empresa 'Transportes Arimena S.A.', materiales por cesante concretado en la retensción del aludido automotor y las m que transportaba; y morales porque se afectó la buena imagen de con la publicaciones periodísticas sobre la incautación de sustar procesamiento de estupefacientes, que según la Policía tr automotor.

" TERCERA : Que consecuencialmente se condene a la N NACIONAL e indemnizar a la empresa ' Transportes A perjuicios materiales y morales ocasionados por la fal menciona ". (fl. 2 C.1).

Los hechos constitutivos de la causa petendi se r

''1°. ' Transportes Arimena S.A.' es una soc Escritura Pública N° 2.222 del 5 de diciembre de 1 Círculo de Villavicencio y reformada mediante de octubre de 1976, de la Notaría Primera de V.

ca
ésti
AG
con
serie
LAR
POTA
docume
DE POT
retuviero
de placas

" 6°.
proteger a l

social la explotación en todo el territorio nacional de la industria de transporte automotor en todas las modalidades.

" 2°. El día 25 de marzo de 1987, la camioneta-furgón de placas GD-5443 de propiedad de la sociedad ' Transportes Arimena S.A. ', viajaba conducida por el Sr. SEGISMUNDO GUZMAN TRIANA, chofer vinculado laboralmente a la mencionada sociedad, de Bogotá con destino a Villavicencio, transportando sobres, paquetes y remesas de propiedad de usuarios de la empresa, amparados con sus respectivas guías, en las cuales se expresaba con clarida el nombre de los destinatarios o remitentes, su dirección, y contenido, de acuerdo con las normas internas de la sociedad y con las regulaciones legales establecidas en el Código de Comercio. A las 23:00 horas de esa fecha, la mencionada camioneta-furgón fue retenida con su conductor por personal de la Policía Nacional, escuadra de contraguerrilla, acantonada en el Municipio de Gauyabetal (Cundinamarca) y al mando del Sr. Sub-Teniente PEDRO GALVIS TARAZONA, por haber encontrado en el citado vehículo tres (3) bultos de empaque de fibra que contenían SULFATO DE POTASIO.

" 3°. EL SULFATO DE POTASIO no está catalogado como sustancia que sirva para la elaboración de estupefacientes; es una sustancia que puede ser utilizada en fertilizantes para manufacturas de sulfato de aluminio y potasio alumbre). Así textualmente lo dictaminó mediante oficio N° 116-87 -L.E. el Instituto de Medicina Legal, Laboratorios de Estupefacientes, a través de la Dra. MARIA EUGENIA FORERO, Química Farmacéutica Analista de Estupefacientes.

" 4°. El Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, con ponencia del Honorable Magistrado JOSE JAIME PALACIOS BONILLA, admitió de manera expresa que no es delictuoso el transporte de la sustancia identificada como sulfato de potasio.

" 5°. En la fecha y momento que la patrulla policial practicó la requisa a la camioneta furgón GD-5443, conducida por SEGISMUNDO GUZMAN TRIANA, se les presentó a los policiales la factura N° 1825 de la firma CENTRAL AGRICOLA y Cía. Ltda., Importadora y Distribuidora de productos agroquímicos con sede principal en la Avenida Caracas N° 73-05 de Bogotá, y la remesa o guía AVIANCA B N° 24305, por medio de la cual CARLOS FLOREZ, remitía a HUMBERTO MORENO CAMPOS en San Martín (Meta), tres (3) bultos de SULFATO DE POTASIO y un bulto con mercancías varias. No obstante la presentación de esos documentos que amparaban el transporte de una sustancia que como el SULFATO DE POTASIO es de libre comercio, sin restricción legal alguna, los uniformados detuvieron tanto el conductor SEGISMUNDO GUZMAN TRIANA como al vehículo GD-5443.

Constitucional y legalmente la Policía Nacional está instituida para los ciudadanos, en su vida, honra y bienes.

" 7° . El vehículo referenciado tanto en los hechos como en el texto de las "Declaraciones' de propiedad de ' Transportes Arimena S.A. ', permaneció retenido por espacio de ciento dos (102) días comprendidos entre el 25 de marzo de 1987 y el 7 de julio del mismo año, retención que no solamente afectó económicamente a la Empresa ' Transportes Arimena S.A. ' por concepto de lucro cesante, sino moralmente al deteriorarse la buena reputación.

" 8° . Los medios de comunicación radiales de Villavicencio, sede principal de la Sociedad demandante, dieron amplia publicidad a un supuesto decomiso de sustancias químicas en el vehículo de autos, destinadas a la elaboración de drogas alucinóganas. Esas publicaciones radicales causaron notable y grave perjuicio, tanto moral como comercialmente a la sociedad ' Transportes Arimena S.A.' , con el agravante de que la Policía Nacional nunca las aclaró ni rectificó.

" 9° . Con la actuación en referencia de la patrulla policial, se lesionaron legítimos derechos de 'Transportes Arimena S.A.', como se demostrara en el Capítulo sobre 'Concepto de la Violación' de este mismo escrito." (fl.2 y 3 C.).

2. *Trámite de la primera instancia.* La demanda se admitió y el auto admisorio se notificó a la demandada, la cual compareció al proceso mediante apoderado especial y solicitó la prácticas de prueba; decretadas y practicadas, el apoderado de la entidad demandada alegó de conclusión y el Fiscal del Tribunal rindió su vista fiscal.

El apoderado de la Nación, invocando en su favor la sentencia del 23 de abril de 1987, pronunciada por esta Sala, arguye que la Policía dejó el asunto en manos de la justicia al día siguiente de ocurridos los hechos y que la responsabilidad del Estado por la actividad de la justicia no se reconoce en nuestro derecho.

El Fiscal del Tribunal comparte y refuerza estos argumentos para concluir que se deben negar las peticiones de la demanda.

3. *Fallo consultado.* El *a-quo* apoyó sus decisiones en consideraciones del siguiente orden :

a. La actuación de la Policía estuvo ajustada a derecho.

b. Por consiguiente no existe falla de servicio.

c. Los agentes cumplían funciones de policía judicial, casos en los cuales, los perjuicios ocasiondos deben indemnizarse con fundamento en la tesis del " Daño especial".

Sobre este último aspecto, expresa :

" Pero la circunstancia de que la Policía Nacional, o, en general, la Policía Judicial, sea colaboradora o auxiliar de la rama jurisdiccional, no significa que las

funciones que desarrolla ese organismo en ejercicio de sus atribuciones se puedan considerar como de naturaleza jurisdiccional. Esas funciones son administrativas, no solo en razón a que son ejercidas por personas vinculadas a la rama administrativa sino en cuanto a que en realidad sus actuaciones no constituyen decisiones de carácter jurisdiccional, como aquellas que adoptan los jueces.

"En Estas condiciones surge la conclusión de que la Nación si es responsable de las actuaciones desarrolladas por la Policía Nacional en su condición de auxiliar o colaboradora de la rama jurisdiccional. Y en estas condiciones se tiene que si las disposiciones legales y, sin embargo, se causa un daño a un particular en sus bienes o en su persona, el fundamento de la responsabilidad encuentra su apoyo en la tesis del daño especial por el rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas, pues si bien es cierto que la actuación de la administración resulta válida, el particular afectado con la misma, aunque debe soportar esa carga pública, tiene el derecho a que el Estado, en representación de todos los ciudadanos, lo indemnice. Por el contrario, si la actuación de la Policía Judicial no se desarrolla dentro de los parámetros legales, se presenta una falla del servicio, la cual, en consecuencia, se convierte, igualmente, en fundamento de la responsabilidad de la administración" (fl.106 C.1).

Más adelante concluye :

"Como no se presenta la falta del servicio cabe, entonces, el análisis dirigido a establecer si la Nación es responsable con fundamento en la tesis del daño especial. Se encuentra demostrada la actuación originaria de la Policía Nacional que dio lugar a que el vehículo de propiedad de la Sociedad demandante hubiese permanecido retenido, inicialmente a órdenes de esa entidad y luego de las autoridades judiciales, entre el 25 de marzo y 4 de junio de 1987, la cual, como ya se anotó, se encuentra ajustada a la legalidad. También se encuentra comprobado que la actuación de la administración le causó un daño a la sociedad demandante, como fue en de la retención del vehículo de su propiedad entre las fechas mencionadas; se tiene en cuenta la fecha del 4 de junio de 1987 y no la de 7 de julio de ese año, pues en la primera se hizo la entrega provisional por el juzgado penal de circuito de Cáqueza, la cual no impedía que el vehículo se pusiera en funcionamiento para obtener los ingresos que el demandante pretende, pues la única limitación, que el demandante tenía era el de no efectuar ninguna transacción comercial con el vehículo." (fl.108).

4. Trámite de la consulta. Ante esta Corporación alegaron, en la oportunidad procesal, el apoderado judicial de la Nación y el Señor Agente del Ministerio Público. El primero insiste en su tesis según la cual los hechos de la justicia no comparten la responsabilidad patrimonial del Estado.

El señor Fiscal Décimo de la Corporación pide se confirme el fallo consultado para lo cual razona de esta manera :

" De lo anteriormente expuesto y de las pruebas que obran en el proceso, fluye con claridad que la Policía Nacional, en su condición de auxiliar o colaboradora de la rama jurisdiccional, ejerció funciones en un todo acordes con las disposiciones legales y de policía, al capturar a una persona y retener los elementos con los que presumiblemente se estaba infringiendo la ley penal, y ponerlos a disposiciones del Juzgado respectivo, ya que se estaba frente a la posibilidad de la comisión de alguno de los delitos contemplados en la Ley 30 de 1986.

" Sin embargo, la circunstancia de que posteriormente, con base con las diferentes probanzas llevadas a cabo por parte del juzgado respectivo, tales como la Indagatoria del sindicado, declaraciones y dictámenes del Instituto de Medicina Legal, se haya llegado a la conclusión de que no se cometió delito alguno, no es suficiente para afirmarse- como bien lo sostiene el Tribunal *a-quo* en la sentencia consultada, que se presentó una falla del servicio, toda vez que la conducta de los agentes de la Policía Nacional, al retener el vehículo y capturar al conductor no podía ser otra. Sólo al establecer por medio de las autoridades competentes, qué clase de sustancia era la que se transportaba, y si era una sustancia que servía o nó para el procesamiento de la cocaína, se podía afirmar si se presentaba o no la comisión de un delito.

" En el caso en estudio no se presenta la Falla del Servicio, pero se ha causado un daño a un particular. Como bien lo dice el Tribunal *a-quo* el fundamento de la responsabilidad encuentra su apoyo en la tesis del daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues si bien es cierto que la actuación de la administración resulta, completamente válida, tambien es cierto que el particular afectado, aún cuando deba soportar esa carga pública, tiene todo el derecho a que la administración lo indemnice.

" De igual manera, considera este despacho, que la tesis del error judicial, alegadas por el apoderado de la demanda no es de recibo en este caso, ya que, ni se demandó la responsabilidad de la Nación (Ministerio de Justicia) por error judicial, ni las funciones que realizaron los agentes de la Policía Nacional del Municipio de Guayabetal, se pueden considerar como de naturaleza jurisdiccional, como sí lo son aquellas que realizan los jueces. " (fl. 126 a 127 C.1).

LA SALA CONSIDERA

Se debe recordar, en primer lugar, que la consulta fue establecida por la ley en favor de las entidades públicas que resulten desfavorecidas en la sentencia de primera instancia.

Dicho lo anterior, se advierte que en el proceso aparecen probados estos hechos :

a. Que luego de una requisa policial, el 25 de marzo de 1987, en el Municipio de Guayabetal, fue retenida la camioneta marca Dodge de placas GD-5443, cuya

propietaria era la firma Transportes Arimena S.A., por cuanto en ella se transportan tres bultos de sulfato de potasio.

b. El vehículo fue puesto a órdenes del Juzgado Promiscuo Municipal de Guayabetal, Despacho que investigaba el caso, el 6 de abril de 1987 (fl.29).

c. El Instituto de Medicina Legal conceptúo que la mercancía transportada correspondía a "sulfato de potasio comercial" (fl.41), sustancia no catalogada como apta para elaboración de estupefacientes (fl.40).

d. El 30 de mayo de 1987, el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza ordenó la cesación de todo procedimiento respecto del conductor de la camioneta por cuanto los hechos investigados no tipificaban delito alguno; la misma providencia dispuso la entrega del vehículo a la firma Transportes Arimena S.A., diligencia que cumplio el 4 de junio siguiente.

e. El Tribunal Superior confirmó lo resuelto por el Juzgado; el 27 de agosto del mismo año se entregó, de manera definitiva, el automotor a su propietaria.

No hay duda de que la actuación cumplida por la policía nacional, en ejercicio de funciones de policía judicial, reviste carácter administrativo; la colaboración que presta a la función jurisdiccional no le cambia su naturaleza; lo anterior fuera a concluir que el debate sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho judicial está fuera de lugar, tomando en consideración que la actora fundó sus pretensiones en la conducta de la policía y no en la del Juez que conoció el caso.

El calificativo de Jurisdiccionalidad de la jurisprudencia francesa dió a la actividad de la policía judicial para hacer campo aparte, en materia de responsabilidad extracontractual, respecto de la policía administrativa, ha sido duramente criticada por la doctrina de este país; Rivero, por ejemplo, la tacha de arcaica ("Droit Administratif" Dalloz, 10ªed. , pag.306) y Georges Vedel de absurda (" Droit Administratif " . P.V.F. , 1976; pags. 427 y ss.). Para llegar a esa drástica conclusión, el último autor, hace un análisis comparativo que clarifica ampliamente el asunto: si un peatón es herido, imprudentemente y sin su culpa, por el disparo de un gendarme, su situación - de acuerdo con la tesis que censura- varía notablemente por circunstancias que no deberían influir en su determinación; en efecto, si la operación era de policía administrativa el Estado estará obligado a reparar el daño; en cambio si la actuación era de la policía judicial la víctima no podría reclamar indemnización alguna, salvo que el gendarme haya actuado con culpa grave o dolo, caso en el cual su responsabilidad personal quedará comprometida.

Con este punto de partida, la Sala observa en el *sub-lite* está descartada la falla del servicio de la Policía; sobre el particular el *a-quo* apreció correctamente los hechos para deducir que la actuación policiva fué legítima a contrapelo de juicio que hace el actor, quien funda su pretensión en la falla del servicio.

A continuación se transcriben algunos apartes del fallo de primera instancia que contienen una argumentación suficientemente sólida para respaldar esta tesis:

> " En el presente caso resulta claro que los miembros de la Policía Nacional al retener el vehículo de propiedad de la sociedad demandante actuaron de conformidad con las atribuciones legales de policía judicial que tenía asignadas en el Código de Procedimiento Penal anterior- decreto 409 de 1971-, pues esas normas le permitían en caso de flagrancia cuosiflagrancia (sic) capturar a la persona que ejecutaba o acababa de ejecutar una infracción penal, así como retener los elementos con los cuales se había cometido el ilícito, con la obligación de poner a disposición del respectivo juez al capturado, como los mencionados elementos. Y como al efectuar una requisa los miembros de la Policía Nacional acantonados en la población de Guayabetal, ubicada sobre la carretera que de Bogotá conduce a Villavicencio, advirtieron que en el vehículo de placas GD-5443 de propiedad de la demandante se transportaban tres bultos que, según la factura de compra contenían sulfato de potasio, pero ante la posibilidad de que se tratara de una sustancia que sirviera para el procesamiento de estupefacientes, procedieron, como lo podían hacer, a efectuar la captura del conductor y la retención del vehículo, pues se estaba frente a la posibilidad de la comisión de alguno de los delitos previstos en la ley 30 de 1986. La circunstancia de que con posterioridad se hubiera establecido que efectivamente la sustancia transportada en el vehículo era sulfato de potasio y que ésta no sirve para la elaboración de estupefacientes, no significa que la actuación de la Policía Nacional hubiese contrariado las normas legales, pues la función de la Policía Judicial exige la intervención en los eventos en que fundamenta se advierte la posibilidad de la comisión de un delito y se esté en presencia de una flagrancia o cuasiflagrancia. No se puede deducir una falla del servicio cuando se presenta el evento de que fundadamente se crea que se ha cometido un delito y posteriormente se establezca que no ha ocurrido así, sobre todo cuando la definición de ese aspecto está sometido a un dictamen técnico o científico que las autoridades de la Policía Judicial no están en condiciones de rendir o buscar la manera de que se rinda por otras autoridades antes de tomar las medidas de captura de personas y retención de elementos que la ley les permite adoptar. En el presente caso los miembros de la policía Nacional que retuvieron el vehículo y capturaron al conductor no tenían la manera de establecer en forma científica si la sustancia que se transportaba sería o no para procesar estupefacientes y, por tanto, su obligación quedaba reducida a poner el caso en conocimiento de la autoridad jurisdiccional competente para que por su intermedio se ordenaran las verificaciones y pruebas correspondientes, como, en efecto, lo hizo." (fls.106 a 108).

Descartada la falla del servicio, el Tribunal dedujo la responsabilidad del Estado con fundamento en la teoría del daño especial; esta doctrina introducida por la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de 1947, se funda en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, aplicación del principio más general de la igualdad de las personas ante la ley, consagrado hoy por el artículo13 de la Constitución Política.

" La solución de principio exige, para que un daño sea reparado, que presente dos caracteres distintos y acumulativos: el perjuicio debe ser *anormal* y *especial* ".

" La anormalidad del perjuicio indemnizable corresponde a la idea simple de que la vida social implica inconvenientes y que sólo si estos incovenientes traspasan cierto 'umbral', cierto nivel, dan derecho a reparación".

(. . . .

" En cuanto a la 'especialidad' del daño, es esta una característica más cualitativa que cuantitativa; lo que interesa finalmente al magistrado administrativo, cuando tiene que apreciar este antecedente, no es tanto el número escaso de personas susceptibles de reclamar una indemnización, como su pertenencia a un pequeño gurpo fácil de identificar" (Jacques Morean, "La Responsabilidad Administrativa en el Derecho Francés, obra colectiva de "La Responsabilidad de la Administración Pública". U. Externado de Colombia. 1986 - pag. 91 y 92).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado había derivado la responsabilidad del Estado de los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 35, 39, 43, 44 y 51 de la Constitución Política que rigió hasta el 6 de julio de 1991; la vigente a partir de esa fecha consagra, de manera expresa, en el artículo 90 :

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

La nueva regla constitucional es totalmente compatible con los desarrollos jurisprudenciales que, en el campo específico que se analiza, han estado acordes con la doctrina; para traer un ejemplo, la Sala cita la sentencia del 20 de febrero de 1989, Consejero Ponente Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo, por medio de la cual, en la parte que interesa, dijo :

" Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, *causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado,* un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.

" La existencia del Estado y su funcionamiento implican incomodidades o inconvenientes para los asociados, que estos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral : el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aun por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla,

resarciendo los perjuicios que de tal manera hayan podido causarse, porque la equidad así lo impone. Con base en similares argumentos ha dicho esta Corporación:

" Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, 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 mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad, que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencias del Estado. (Sentencia del 28 de octubre de 1976: "ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO". Tomo 91, Nos. 451-452, pag. 710 y 711).'

" Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad. Por ello es quizás aquella en la cual el fundamento mediato de la responsabilidad, que consiste en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas que campea en Constitución, opera de manera directa". (subraya la Sala). (Extractos de Jurisprudencia, Tomo III; Enero, Febrero y Marzo de 1989, págs. 249 y 250).

A la misma conclusión se llega si, en lugar del daño especial, se toma en cuenta el concepto de lesión, la cual, al decir de Lorenzo Martín - Retortillo Baquer, "...pasa a ocupar un puesto central logrando un protoganismo decisivo en la nueva configuración de la responsabilidad patrimonial. En el bien entendido que la expresión lesión tiene un significado más estricto que la palabra daño. No cualquier daño será indemnizado, sino sólo aquellos daños jurídicos, aquellos daños a los que el derecho les de alguna relevancia, aquellos daños que no deben ser normalmente soportables: el cambio de lugar de una parada de los autobuses urbanos, el tiempo que hay que aguantar en la cola en la ventanilla de una oficina pública, son considerados así como supuestos en los que las posibles molestias de los ciudadanos no alcanzan la categoría de 'lesión'. Con todo, no se oculta que la fórmula no puede resolver de una vez toda la problemática inherente. Pero aquí entra en juego la tarea de interpretación de los juristas, en las que, por supuesto, juega un papel decisivo la postura del juez a la hora de enjuiciar cada caso." (Subraya la Sala) (obra citada pág116).

En el caso sub-lite, si bien la característica de la especialidad del daño sufrido por la actora en virtud de la actuación legítima de la policía no merece discusión, no se puede afirmar lo mismo en lo que atañe a su anormalidad; en efecto, si como está demostrado, el vehículo se retuvo el 25 de marzo de 1987 y se entregó al Juez competente el 6 de abril siguiente, *la conducta imputable a la actuación policial*

se limita a 12 días comprendidos entre las dos fechas (12 en total), lapso que no supera la contribución normal de toda persona como su cuota de sacrificio en el mantenimiento del orden público y en la represión de los delitos; la retención del vehículo, con posterioridad a esa fecha depende de las órdenes de un juez, cuya acción no ha sido cuestionada en el proceso; por lo demás, esta circunstancia ha sido prevista por el legislador cojuntamente con las herramientas a disposición del particular para recuperar sus bienes comprometidos en un proceso penal (artículo 140 y ss.del C. de P. P.).

En otros términos la prolongación de la retención del vehículo, después de la entrega que hizo la policía al juez competente, si bien pudo causar un daño al actor, no depende con relación efecto-causa de la actuación inicial de la Policia; no estando comprometida la conducta del juez como causa eficiente del perjuicio, falta uno de los presupuestos necesarios para la declaración de la responsabilidad estatal.

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

RESUELVE :

REVOCASE el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de mayo de 1990.

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha, primero (1°) de agosto de mil novecientos noventa y uno (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.

PLIEGO DE CONDICIONES-Naturaleza Jurídica/ **CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION/ SUSPENSION PROVISIONAL**-Procedencia

El pliego de peticiones es un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general. En el sub-lite el pliego prohibe aquello que la ley permite, contraviniendo, por lo tanto su contenido, pues la misma empresa puede ser concesionaria de programas informativos y de opinión, de una parte, y de noticieros, de otra.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE la primera parte del inciso 4°, ordinal b), numeral 1.1. ,literal a), Capítulo VI de los pliegos de condiciones para la concesión de espacios de televisión, licitación pública número 01/91, expedidas por Inravisión, cuyo texto es el siguiente: "Los espacios para programas de carácter informativo, modalidad, opinión se adjudicarán a los proponentes distintos de informativo noticiero."

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto primero (1°) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia : Expediente N° 6802. Actor : Fernando Sarmiento Cifuentes.

El ciudadano FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES, en ejercicio de la acción prevista por el artículo 84 del C.C.A. demanda de nulidad "...la primera parte del inciso 4o. del ordinal b) del numeral 1.1, sobre criterios de evaluación y adjudicación (Capítulo VI, literal a), del pliego de condiciones para la concesión

de espacios de televisión, objeto de la Licitación Pública Nacional Nº 01 de 1991, abierta por el Instituto Nacional de Radio y Televisión - Inravisión- Consejo Nacional de Televisión con fecha 20 de mayo de 1991".

Con la demanda solicita, además, la suspensión provisional del aparte acusado.

En los términos del artículo 154 del C.C.A., compete a la Sala resolver sobre la admisión de la demanda y sobre la petición de suspensión provisional; para hacerlo,

SE CONSIDERA:

1. Naturaleza jurídica del pliego de condiciones.

No hay duda de que la contratación del Estado se produce a través de un procedimiento administrativo ". . . integrado por una serie de actos, hechos, reglamentos y simples actos en que se desenvuelve la función administrativa, o sea la actividad estatal residuaria..." (José Roberto Dromi. "La Licitación Pública" pág. 71); esta circunstancia ha permitido la distinción de varias etapas perfectamente definidas : la precontractual o de preparación del contrato que comprende la autorización de contratar (artículo 150-9 de la Constitución Política y la selección del co-contratante (arts. 27 a 45 del Decreto-Ley 222 de 1983), la de celebración, la del prefeccionamiento, la de la ejecución y la de la liquidación de los contratos.

El desarrollo del procedimiento administrativo precontractual se nutre con actos jurídicos privados de los oferentes o proponentes o licitadores y con actos administrativos unilaterales de la entidad pública; el profesor José Roberto Dromi explica esta materia con máxima claridad :

> " Aplicando lo expuesto a la contratación administrativa, digamos que el procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual se integra además con la actividad que desarrolla a ese efecto el futuro co-contratante del Estado. En otros términos, en la actividad previa a la contratación administrativa, debemos distinguir entre la actividad que desenvuelve la Administración por un lado y la ejercida por el particular o ente público en su caso por el otro. Ambas actividades se canalizan por las fuentes o formas propias de exteriorización previstas por el ordenamiento jurídico. Esto es, como ya vimos, la de la Administración a través de actos, hechos, reglamentos y simples actos; en tanto que la de los oferentes -eventuales co-contratantes-, a través de actos y hechos jurídicos particulares. Los primeros están regulados por el Derecho Administrativo, en tanto una persona una persona física o jurídica privada, están regulados por el Derecho Civil o Comercial. Si el oferente fuere un ente público -supuesto de los contratos interadministrativos- los actos y hechos que emita o ejecute serán administrativos y de suyo regulados también por el Derecho Publico.

En suma, el procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual del Estado y del oferente - ulteriormente adjudicatario y co-contratante- está integrado por una serie de actos jurídicos, hechos jurídicos, actos administrativos, hechos administrativos, reglamentos administrativos y simples Actos de la Administración. A estas seis formas jurídicas, regidas las dos primeras por el Derecho Privado y las cuatro últimas por el derecho Público, se reduce toda la actividad jurídica desarrollada precontractualmente por los oferentes y el estado, respectivamente.

" Si ejemplificamos, en la actividad precontractual, preparatoria, provisional o preliminar del contrato administrativo, encontramos hechos jurídicos privados o de particulares, como la compra del pliego, la presentación de la oferta, el retiro de la oferta, la constitución de la garantía, la solicitud de inscripción en los registros respectivos, la formulación de observaciones e impugnaciones en el acto de apertura, etcétera.

" Además, y consecuentemente con lo expuesto, encontramos actos administrativos, como el llamado a licitación, la admisión, la exclusión de oferente, la recepción de propuestas, la adjudicación; y si el procedimiento de contratación fuere el concurso, los ejemplos podrían ser : el llamado a concurso, la admisión, la aprobación, el nombramiento, etcétera. Por otra parte, tienen carácter reglamentario, parcialmente, el pliego de condiciones, las bases del concurso, y en un todo, el Reglamento de Contrataciones del Estado aplicable al caso. Por último son simples actos de la Administración, , los informes, dictámenes, proyectos, valorizaciones de antecedentes etc., y hechos de la administración, la actuación material de recepción de ofertas, publicaciones, anuncios, registraciones, etcétera.

" Como consecuencia de lo dicho, podemos afirmar que la selección del con-contratante por cualquier procedimiento (licitación pública, licitación privada, contratación directa, remate público, concurso, etc), no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos, reglamentos y simples actos de la Administración que reciben concurrencia y colaboración de los particulares a través de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente fuere una persona privada.

" El acto final de selección (adjudicación, designación , etc.) es siempre la consecuencia proveniente de un procedimiento previo. 'El sistema estatal de selección de contratista es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación'.

" La selección del co- contratante se pone de manifiesto por medio de actos, hechos, reglamentos y simples actos de la Administración, los que a su vez son expresiones concretas de un procedimiento que prepara y gesta un contrato de la Administración. En otros términos, para abrir a la celebración

de un contrato de la Administración es necesario realizar una compleja serie de actos y hechos previos, los que en su conjunto representan un procedimiento administrativo." (La Licitación Pública, Profesor José Roberto Dromi, Editor Astrea, Buenos Aires. 1985).

De otra parte, para la selección del contratista, la Administrativo dispone de varios mecanismos cuya utilización depende del cumplimiento de las condiciones de la ley; se tiene, la contratación directa, la licitación privada o el concurso de méritos de igual naturaleza, y la licitación o concursos públicos, constituyendo éste último la regla general (art. 29 del decreto 222).

La licitación constituye también un procedimiento administración, "...es decir una sucesión continúa y encadenada de actos sucesivos, *cada uno de los cuales tiene la finalidad específica y todos tienden a un resultado final* en función del cual se entroncan y armonizan. Sin perjuicio del significado y finalidad inherentes a cada uno de los actos, todos participan del objetivo común que es el de desembocar en el *acto final del procedimiento :* la selección de la propuesta adecuada o frustrada la finalidad - la conclusión de que ninguna de las mismas es satisfactoria o de que no tienen condiciones jurídicas para ser aceptadas.

" 9. Cada acto del procedimiento tiene una función específica, la cual sólo es explicita lógicamente a la luz de su función dentro del contexto, que es la de condicionar y proporcionar la irrupción del y de los actos subsecuentes, hasta que pueda surgir el acto final en vista del cual están preordenados todos los anteriores.

" 10. No debe confundirse las finalidades de los actos del procedimiento - específicas y genéricas - con la finalidad del procedimiento en sí. La finalidad genérica de los actos internos del procedimiento es la generación del acto final : la determinación de una propuesta satisfactoria, salvo que existen vicios jurídicos o inconvenientes en las propuestas en general. La finalidad del procedimiento concebido como unidad es la realización de un contrato.

" En consecuencia, los actos procesales tienden a crear un *último acto unilateral,* que se incluye dentro del propio procedimiento. En forma diferente, el procedimiento licitatorio, como un todo, tiende a proporcionar la creación de *un acto bilateral,* externo al procedimiento, si bien condicionado por éste : contrato ". (Celso Antonio Bandeira de Mello. " El llamado a concurso en los Licitantes ". Contenido en la obra colectiva " El Derecho Administrativo en Latinoamérica " Vol. I. págs. 170 y 171).

De esa pruralidad de actos administrativos, individualizados por sus finalidades específicas propias y ligados por la finalidad común, se destaca el pliego de condiciones; se trata de un acto unilteral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerden y se ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponde a la

de un acto administrativo general entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas.

La apreciación anterior se confirma con la definición legal de la licitación pública establecida en los artículos 27 y 28 del Decreto 222 de 1983; a todo con esos preceptos, la licitación pública se caracteriza porque la invitación a contratar se hace públicamente, a un número indetermedio de personas, por los medios de publicidad que prevé el artículo 30, inciso 3° del mismo decreto; el pliego de condiciones está creando situaciones jurídicas a ese número prural e indeterminado de personas, en relación con todos y cada uno de los temas de que trate, bien por mandato de la ley (ordinal 2° artículo 30 ibídem) o bien por razones de conveniencia para el servicio público.

2. Descubrir la naturaleza jurídica del acto cuya nulidad se demanda revestía importancia para deducir la procedencia de la acción de nulidad a cuyo ejercicio se acoge el actor para censurarlo ante la jurisdicción.

Establecido el carácter de acto administrativo general que detenta el pliego de condiciones para una licitación pública (como es el caso), su control por el contencioso de nulidad no se puede remitir a duda, razón que unida al cumplimiento de las exigencias del art. 137 del C.C.A. impone la admisión de la demanda.

3. *La suspensión provisonal.*

Alega el actor, para favorecer su solicitud, "la violación ostensible y manifiesta, perciba a través de su simple comparación, del parágrafo del artículo 38 de la Ley 14 de 1991".

Manda la Ley :

> "Las empresas concesionarias de espacios para la programación de noticieros no podrán serlo de espacios para otra clase de programas, excepto informativos y de opinión, y no les será aplicado el porcentaje mínimo señalado en este artículo."

Dispone el pliego de condiciones :

> " Los espacios para programas de carácter informativo, modalidad opinión, se adjudicaron a los proponentes distintos de informativo noticiero.".

La contradicción de los dos textos es evidente, el pliego prohibe aquello que la ley permite, contraviniendo, por lo tanto, su contenido; en efecto la ley estableció como regla general el impedimento para que una empresa concesionaria acumule programas- noticieros con los de otra clase; salvo - y esta es la excepción - que se trata de programas informativos y de opinión. En otros términos, la misma empresa

puede ser concesionaria de programas informativos y de opinión, de una parte, y de noticieros, de otra.

El pliego niega esta posibilidad en quebranto ostensible de la ley.

Están pues, cumplidas las condiciones que señaló el artículo 152 del C.C.A. para proceder a decretar la suspensión provisional del acto.

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

RESUELVE :

PRIMERO : Se admite la demanda de nulidad presentada por el ciudadano Fernando Sarmiento Cifuentes.

SEGUNDO : Notifíquese al señor agente del Ministerio Público y al señor Director Ejecutivo de Radio y Televisión -INRAVISION.

TERCERO : Fíjese en lista por el término de cinco (5) días.

CUARTO : Al Instituto Nacional de Radio y Televisión - INRAVISION- solicítese el envío de los antecedentes administrativos.

QUINTO : Suspéndese provisionalmente la primera parte del inciso 4°, ordinal b), numeral 1.1., literal A., Capítulo VI de los pliegos de condiciones para la concesión de espacios de televisión, licitación pública N° 01 de 1991, expedidos por el Instituto Nacional de Radio y Televisión -INRAVISION-, cuyo texto es el siguiente:

" Los espacios para programas de carácter informativo, modalidad opinión, se adjudicaron a los proponentes distintos de informativo noticiero ".

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida por la Sala en sesión de fecha.

Carlos BetancurJaramillo, 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 POLICIA/FALLA PERSONAL DEL AGENTE- Inexistencia

El abandono del servicio por parte del Cabo de Policía, su arribo en horas de la madrugada por la puerta trasera porque se encontraba "volado" o evadido, la disposición abusiva de la pistola, la solicitud, a otro agente, de proyectiles para dicha arma que indebidamente había salido del armerillo, sin lugar a dudas comporta una serie de hechos que reunidos constituyen una falla en el servicio, porque entre los deberes inherentes a la policía, en esos momentos estaba el de custodiar la pistola, así ésta fuera propiedad particular y no se cumplio. La falla personal de los agentes no se encuentra debidamente comprobada ni es posible aceptarla como una evidencia, porque los daños que produjeron los hechos criminales no pueden escindirse del servicio.

PRUEBA TRASLADADA- Valor probatorio/ **PREJUDICIALIDAD PENAL-** Improcedencia/ **SENTENCIA PENAL-**Valor probatorio

No es circunstancia exculpativa de responsabilidad de la admisión el solo hecho de que penalmente sean absueltos los procesados, a menos que lo sean, porque el hecho que ocasionó el perjuicio no existió; o porque no fue cometido por el acusado; o porque éste obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una legítima defensa. El acusado puede penalmente ser declarado inocente, pero esa declaración no tiene porqué incidir en el juzgamiento administrativo de sus actos, como agente oficial, salvo en las situaciones antes mencionadas. No se presenta conflicto alguno en que simultaneamente se someta al juzgamiento de la justicia penal y lo contencioso administrativa el mismo hecho. Tan independientes son ambos procesos que no hay lugar a la aplicación de la perjudicialidad penal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto dos (2) de mil novecientos y uno (1991).

Consejero ponente : *Daniel Suárez Hernández*

Referencia : Expediente Nº 6155. Actor : Doris Stella Delgado Zamora y otros.

Cumplida la tramitación que corresponde a la segunda instancia, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora la sentencia de 20 de marzo de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, por la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1º La demanda.

La señora Doris Stella Delgado Zamora en su propio nombre, y como representante de sus menores hijos Andrés Mauricio y David Hernando Salas Delgado; y, Placido Raul Salas España, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Nariño para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas :

" PRIMERA.- LA NACION (Mindefensa- Policía Nal), son responsables civilmente de todod los daños y perjucios, tanto morales como mareriales, ocasionados a su esposa señora DORIS STELLA DELGADO ZAMORA, a sus pequeños hijos , los menores : ANDRES MAURICIO SALAS DELGADO y DAVID HERNANDO SALAS DELGADO, la primeraa mayor de edad y vecina de éste Municipio, y a su padre señor PLACIDO RAUL SALAS ESPAÑA, igualmente mayor y vecino de Pasto, por la muerte violenta de que fué víctima el señor HERNANDO JAIME SALAS DIAZ, esposo legítimo de la primera, padre legítimo de los dos siguientes e hijo legítimo de la tercera persona citada, en hechos sucedidos el día catorce (14) de agosto de Mil Novecientos Ochenta y Ocho (1988), en el municipio de la Unión (Nar.), cuyo cadáver fue dejado por los homicidas en el sector del Puente sobre el Río Mayo correspondiente a la misma jurisdicción territorial, el hecho Punible de Homicidio en concurso con Hurto, fue cometido por miembros de la Policía Nacional acantonada en el Municipio de la Unión (Nar.), en una evidente falla del servicio de vigilancia.

" SEGUNDA .- CONDENASE A LA NACION (Mindefensa-Polícia Nal), a pagar a : DORIS STELLA DELGADO ZAMORA en su propio nombre y en representación de los menores : ANDRES MAURICIO SALAS DELGADO y DAVID SALAS DELGADO, y a PLACIDO RAUL SALAS ESPAÑA, la primera y el último mayores de edad, vecinos de éste Municipio, identificados como ya se estableció anteriormente, por intermedio de su apoderada: todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte injusta de : HERNANDO JAIME SALAS DIAZ, conforme a la siguiente liquidación o a lo que se demuestre en el proceso.

" A). Veinte millones de pesos ($20.000.000.oo) por el concepto de lucro cesante, correspondiente a las sumas que el occiso HERNANDO JAIME SALAS

DIAZ, dejó de producir en razón de su injusta y prematura muerte y por todo el resto posible de vida que le quedaba, en la actividad económica a que se dedicaba : comerciante, habida cuenta de su edad al momento del insuceso (33 años), y a la esperanza de vida calculada conforme a las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

" B). Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, por razón de gastos de funerales, diligencias judiciales, honorarios de Abogado etc. conforme a lo que se demuestre dentro del proceso, o al equivalente en moneda Nacional de Hasta 4.000 gramos de oro en aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 107 del C.P.

" C). El equivalente en moneda Nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales o '*petitum doloris*', consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del artículo 106 del C.P y máxime cuando este hecho ha sido cometido por las autoridades armadas del Estado, que tiene como misión velar por la vida de los asociados, como lo es el homicidio agotado en su: esposo, padre e hijo.

" D). Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.

" TERCERA.- LA NACION dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria ". (Fols. 1 y 2).

2° *Fundamentos de hecho.*

En la primera parte de los hechos consignados en la demanda, se informa que la señora Doris Stella Delgado contrajo matrimonio con el señor Hernando Jaime Salas Díaz el 20 de marzo de 1985, en el Juzgado Civil Municipal de Pasto, de cuya unión nacieron los menores David Hernando y Andrés Mauricio Salas Delgado. También se refiere, que el hoy occiso Hernando Salas Díaz era hijo de Plácido Raul Salas España y Elia María Díaz, de cuyo matrimonio nació el 29 de agosto de 1955 en la ciudad de Pasto.

Alude el libelo a las muy buenas relaciones entre Hernando Jaime Salas Diaz, su esposa, sus hijos y su progenitor, frente a quienes actuaba como excelente esposo, padre e hijo, además de construirse en el centro de la actividades familiares y económicas dadas sus magnificas condiciones personales y su profesión de comerciante, que le permitía ingresos aproximados de $50.000.oo mensuales y mantener un cómodo vivir, junto con las personas que de él dependían.

La segunda parte de los hechos, relacionados directamente con los insucesos que originaron este proceso, se relata así en la demanda.

" 7. Sucedió que en las primeras horas de la madrugada del día domingo catorce (14) de Agosto de Mil Novecientos Ochenta y Ocho (1988), a eso de la una o dos pocos más o menos, fueron ultimados a balazos los señores : HERNANDO JAIME SALAS DIAZ, GERARDO RUIZ BURBANO Y RAIMUNDO HERNANDO DIAZ JOJOA, en el municipio de la Unión (Nar.), cerca de la cabecera municipal, dejando abandonados los cadáveres de dichas personas en el sector del puente sobre el Río Mayo, de la misma jurisdicción territorial. Se tiene conocimiento que en la tarde del día sábado trece (13) de Agosto de Mil Novecientos Ochenta y Ocho (1988), las personas mencionadas estuvieron tomando cerveza en la agencia de Transportes llamada " Taboga ", y luego tomaron brandy en las horas de la noche en el establecimiento llamado : " Mediterráneo ", ubicado dentro del perímetro urbano de la población de la Unión, en este establecimiento fueron vistos hasta las doce de la noche, hora en que emprendieron el viaje de regreso con dirección a la ciudad de Pasto en el vehículo Toyota cabinado de color habano claro, en el cual se transportaron los que minutos más tarde serían los occisos.

" Tambien se conoce que los móviles (sic) del hecho punible del homicidio consumado en las tres personas en comento, fue hurtarle dinero que en bastante cantidad había recogido en la población de la Unión (Nar.), el señor HERNANDO JAIME SALAS DIAZ con motivo de la venta de unos títulos de ahorro cafetero TAC a distintas personas en las horas de la tarde del día sábado trece (13) de Agosto del año próximo pasado.

" La muerte a balazos de HERNANDO JAIME SALAS DIAZ, como la de sus acompañantes, ocurrió hacia las afueras de la población de la Unión después de las doce de la noche del día sábado trece (13) para amanecer Domingo catorce (14) de Agosto de mil novecientos Ochenta y Ocho (1988).

" El cabo de la Policía Nacional : OLVER OVIDIO LOPEZ SALAZAR , se aprovisionó de la pistola Carl Walter número 329432 de propiedad del sargento Moncaleno pistola que fue disparada, cuyo proyectil fué encontrado en la puerta del Toyota donde viajaron los ahora: occisos; se conoce tanto el cabo LOPEZ SALAZAR como el agente de la Policía Nacional : HELMER CORREA, participaron en los hechos, el primero fué observado cuando en horas de la tarde del sábado trece estuvo con el procesado EDUARDO ERASSO paseando en su vehículo ; contra ERASSO pesa igualmente medida precautelativa dentro del proceso Penal que se adelanta; el segundo de los nombrados CORREA : Fué visto cuando abordó en horas de la noche el vehículo de los ahora occisos en compañía de otro agente de la Policía Nacional, contraviniendo principios Constitucionales: que la Policía: sus miembros están encargados de custodiar la vida de los ciudadanos y no de cegarla (sic) . Existen muchas otras pruebas dentro del informativo que han determinado los correspondientes autos de detención, los que se han mantenido vigentes.

8. " Por esta razón existe responsabilidad de la Nación, ya que los miembros de la Policía: Cabo segundo OLVER OVIDIO LOPEZ SALAZAR y el agente

HELMER CORREA estaban adscritos a una Entidad de carácter Nacional, y el poseedor de Ellos, (sic) reviste graves fallas en el servicio, pues al dar muerte al señor HERNANDO JAIME SALAS DIAZ, realizaron un acto arbitrario, injusto, innecesario, extremo, y delictuoso, dándole a las armas de la Nación un uso inadecuado, falla que se inicia desde el mismo momento en el que el cabo de la Policía Nacional acantonado en la Unión (Nar.), LOPEZ SALAZAR, se aprovisiona de la pistola Carl Walter 329432 le suministra permiso al agente CORREA, quien abordó el vehículo Toyota donde ocurrieron los hechos, la policía incurrió por parte de éstos dos miembros en una falla del servicio, de acuerdo a su misión oficial, así uno de ellos no se encontrara en servicio, era la de proteger a los ocupantes cuando los observaron embriagados, decomisándoles el carro y depositando tanto el vehículo como a las personas en el comando de la Policía , y no subirse a éste para darles muerte". (Fols 4 y 5).

3° *Trámite.*

La Policía Nacional, parte demandada, se opuso a las pretensiones de los actores porque consideró que los miembros de esa Institución sindicados por los hechos ilícitos "no se encontraban de servicio, ni mucho menos uniformados, razones estas necesarias en la demostración de la falla de la administración y/o la falla del servicio, pues es necesario que las armas sean del Estado...". (Fol.58).

Evacuada la mayoría de las pruebas se corrió traslado para presentar alegato de conclusión (Fol. 116 C.1).

Oportunamente, las partes presentaron sus alegatos de fondo, reinterando sus tesia iniciales de acuerdo con los intereses a su cargo, en el sentido de encontrar demostrados los elementos de una falla del servicio, según la demandante y, la inexistencia de esa falta, a juicio de la parte demandada. (Fols. 121-126 C.1).

El Ministerio Público conceptúo desfavorablemente a las pretensiones de los actores. (Fols. 141-147 C.1).

4° *La Sentencia recurrida.*

El Tribunal Administrativo de Nariño en decisión visible a folios 152 a 163, del cuaderno principal, denegó las súplicas de la demanda; para llegar a tal conclusión consideró que los miembros de la Policía Nacional acusados por los delitos que originaron la muerte de Hernando Jaime Salas y sus acompañantes no actuaron en cumplimiento de sus funciones policiales, ni con armas de dotación oficial, de donde les deduce una responsabilidad individual y ajena a la administración. En los siguientes apartes del fallo, se concreta el sentido del mismo:

" No parece en el proceso penal prueba alguna directa de que la muerte de los señores HERNANDO JAIME SALAS DIAZ, WILSON RUIZ BURBANO y

HERNANDO DIAZ JOJOA, haya sido causada con utilización de las armas de dotación oficial asignadas a quienes aparecen inculpados de este triple homicidio.

" Al proceso penal, además de los miembros de la Policía Nacional aparecen vinculadas dos personas ajenas a dicha institución, los señores EDUARDO ERASSO, alias ' El Taurino ' y OSWALDO EFREN DIAZ CORDOBA, como Coautores del Delito de 'Homicidio' y 'Hurto'

' Dentro del trámite del presente proceso se solicitó recibir declaración a los propios inculpados, lo que se ordenó realizar teniendo en cuenta los antecedentes existentes en las copias del proceso penal. Como dichas copias no se allegaron antes de vencerse el término probatorio no fué posible obtenerlas, sin embargo ha de tenerse en cuenta que los inculpados, si nó confesaron en el proceso penal ni en las diligencias disciplinarias adelantadas por la Policía Nacional a través de sus funcionarios competentes, menos irían a confesar en este proceso. Las demás pruebas solicitadas por la parte actora estaban orientadas a demostrar la relación de dependencia económica de los demandantes con relación al occiso HERNANDO JAIME SALAS DIAZ, prueba esta válida para acreditar el monto de una idemnización como complemento de un fallo ascedente a las peticiones de los demandantes.

" Ante la ausencia de pruebas directas que demuestren que los implicados OLVER OVIDIO LOPEZ SALAZAR y HELMER CORREA MOLINA actuaron al cometer el crimen en cumplimiento de sus funciones policiales y utilizando sus armas de dotación oficial, y al existir otros implicados ajenos a la institución de la Policía, como lo son EDUARDO ERASO, alias " El Taurino " y OSWALDO EFREN CORDOBA,no puede deducirse responsabilidad al Estado Colombiano-Policía Nacional -la actuación de los cuatro Coautores del Homicidio y Hurto, los responsabiliza a ellos individualmente. El Cabo Segundo OLVER OVIDIO LOPEZ SALAZAR y el Agente HELMER CORREA MOLINA, como ya se dijo antes, de acuerdo a los testimonios que obran en el proceso penal se encontraron fuera del servicio en el momento de cometer los delitos por los cuales se les dictó Resolución Acusatoria.

" La Resolución Acusatoria identifica a los acusados por sus nombres, con prescindencia de su condición de miembros de la Policía Nacional. Esa circunstancia de haber cometido el delito en momentos en que no estaban prestando el servicio, ni por tanto realizando un operativo Policial implicó que la investigación no la realizara un Juzgado de Instrucción Penal Militar sino la Justicia Penal Ordinaria.

" No hay lugar a endilgarse responsabilidad a la Nación Colombiana -Policía Nacional- por los hechos ocurridos el día 14 de Agosto de 1988 en los cuales perdió la vida el señor HERNANDO JAIME SALAS DIAZ por acción directa de los señores : EDUARDO ERASO, OLVER OVIDIO LOPEZ SALAZAR, HELMER CORREA MOLINA y OSWALDO EFREN DIAZ CORDOBA.

" Este escrito lo comparte la Fiscalía en su concepto de 15 de Diciembre de 1989, en el cual hace el estudio de las circunstancias en que se cometieron los hechos, sin utilización de las armas del estado, por elementos que se encontraban fuera del servicios y con la Coautoría de terceros ". (Fols. 161-162).

5° El Recurso y sus Alegaciones

Inconforme con la decisión del a-quo, la parte actora interpuso recurso de apelación y lo sustentó en escrito de folio 165 a 167 del cuaderno N° 1 en donde reitera los argumentos de la demanda, los que pueden resumirse así :

Que la pistola Carl Walter Calibre 9mm., de propiedad del Sargento Hildefenso Cuéllar Moncaleano, que éste había dejado en depósito en el armerillo del Comando de la Policía de la Unión fue indebidamente utilizada en la ejecución del execrable delito investigado, por causa de la institución al permitirlo así sus propios agentes. De igual manera cuestiona el comportamiento del Cabo de la Policía y acusado Olver Ovidio López Salazar quien estando a cargo del Comando, no solo se retiró del mismo, sino que concedió un permiso injustificado al agente Helmer Correa Molina, para no prestar su turno de vigilancia, con quien más adelante ejecutaría los hehos punibles de homicidio y hurto que originaron este proceso.

Ese descuido en permitir la utilización de un arma que estaba en depósito y custodia de la Policía, y la actuación que tuvieron el cabo y el agente comprometidos, la llevan a concluir en la existencia de una falla del servicio.

Durante el traslado para alegar ante esta Corporación, lo hizo así la demandada, (Fols. 174 a 178 C.1), y expuso las siguientes razones ;

a) Que pericialmente no se pudo establecer la fecha en la que fue disparada la pistola, ni se comprobó que con una bala de la misma se hubiere lesionado a Hernando Jaime Salas.

b) Que no está demostrado que las muertes se hubieron causado con armas de dotación oficial.

c) Que el diligenciamiento disciplinario adelantado contra los inculpados en este asunto culminó con exoneración de toda responsabilidad y que, además, el agente Correa Molina se encontraba con permiso por enfermedad y que el Cabo López Salazar Olver, "salió vestido de civil", pues tenía la visita de sus padres.

d) Que no se ha establecido plenamente que los autores del homicidio fueron miembros de la Policía Nacional, " toda vez que aún no existe condena penal en firme que contradiga la presunción de inocencia de los uniformados....."

e) Que la pistola no era de dotación oficial, sino de propiedad privada, y por tanto su custodia y responsabilidad no le correspondía a la Policía. Además el Cabo López la tomó sin permiso, abusivamente.

f) Que los dos funcionarios de la Policía el día de los hechos" se encontraban fuera del servicio, no portaban prendas, ni uniforme oficial " y su actuación estuvo desprovista de todo vínculo con el servicio.

6° *El Concepto Fiscal.*

La Fiscal Segunda de esta Corporación conceptúo de fondo, en los términos visibles a folios 183 a 188 del cuaderno principal, y concluyo compartiendo la decisión objeto del presente recurso.

En respaldo de su concepto alude a sentenicia de la Sala, fechada el 27 de abril de 1989, con ponencia del Consejero Antonio de Irisarri Restrepo, en la cual se hizo referencia al vínculo causante del perjuicio con el servicio cuya responsabilidad se reclama.

Concreta su criterio la señora Fiscal en los siguientes términos :

En el presente caso, el nexo a que se refiere la jurisprudencia antes transcrita, no aparece, pues resulta imposible y absolutamente improbable, que pueda conectarse el servicio público que presta la Policía Nacional con el proceder ilícito de esto sujetos.

" El móvil del asesinato fué el robo y para obetener su propósito los agentes se reunieron a otros sujetos. En esos momentos no actuaban como agentes, sino como ciudadanos comunes, pretendiendo obtener un provecho patrimonial ilícito. La conducta de ellos no guarda ningún nexo con el servicio público que presta la institución demandada. Ni podría afirmarse que actuaron en ejercicio de sus funciones como agentes. Todo lo contrario, procedieron movidos por su propio interés y saliéndose de los lineamientos permitidos, para caer en el campo delictivo. Su conducta no solamente repugna con su condición de agentes del orden, sino que resulta reprochable aún como simples ciudadanos.

" En el presente caso, no es posible declarar la responsabilidad del ente demandado. En consecuencia, la sentencia apelada debe ser confirmada ". (Fols. 187-188).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sea lo primero advertir que en el proceso se encuentra debidamente acreditado el matrimonio civil de Doris Delgado y Hernado Jaime Salas Díaz. (Fl.16); igualmente se allegaron los registros civiles de nacimiento de los menores Andrés Mauricio (Fl.17) y David Hernando Salas Delgado (Fl.18), y también mediante Registro Civil de Defunción de Hernando Jaime Salas Díaz se demostró su fallecimiento (Fl.19). La condición de padre de la víctima se pretende probar con las partidas de matrimonio de folio 13 y 14, ambas de origen eclesiástico, sin tomar en cuenta que se celebró en agosto 23 de 1953, fecha para la cual se exige como prueba del estado civil de las personas el registro civil correspondiente.

La prueba anterior se trata de complementar con el Registro Civil de Nacimiento del hoy occiso que obra a folio 15. Más adelante se pronunciará la Sala sobre este punto, así como sobre la condición de hijo póstumo el menor David Hernando Salas Delgado, quien naciera tres meses después del fallecimiento de su padre.

2. A folios 47 y 48 del expediente principal, se encuentra el acta de la diligencia de necropsia de Hernando Jaime Díaz, en donde se relacionan las lesiones causadas con proyectiles disparados con arma de fuego a cuya consecuencia sufrió un choque hipovolémico que le ocasionó la muerte.

3. De los extractos de las Hojas de Vida de Olver Ovidio López Salazar (Fol.54) y de Helmer Correa Molina (Fls. 107 y 108), se aduce el grado de Cabo Segundo de la Policía Nacional del primero, y del Agente de la misma institución, del segundo. Tal carácter se ratifica además con sus propias manifestaciones y con las de quienes, sobre ellos, alguna intervención tuvieron en la investigación penal o en el presente proceso. Desde luego, que su condición de miembros de la Policía Nacional la tenían para la fecha de los hechos investigados.

4. Del material probatorio recaudado en el recurso de la investigación penal, calificada en primera instancia por el Juzgado Instructor con resolución acusatoria que afectó al Cabo López Salazar, al agente Correa Molina y al civil Eduardo Eraso, y que confirmó la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, encuentra la Sala suficientemente probada la existencia de los hechos punibles que originaron este proceso y la participación de los dos policías mencionados en su ejecución, como lo demuestran los diversos hechos indicadores de su presencia y participación en los delitos de homicidio y hurto que dieron origen a la investigación penal y a este proceso.

En apoyo de la violación probatoria que antecede, la Sala aprecia también el auto confirmatorio de la calificación dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, en cuanto informa:

" Claro queda demostrada la participación en los punibles hechos que se registran de Olver Ovidio López Salazar.

"No sólo lo delata el haber mantenido en su poder la pistola "Walter" 9mm., de propiedad de Cuéllar Moncaleano que retirara sin su autorización de la Guardia de la Policía, en la noche del 13 de Agosto de 1988, sino además, haberse encontrado en el automotor en el cual se transportaban las víctimas, elementos balísticos que confrontados con los patrones obtenidos de esa misma arma, determinaron su identidad y uniprocedencia.

" Pero es más, la conducta observada por el citado López Salazar, en la tarde del 13 de Agosto del susodicho año, esto es, la comunidad de inmediatez observada con Eduardo Eraso y otras unidades de la Policía, permite no sólo delatar la convivencia de éstos en la empresa común que determinara los resultados que se

conocen, atentatorios de la vida de tres ciudadanos y del patrimonio económico a través del apoderamiento de suma de por lo menos $2.645.343.oo, dinero de propietad de Hernando Jaime Salas Díaz, el cual desaparece luego de la trágicas ocurrencias y donde meridianamente habrá de encontrarse el móvil determinante de los hechos.

" La situación de Correa Molina, no es menos evidente. A fin de poder atender el delictual compromiso con su superior, se debe ausentar de prestar su servicio de vigilancia en su carácter de Agente de la Policía y se dice obtiene de aquél permiso y se le identifica en asocio de Eraso, entrada la noche del 13 de Agosto de 1988 y más tarde, interceptando el vehículo en el cual se transportan los más tarde victimados ". (Fols. 1252-C-4).

5. Según informe rendido por el Comandante del Tercer Distrito del Departamento de Policía de Nariño. (Fls.144 y 115), basado en los libros que se llevan en la Estación se encuentran registradas las siguientes anotaciones :

" CS. LOPEZ SALAZAR OLBERTH (sic), *se desempeñaba como Comandante de la Sección Contraguerrilla de la Unión, el día 130888 a partir de las 13:00 horas quedó encargado del personal de vigilancia, con la misión de elaborar los turnos de vigilancia y al mismo tiempo formar el personal para constatar estos servicios de 4° y 1° turno de vigilancia los días 13 y 14 de Agosto -88 que se realizan a partir de las 19:00 horas hasta las 7:00 horas del día siguiente. El suboficial en mensión (sic) se le encargó el personal de la vigilancia en vista de que el señor SS. CUELLAR MONCALEANO HILDEFONSO (sic), Comandante de la Estación se desplazó a la población de San Pablo*...El CS. LOPEZ SALAZAR para los días mencionados anteriormente portaba revólver SW 38L de dotación oficial.

" AG. CORREA MOLINA HELMER, *para el día 140888 le correspondía prestar 1° turno de vigilancia de la 01:00 hasta las 7:00 horas.* Según el Libro de Minuta de vigilancia que se lleva en la Estación, a folio 64 en la casilla de OBSERVACIONES *aparece una anotación de "PERMISO" posiblemente concebido por el señor CS. LOPEZ SALAZAR al Agente en mención, quien nó realizó el turno correspondiente, el AG. CORREA MOLINA* portaba resólver SW. calibre 38L.

" *En el libro de Minuta de Guardian, a folio 34, fecha 140888, hora 08:00, ASUNTO Pistola. A esta hora hace devolución de la pistola N° 329432 Colt Walter el Sr López Salazar Olver la cual había tomado prestada para enseñársele a los padres* ". (Los Subrayados son de la Sala).

6. Con fundamento en las anteriores consideraciones cuyos elementos probatorios se encuentra tanto en el expediente penal, como en este proceso, se hace necesario establecer previamente si la actuación ilícita atribuída a los dos miembros de la Policía Nacional puede entenderse como una falla del servicio o, si por el contrario, su comportamiento corresponde a un acto de estricto contenido personal

y, por lo mismo, ajeno a la responsabilidad administrativa de la institución a que pertenecían.

Cabe advertir que para la Sala no existe duda alguna sobre la participación del Cabo López Salazar y el agente Correa Molina en los hechos criminosos pues, como se dijo, la prueba antes referida los compromete gravemente como partícipes de los mismos. También resulta evidente la existencia de los hechos generadores de perjuicios.

7. No considera la Sala tan claros, ni tan sencillos, la apreciación y el análisis que de lo sucedido hizo el *a-quo* en su sentencia, ni el respaldo que el Ministerio Público le brinda a esa decisión. Menos puede admitir como ciertos y absolutos los argumentos que la entidad demandada expones en su alegación de fondo, cuando del estudio del expediente surgen importantes y serios aspectos que en mucho desfiguran el servicio que los policiales como agentes de la administración estaban en la obligación de prestar a la ciudadanía y que se proyecta hacia la reprochable conducta por ellos asumida.

No acertó el Tribunal de Nariño en la apreciación que en los considerandos de su decisión hizo sobre la falta de pruebas de que la muerte de Salas Díaz y sus compañeros " haya sido causada con utilización de las armas de dotación oficial asignadas a quienes aparecen inculpados..." Es inaceptable pretender que sólo con la utilización del arma oficial podría surgir en este caso la responsabilidad del Estado. Así sucede cuando el hecho lo ejecuta el agente con arma de dotación oficial y en tales ocurrencias se aplica el concepto de la falla presunta, pero sin poder entenderse que si el arma no es oficial sino particular, no pueda presentarse la falla en el servicio. Precisamente al referirse sobre esta materia la Sala sostuvo que con tales argumentos, no sería difícil para un agente de la administración ejecutar cualquier tipo de acto que conlleva la responsalibilidad administrativa, pudiéndola evadir porque para consumarlo no utilizó arma de dotación oficial. (Sentencia del 25 de Mayo de 1990. Actor : MARCO A. LOPEZ. Expediente : N° 5821; Consejero Ponente : Carlos Betancur J).

Tampoco se considera acertado el criterio del a-quo cuando pretende desvirtuar la falla del servicio resultante del comportamiento de los policiales acusados, por el hecho de que junto con ellos fueron plenamente vinculados en el mismo proceso los civiles Eduardo Eraso, alias " El Taurino " y Oswaldo Efrén Díaz Córdoba, como si tal vinculación investigativa pudiese desvirtuar la existencia de una falla del servicio. Mal podrías derivarse la responsabilidad de la administración por actuación de sus agentes, de la calidad de quienes participan o colaboran en su ejecución, sean o nó policías, militares o civiles, porque lo prevalente debe ser el carácter o condición individual del servidor oficial que compromete al Estado por su reprochable conducta, sin que tenga mayor interés que con él hubiesen participado otras personas desvinculadas del servicio oficial y, por tanto, no generadores de responsabilidad administrativa a cargo del ente Estatal.

En cuanto a los otros razonamientos del fallo de primera instancia, puede afirmarse que se fundamentan en las consideraciones de que el actuar del cabo López Salazar y del agente Correa Molina no mantiene ningún nexo con el servicio o con las obligaciones derivadas de aquél. Por ello se dice que no hay pruebas "*que demuestren que los implicados...actuaron al cometer el crimen en cumplimiento de sus funciones policiales y utilizando sus armas de dotación...*El Cabo Segundo OLVER OVIDIO SALAZAR y el Agente HELMER CORREA MOLINA, como ya se dijo antes, de acuerdo a los testimonios que obran en el proceso penal *se encontraban fuera del servicio en el momento de cometer los delitos* por los cuales se les dictó Resolución Acusatoria..." . (Fl.162). (Se subraya).

8. Para la Sala la cuestión no puede simplificarse en la forma que lo hace el Tribunal , para descartar y pasar por alto comportamientos y omisiones inherentes al servicio, con el pretexto de que se trata de actuaciones netamente personales de los miembros de la policía que por lo mismo conlleva una responsabilidad también personal y, por lo consiguiente ajena a la administración, de la cual son sus agentes.

Un interrogante que necesariamente debe formularse para la decisión del caso presente es el de si se puede sostener con firmeza y seguridad que en el asunto estudiado el servicio funcionó en forma oportuna y adecuada en favor de los ciudadanos que resultan violentamente ultimados . Los resultados del actuar criminoso y el comportamiento de la institución oficial obligan a responder negativamente esa cuestión o, por lo menos, con muchas reservas al respecto. La sola presencia de éstas hace pensar de inmediato en la ausencia de un servicio completo y regular que origina a su vez la falla aludida y da lugar a la responsabilidad del ente oficial.

9. Estima la Sala, que en el caso bajo estudio resulta un tanto aventurado sostener que se dió únicamente la culpa personal de los dos miembros de la Polícia Nacional. De ninguna manera. Aceptarlo significaría pasar por alto circunstancias debidamente acreditadas en el proceso y que, de alguna forma se orientan hacia la comprobación de procederes irregulares en los agentes mencionados y que confluyen al reconocimiento de la responsabilidad de la demanda por el actuar anómalo de sus miembros.

En efecto, si bien es cierto que la pistola Carl Walter, era de propiedad particular del Sargento Cuéllar Moncaleano, es decir, no era de dotación oficial, lo cual descartaría la falla presunta, lo cierto es que la misma se utilizó en la ejecución de los hechos punibles. Sinembargo, de dónde salió el arma mencionada ? A cargo de quién quedó dicha pistola cuando su propietario la dejó a guardar? . Quién la tomó del armerillo de la Estación de Policá de la Unión? Para qué fue utilizada?. Cuándo fue devuelta al lugar de donde había sido retirada? Todos los interrogantes anteriores al responderse llevan al entendimiento de que el arma mencionada a pesar de ser de propiedad particular, había quedado por voluntad de su dueño y autoridad de Comandante, en el armerillo de la Policía de la Unión. Allí la depositó el Comandante del puesto porque salía a una misión especial de servicio.

Correspondía entonces al personal de la Policía Nacional emplazado en la Unión, asumir su custodia, con mayor razón cuando se trataba de una pistola de especiales características por el tipo de proyectil, cuyo libre porte lo restringen expresas disposiciones legales, que desde luego el Cabo López debía conocer. Era pues, un deber de la Institución cuidar de dicha arma y hacer respetar no solo la confianza de quien la había dejado en depósito, sino la decisión del superior que allí se contenía. No obstante, falló en tal compromiso la administración al permitir que precisamente uno de sus miembros, la reiterara para utilización en la forma ilícita que se conoce en los autos, contrariando la disposición tácita del dueño y superior jerárquico.

10. En cuanto a la actuación del cabo segundo López Salazar estima la Sala que aquella no se puede enfocar como si se tratara de una culpa personal, toda vez que se dan distintos factores que comprometen la responsabilida del Estado por falla del servicio. Obsérvese que si bien López Salazar se encontraba la noche de los hechos vestido de civil, porque supuestamente departía con sus padres y su novia, simultáneamente le correspondía cumplir con las obligaciones que su posición como suboficial de la Policía Nacional y Comandante del puesto de la Unión, por ausencia del titular, había asumido. Era de su cargo "el personal de vigilancia, con la misión de elaborar turnos de vigilancia y al mismo tiempo formar el personal para constatar estos servicios..."Pues bien, en dónde quedó ese compromiso oficial, esa obligación de organizar el sistema de vigilancia en el municipio de la Unión? . Se podrá decir, sin ningún reparo, que gracias a su "responsabilidad" la ciudadanía de ese municipio recibió un buen servicio de vigilancia? Los hechos criminales ejecutados esa luctuosa madrugada responden la pregunta.

Resulta evidente que el Comandante de un Puesto de Policía que deja de entender oportuna y responsablemente sus obligaciones sin duda alguna incurrió en ostensible falla del servicio. Cómo calificar el comportamiento administrativo del comandante que no solo deja de cumplir con sus obligaciones oficiales, bajo el pretexto no demostrado de estar con sus progenitores y su novia, sino que, además afecta el turno de vigilancia al conceder irregularidades permisos por "enfermedades" inexistentes, pero oportunos y adecuados para luego ejecutar una actividad criminosa? De quién, si nó de la porpia Policía Nacional resulta la responsabilidad administrativa que originan los errores de sus miembros, cuando aquellos mantienen alguna vinculación con actos del servicio o derivados del mismo?.

Ese abandono del servicio por parte del Cabo López Salazar, su arribo en horas de la madrugada por la puerta trasera porque se encontraba " volado" o evadido, esa disposición abusiva de la pistola, esa solicitud, a otro agente, de proyectiles para dicha arma que indebidamente había salido del armerillo, sin lugar a dudas, comporta una serie de hechos que reunidos constituyen una falla en el servicio, porque entre los deberes inherentes a la Policía, en esos momentos estaba el de custodiar la pistola, así ésta fuera de propiedad particular y no se cumplió . De otra parte, prevalido de su condición de Comandante del Puesto, pudo tomarla,

burlando irresponsablemente su deber de custodia y en ostensible abuso de su grado y mando como Comandante. A ese acto dispositivo no se le puede desconocer su carácter oficial, como Superior encargado del puesto policivo de la Unión.

11. En cuanto al actor por el cual concedió permiso al Agente Correa Molina para que no prestara turno de vigilancia, independiente de sus fines, es indiscutible que fue un acto del servicio porque provenía de un superior y se relacionaba con las funciones temporalmente asignadas como Comandante del Puesto de Policía de la Unión. Ese comportamiento permisivo para facilitar la ejecución de los hechos criminiosos es imposible deslindarlo del actuar ordinario de quien manda en un puesto policivo, porque es propio del mismo servicio, es inherente a la misma organización funcional de la Policía Nacional. Resulta cierto e incuestionable que sin ese permiso, el agente Correa Molinas no hubiese participado en la empresa criminal. Sinembargo, lo hizo porque su Comandante, su inmediato superior, en una actuación propia del servicio y de su cargo lo autorizó.

En las anteriores condiciones la falla personal de los agentes no se encuentra debidamente comprobada ni es posible aceptarla como una evidencia, porque los daños que produjeron los hechos criminales no pueden escindirse del servicio; mantienen, así sea ligeramente, una directa relación que da lugar a la negación de la culpa personal para que en su lugar se estructure la falla del servicio y la consiguiente responsabilidad que de ella se deriva. En tal sentido tuvo oportunidad de pronunciarse la Sala en sentencia del 23 de abril de 1985; expediente 3484; actor – María del Socorro Ríos v. de Zapata; Consejero Ponente : Dr. Carlos Betancur Jaramillo. En lo pertinente se dijo:

" La tesis de la falla personal ha sido elaborada por esta misma Sala y se ha insistido en varias oportunidades que para que ésta se dé tiene que mostrar el accionar del agente totalmente desvinculado del servicio, porque si el resultado dañaoso deja ver que se actúa dentro o con ocasión del mismo la culpa personal desaparece para mostrar la falla de la administración y con esta su responsabilidad".

12. No desconoce la Sala que, por lo menos en este proceso, se ignora cuál fue el contenido de la sentencia penal que decidió la situación de los procesados . Ello, sinembargo, no le otorga razón al apoderado de la Policía cuando alega a su favor que no se encuentra definida la responsabilidad penal de los agentes, porque contra los mismos no se ha dictado sentencia condenatoria , es decir, se encontraba *sub-judice* a la espera del fallo penal definitivo. Tal afirmación si bien es cierta en cuanto que procesalmente no se conoce el fallo penal, no implica necesariamente que imposibilite la definición de las cuestiones planteadas en este proceso.

En efecto, no e circunstancia exculpativa que su situación, por lo menos al momento de presentar el escrito de responsabilidad de la administración el solo hecho de que penalmente sean absueltos los procesados, a menos que lo sean, porque el hecho que ocasionó el perjuicio no existió; porque no fue cometido por el acusado; o porque éste obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una

legítima defensa. El acusado puede penalmente ser declarado inocente, pero esa declaración no tiene por qué incidir en el juzgamiento administrativo de sus actos, como agente oficial, salvo en las situaciones antes mencionadas.

Sobre el particular la Sala reiteradamente ha sostenido la diferencia que se dá entre la responsabilidad penal resultante del actuar ilícito de los agentes, sea a título culposo o doloso y la responsabilidad administrativa del Estado por falla del servicio. La primera tiene, por naturaleza un carácter individual y personal, mientras la segunda generalmente es anónima.

No se presenta conflicto alguno en que simultáneamente se someta al juzgamiento de la justicia penal y de la de contencioso administrativa el mismo hecho. Tan independientes son ambos procesos que no hay lugar a la aplicación de la prejudicialidad penal.

Estas características son las que en el presente caso permiten hacer un pronunciamiento independiente del fallo penal, sin tener que esperar a que se produzca sentencia, entre otras razones porque la valoración probatoria que se efectúe en aquella jurisdicción, no necesariamente debe coincider con el criterio valorativo que de las pruebas se haga en este proceso. No hay lugar a exigir similares providencias porque no se juzgan los comportamientos bajo una misma óptica sociológica, jurídica y administrativa.

13. Evidenciada la falla o falta del servicio,. también encuentra la Sala acreditando el daño, esto es, el fallecimiento de Hernando Jaime Salas Díaz y las consecuencias dolorosas que su muerte trajo a los demandantes, conforme se desprende de los testimonios visibles a folios 80 y 87 del expediente principal. Dicho daño envuelve la doble modalidad de material y moral, como adelante se precisará.

La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño ocasionado surge de las mismas pruebas que se tomaran en consideración para acreditar los otros elementos de la responsabilidad, dado que de no haberse segado la vida de Hernando Jaime Salas Díaz, los hoy demadantes no hubieran visto modificada la situación patrimonial, económica y moral que traían antes del deceso de su padre y esposo.

14. En cuanto a la legitimación del señor Plácido Raúl Salas España para reclamar como padre del occiso Hernando Jaime Salas Díaz la indemnización por perjuicios materiales y morales, la Sala la encuentra probada.

15. En cuanto a los perjuicios, se demostró fehacientemente que tanto la señora Doris Stella Delgado Zamora, como los menores Andrés Mauricio y David Hernando Salas Delgado, quienes alegan su condición de madre e hijos del occiso Salas Díaz, dependían económicamente de éste. Para acreditarlo trajeron distintas declaraciones que comprueban satisfactoriamente los perjuicios de orden material por los demandantes ante la muerte trágica de quien en vida respondía por sus

necesidades pecuniarias, en la modalidad de lucro cesante. En cuanto respecta al daño emergente a que hace mención la pretensión Segunda, ordinal B., no aparece prueba alguna que la respalde por lo cual se negará. Igual determinación se tomará en cuanto hace a los perjuicios materiales pretendidos por el señor Placido Raúl Salas España.

No habrá lugar a condenación en concreto, en cuanto respecta a los perjuicios materiales, porque para la Sala no se encuentra suficientemente demostrado el monto de los ingresos reales que pudo devengar el occiso Hernando Jaime Salas Díaz. Si bien los peritos en su experticio (Fls.90 a 92) tomaron en cuenta un ingreso mensual de $400.000.oo, no se halla debidamente justificada la razón que los llevó a tomar esa cantidad, puesto que no resaltan haber verificado documentos que reflejan los ingresos y egresos constitutivos de la renta y su costo de producción; por lo que habrá de proferirse condena en abstracto, por este concepto, la que liquidará, previo trámite incidental, dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del auto que profiera el Tribunal ordenando cumplir esta providencia. Para ello se tedrán en cuenta, las siguientes pautas u orientaciones :

1. Por los medios probatorios autorizados por la ley, entre ellos un peritazgo, se establecerá la renta real neta, percibida mensualmente por el señor Hernando Jaime Salas Díaz antes de ocurrir su fallecimiento.

2. Se establecerá la edad y el promedio de vida probable correspondiente al occiso Hernado Jaime Salas Díaz, a su esposa Doris Stella Delgado Zamora, y sus hijos Andrés Mauricio y David Hernando Salas Delgado conforme a la Tabla Colombiana de Mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria.

3. Se determinará el monto de los perjuicios para los hijos del occiso tomando como límite cronológico para su reconocimiento la fecha en que cumplan los 18 años de edad. La Sala estima, dentro de la lógica razonable, que a esa edad los hoy menores podrán valerse por sí mismos.

4. Del monto total neto que se acredite como ingreso mensual del occiso, se descontará un 25% aplicable a la satisfacción de sus propias necesidades y el 75% restante se dividirá por parte iguales entre la cónyuge y los hijos, en proporción de 50% para aquélla y 50% para éstos.

5. Para efectos de la liquidación de los perjuicios los peritos deberán hacerlo tomando en consideración la indemnización debida o consolidada que comprende el lapso entre la fecha del fallecimiento de la víctima y la del día en que se presente el escrito de liquidación de perjuicios. De igual manera, se liquidará la indemnización futura que corresponda al período comprendido entre la fecha de presentación de la liquidación y los límites de vida probable del causante y de los demandantes, con las limitaciones de que se hizo mención. El monto máximo de la liquidación, por concepto de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante no excederá de $20.000.000.oo, límite éste, consignado en la pretensión Segunda, ordinal "A" de la demanda.

Para efectos de estas liquidaciones, los peritos utilizarán las fórmulas matemáticas que tradicionalmente han acogido esta Corporación , a saber :

A) Para la indemnización vencida o consolidada :

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

S = Suma o indemnización que se busca.

Ra = Renta mensual actualizada.

i = Interés puro o técnico del 6% anual o 0.4867 mensual . Como se trabaja con 1 y nó con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867.

n = Mensualidades que comprende el período indemnizatorio.

B) Para la indemnización futura o anticipada:

S = Ra x F o lo que es lo mismo :

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

de donde :

S= Valor indemnizatorio ; F= factor; Ra= renta actualizada.

i= 6% anual ó 0.4867 mensual . En relación a 1= 0.004867 mensual o 0.06 anual.

n= número de años o meses (período futuro).

Para el caso de que las pruebas no pudieren establecer los ingresos reales o efectivos netos del occiso Hernando Jaime Salas Díaz, procederán a liquidar los perjuicios tomando inicialmente como ingreso o renta bruta mensual el valor del salario mínimo vigente para el 14 de agosto de 1988, incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales en general. Se tendrá en cuanto que del monto total neto que se establezca como salario mensual del occiso deberá descontarse un 25% que sería aplicable a la satisfacción de sus necesidades. El 75% corresponderá por partes iguales a la cónyuge y a los menores hijos, en proporción de 50% para aquélla y 50% para éstos.

En cuanto a los perjuicios morales, en atención a la orientación jurisprudencial que sobre la materia tiene fijada la Sala, se reconocerá a la cónyuge supérstite el equivalente a 1.000 gramos de oro fino a sus hijos Andrés Mauricio y David Hernando Salas Delgado el equivalente a 1.000 gramos de oro fino para cada uno. Se entiende que esta condena por perjuicios morales se hace en concreto y para su cobro deberá adjuntarse el certificado del Banco de la República que permita establecer la aludida equivalencia, para la época en que se ejecutorie esta sentencia.

Como de lo expresado resulta evidente que el fallo recurrido debe revocarse, así se hará, para en su lugar dictar la sentencia que lo sustituya.

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,

F A L L A :

PRIMERO : REVOCASE en su totalidad la sentencia de fecha Marzo 20 de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO : DECLARASE administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa- Policía Nacional - por la muerte del señor Hernando Jaime Salas Díaz, ocurrida el 14 de agosto de 1988 en jurisdicción del municipio de la Unión (Nariño).

TERCERO : CONDENASE, en abstracto a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional- a pagarle a Doris Stella Delgado Zamora y a los menores Andrés Mauricio y David Hernando Salas Delgado, el valor de los dineros necesarios para indemnizarles los daños y perjudicios materiales en la modalidad de lucro cesante, ocasionados por la muerte violencia de que fue víctima su cónyuge y padre, en su orden, según lo expresado en los considerandos de esta providencia, sin exceder de veinte millones de pesos ($20.000.000.oo) .

CUARTO : CONDENASE : a la Nación- Ministerio de Defensa - Policía Nacional a pagar por los perjuicios morales ocasionados a los demandante Doris Stella Delgado Zamora, Andrés Mauricio y David Hernando Delgado y Plácido Raúl Salas España, el equivalente a 1.000 gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

Esta condena se hace en concreto y la equivalencia en pesos colombianos la certificará el Banco de la República, con vigencia en la fecha de ejecutoría de esta sentencia.

QUINTO : TRAMITASE incidente, conforme a lo dispuesto por los artículos 137 del C. de P. C. y 172 del C.C.A. , para efectos de liquidar los perjuicios materiales reconocidos en favor de la esposa y los hijos del occiso Hernando Jaime Salas Díaz. El actor deberá intentar la tramitación incidental dento de los 60 día

siguientes al de la notificación del auto proferido por el Tribunal en que disponga dar cumplimiento a lo decidido en esta providencia, atendiendo las orientaciones consagradas en la parte motiva de este fallo y los límites económicos precisados.

SEXTO : NIEGANSE las demás pretensiones.

SEPTIMO : Dése cumplimiento a las disposiciones de los artículos 167 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha. Agosto primero (1°) de mil novecientos noventa y uno (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.

ACUMULACION DE PRETENSIONES

En parte alguna, la norma que regula la acumulación de pretensiones, al tratar de las pretensiones principales y de las pretensiones subsidiarias, exige extricto orden en su formulación; es decir, no impone que todas las principales vayan primero en un solo capítulo, en tanto que las subsidiarias se agrupen después de aquéllas, o algo semejante. Al no ser excluyentes entre sí todas y algunas de las pretensiones principales, bien puede formularse pretensiones exóticas, diferentes y aún contradictorias o excluyentes dentro del grupo de las pretensiones subsidiarias, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos Legales. La diversidad de trámites procesales entre las pretensiones principales y las subsidiarias, *ab initio* no puede llevar consigo decisión inhibitoria; más aún, si el juzgador concluye que es competente para desatar las pretensiones principales, aunque no crea que lo es para la subsidiaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS

El Fondo Rotario de Aduanas, no solamente procedió a disponer de la mercancía incautada y anexa a investigación penal aduanera, con precipitud, sino aún en abierta rebeldía o desacato a lo ordenado por el juez de conocimiento y por el Tribunal Superior de Aduanas. Los bienes que le habían sido confiados al Fondo, tienen la naturaleza de bienes muebles no consumibles ni perecedores rápidamente, por el solo transcurso del tiempo, por lo que no existía peligro inminente de que sufrieran daño, deterioro, merma o demérito en su precio, claro está de utilizarse los medios adecuados para su almacenamiento y cuidado. No cabe duda que el Fondo, antes de prestar oportuno y eficiente servicio público, procedió abiertamente en contra del mismo y con inusitado desacato a las órdenes de los jueces de la república.

DEMANDA-Interpretación/ **LEGITIMACION POR PASIVA/IURA NOVIT CURIA PARTES**-Inexistencia

La falta de técnica en la presentación de la demanda no es óbice para que el juzgador cumpliendo con el deber de interpretar razonablemente los diversos actos procesales, pueda y deba llegar a desentrañar el verdadero propósito que tuvo el actor para reclamar contra quien estaba llamado a responder por los perjuicios ocasionados en virtud de los hechos enrostrados a éste. Mal podría la Sala aceptar la tesis del *a-quo* consistente en la inexistencia de la parte demandada y de consiguiente la falta de capacidad para se parte, por el solo prurito de haber empleado el demandante un agregado, equivocado, al nombre de la entidad demandada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia : Expediente N° 6414. Actor : Humberto Rodrigo Peláez Roldán.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Humberto Rodrigo Peláez Roldán, contra la sentencia de 9 de agosto de 1990 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera, mediante la cual se inhibio de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda (fl.222).

I-ANTECEDENTES PROCESALES

1) El señor Humberto Rodrigo Peláez Roldán por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, consagrada en el artículo 86 del C.C.A., solicitó el 27 de agosto de 1984 que se produjeran las siguientes declaraciones y condenas :

" *Primero :* El Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, establecimiento público de carácter nacional, es civilmente responsable de los perjuicios causados al señor RODRIGO PELAEZ R. , por razón de la venta directa de 1.130 partes de frenos de vehículos automotores, varias referencias y tamaños, venta verificada por vías de hecho por tal Fondo, Almacén de Bogotá, lo que ha hecho imposible la nacionalización de esos repuestos, ordenada por el Juzgado 4° Superior de Bogotá, providencia que fue plenamente confirmada por el Tribunal Superior de Aduanas en esta misma ciudad.

" *Primera A.* - En subsidio de la petición anterior, pido que se declare responsable al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, no en cuanto a la realización de una venta por vías de hecho, sino por la expedición de dos actos administrativos violatorios de normas de superior jerarquía, los

cuales son : la Resolución de la Gerencia del Fondo Rotatorio de Aduanas N° 1644 de Octubre de 1981, mediante la cual autorizó al Almacenista del Fondo Rotatorio para proceder a la venta directa de la mercancía y el acta de venta directa de 23 de Diciembre de 1981 (Egreso N° 0003).

" *Segundo* : En consecuencia el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, está en la obligación de pagar al señor RODRIGO PELAEZ R. , o a quien sus derechos presente una vez ejecutoriado el fallo, a título de restablecimiento del derecho, por concepto de daño emergente, la suma correspondiente al valor, en Bogotá, el día 20 de Marzo de 1981, de 1.130 repuestos para atomóviles de las características que aparecen en las facturas (comercial y consular), registro de importación, acta de venta directa y demás documentos que se acompañan a esta demanda.

" *Tercero* : Que también a título de restablecimiento del derecho, e igualmente como reparación del daño emergente, se condene al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas a pagar a RODRIGO PELAEZ R. el valor correspondiente a la pérdida de poder adquisitivo del peso colombiano, entre el 20 de Marzo de 1981 y aquella en que se verifique el pago a que se refiere la petición precedente.

" *Cuarto* : Que también a título de restablecimiento del derecho y como reparación del lucro cesante, se condene al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas a pagar a RODRIGO PELAEZ R. , las cantidades que corresponda al valor de los intereses comerciales de las sumas a que se condene por concepto de daño emergente, desde la fecha en que el Fondo ha debido entregar los repuestos, hasta cuando se verifique el pago respectivo.

" Quinta : Que se condene al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas a pagar las agencias en derecho y demás costas de este proceso" . (fl. 2 a 4).

2) Las pretensiones anteriores las fundamentó el peticionario en los siguientes hechos :

" 1) En los primeros meses del año de 1981 RODRIGO PELAEZ R. inició gestiones para importar al país 1.404 unidades de frenos para vehículos automotores (1.000. Bósteres sin cilindro y 404 Bósteres con cilindro) clasificables por la posición 87.06.06.99. del arancel de aduanas.

" 2) De acuerdo con las normas que regulan la materia, obtuvo del instituto Colombiana de Comercio Exterior el registro de importación N°012582 del 2 de Marzo de 1981, expedido en el formulario N° G533102-A.

" 3) El exportador, Fred Somneberg Sales Corp. , despachó las mercancías a nombre de RODRIGO PELAEZ R. , el 20 de Marzo de 1981, al amparo de

la consolidación de carga N° 129 de la G. and Son Inc. , referente a la guía madre #029-00171076 y, la guía individual N° 774 del 20 de Marzo de 1981.

" 4) El exportador emitió la factura comercial N° E. 12775 de fecha febrero 6 de 1981, visada por el Cónsul colombiano en Miami el 20 de Marzo de 1981 y obtuvo la factura consular N° 3922 de Marzo 20 de 1981, documentos necesarias para que mi representado retira las mercancías de la aduana.

" 5) Allegar las mercancías a las instalaciones de la Compañía aérea LAC en el aeropuerto internacional El Dorado de Bogotá, las autoridades aduaneras retuvieron la mercancía que se había despachado a mi representado, es decir, 1.130 frenos para vehículos automotores.

" 6) El asunto se puso en manos del Juzgado Cuarto Superior de Aduanas de Bogotá y las mercancías se entregaron en depósito al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, Distrito Aduanero de Bogotá, a órdenes de ese juzgado.

" 7) En providencia de Mayo 14 de 1981, el Juzgado resolvió abstenerse de abrir investigación y ordenó al Fondo Rotatorio de Aduanas poner a disposición de la Aduana interior de Bogotá la mercancía retenida para que el señor RODRIGO PELAEZ R. gestionara la nacionalización de la misma.

" 8) La anterior providencia fue plenamente confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Aduanas - Sala Plena- en providencia del 21 de Septiembre de 1981.

" 9) El 13 de Octubre de 1981, con oficio número 6.364, el Jefe de la Sección de Control de Almacenes puso la mercancía a órdenes del Administrador de la Aduana Interior de Bogotá.

"10) A pesar de lo anterior, el 23 de Diciembre de 1981, el Fondo Rotatorio procede a vender las mercancías que le habían retenido a mi representado y que ya había puesto a órdenes del Administrador de la Aduana, sin contar para ello con autorización de ésta y sin notificar a RODRIGO PALEAZ R. de esos hechos". (fls. 4 a 6).

3) Mediante auto de 21 de septiembre de 1984 (fl.100) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera, admitió la demanda y ordenó notificar el auto y dar traslado de la misma al Ministro de Hacienda, al Director del Fondo Rotatorio de Aduanas y al señor Agente del Ministerio Público. (fls.102 y 103).

Por auto de 26 de abril de 1985 (fls. 105 y 106), se abrió el proceso a pruebas, se decretaron las solicitadas por el apoderado de la parte demandante.

II. EL FALLO RECURRIDO

En providencia de fecha 9 de agosto de 1990, visible a folios 215 a 223 del expediente, decidió el Tribunal : "Inbíbese de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda".

El Tribunal fundamentó su decisión de la siguiente manera:

" Como ya se enunció antecedentemente, tanto el apoderado del Fondo Rotatorio de Aduanas como el Señor Fiscal de la Corporación coinciden en solicitar que se profiera sentencia inhibitoria porque consideran que existe falta de legitimación en la causa por pasiva al haberse dirigido la demanda contra el FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS, entidad inexistente y, por lo tanto, carente de legítimación para comparecer al proceso, y por existir, además, indebida acumulación de pretensiones.

" La Sala encuentra que efectivamente, en el caso *sub-examine* se ha de proferir sentencia inhibitoria por dos razones :

" a) Como puede verse en la demanda y los distintos memoriales presentados por el actor, a través de su apoderado, la demanda está dirigida contra el FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS, solicitando se le declare civilmente responsable por la venta de 1.130 partes de frenos para vehículos automotores, haciendo imposible su nacionalización por su propietario a pesar de haber sido ordenada por el Juzgado Cuarto Superior de Aduanas de Bogotá en providencia confirmada por el Tribunal Superior respectivo.

" Ahora bien : de toda la documentación aportada al proceso se deduce que el hecho que dá origen a la pretensión indemnizatoria se llevó a cabo por el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS A y no por el FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENRAL DE ADUANAS, ente este último inexistente por lo menos para la época en que se sucedieron los hechos y se presentó la demanda, porque, como bien lo dice el Señor Fiscal tal entidad desapareció por mandato del Decreto-Ley 80 de 1976.

" De lo anterior se desprende que la acción está dirigida contra una persona inexistente y que, en consecuencia, carece de capacidad para comparecer al proceso en calidad de parte.

" La capacidad para ser parte consiste precísamente en la aptitud para se sujeto de derechos y obligaciones, aptitud ésta que solamente puede ser atribuída a los seres humanos y a los entes colectivos o personas jurídicas a las cuales la ley les confiere tal facultad (artículo 44 de C. de P. C.).

" Si la capacidad para ser parte no existe, la relación jurídico procesal no puede trabarse en debida forma porque se presenta ausencia de uno de los extremos de la misma por inexistencia de personalidad de una de las que debían ser parte, en este caso la demandada.

" Como ya se dijo el FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS no tiene existencia y no teniéndola es apenas evidente que no puede ser persona jurídica y comparecer al proceso, todo lo cual lleva consigo como corolario el que, habiéndose dirigido la demanda contra una entidad inexistente y, por tanto, carente de capacidad para ser parte, se debe proferir sentencia inhibitoria dado que sería posible fallar en el fondo cuando uno de los que se dice integrante de la relación jurídico procesal carece de existencia legal como persona.

" Por otra parte, si bien el auto admisorio de la demanda fue notificado al Director del Fondo Rotatorio de Aduanas ello, como lo sostiene el señor Fiscal, no cambia el hecho de que en este proceso tal Fondo no es demandado porque así lo quizo el actor y la facultad de fallador para interpretar la demanda no puede llegar hasta el punto de cambiar la parte demandada entendiendo que la demanda se dirigió contra persona distinta a aquella que designó el demandante.

" Conclusión de lo expuesto es que se debe proferir sentencia inhibitoria no por falta de legitimación en la causa por pasiva, sino por falta de capacidad para ser parte en el demandado.

" b) Además, también se presenta en este caso otra causal para que se produzca fallo inhibitorio, como es la indebida acumulación de pretensiones, tal como lo indican el señor Fiscal y el apoderado del Fondo Rotatorio de Aduanas.

" Efectivamente, la demanda acumula una acción de reparación directa (art. 86 del C.C.A.) con una serie de restablecimiento del derecho (artículo 85 ibídem) como se desprende claramente del petitum de la demanda y del contenido de la misma . Tal acumulación no era procedente, a pesar de las explicaciones que al respecto trata de dar el apoderado del actor, porque las dos pretensiones estaban sometidas a trámites procesales diferentes tal como lo establecía el Código Contencioso Administrativo para la época en que se presentó la demanda. Para la acción de reparación directa estaba contemplado el procedimiento especial previsto por los artículos 217 y ss, y la acción de restablecimiento se regía por el proceso ordinario, conforme los artículos 206 y ss.

" En tales circunstancias la acumulación de pretensiones era improcedente por ausencia del requisito previsto por el numeral 3. del artículo 82 de C. de P. C. , que regula la materia. (fls. 220 a 222).

III. LA APELACION

Descontenta la parte actora con la decisión del Tribunal, apeló en los siguientes términos :

" PRIMERO : El Decreto Nº 080 del 19 de Enero de 1976 Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se suprimen unos cargos y se redistribuyen sus funciones dictado por El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere la Constitución Nacional, en especial las del ordinal 21 del artículo 120 y de la Ley 28 de 1974,... " en su Capítulo III ORGANISMOS ADSCRITOS Y VINCULADOS en el acápite 3.4. Fondo Rotatorio de Aduanas, establece en su Art. 37 lo siguiente :

" El Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, se denominará Fondo Rotatorio de Aduanas y continuará funcionando como establecimiento público adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público , que cumplirá las funciones establecidas en la ley y en los respectivos reglamentos".

' SEGUNDO : La norma antes transcrita no hizo inexistente, como erradamente lo afirma el fallo impugnado, el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, sino que simplemente le cambió su denominación, pero la persona jurídica continuó siendo la misma, puesto que no liquidó al Fondo Rotatorio de Aduanas, sino que, simplemente, le cambió su denominación para suprimirle la expresión 'de la Dirección General".

" TERCERO: La demanda se dirigió con la denominación anterior, pero tan claro y evidente era que se dirigía contra la misma entidad que hoy se denomina Fondo Rotatorio de Aduanas, que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, haciendo uso de la facultad de interpretar racionalmente la demanda la admitió y ordenó notificar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Representante legal del Fondo Rotario de Aduanas, entidad que fue legalmente notificada y constituyó posteriormente apoderado del proceso.

" CUARTO: Queda pues claro, que la litis se trabó entre HUMBERTO RODRIGO PELAEZ ROLDAN y el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, antes llamado FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS.

" QUINTO: Con el auto admisorio de la demanda que se encuentra debidamente ejecutoriado, procesalmente quedó establecido que el demandado es el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, antes FONDO ROTARIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS, que, como ya se dijo, es la misma persona jurídica".

" SEPTIMO : No es el caso dictar sentencia inhibitoria alegando indebida acumulación de pretensiones, toda vez que se presentó una pretensión principal a la cual se le ha dado el trámite legal y sobre la cual está obligada la jurisdicción a pronunciarse sin que esté liberada de dictar sentencia de mérito, so pretexto de que la pretensión subsidiaria y sus consecuenciales están indebidamente acumuladas, por cuanto el fenómento de acumulación de pretensión no se predica de las pretensiones subsidiarias y, por tanto, no puede hablarse de indebida acumulación de pretensiones en tratándose de una pretensión principal y de una subsidiaria". (fls. 233 a 235).

La señora Fiscal Segunda de la Corporación, en su vista de fondo solicita se confirme la sentencia apelada, para lo cual hace las siguientes observaciones:

" El recurrente pretende hacer la distinción entre lo que sería la desaparición del ente jurídico y el simple cambio de nombre, para concluir, que la demanda debe entenderse dirigida contra la misma entidad.

" Al Juez no le está permitido cambiar la demanda y en éste caso, ella es bien clara y enfática al señalar como parte demandada al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, entidad esta que no existe en el ordenamiento jurídico. Tampoco es posible hablar de aproximación en los nombres para concluir condenando al Fondo Rotatorio de Aduanas, pues esa entidad no fué la llamada a responder.

" En relación a la forma en que se formularon las pretensiones en la demanda, además de constituir una indebida acumulación , se le están presentando al Juez dos alternativas para que escoja, lo que no es posible. Dice así la demanda: ' En subsidio de la petición anterior, pido que se declare responsable al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, no en cuanto a la realización de una venta por vías de hecho, sino por la expedición de dos actos administrativos violatorios de normas de superior jerarquía, los cuales son : La Resolución de la Gerencia del Fondo Rotatorio de Aduanas N° 1.644 de Octubre de 1981, mediante la cual se autorizó al Almacenista del Fondo Rotatorio para proceder a la venta directa de la mercancía y el acta de venta directa de 23 de Diciembre de 1981 (Egreso N° 0003).

" El actor puede formular unas pretensiones principales y otras subsidiarias para cuando no se acceda a las principales; pero entendiéndose que las peticiones subsidiarias sean compatibles con las principales y que no quede al arbitrio del Juez resolver sobrea las unas o las otras.

" En el presente caso, el concepto que emitió el Fiscal del Tribunal fue extenso y en él se ocupó de estudiar lo relativo a las dos causales que llevaron al Tribunal a declararse inhibido para decidir el fondo del asunto.

" En apartes de ese concepto se lee : ' De otra parte, es cierto que *SUBSIDIARIAMENTE* reclamó la declaración de responsabilida pública, a la

luz de la *acción de plena jurisdicción* (fl. 9 exp.) al determinar como causa de su lesión a los ACTOS ADMINISTRATIVOS (Resolución Nº 1644/81 y el acta de venta directa).

" ' Sobre el particular cabe mencionar "1º) Esta ' pretensión subsidiaria' no es de recibo porque para la fecha de presentación dela demanda la ACCION ya había caducado; 2º) además, 'el primer acto administrativo ' o Res. Nº 1644/81 (fls. 91/92 exp.), si bien es cierto tiene relación con la LESION DEL ACTOR no es menos verídico que no ' identificó ' como vendible la mercancía retenida del importador y así, en principio, mientras se ajuste a las normas superiores este acto no es anulable; 3º) El acta de venta directa (fls. 87 a 90 exp.) no es un acto administrativo en el real sentido jurídico sino más bien un ' acto material de ejecución' que no es anulable; ahora la circunstancia que con REPARACION DIRECTA sin que sea factible reclamar la nulidad del mismo previamente ; 4º) Si se invoca la acción de restablecimiento del derecho por actos administrativos contrarios a derecho, se echa de menos la petición de nulidad; 5º) No se pueden presentar 'acumulación de pretensiones' en una demanda, ni siquiera en forma subsidiaria, cuando sigan procedimientos distintos v. gr. el proceso ordinario o especial; en el sub-lite, la acción de restablecimiento del derecho tiene asignada la vía 'ordinaria' mientras la reparación directa siguiente un procedimiento 'especial'.

" Tenemos pues, que el error en la designación de la entidad demandada y la ineptitud de la demanda por la forma en que fueron formuladas las peticiones, impiden un pronunciamiento de mérito, como acertadamente lo afirmó el Tribunal. En consecuencia, la sentencia apelada debe ser confirmada y así lo solicita esta Fiscalía. (fls. 252 a 254).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

1. En primer momento la Sala debe centrar su atención en las dos circunstancias o motivos que llevaron al *a-quo* a proferir sentencia inhibitoria, a saber :

a) Inexistencia de la parte demandada, o, falta de capacidad para ser parte;

b) Indebida acumulación de pretensiones.

En el mismo orden, la Sala se pronuncia, en los siguientes términos :

Inexistencia de la parte demandada, o, falta de capacidad para ser parte.- La demanda no constituye en este caso, precisamente, un modelo de lo que deba ser la pieza procesal de introducción. Pero, ello no es óbice para que el juzgador cumpliendo con el deber de interpretar razonablemente los diversos actos procesales, pueda y deba llegar a desentrañar el verdadero propósito que tuvo el actor para reclamar en contra de quien estaba llamado a responder por los perjuicios

ocasionados en virtud de los hechos enrrostrados a éste. La demanda dice dirigirse contra EL FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS, nombre que con anterioridad al ejercicio de la pretensión se le había dado a la entidad que posteriormente se denominó simplemente FONDO ROTATORIO DE ADUANAS. En efecto, conforme al art. 37 del Decreto 080 del 19 de enero de 1976, dictado en ejercicio de la facultades extraordinarias concebidas por la Ley 28 de 1974, " El Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, se denominará Fondo Rotatorio de Aduanas y continuará funcionando como establecimiento público, que cumplirá las funciones establecidas en la ley y en los respectivos reglamentos".

Significa el anterior precepto que la entidad para entonces venía llamándose FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS y a partir de su vigencia (19 de enero de 1976), cambió su nombre por el de FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, sin que se hubiera introducido, por dicho texto con fuerza de ley, cambio distinto al de su nomenclatura.

Siendo el decreto N° 080 de 1976 respectiva legal del orden nacional, su contenido se presume, de derecho, conocido por todos. De allí, que el *a-quo* al calificar la demanda, fácilmente la entendió, como era lógico entenderla, dirigida contra el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, y no equivocadamente lo había denominado el demandante. (fl.100).

El anterior entendimiento también lo tuvo el eñor Ministro de Hacienda y el señor Director del Fondo Rotatorio de Aduanas, pues, en notificación del auto admisorio visible a folios 102 y 103 obran diligencias en igual sentido y calidad, sin que de manera alguna hubiera protestado el contenido de la providencia admisoria u optado por formular excepción fundada por este aspecto. Así transcurrió la primera instancia, sin discutir la existencia o inexistencia de la parte demandada y, mucho menos, la incapacidad para ser parte en el proceso. El señor Director General del Fondo Rotatorio de Aduanas otorga poderes para que lleven la representación judicial del Fondo y así se reconoció a las personas postuladas para tal efecto.

Así las cosas, mal podría esta Sala aceptar la tesis del *a-quo* consistente en la inexistencia de la parte demandada y de consiguiente la falta de capacidad para ser parte, por el solo prurito de haber empleado el demandante un agregado, equivocado, al nombre de la entidad demandada. Es que la denominación de FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, en reemplazo de FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS, es una cuestión de contenido legal que ninguna persona puede aducir que desconoce, dado que tal cambio fue hecho por un Decreto con fuerza de ley y de consiguiente, conocido por todos, según principio universal denominado *IURA NOVIT CURIA.*

No se dá, pues la inexistencia de la parte demandada, o de la falta de capacidad para ser parte, ni mucho menos la falta de capacidad para comparecer al proceso, de donde no se asiste razón al *a-quo* para inhibirse por este aspecto.

Indebida acumulación de pretensiones .- Vuelve la Sala a reiterar que la demanda formulada en este caso no es la que mejor se acomoda a las exigencias de los expertos procesalistas, ahora en cuanto respecta a la formulación de las pretensiones, pues la primera de ellas se encuentra seguida de otra denominada "Primera A", esgrimida por el actor como *subsidiaria* de aquella, para seguidamente formular las restantes peticiones principales.

El Código de Procedimiento Civil en su art. 82, regula la figura conocida con el nombre de " Acumulación de pretensiones". Por parte alguna dicha preceptiva, al tratar de las pretensiones principales y de las pretensiones subsidiarias, exige estricto orden en su formulación; es decir, no impone que todas las principales vayan primero en un solo capítulo, en tanto que las subsidiarias se agrupen después de aquellas, o algo semejante. Al no existir este rigorismo en la formulación de las diversas pretensiones, el juez debe verificar que se cumplan las exigencias expresamente señaladas por el art. 82 antes citado, aplicable al proceso Contencioso Administrativo, e interpretar razonada y lógicamente lo que el demandante quiso, como el *sub-lite,* o sea, que de no prosperar la primera pretensión, debería entrarse a analizar la "Primera A", única subsidiaria impetrada. Las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta, como consecuenciales de la primera principal, también lo eran igualmente consecuencias de la " Primera A ", o, única pretensión subsidiaria de la primera principal.

Lo anterior significa que, al no ser excluyentes entre sí todas o algunas de las pretensiones principales, bien puede formularse pretensiones exóticas, diferentes y aún contradictorias o excluyentes dentro del grupo de las pretensiones subsidiarias, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos consagrados en el art. 82 ibídem.

Para la Sala, no existe indebida acumulación de pretensiones que impida proferir decisión de mérito, pues si la subsidiaria que se viene mencionando deviene extraña a las demás, y, aún ella debiera de haberse tramitado por otro procedimiento, de haberse incoado aislada o separadamente, no es obstáculo para que se entre a decidir el mérito de las principales. Desde luego que la competencia del juez para ocuparse de las pretensiones subsidiarias, depende del fracaso de las principales.

La diversidad de trámites procesales entre las pretensiones principales y las subsidiaria, *ab-initio* no puede llevar consigo decisión inhibitoria; más aún, si el juzgador concluye que es competente para desatar las pretensiones principales, aunque no crea que lo es para la subsidiaria caso distinto es el que se presenta en el instante en que el juez niegue todas las petensiones principales, puesto que en ese momento deberá decidir también sobre su competencia, para abordar el estudio y resolución de las subsidiarias.

Como en el *sub-lite* se evidencia que esta jurisdicción es la llamada a desatar todas las peticiones calificadas como principales, en condiciones y términos que adelante se precisarán, no existe razón para vislumbrar eventuales incongruencias

o incompatibilidades, sustanciales o procesales, frente al grupo de las aspiraciones subcidiarias del actor.

No existe, pues, indebida acumulación de pretensiones en el caso que nos ocupa y, por lo mismo, habrá de revocarse también, la sentencia del a-quo, en cuanto se inhibió porque dedujo su indebida acumulación.

Despejado lo anterior entra la Sala a producir la sentencia de mérito que corresponde, previo el siguiente análisis ;

a) Para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos fundamentos de las pretensiones (1981), se encontraban vigentes el Decreto 955 del 18 de junio de 1979 (Estatuto Penal Aduanero), y el Decreto 520 de 1971 reformatorio del Estatuto anterior y, la Ley 21 de 1977 que introdujo algunas reformas a los decretos antecitados. Para mejor comprensión, resulta conveniente hacer las siguientes transcripciones:

Decreto 955 de 1970.

" Artículo 13. Decomiso. Toda mercancía de contrabando será decomisada y entregada al Estado para su venta. De la misma manera se procederá con las arma, naves, aeronaves, vehículos e instrumentos que hayan servido para cometer la infracción, a menos que deban ser restituídos a personas que acrediten derechos sobre ellos y ausencia de culpa en su empleo ilícito ". (se subraya).

" Artículo 71. Aprehensión y entrega. Quien aprehenda mercancía de contrabando, deberá entregarla inmediatamente, en depósito, al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, junto con los automotores en que se haya transportado y comunicar tal hecho al juez dentro de las veinticuatro horas siguientes . . . " . (se subrayó).

"Artículo 73 . Custodia. El Fondo Rotatorio de Aduanas tiene el deber de custodia de la mercancía que le haya sido entregada en depósito, de conformidad con las disposiciones del Código Civil ".

Reformado por el artículo 25 del Decreto 520 de 1971, el artículo 79 quedó así :

" Artículo 79. Enajenación directa de la mercancía. Las cosas fungibles o que puedan dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro, o para cuyo almacenamiento se presentan serias dificultades, serán enajenadas directamente y lo más pronto posible por el Fondo Rotatorio de Aduanas, quien mantendrá en depósito su producto, y dará cuenta del hecho al juez.

" Las mercancías declaradas de contrabando podrán ser vendidas a entidades oficiales, empresas de economía mixta o establecimientos de beneficencia, con autorización de la Dirección General de Aduanas.

" Los artículos de consumo popular, especialmente los víveres, aprehendidos como de contrabando, serán entregados al Instituto de Mercadeo Agropecuario, para su venta al público, previo contrato celebrado con el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas.

". . . . .

" Artículo 81. Declaración de contrabando. La declaración de que una mercancía es de contrabando se hará en la sentencia, en el auto de sobreseimiento definitivo, en el que ordena el archivo del expediente o en la providencia que dispone la cesación del procedimiento, según el caso, siempre que esté plenamente demostrada la materialidad de la infracción ".

" Artículo 82. Remate de la mercancía. En firme la declaración de que una mercancía es de contrabando se procederá a su remate directamente por el Fondo Rotatorio de Aduanas o por el martillo legalmente autorizado, siguiendo las formalidades establecidas por el Código de Procedimiento Civil".

Decreto 520 de 1971.

" Artículo 29. Retención. Las mercancías, vehículos, demás medios de transporte cuya retención haya sido ordenado por un juez de Aduanas quedarán a órdenes suyas aunque sean objeto de otras acciones penales o civiles".

" Artículo 30. Entrega de mercancía de procedencia lícita. En cualquier estado del proceso en que se demuestre que la mercancía aprehendida no es contrabando, el Juez, mediante auto motivado, ordenará su entrega o el precio de ella a quien demuestre tener derecho de propiedad sobre la misma".

Por último, el Artículo 14 de la Ley 21 de 1977, establecía:

" Entrega de la mercancía. La providencia que ordenara la entrega de la mercancía, o de los medios de transporte, o de sus precios se cumplirá una vez esté ejecutoriada.

". . . . . ".

b) Las disposiciones legales que se acaban de transcribir ponene de presente la oportunidad para que el Fondo Rotatorio de Aduanas pueda disponer de los bienes depositados por los jueces penales aduaneros, como consecuencia de la incautación de mercancía sometidas a investigación por contrabando. Dicha oportunidad no puede ser antecedente a la declaración judicial y definitiva, que el juez de conocimiento haga sobre el contrabando. Sólo cuando cobre ejecutoria dicha declaración de que la mercancía es de contrabando, podrá el Fondo proceder a su venta directa o al remate por un martillo.

c) La Sala cree conveniente recalcar lo dicho en providencia reciente, en un caso sustancialmente igual al que ahora ocupa su atención. Con fecha 12 de julio

de 1991, se discurrió así : " sólo cuando esté en firme la declaración de que la mercancía es de contrabando puede proceder el Fondo a su remate en forma directa o por martillo. Este orden resulta apenas lógico para evitar situaciones absurdas e ilegales como las de este proceso, en que sin establecerse judicialmente si la mercancía o el vehículo eran de contrabando se dispuso del mismo en remate, pretermitiendo las obligaciones de custodia como depositario, asignadas al Fondo conforme a las normas del Código Civil, según remisión expresa que el estatuto penal aduanero hace en su artículo 73.

".....

" Ahora bien, en este asunto no se trataba de una cosa perecedera , el automotor no era susceptible de sufrir deprecio, merma o deterioro , por el simple transcurso de tiempo, ni se daban serias dificultades para su almacenamiento, que son los casos excepcionales en que el Fondo Rotatorio puede enajenarlos 'directamente y lo más pronto posible ". (Expediente N° 6246, Actor : Julio Romulo Ordoñez Anacona).

d) Resulta de lo anterior, que el Fondo Rotatorio de Aduanas, no solamente procedió a disponer de la mercancía incautada y anexa a investigación penal aduanera, con precipitud, sino aún en abierta rebeldía o desacato a lo ordenado por el Juez del conocimiento y por el Tribunal Superior de Aduanas, dado que, la primera autoridad, mediante auto de 14 de mayo de 1981 (fls. 67 a 70), ordenó que el Fondo pusiera " a disposición de la Aduana interior de Bogotá la mercancía retenida y que dió origen a estas diligencias, con el fin de que el importador señor Rodrigo Peláez gestione la nacionalización de la misma ". Por su parte el Tribunal Superior de Aduanas con decisión de 21 de septiembre de 1981, confirmó " en todas sus partes el auto revisado ".

Obra en autos copia auténtica del ACTA DE VENTA DIRECTA llevada a cabo el 23 de diciembre de 1981, autorizada por Resolución N° 01644 de octubre de 1981, según la cual el Fondo Rotatorio de Aduanas, Distrito Aduanero de Bogotá D.E. , realizó venta directa a favor de la Cooperativa Especializada la Despensa, de un sinnúmero de mercancías, entre otras la cantidad de 1130 "partes para frenos de vehículos automotores (bóster) varias referencias y tamaños", que habían ingresado bajo el N° 0127/81 (fl.89). También al folio 91 y 92 aparece copia auténtica de las Resoluciones N° 01644 del 16 de octubre de 1981 proferida por el Director General del Fondo Rotatorio de Aduanas, autorizando la venta anterior, desconociendo, injustificadamente, las órdenes impartidas por el Juzgado Cuarto Superior de Aduanas y por el Tribunales Superior del ramo.

Los bienes que le habían sido confiados al Fondo Rotatorio de Aduanas, tienen la naturaleza de bienes muebles no consumibles ni perecedores rápidamente, por el sólo transcurso del tiempo, por lo que no existía peligro inminente de que sufrieran daño, deterioro, merma o demérito en su precio, claro está de utilizarse los medios adecuados para su almacenamiento y cuidado.

En esta materia la Sala reitera la pauta jurisprudencial contenida en sentencia del 18 de julio de 1991, que en lo pertinente señaló : " El Fondo estaba obligado a custodiar las mercancía retenidas, y por lo tanto vedado para disponer de ellas antes de la declaración judicial de contrabando. Como la justicia penal aduanera estimó que eran legítimas, la entidad depositaria, tenía la obligación de acatar el mandamiento judicial disponiendo la entrega de las mercancías a sus dueños; la franca desobediencia a la orden del Juez en razón de haber dispuesto de ellas de manera groseramente irregular y atrabiliaria, compromete, sin lugar a dudas, la responsabilidad patrimonial del ente público culpable". (Expediente N° 5722; Actor: Sociedad Agencia Panamericana; Consejero Ponente : Dr. Juan de Dios Montes Hernández).

Si en los dos casos juzgados por esta Sala, que parcialmente se ha transcrito en esta providencia, se halló responsable al Fondo Rotatorio de Aduanas por haber dispuesto en venta de mercancías que aún se encontraba sometidas a investigación penal aduanera, con mayor razón salta a la vista, en este caso, la ostensible falla en el servicio, dado que la disposición en venta de la 1130 unidades de frenos la ordenó el Fondo Rotatorio de Aduanas en octubre de 1981 y se ejecutó el 23 de diciembre del mismo año, esto es, con posterioridad a la definición judicial de no ser de contrabando, como claramente lo había dispuesto y comunicado a dicha entidad administrativa el Juzgado Cuarto Superior de Aduanas.

Con base en lo anterior, no cabe la menor duda, que el Fondo Rotatorio de Aduanas antes que prestar oportuno y eficiente servicio público, procedió abiertamente en contra del mismo y con inusitado desacato a las órdenes de los jueces de la República.

El daño patrimonial sufrido por el demandante se deduce fácilmente y encuentra prueba documental múltiple en los autos. En efecto, quedó establecido que aquél importó las piezas o elementos para frenos de vehículos automotores, habiéndolos comprado en Estados Unidos; existe acta de incautación o aprehensión por parte de las autoridades de la aduana en el aeropuerto El Dorado de Bogotá; se arrimó copia auténtica de la Resolución N° 01644 de octubre de 1981 mediante la cual el Director del Fondo dispuso la venta a favor de Cooperativa Especializada de Educación de los barrios León XIII y la Despensa; y, finalmente ocupa los fls. 87 a 90 el acta de venta directa, entre otras, de las mercancías incautadas a la aquí demandante, en cumplimiento de la Resolución en antes citada, acto llevado a cabo el 23 de diciembre de 1981.

El deterioro o disminución patrimonial, de índole económico parecido por el demandante, es resultado directo de la falla en la prestación del servicio de aduanas imputable al Fondo Rotatorio del ramo. De tal suerte, que de haber procedido esta entidad administrativa conforme a las disposiciones legales que atrás quedaron transcritas, a más de haber obedecido la orden judicial de restitución, el actor no hubiese sufrido los perjuicios cuya indemnización hoy demanda.

Se encuentran pues, establecidos los supuestos que estructuran la responsabilidad administrativa del Fondo Rotatorio de Aduanas y, consecuencialmente habrá de condenársele al pago de todos los perjuicios materiales que sufrió el demandante por motivos originados en los hechos imputables a dicha entidad, que atrás quedaron establecidos.

Los perjuicios.- En el punto tocante con los perjuicios, la Sala encuentra que éstos son de índole material, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante. Para establecerlo obra el avalúo visible a fls. 148 a 154 del expediente , en donde expertos designados al efecto, después de hacer el recuento de los acontecimientos, toman en consideración la factura de venta y los precios en ella incluidos, el manifiesto de embarque, la factura consular, para deducir que las 1130 partes para frenos de vehículos autormotores (bóster), tenía un valor unitario de CUATRO MIL QUINIENTOS (4.500) pesos cada una, o, un valor total de CINCO MILLONES OCHENTA Y CINCO MIL ($5.085.000.oo) pesos (fl. 149 y 150). Dicho valor lo fijan los peritos para el 20 de marzo de 1981 y se encuentra ajustado a lo que el demandante consignó en su demanda (fl.26), cuando dijo estimar la cuandtía en cantida superior a los CINCO MILLONES ($5.000.000.oo) de pesos.

A folios 153 y 154 los peritos hacen una síntesis de su avalúo, en los siguientes términos :

" Tomando el precio promedio del mercadeo actualmente (y hechas la comparaciones de referencias, diversos tamaños, específicaciones, etc.), tendríamos el precio así : (en Dic./81)

" 1. - Bóster con cilindro V/u. $6.000.oo x 1.130 = $1'950.000

" 2.- Bóster sin cilindro V/u. $4.400.oo x 1.130 = $3'542.000

==========

TOTAL $5'492.000

" *NOTAS:*

" Debe advertirse que se tuvieron en cuenta diversos aspectos así :

" A)-La variación del tipo de cambio (veáse folio 119)

" B)- En índice de precios al consumidor o poder adquisitivo del peso (veáse folio112).

" C)- La mayor presión devaluacionista de 1982 en adelante (19% en 1982; 26.3% en 1983; 28.3% en 1984 y 51.2% en 1985- Revista Banco de la República, Diciembre de 1985).

" D) Los mayores impuestos establecidos en los últimos tiempos (Ley 11 de 1983, Ley 58 de 1983 y Ley 50 de 1984). Todos han venido a encarecer las

importaciones por lo cual para efectos de los cálculos, basándonos en los precios actuales del mercadeo y teniendo en cuenta este tipo de mercancías importadas, debemos desechar los recargos impositivos y devaluacionistas que precisamente han sido mayúsculos de 1982 a hoy, para encontrar un precio real aproximado a Diciembre de 1981.

" En resumen, el valor de la mercancía, tal como se solicitó por el DEMANDANTE (Folio 26) y se decretó como prueba, por parte de ese Despacho (Folio 105), ascendería a la suma de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE..... $5'492.000.oo

==========

(fls. 153 y 154).

La Sala acoge la anterior prueba pericial por provenir de profesionales idóneos para el caso, por la fundamentación y razonamiento en ella contenido. De consiguiente, la cifra deducida por los peritos de $5'492.000.oo constituye el daño emergente.

El lucro cesante esta dado por los intereses legales del 6% anual establecidos por el art. 1617 del C.C., liquidados sobre los $5'492.000.oo de daño emergente, desde octubre de 1981 hasta cuando cobre ejecutoria ésta providencia.

Como el demandante solicitó actualización del daño emergente, siguiendo reiterada jurisprudencia de esta Corporación, se accede a ello para lo cual se utilizarán los índices de precios al por mayor que certifique el Banco de la República, vigentes para octubre de 1981, fecha en que se ordenó la devolución de la mercancía incautada, y, la fecha de ejecutoria de ésta providencia.

Por concepto de perjuicios, en conclusión, la concena se impondrá así :

a) Por daño emergente, la cantidad que resulte de actualizar la suma de $5'492.000.oo pesos de octubre de 1981 y con relación al índice de precios al por mayor vigente para cuando cobre ejecutoria ésta sentencia;

b) Por lucro cesante el monto de intereses a razón del 6% anual sobre el valor histórico del daño emergente, o sea la cantidad de $5'492.000.oo pesos, liquidados desde octubre de 1981 y hasta cuando cobre ejecutoria la sentencia, teniendo el buen cuidado de no liquidar intereses de intereses.

Las demás pretensiones deberán negarse.

De lo dicho se impone revocar la sentencia apelada y decidir de mérito conforme a las bases que se acaban de señalar, imponiendo condena en concreto en contra del Fondo Rotatorio de Aduanas, con lo cual la Sala se aparte del concepto emitido por la Señora Fiscal Segunda de la Corporación.

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 autoriddad de la ley,

F A L L A :

Primero.- REVOCASE en su totalidad la sentencia de 9 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera.

Segundo.- DECLARASE administrativamente responsable al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, de todos los perjuicios materiales, daño emergente, lucro cesante, causados al señor HUMBERTO RODRIGO PELAEZ ROLDAN, por los hechos analizados en la motivación.

Tercero.- CONDENASE al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS a pagarle a HUMBERTO RODRIGO PELAEZ ROLDAN, por daño emergente la cantidad que resulte de actualizar la suma de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL PESOS ($5'492.000.oo) de octubre de 1981 y con relación al índice de precios al por mayor vigente para cuando cobre ejecutoria está sentencia.

Cuarto.- CONDENASE al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS a pagar a HUMBERTO RODRIGO PELAEZ ROLDAN, por lucro cesante el monto de intereses a razón de 6% anual sobre el valor histórico del daño emergente, o sea la cantidad de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL PESOS ($5.492.000.oo), liquidados desde octubre de 1981 y hasta cuando cobre ejecutoria esta sentencia, sin que se liquiden intereses sobre intereses.

Quinto.- DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- Dese cumplimiento a las disposiciones de los anteriores artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 1 de agosto 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.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/ INDEMNIZACION DE PERJUCIOS/ ACTUACION ADMINISTRATIVA/ NULIDAD

La denominación que en la práctica se utilice para poner fin a la existencia jurídica de los actos administrativos en la mayoría de los casos, resulta indiferente; en efecto, si bien doctrinariamente se puede hacer la distinción entre la revocación y la derogación por los efectos *ex tunc* de la primera *ex nuc* de la segunda, no hay duda de que la "derogación" de un acto administrativo de contenido particular y concreto tiene todas las características de la revocación. Otro tanto hay que decir respecto de la nulidad; la fórmula en principio reservada para una declaración judicial, es utilizada con frecuencia por la función administrativa en su labor de autotutela; en tales casos, la identidad con la revocación es indudable. La revocación de los actos que avalan la operación material del cierre del local comercial, dejó a esta última huérfana de sustento jurídico y generó la obligación, a cargo del Municipio, de reparar los perjuicios que ocasionó con la acción ilegal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia : Expediente Nº 6478. Actor : Agustín García Ospina y otros.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de los demandantes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquía el 8 de octubre de 1990, por medio de la cual se negaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 9 de febrero de 1987, los señores AGUSTIN GARCIA OSPINA y EDUARDO GARCIA, aisistidos por apoderado judicial presentaron demanda

ante el Tribunal Administrativo de Antioquia buscando satisfacción- frente al Municipio de Medellín- a las pretensiones siguientes :

" PRIMERA : Que se declare que el Municipio de Medellín es administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a los suscritos con ocasión del cierre de nuestro establecimiento de comercio denominado 'AGUSTIN GARCIA OSPINA' o 'AGUSTIN GARCIA O.E. HIJOS', que funciona en la carrera 53. nro 45-61 de esta ciudad, cierre que duró entre los días 18 de junio de 1986 y 16 de octubre del mismo año.

" SEGUNDA : Que, en consecuencia, se condena al Municipio de Medellín al pago de las condignas indemnizaciones, conforme a la demostración que se hará en el proceso de cuantum de los daños.

" TERCERA : Que el Municipio de Medellín dará cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia en el término de treinta días." (fl.18)

La causa petendi fue narrada en la demanda bajo este texto :

" PRIMERO : Hasta comienzos de esa década el sector de Guayaquil era el centro comercial de Medellín y se hallaba poblado casi en su totalidad por comerciantes mayoristas.

" SEGUNDO : Con la construcción de la central mayorista y la proyección de establecer el centro administrativo en la zona de Guayaquil, se dipuso por la Administración Municipal a través del Decreto 037 de 1984 cambiar el uso del suelo en el área, prohibiéndose el comercio al por mayor en el ramo de abarrotes, por ser incompatible con el uso proyectado.

" TERCERO : En estas condiciones, todos los mayoristas tendrán que trasladarse o cesar sus actividades . Pero como ocurre casi siempre que hay un tránsito normativo, se tuvo en cuenta la excepcional circunstancia de que había personas (como nosotros) con más de 40 años de actividades es (sic) en el sector, por lo que resultaba una iniquidad forzarlos al traslado o al retiro sin dejarles una alternativa de permanencia en el área. Fue por eso que el artículo 39 del decreto en mención dispuso que quienes ya tenían un uso establecido en el suelo podían optar por quedarse cambiando su actividad.

" CUARTO" Convenios de que la norma sería respetada, decidimos cambiar de actividad para quedarnos, y fue así como de mayoristas pasamos a comerciantes al por menor, actividad ésta última que sí es permitida según el reglamento de uso del suelo. Para el cambio no sólo fue menester transformar el establecimiento, lo que implicó algunas reformas del local, sino que además hubimos de cambiar nuestra inscripción en el registro mercantil, para anunciar que ya no eramos mayoristas sino minoristas, seguimos pagando impuestos de industria y comercio

por ' venta de abarrotes al por menor', y adelantamos los demás trámites necesarios para que se nos expidiera licencia por parte del Cómite de Establecimientos abiertos al público.

" QUINTO : Empero, por razones no expresadas, la Administración Municipal se empecinó, contra las realidad, en afirmar que seguíamos siendo mayoristas. Y llegó al despropósito de considerarnos, para efectos de concesión de licencia, como comerciantes al por mayor, mientras que simultáneamente y para efectos de impuestos de industria y comercio nos tiene por minoristas.

" SEXTO : Se hacía evidente que la administración, más que el cumplimiento de la Ley, la movían otros fines al asediarnos, fines que estaban determinados por la necesidad que tenían las Empresas Varias de Medellín de vender todos los locales de que disponían en la central mayorista. Es así como las Empresas Varias enviaron a la Administración central municipal un listado de las personas que habían comprado locales, y en premio la Administración se abstuvo de imponerles el cierre de los establecimientos, sin importar si eran o no mayoristas, si tenían o no licencia.

" SEPTIMO : Como resistimos las presiones de compra, la Administración la emprendió contra nosotros sin pararse en miramientos jurídicos, violando flagrantemente las normas policivas.

" OCTAVO : La consigna era obligarnos al cierre a como diera lugar, hubiéramos o no adecuado nuestra actividad al uso del suelo permitido en la zona. La Secretaría de Gobierno comisionó a la Inspección Tercera Especial (Mal llamada ' Alcaldía Comunal nro.3') para que procediera a cerrarnos el establecimiento. Esa dependencia desde enero de 1986 estuvo amenazándonos y concediéndonos prórrogas a ver si cambiábamos de actitud frente a las Empresas Varias. Finalmente el día 18 de junio de 1986 se hizo efectivo el cierre.

" NOVENO : Sería tan aberrrante la violación de la Ley que el día 15 de octubre de 1986 una persona distinta que había recién llegado al cargo de Inspectora Tercera Especial decidió ' declarar nulo todo lo actuado', a consecuencia de la cual decisión se levantaron los sellos y se reinició la actividad mercantil.

" DECIMO : Resulta entonces que, por una falla de la Administración, nuestro establecimiento comercial estuvo cerrado desde el día 18 de junio hasta el 16 de octubre de 1986, ocasionándosenos ingentes perjuicios, así: Como daño emergente : Se descompusieron 15 bultos de papa capira, 50 cajas de panela, 20 bultos de panela, 50 cajas de manteca 'Gravetal' 50 cajas de manteca 'Chanchito', 10 cajas de salchichas, 10 bultos de arroz pergamino y tres bultos de fríjol cargamanto. Y hubieron (sic) de pagarse trabajadores por esos trs (sic) meses, según se expone a continuación :

" 1. GUILLERMO DE J?(sic) GIRALDEO (sic) LOPEZ, C.C. 8.261.091, empleado del mostrador, $20.000 mensuales.

" 2. AGUSTIN EMILIO GARCIA, C.C. 714.897, mensajero, $20.000 mensuales.

" 3. JOSE LUIS GARCIA, C.C. 71. 665.059, empleado del mostrador, $20.000 mensuales.

" 4. JESUS HERNAN GARCIA, C.C. 3.561.236 ", administrador, $35.000. mensuales.

" LUCRO CESANTE : Como es obvio, el cierre durante casi cuatro meses impidió que en ese lapso se efectuaran ventas que reportarían necesariamente utilidades, perjuicio que se siguió manisfestando hasta mucho tiempo después de la reapertura, pues, naturalmente la clientela se ahuyentó. " (fls. 18 a 21).

Notificado el Municipio del auto admisorio de la demanda, compareció al proceso mediante apoderado especial quien la contestó y pidió pruebas; el *a-quo* las declaró y practicó en cojunto con las solicitudes por los actores; alegaron de conclusión la entidad demandada y el Agente del Ministerio Público y se profirió el fallo que es objeto del recurso, el cual denegó las pretensiones esgrimidas por cuanto -a juicio del Tribunal - la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.) y no la de reparación directa (art. 86 ibídem) ejercida por los demandantes; frente a esta consideración, sin embargo, aclaran el voto tomando partido contrario tres de los cuatro Magistrados del Tribunal.

La sentencia discurre con esta lógica:

" *Procedimiento de la acción de reparación directa.*

" En ejercicio de esta acción se explica a la luz del siguiente proceso histórico:

" El Municipio de Medellín por intermedio de la Inspección Especial N° 3 'La Candelaria' en ejercicio de la potestad pública relativa al poder de Policía y dentro del marco de los actos administrativos ordenó a los actores suspender toda actividad comercial, en el sector del Guayaquil hasta tanto obtuvieran licencia para ejercer el comercio al detal.

" Como consecuencia de la ejecutoria de esta decisión el 18 de junio de 1986, tal como consta en Acta de folios 9, el establecimiento fue cerrado y desocupado voluntariamente por sus propietarios.

" El procedimiento administrativo cumplido hasta ese momento garantizaba a los afectados con la medida de policia el derecho a ejercer el control de legalidad sobre tales decisiones y a propugnar por la reparación del daño ante esta jurisdicción dentro de los términos de caducidad.

" Sin embargo tres días antes de que la decisión quedara a cubierto de la acción de plena jurisdicción -el 15 de octubre de 1986 la misma Inspección

Especial declaró la nulidad procesal de todas (sic) diligencias '...desde el auto de fecha enero veintiocho del corriente año, hasta la diligencia de descargos de julio 22 del presente año, ambas inclusive'. Y ordenó '...elaborar informe de cada uno de los establecimientos, para que las Inspecciones centrales de policía, por reparto, lleven a cabo la investigación por separado de cada establecimiento'. (fl.11).

" Según los demandantes lo que hubo fué una revocatoria directa por parte de la administración municipal que convirtió unos actos administrativos amparados de legalidad en una situación de hechos cuyas consecuencias podrían estimarse y resarcirse ejerciendo la acción de reparación directa, toda vez que la de restablecimiento del derecho les quedó velada por los efectos de la pretensa revocatoria.

" Conforme al artículo 16 del D.L. 2304 de 1989, que sustituye el 86 del D.L. 01 de 1984 'la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajo público'.

" En el evento subjudice se le endilga responsabilidad a la administración municipal por haber incurrido, según los demandantes, en falla o falta del servicio, falla de la que se dedujo un daño que razonablemente no encuentra explicación diferente a ser una secuela obligada de aquella.

" Conforme al libelo inicial la falla del servicio estuvo representado en la vía de hecho contemplada con el cierre del establecimiento de comercio de propiedad de los actores llevado a término de acato a una decisión administrativa en firme que después de ejecutada la propia Inspección revocó utilizando el expediente fácil de la nulidad procesal. De manera que lo que inicialmente se considera una decisión administrativa, resultó por fuerza de la sedicente nulidad convertida en una vía de hecho.

" Miradas las cosas desde el ángulo de la demanda, y aceptando en gracia de descución (sic) que la nulidad procesal equivale a la revocatoria directa como lo califica los actores, tendríamos que compartir con ellos el criterio de que la acción adecuada para reclamar la indemnización era en sana lógica la de reparación directa. Pero si consideramos los verdaderos alcances de la multicitada nulidad decretada por la Inspección tenemos que concluír que la acción indicada que ser de restablecimiento del derecho, por las siguientes razones :

" La Inspección de Policía no pretendió extinguir los actos administrativos que prohibieron el ejercicio del comercio a los demandantes y que dispusieron el cierre del establecimiento, fundándose para ello '...tanto en razones de oportunidad o interés público, como razones de ilegitimidad...' que son las que podían fundamentar dicha revocatoria directa, como enseña el Profesor Scola en su Manual de Derecho Administrativo, Volumen I, pág.537.

" Y no procedía la revocatoria directa porque el acto administrativo además de estar ejecutoriado y ser ejecutorio, se había agotado, generando para los administrados el derecho a impugnarlos para que fueran anulados por la jurisdicción contenciosa administrativa, y como consecuencia de tal decisión poder obtener el restablecimiento del derecho conculcado con dichos actos.

" La intención de la Inspección de Policía fue según su propia expresión la de pugnar unos vicios o la de salvar irregularidades procesales cumplidas en la expedición del acto administrativo, consistentes en ". . . no haberse efectuado el procedimiento ordenado por la ley', según se dejó consignado en la motivación de dicho auto.

" Prueba de que la intención era salvar la irregularidad cometida la contiene la misma decisón que en su numeral 2° '...ordena elaborar informe de cada uno de los establecimientos, para que las Inspecciones Centrales de policía, por reparto, lleven a cabo la investigación por separado de cada establecimiento'.

" En obedecimiento a lo dispuesto en el numeral 2° del precitado auto el proceso administrativo retomó vigencia concluyendo como era de esperarse con la reproducción o la convalidación de los actos administrativos supuestamente revocados, pues tanto éstos como aquellos se expidieron con fundamento en hechos y razones de derecho idéntico. En uno y otros se prohibió a los actores ejercer el comercio y se dipuso el cierre del establecimiento condicionando la apertura del mismo a la obtención de la licencia de funcionamiento para el expendio de víveres al por menor o al detal, lo que da a entender que lo que se quiso fué sanear el vicio que afectaba la emisión de los actos aparentamente revocados.

" Se insiste en que hubo revocatoria directa, lo que ocurrió fue que la administración municipal con el argumento de '...no haberse efectuado el procedimiento ordenado por la Ley', buscó convalidar unos actos sin percatarse de que estaba reviviendo un proceso legalmente concluído, pues los actos procesales tienen en la ley su momento en el tiempo para ser llevados a cabo.

" Así las cosas, el decreto de nulidad no podía enervar los efectos de los actos así se hubieran expedido irregularmente, porque la misma administración los había ejecutado, con lo cual también había agotado el procedimiento gubernativo, mientras para los administrados surgía el derecho de impugnar las decisiones y reclamar el daño en ejercicio de la acción de restablecimiento.

" Como ese era el derecho que resultaba afectado, los alcances del auto anulatorio no podían ser otros que los de producir una prórroga del término de caducidad ,conque (sic) contaban los demandantes para proponer la anulación de los actos dictados dentro del malogrado proceso.

" Así lo entendieron los actores cuando en demanda propuesta contra el municipio de Medellín que de oficio se ordenó agregar a este expediente, le pidieron al Tribunal hacer el siguiente pronunciamiento :

" ' PRIMERA : Que son nulas las Resoluciones Nros. 207 de diciembre 9 de 1986, y la resolución sin número de 22 de diciembre del año en curso, expedidas por el Inspector Séptimo Municipal de Medellín, por medio de las cuales se ordena cesar la actividad mercantil ejercida por LUIS EDUARDO GARCIA ECHEVERRI y AGUSTIN GARCIA OSPINA en establecimiento situado en la Cra. 53 Nº 45-61 de esta ciudad.

" ' SEGUNDA : Que, en consecuencia y para restablecer el derecho violado, se declare que la administración municipal de Medellín está obligada a permitirnos la reiniciación de la actividad mercantíl en las condiciones en que se venía ejerciendo.

" ' TERCERA : Que, también por consecuencia, se condene al Municipio de Medellín al pago de los perjuicios irrigados por los actos cuya nulidad se depreca, cuyo monto se demostrará en el proceso'.

" Como quiera entonces que la acción escogida fué la de reparación directa, cuando legalmente procedía ejercitar la de restablecimiento del derecho, se negarán las súplicas de la demanda, toda vez que los actores carecen de legitimación procesal para formular las pretensiones deducidas." (fls. 230 a 235).

Por su parte, la aclaración de voto expone el siguiente criterio :

" Aunque compartimos la parte resolutiva de la sentencia, debemos aclarar nuestro voto por las siguientes razones :

" 1) La demanda busca la indemnización de perjuicios por el período comprendido entre el 18 de junio y el 16 de octubre de 1986, durante la cual el establecimiento de comercio estuvo cerrado.

" 2) El cierre tuvo su origen en la resolución sin número de fecha febrero 21 de 1986, procedimiento administrativo que obra a folios 58 y siguientes del expediente, QUE ORDENABA CERRAR INDEFINIDAMENTE EL ESTABLECIMIENTO, como se deduce de su lectura.

" 3) Toda la actuación fue anulada mediante acto del 15 de octubre de 1986.

" ¿ Qué efectos produce esa anulación? La desaparición de los acto que dieron origen al cierre."

" El cierre - esto es, el hecho o efecto físico de la decisión-, no desapareció porque éste se exteriorizó y efectivamente produjo un cambio que no puede desconocerse, porque sería negar la realidad.

" 4) Si desaparecieron los actos, éstos por sustracción de materia no pueden impugnarse.

" La impugnación de un acto parte del supuesto de su existencia. Por eso el actor debía demandar a través de la pretensión de reparación directa y no por la de nulidad y restablecimiento del derecho como se afirma en la sentencia.

" 5) El hecho - el cierre-, no puede hacerse desaparecer, cesarán sus efectos en el tiempo, pero de todas maneras existieron.

" 6) Los defectos procesales- declarados en acto administrativo, con presunción de legalidad-, que encontraron los funcionarios en la actuación administrativa, radicaron en un procedimiento indebido. Es decir, la administración, obró' sin observar el procedimiento que se le ha impuesto', lo que en principio consituye una vía de hecho, controlable, por la pretensión de reparación directa.

" Pero indudablemente, las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, porque en materia de responsabilidad estatal deben acreditarse todos los presupuestos que son propios de ella, la falla en el servicio - en este caso la vía de hecho- y un daño o lesión a un bien o derecho protegido jurídicamente.

" ' Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizado como de que sea cierto, determinado o determinable..' Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 28/76. - La subrayas no son del texto.-.

" 8. El decreto 037 de 1984, prohibió (sic) la destinación al 'comercio mayorista de víveres' de los inmuebles ubicados en el sector donde se encuentra el local del demandante.

" 9) La situación entonces de los mayoristas que venían trabajando en el Sector, era la de trasladarse a otro lugar - la Central Mayorista - para continuar con su actividad. O destinar el establecimiento a una actividad permitida, venta al menudeo de víveres por ejemplo, que es lo que invoca el actor.

" 10) A folio 135 del expediente, aparece copia de la resolución de Planeación Metropolitana de Medellín, negando la Licencia de uso al demandante, por cuanto este realiza una actividad mixta- venta al por mayor y al detal-, lo que no encaja dentro de las actividades permitidas en el sector, documento este que prima sobre otros como las resoluciones de industria y comercio y el mismo certificado de la Cámara de Comercio, porque es el que específicamente se refiere al cumplimiento de los requisitos ubanísticos exigidos.

" 11) En tales circunstancias, no puede hablarse de un bien o derecho protegido jurídicamente, pues las pruebas, y el acto anotado que se presume legal, no permiten calificar al actor como MINORISTA.

" El daño, presupuesto *sine qua - non* para declarar la responsabilidad no fue acreditado." (fls. 236 a 238).

LAS RAZONES DEL RECURRENTE

El apoderado judicial de la parte actora arguye :

1° . Que la acción de reparación directa está correctamente utilizada.

2°. Que en el proceso se probó la condición de minorista de sus procurados, sobre este aspecto manifiesta :

" ...concuerdan en que deben negarse las súplicas, en esencia porque no se demostró la condición de minoritaristas.

" Y no se demostró - según la aclaración - porque así lo dice la resolución de Planeación Metropolitana, según la cual la actividad es mixta' lo que no encaja dentro de las actividades permitidas en el sector, *documento éste que prima sobre otros como las resoluciones de industria y comercio, porque es el que específicamente se refiere al cumplimiento de los requisitos urbanísticos exigidos* ' (énfasis ajeno al texto).

" Al respecto hacemos notar :

" La resolución de Planeación primaria si se tratara de certificación sobre *usos permitidos en el suelo, sobre lleno de requisitos urbanísticos,* como reconocen los mismos H. Magistrados. Pero ella se apoya es en que el comerciante, '*realiza* una actividad mixta, es decir no es ejercicio de la función estrictamente dicha de control de uso de suelo, en virtud de la cual la dependencia se ocupa simplemente de comparar el uso permitido con el uso propuesto, *sino que es un juicio del valor, cargado de subjetividad* a tal punto que en mi sentir implica un desbordamiento de la competencia propia de la dependencia. Tan poco equivocado estaré que en el expediente obra copia de la comunicación N° 2202-1 04127, librada el día 8 de julio de 1986 por el *Jefe del Departamento Jurídico de Planeación,* documento en el cual dicho funcionario deja sentada su clara posición de favorabilidad a la concesión de la licencia de uso, por ser absolutamente legal.

En este contexto, la Resolución dicha no sólo no prima sino aperece carente de fundamento serio, en tanto que las decisiones de las autoridades fiscales municipales -actos que tienen que ostentar exactamente el mismo valor jurídico en su ámbito- permiten concluir:

" 1. Que la actividad era comercio al por menor.

" 2. Que a tal conclusión llegó la administración luego de *dos visitas de inspección al establecimiento* : la Resolución 866 habla de que ' *fue necesario realizar una inspección ocular al establecimiento* comercial, y la resolución 1487

habla de que 'Para comprobar lo anterior, el Dpto de impuestos ordenó *nueva visita de inspección al establecimiento* '.

" ¿ Carecerá de bizantismo una discusión acerca de quién dispone de mejores elementos para distinguir una actividad comercial mayorista y una actividad comercial minorista, si el Departamento Administrativo de Planeación Municipal o el Departamento de Impuestos Municipales, a cuyo cargo esta el manejo de industria y comercio ?

" Aparece lo anterior, también la ley reconoce aptitud legal plena a la inscripción en el registro mercantíl, y ella nos dice que el establecimiento está dedicado al comercio al por menor.

" ¿ Hasta donde pueden llegar las exigencias al administrado si, como la ley manda, se inscribe en el registro mercantil como minorista, y se suscribe en el registo tributario de la misma manera ? ¿ Es seria una administración que lo tilda de mayorista para negarle licencia con un desacuerdo del asesor jurídico de planeación- y de minoritaria para cobrarle impuestos ?

" De suerte que, con todo y lo coherente que es en lo sustancial el texto de la aclaración de voto, en mi humilde opinión en la apreciación de las pruebas, y es sobre este aspecto, superado el inicial escollo procesal, que ruego prestar especial atención al Honorable Consejo de Estado". (fls. 244 y 245).

El Señor Fiscal Décimo de la Corporación pide se confirme la sentencia apelada. A esta conclusión lo conducen estas consideraciones:

" Pretende los demandantes que se les indemnicen los perjuicios ocasionados a raíz del cierre del establecimiento de comercio de su propiedad, durante el período comprendido entre el 18 de junio y 16 de octubre de 1986. Dicho cierre tuvo su origen en la resolución de febrero 21 de 1986, emanada en la Inspección Especial de la Candelaria de la ciudad de Medellín , por medio de la cual se dá aplicación al artículo 39 del Decreto N° 37 de enero 27 de 1984. La resolución concede un plazo de siete días a los comerciantes mayoristas localizados en el sector de Guayaquil, para que suspendan la actividad comercial que hasta el momento vienene desarrollando y se trasladan a los locales disponibles en la central mayorista y plazas satélites y minoristas existentes en la ciudad. (fl. 58 a 60).

" Contra la anterior resolución se interpuso recurso de reposición el cual fué resuelto por medio de Resolución de Marzo 26 de 1986 y por medio de la cual se concede una prórroga al plazo de 15 días más, contados a partir de dicha resolución, para que los mayoristas se trasladen a los locales disponibles en la central mayorista y plazas satélites de la ciudad. (folio 67 a 75).

" Por medio de resolución de mayo 7 de 1986, emanada de la Inspección Especial de la Candelaria, se concede un nuevo plazo de 30 días, entre otros, al

demandante, señor Agustín García para que traslade sus instalaciones a los locales que están siendo adecuados en la Central Mayorista. (folio 80 a 82).

" Por medio de Resolución de Junio 11 de 1986 de la Inspección Especial La Candelaria, se ordena dar cabal cumplimiento a la Resolución de febrero 21 de 1986 y se fija el día miércoles 18 de junio de 1986, a las 9 de la mañana, para llevar a cabo el cierre del establecimiento. (folio 87 a 89). Posteriormente, por medio de la resolución de fecha octubre 15 de 1986, emanada de la misma Inspección a raíz de irregularidades cometidas en el procedimiento señalado por la ley, se decretó nulo todo lo actuado en las citadas diligencias, desde el auto de enero 28 hasta la diligencia de descargos de julio 22 de 1986, y se ordenó la elaboración de informes de cada uno de los establecimientos para llevar a cabo la investigación por separado de cada establecimiento. (folio 10 y 11).

" A su turno el artículo 39 del Decreto N° 037 de Enero 27 de 1984 el cual prohibió la destinación al comercio mayorista de víveres de los inmuebles ubicados en el sector donde se encuentra el local del demandante, ESTABLECE: 'De los usos ya establecidos (Transitorio). Los responsables de los usos ya establecidos en el área central de actividad múltiple, que a partir de la vigencia de éste decreto queden clasificados como usos restringidos o prohibidos, dispondrán de un plazo máximo de un (1) año para adaptarse a la presente reglamentación y obtener la respectiva licencia de uso, o para trasladar sus instalaciones " (folio106 vto.). El artículo 37 del citado Decreto fijó como uso prohibido para el sector entre otros, el comercio mayorista de víveres.

" Por otra parte, a folio 97 obra el oficio N° 813 de julio 16 de 1987 suscrito por el Jefe del Departamento Administrativo de la Secretaría de Gobierno Municipal, en el cual se afirma que el señor Agustín García solicitó licencia de funcionamiento para un establecimiento de venta de víveres o abarrotes al por menor en la carrera 53 # 45-61 de la ciudad de Medellín, el día 9 de julio de 1986. O sea que si en esta fecha está solicitando dicha licencia, es de suponer que con anterioridd su actividad era precisamente la de mayorista contraviniendo lo establecido en el artículo 39 del Decreto 037 de enero 27/84 el cual concedía un plazo de 1 año, para que los comerciantes se adaptaran a la presente reglamentación.

" A folios 132 obra en el oficio de agosto 24 de 1987, emanado de Planeación Metropolitana del Municipio de Medellín, en el cual se confirma que luego de varias visitas efectuadas al establecimiento de la carrera 53 # 45-61, se comprobo que se trataba, de ventas al por mayor.

" A folios 133, comunicación suscrita por el Jefe del Departamento Jurídico de Planeación Metropolitana y dirigida al señor Agustín García, fechado julio 8 de 1986, en el que se comunica que el establecimiento en mención se calificó en la modalidad de ventas al por mayor.

" A folio 135 obra la Resolución N° 63 de julio 29 de 1987, por medio de la cual se niega la licencia de uso al demandante, toda vez que éste realiza una

actividad mixta-ventas al por mayor y al detal- lo cual no es permitido dentro de las actividades del sector, y que dicha afirmación se basa en la percepción directa del desenvolvimiento de dicho negocio. Percepción realizada conforme encuestas o visitas llevadas a cabo por la Oficina de Planeación según consta en los listados de los meses de marzo, abril.

" La anterior resolución, a juicio de este despacho, priva sobre otras resoluciones, tales como las obrantes a folios 2 y 4 toda vez que se refiere específicamente al cumplimiento de los requisitos urbanísticos exigidos.

" En este orden de ideas se estableció que el actor ejercía actividades de Mayorista en su local de la carrera 53 con calle 45 violando las normas consagradas en el decreto 037/84, razón por la cual las pretensiones de la demanda no estén llamadas a prosperar.

" Conforme a lo anteriormente expuesto y analizado, éste despacho considera, que aún en el evento en que se considerase que la acción incoada era la correcta, las pretensiones de la demanda tampoco estarían llamadas a prosperar, toda vez que las pruebas aportadas al proceso, llevan a concluir que el actor precisamente ejercía actividades de mayorista, infringiendo de ésta manera las normas a que se ha hecho referencia (fls. 257 a 260).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fallo impugnado es absolutamente exótico; en efecto, mientras la tesis que lo asiste tuvo el apoyo de un sólo Magistrado, la contraria contó con el favor de los tres restantes; esta circunstancia induce a pensar que su verdadera motivación está contenida en la aclaración de voto, siendo lo más conducente, que el Magistrado Ponente aclarara el suyo; actuar como se actuó quebranta la lógica en sus elementos fundamentales.

En todo caso, la Sala debe dilucidar, en primer lugar, la procedencia de la acción de reparación directa que intentó el demandante; para ello es necesario reflexionar brevemente sobre la extinción de los actos administrativos; en el asunto que requiere esclarecimiento, basta considerar que la vida jurídica de dichos actos puede extingirse ora en sede administrativa; ora en sede judicial; únicamente razones de juridicidad (mejor que de legitimidad) determina el segundo; esas mismas razones y las de mérito, conjunta o separadamente, explica la primera.

La legitimidad, al decir de Bobbio, es el concepto -eje, alrededor del cual gira la filosofía política; la legalidad (o mejor la jurisdicidad) cumple el mismo papel con la filosofía jurídica. Con este enfoque, la Administración persigue su legitimidad a través de sus actuaciones; sólo en la medida de la obediencia de los administrados (obediencia que depende cada vez de la convicción y menos de la imposición), su función será eficaz; y la eficacia será el termómetro de su legitimidad. Cuando el gobernante sienta el derecho de mandar; y el gobernado esté convencido de su deber de obedecer, el Estado será legítimo; para el logro de esa finalidad del Estado

de Derecho, sus potestades han de dirigirse a la consecución del interés general, anteponiéndolo al particular pero sin menospreciarlo o lesionarlo impunemente. Menos aún cuando ese interés particular compromete de alguna manera el de la colectividad por ser el resultado de la aplicación concreta de alguno de los "derechos fundamentales" consagrados en la Constitución y las Leyes.

Estas razones justifican que la Administración, cuando daña o lesiona un derecho de un particular, pueda y deba revisar- de oficio o a petición del interesado- su actuación, para reparar el equilibrio en el plano concreto - y, más allá, para no perder legitimación ante los gobernantes.

La Administración Pública contemporánea, parafraseando a Manuel García Pelayo, esta asociada a un principio de legitimidad constituída por la funcionalidad o eficacia de su gestión.

Este principio está consagrado por la legislación colombiana, de una parte, en el artículo 69 del C.C.A. (causales de revocación de los actos administrativos), precepto cuya inteligencia correcta requiere la concurrencia de los artículos 2° y 3°, en cuanto señalan que la actuación administrativa tiene por objeto "...la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley" y que su consecución debe estar orientada, entre otros, por el principio de eficacia a cuyo imperio "las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado" agréguese que la procedencia de la revocación carece de limitaciones temporales con la única condición de que no se haya incoado acción jurisdiccional en la cual se haya admitido la demanda (art. 71), y que, para la revocación producida de oficio, no puede tener cabida la prohibición del artículo 70 y se tendrá un panorama global de la potestad que detentan las autoridades investidas de función administrativa para extinguir sus propios actos.

De otra parte, la atribución jurisdiccional (al menos en lo que a la jurisdicción contencioso administrativa concierne) se limita al exámen de la jurisdiccidad del acto dentro de los linderos marcados por los artículos 82, 83, 84 y 85 del C.C.A.

Este marco conceptual indica que la denominación que en la práctica se utilice para poner fin a la existencia jurídica de los actos administrativos, en la mayoría de los casos, resulta indiferente; en efecto, si bien doctrinamente se puede hacer la distinción entre la revocación y la derogación por los efectos *ex tunc* de la primera y *ex nunc* de la segunda , no hay duda de que la "derogación" de un acto administrativo de contenido particular y concreto tiene todas las características de la revocación.

Otro tanto hay que decir respecto de la nulidad, la fórmula, en principio reservada para una declaración judicial, es utilizada con frecuencia por la función administrativa en su labor de autotutela; en tales casos, la identidad con la revocación es indudable.

Cambiado de este ambiente general al particular del caso *sub-judice,* la Sala encuentra demostrado lo siguiente :

a. La Alcaldía Municipal de Medellín, por medio del Decreto N° 037 del 27 de enero de 1984, artículos 30, 34, 35, 36 y 37, determinó los usos principales, complementarios, retringidos y prohibidos en la Zona calificada como " área central de actividad múltiple" (fls. 105 y 106); entre los últimos (usos prohibidos), estableció, de manera expresa, el " comercio mayorista de víveres", actividad propia de AGUSTIN GARCIA OSPINA en el local que funda la reclamación, para la época del decreto.

b. En el artículo 39 se otorgó un plazo para quienes tuviesen establecido alguno de los usos prohibidos, en los siguientes términos:

" *De los usos ya establecidos* (Transitorio) . Los responsables de los usos ya establecidos en el área de actividad múltiple, que a partir de la vigencia de este decreto queden clasificados como Usos Restringidos o Prohibidos, dispondrán de un plazo máximo de un (1) año para adaptarse a la presente reglamentación y obtener la respectiva licencia de uso, o para trasladar sus instalaciones.

" Excepciónánse de lo dispuesto en el presente artículo las empresas transportadoras a que alude el literal -b- del artículo 37° . cuyo traslado ha de efectuarse a partir del momento que se determina en la reglamentación específica respectiva." (fl. 6 vto.).

c. El Inspector Especial de la Candelaria fue encargado de aplicar el artículo anterior; para ello produjo la resolución sin número del 20 de febrero de 1986 por medio de la cual otorgó a 23 comerciantes entre ellos el Sr. AGUSTIN GARCIA - un plazo de un (1) mes y siete (7) días, el cual, a términos de la misma resolución, finalizaba el 29 de marzo, "...para que suspendan la actividad comercial que hasta el momento vienen desarrollando y se trasladan a los locales disponibles en la Central Mayoristas y Plazas Satélites y Minoristas existentes en las ciudad". (fl. 60) y advertirles que "En caso de no hacerlo voluntariamente, se les suspenderá definitivamente toda actividad comercial". (fl.60).

Al día siguiente le fue notificada esta disposición y el 26 de febrero interpuso el recurso de reposición (fl. 64) el cual resuelve negativamente el 26 de marzo mediante providencia que concedió un plazo adicional de 15 días "contados a partir de la fecha de notificación..."

d. El Inspector sufrió una notoria confusión al desatender los principios consagrados en el artículo 62 del C.C.A. sobre la firmeza de los actos administrativos, y olvidar que únicamente los actos en firme son ejecutorios (art. 64 ibídem). En efecto, su primera providencia (la del 20 de febrero de 1986), sólo pudo adquirir firmeza cuando se notificó la providencia que resolvió el recurso de reposición; esta diligencia no fue practicada en forma personal ni por edicto (art. 61 de C.C.A.), razón que obliga a estimarla notificada el 29 de mayo, fecha en la cual el apoderado

constituido por el Señor García envía un escrito que hace alusión a dicho proveído, y, por lo tanto, forzando un poco las cosas, puede hablarse de una notificación por conducta concluyente (fl.84).

Luego, el plazo de 1 mes y 7 días señalado el 20 de febrero sumado al de 15 días que se adicionó el 26 del mismo mes deben contarse a partir del 30 de mayo de 1986, lo cual significa que se extiende hasta el 25 de julio del mismo año, aplicando para el cómputo los artículos 59 y 62 de la Ley 4ª de 1913.

e. El 7 de mayo, el mismo Inspector, otorga al señor García un plazo de 30 días para que traslade "...sus instalaciones a los locales que están siendo adecuados en la central mayorista..." (fls. 80 y 81); no explica la providencia si se trata de un término adicional a los que se había señalado con anterioridad o de uno nuevo y único. Pero interpretando su contenido en favor del administrado hay que entenderlo como adicional, o como prórroga, cuyo vencimiento ocurriría el 25 de agosto de 1986.

f. Sin embargo, el 11 de junio señala el 18 de junio siguiente para la práctica de la diligencia de cierre del establecimiento comercial del señor Agustín García (fl.88), la cual efectivamente se cumple (fl.9).

g. El 15 de octubre del mismo año 86. La Inspección resuelve: "Declarar Nulo todo lo actuado en las presentes diligencias, desde el auto de fecha enero veintiocho del corriente año, hasta la diligencia de descargos de julio veintidós del presente años ambas inclusive." (fl.11); esta decisión se fundamenta en que " Para suspenderse una actividad comercial, existe un procedimiento previamente establecido, cual es oir en descargos al contraventor y practicar las pruebas solicitadas, antes de tomarse la determinación al artículo 228 del decreto N° 1355 de 1970, procedimiento que no se cumplió en la presente investigación." (fl.11). De inmediato se permitió al Señor García la apertura del local, extinguiendose los efectos jurídicos de las resoluciones de 20 de febrero, 26 de marzo y 7 de mayo y 16 de junio, y determinando las tramitaciones de los procedimientos policivos.

Se trata pues, del retiro, con efectos ex tunc, de los actos que constituían el fundamento jurídico para el cierre del establecimiento del Señor Agustín García, fenómeno que, con independencia de su rotulación, en nada se distingue de la revocatoria.

Esta decisión tuvo apoyo en motivos de legalidad consistentes en la pretermisión del procedimiento previsto por el artículo 283 del decreto Ley N° 1355 de 1970, que ampara el derecho de defensa de los presuntos contraventores; en otros términos, tuvo en mientes serias razones que normalmente dan al tratarse con la presunción de validez de los actos administrativos cuando se cuestionan ante esta jurisdicción como lo ha repetido, de antes, la jurisprudencia y lo consagra hoy el artículo 84 del C.C.A., y, más recientemente y con rango superior, la Constitución Política, cuyo artículos 29, en su primer inciso, ordena :

" El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. " (Subraya la Sala).

Este mandamiento es de aplicación inmediata según lo dispuso el artículo 85 de la misma Constitución.

Extinguido el acto cuya ejecución causó los perjuicios que reclama el actor, mal puede exigirsele que ataque un acto que desapareció de la vida jurídica por voluntad de la propia administración sometiéndose al riesgo, acorde con la lógica, de sufrir un revés procesal.

Mírese cómo el artículo 85 del C.C.A. consagra dos pretensiones acumuladas; de nulidad, la principal; de resarcimiento, la consecuencial; en el caso sub-lite, decretada la revocatoria, desaparece el acto para examinar y, eventualmente, declarar nulo, y resta únicamente el perjuicio que causó su ejecución, ilegal a juicio de la administración que lo extinguió, cuya indemnización debe reclamarse a través de la acción de reparación directa del artículo 86.

Establecido que la acción ejercida es correcta, se debe analizar enseguida la causación de los perjuicios y la obligación de indemnizarlos a cargo del Municipio demandado.

La existencia de los perjuicios materiales es indudable y de ella dan fe varios testimonios allegados al proceso; distinto es que no se haya demostrado su cuantía, deficiencia que se suple con reconocidos caminos procesales. Su condición de efecto directo de la actuación administrativa tampoco parece discutible, dado que el cierre del local comercial fue ordenado y practicado por la administración municipal.

La controversia se circunscribe a la opinión divergente del actor, de una parte, y de las tres aclaraciones de voto y de la vista Fiscal, de otra. Mientras el primero insiste en su condición de comerciante minorista, los segundos niegan que haya probado esa calidad, de lo cual se deduce que no existió falla del servicio y que, por consiguiente, no hay lugar a indemnización.

Para la Sala , el problema está indebidamente planteado; frente a las reclamaciones del actor, en el momento resulta irrelevante que haya o no probado su condición de minorista; en cambio adquiere importancia el quebrantamiento del derecho de defensa del actor en el procedimiento administrativo para la producción de los actos jurídicos que precedieron a la operación material de cierre, hasta el punto de que la propia administración ejerció el deber de revocarlos; tal desconocimiento condujo a que el Sr. García no tuviese la oportunidad de probar ante el Municipio de Medellín su condición de comerciante al detal, lo cual es independiente de que hubiese o no logrado su propósito si tal oportunidad se le concede.

La revocación de los actos que avalaban la operación material del cierre del local comercial, por las razones anotadas, dejó a ésta última huérfana de sustento jurídico y generó la obligación, a cargo del Municipio, de reparar los perjuicios que ocasionó con su acción ilegal y que él mismo reconoció en resolución del 22 de diciembre de 1986, con estos términos:

" 2) Admitimos que la Administración Municipal anterior se ha equivocado en el tratamiento jurídico en relación con estos negocios con el consiguiente perjuicio de propietarios y trabajadores, pero no por ese sólo hecho puede negársele al Municipio de Medellín como entidad autónoma la reorganización y estructura que exige el progreso y el desarrollo de los centros urbanos día a día. No sin antes prescribir de que se trata de un caso que si bien se puede imputar el calificativo de *sui- géneris* o especial por las circunstancias anotadas en el numeral anterior, como también lo manifiesta el recurrente.....3-) Justamente por el equivocado procedimiento con que se actuó en la administración pasada con ese tipo de establecimientos, la actual pretende ante todo un tratamiento jurídico acertado; es por lo que se ha tomado como base lo prescrito en los artículos 15 del Decreto 1355/70 en concordancia con el art. 250 del Decreto 1637/83; para entrar a decidir una situación que no puede someterse por voluntad del administrado a un juicio de prepetuidad ó insoluto desde el punto de vista jurídico, sino que a la parva proponiendo fórmulas de solución del que puede considerarse 'problema', pues lo que se debate es el desempleo que ello acarrearía de un sinnúmero de personas, de lo que la Administración está hasta la saciedad consiente. (fl.44 vto.).

Se condenará, pues, al Municipio de Medellín a pagar los perjuicios materiales causados con el cierre del local comercial de que da cuenta esta providencia, en favor del señor Agustín García Ospina; no se hará ninguna declaración ó condena en favor del señor Eduardo García por cuanto no ha demostrado interés para actuar; en cuanto a él, se confirmará el fallo del *a-quo*. La condena se hace en abstracto; para su liquidación, el actor deberá promover un incidente , con fundamento en el artículo 137 del C. de P. C. , dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto de obedecimiento de este fallo, y se tendrán en cuenta las reglas siguientes :

a. Mediante dictamen pericial se determinará el valor de las mercancías existentes en el local comercial situado en la carrera 53 N° 45-61 de Medellín, el 18 de junio de 1986, en los términos de la manifestación del actor en los hechos de la demanda , es decir: 15 bultos de papa capira, 50 cajas de panela, 20 bultos de panela, 50 cajas de manteca ' Gravetal ', 50 cajas de manteca, 'Chanchito ' 10 cajas de salchichas , 10 bultos de arroz pergamino y tres bultos de frijol cargamanto.

b. Para el lucro cesante el mismo dictámen determinará el valor que dejó de percibir el actor por la falta de explotación del local comercial descrito, entre el 18 de junio y el 16 de octubre de 1986, para lo cual tendrá en cuenta la declaración de renta presentada por el actor en el año gravable de 1985 y sus libros de comercio, si los llevaba; a este valor se le descontará el costo de inversión.

c. Estos valores de actualizarán a la fecha de este fallo.

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,

F A L L A :

CONFIRMASE el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia el 8 de octubre de 1990, en lo que atañe al señor EDUARDO GARCIA.

REVOCASE dicho fallo en lo que se refiere al señor AGUSTIN GARCIA, y en su lugar, SE DISPONE :

PRIMERO : El Municipio de Medellín es administrativamente responsable de los perjuicios materiales que ocasionó al Señor AGUSTIN GARCIA por el cierre del local comercial situado en la carrera 53 N° 45-61 de dicha ciudad, durante el lapso comprendido entre el 18 de junio y el 16 de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

SEGUNDO : Se condena en abstracto al Municipio de Medellín a pagar en favor del señor AGUSTIN GARCIA OSPINA los perjuicios materiales que sufrió con ocasión del cierre de dicho local comercial.

La liquidación de los mismos se hará en la forma indicada en la parte motiva de este fallo.

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

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión de fecha (1°) de agosto de mil novecientos noventa y uno (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.

SENTENCIA-Cumplimiento/ **ACTO DE EJECUCION/ ACTO ADMINISTRATIVO/ JUICIO EJECUTIVO**

Todo acto que se limite a ordenar el cumplimiento de la sentencia es un acto de ejecución. No obstante, si la administración al proferir el acto de ejecución, se aparta del alcance del fallo, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que en el nuevo temperamento no puede predicarse que el acto sea de simple ejecución, pues nace un nuevo acto administrativo, y por lo mismo, controvertible judicialmente. Si hubo mora de la administración en hacer el pago, y, por lo mismo, si esta debía o no reconocer intereses y reajuste por inflación, es problemática que, frente al título ejecutivo, debe manejarse dentro del proceso de ejecución y no por la administración al dictar el acto de ejecución de la sentencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E. , agosto nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente :*Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia : Expediente Nº 5934. Actor : Sociedad Atuesta Guarin & Pombo Ltda. Demandado : Fondo Vial 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 dieciocho (18) de Mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud de la cual se declaró INHIBIDO para desatar la litis, 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 sociedad Atuesta, Guarin & Pombo Ltda. , por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda en este Tribunal para que previo el trámite correspondiente se hagan las siguientes declaraciones:

" PRIMERA.- Que se declaren nulas las Resoluciones número 006342 y 008010, de 5 de Agosto de 1985, por la cual se resuelve una petición", y de 23 de septiembre de 1985, "por la cual se resuelve un recurso de reposición", dictadas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte;

" SEGUNDA.- Que, además de la anulación de las Resoluciones mencionadas se restablezca en su derecho a la demandante y se le repare el daño sufrido, para cuyo efecto se ejercita en este proceso la acción que consagra el art. 85 del C.C.A. y concordantes.

" PARAGRAFO PRIMERO.- Que para restablecer el derecho, se solicita que se reconozca y ordene pagar a la demandante el rendimiento económico que dejó de percibir, que equivale a los intereses, comerciales y de mora, así como también el reajuste sobre los capitales originales, para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, o sea que se efectúe la corrección monetaria por devaluación.

" TERCERA.- Para materializar y concretar el restablecimiento del derecho, que objetivamente se ha pedido y descrito, en la petición Segunda anterior, (parágrafo primero), son jurídicamente posibles varias soluciones prácticas con las cuales se busca obtener que los intereses reparen el lucro cesante y que el ajuste de capital preserve el poder adquisitivo de la moneda. La primera de estas soluciones, que rogamos se acoja como petición principal de condena, es la de que se reajusten los dos capitales o sea las condenas de los laudos, con la devaluación, o corrección monetaria, en la forma legal (art.178 del C.C.A.) , desde las fechas en que quedaron ejecutoriados los laudos, y que sobre los montos finales, ya reajustados, se liquiden y ordene pagar intereses, computados hasta la cancelación total de lo debido. Los intereses serán los que menciona el art. 177 del C.C.A: comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de los laudos y moratorios después de este término. Se aplicarán las tasas fijadas por la Superintendencia Bancaria para los diversos períodos.

" CUARTA.- Como primera petición subsidiaria de condena y de restablecimiento del Derecho, solicito que se ajusten los capitales de las condenas de los laudos, con los índices del Dane para el Consumidor, desde las fechas de ejecutoria y hasta el día de la liquidación. Que luego se establezca un promedio entre la suma de capital inicial y la de capital final. Y que sobre este monto promedio, se liquiden y se ordene pagar intereses moratorios , a las tasas de mora que correspondan a los diferentes períodos.

" QUINTA.- Que, de todos modos, se haga el reajuste básico de devaluación o corrección monetaria, para los capitales de las condenas, de acuerdo a principios que han alcanzado la categoria de institución de orden público económico . Y que como segunda petición subsidiaria y si no se acepta la liquidación de intereses computados sobre los capitales ya reajustados, se reconozcan, se liquiden y se ordenen pagar intereses comerciales bancarios sobre los capitales representativos de las condenas de los dos laudos, desde la fecha de ejecutoria y hasta el día de la cancelación total de la deuda, aplicando las tasas fijadas por la Superintendencia Bancaria para los diferentes períodos como en el segundo laudo ya se reconocieron intereses a la tasa deficiente del 18% anual, se hará la adición que resulte.

" SEXTA.- Que como ya se efectúo el pago, aunque incompleto e ilegal, de la suma reconocida según los actos acusados, al anular éstos y ordenar el restablecimiento del derecho, pido que en la liquidación se ordene tener en cuenta dicho pago, pero se aplique el art. 1653 del C.C. Para este fín se liquidarán los capitales reajustados y los intereses, y la suma ya recibida se impútará, primeramente, a cancelar intereses, pues mi representada no consiente que se impute suma alguna al capital, hasta tanto no hayan quedado cancelados previamente los intereses.

" SEPTIMA.- Como el responsable del pago es el Fondo Vial Nacional, establecimiento público distinto de la nación, pido que se haga condenación en costas.

" OCTAVA.- Solicito que todas las cantidades de dinero que equivalen al restablecimiento del derecho, se liquiden en guarismos precisos, o que se fijen las bases para establecerlos.

" NOVENA.- Pido que se fije plazo para el pago y que se diga que una vez vencido, las cantidades reconocidas devengarán intereses, según el art. 177 del C.C.A.".

" Como fundamento de hecho en la demanda se exponen los siguientes:

" 1.- Con motivo de la ejecución del contrato administrativo N° 448/77, celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la actora, se suscitaron diferencias entre las partes . Para dirimirlas se constituyeron dos Tribunales de Arbitramento.

" 2.- Para constituír el primer Tribunal de Arbitramento, mi mandante propuso por escrito al Ministerio, representante legal del Fondo Vial Nacional, que se nombraran los Arbitros de común acuerdo. El Ministerio desechó esta propuesta y procedió a nombrar los Arbitros, imponiendo sus poderes de Funcionario, y desarrollando la cláusula 19 del contrato 448/77 o sea que cada parte designará un árbitro y el tercero lo nombrará el Presidente de la Academia de Jurisprudencia.

" 3.- El primer Tribunal profirió laudo el 4 de noviembre de 1981, en el cual se condenó al Fondo Vial Nacional a pagar, treinta días después de la ejecutoria del laudo, $62.423.926. No se hizo mención expresa al pago de intereses liquidados sobre la condena, y el laudo se ejecutorió el 7 de noviembre de 1981.

" 4.- Ejecutoriado el primer laudo, el mismo Ministerio que había intervenido en los antecedentes de la formación del Tribunal, interpuso el recurso extraordinario de anulación y la causal alegada fué la 2ª del artículo 672 del C.P.C. : "2.- No haberse constituído el Tribunal de Arbitramento en la forma legal ". Es decir, el Fondo Vial Nacional alegó su propia culpa, e invocó como causal de anulación su propia conducta autoritaria en la constitución del Tribunal.

" 5.- Para la constitución del segundo Tribunal de Arbitramento ya existía el antecedente del recurso de anulación interpuesto, el cual esta en trámite. Por ello mi mandante reiteró al Ministerio que se nombrara los Arbitros de común acuerdo, y le puso de presente que si él insistía en volver a repetir el nombramiento de los Arbitros en desarrollo de la cláusula 19 del contrato, la compañia esperaba, dentro de la buena fé, la lealtad y ética de estos procederes, que no se fuera luego, si el laudo era desfavorable, a volver a interponer anulación alegado que el Tribunal había sido ilegalmente constituído.

" 6.- En el segundo arbitramento se pronunció el laudo el 25 de Noviembre de 1982 y se condenó al Fondo Vial Nacional a pagar, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria, la suma de $28.276.585.98 . Se condenó igualmente a pagar intereses a la tasa del 18% anual a partir de la ejecutoria . El laudo quedó ejecutoriado el 29 de Noviembre de 1982.

" 7.- Ante el nuevo laudo condenatorio, el Ministerio volvió a pretender derivar ventajas de su imposición . Y nuevamente interpuso anulación con base en la misma causal 2ª del art. 672 del C.P.C. Repitió la alegación de su propia culpa e imposibilitó a la actora para cobrar el monto de las condenas, hasta tanto no se decidieran los recursos extraordinarios de anulación interpuesto. No nos corresponde juzgar esta conducta. Pero los jueces de la Administración (Tribunal y Consejo de Estado), sí pueden apreciarla para concluír si es así como se pueden usar los poderes públicos y la autoridad, y si hubo una finalidad y un objetivo de "servicio público", o un procedimiento desviado y sin justificación que produjo un grave daño económico a una Compañía con más de treinta años de tradición dentro de las obras públicas.

" 8.- El H. Consejo de Estado en sentencia de Agosto 9 de 1984 y de 31 de Enero de 1985 declaró que no eran nulos, en su orden, los laudos de 4 de Noviembre de 1981 y de 25 de Noviembre de 1982, decidiendo así, desfavorablemente para el Fondo Vial Nacional, los recursos extraordinarios de anulación. Y solo cumplidos estos trámites se pudo llevar a cabo la

protocolización de los expedientes de los procesos arbitrales en un Notaría de Bogotá, para actar las normas del numeral 12, art. 671 del C.P.C., y finalizar los procesos arbitrales. Estas protocolizaciones se efectuaron, según escrituras 7.224, de 29 de Noviembre de 1984 y 1.762 de 8 de Abril de 1985, otorgadas en la Notaría 27 del Círculo de Bogotá, y se hicieron previa entrega por parte del H. Consejo de Estado de los expedientes a los Presidentes y Secretarios de los Tribunales de Arbitramento.

" 9.- Es pertinente resaltar que en los dos procesos arbitrales, "ATUESTA, GUARIN & POMBO LTDA", representada por el suscrito, pidió en forma expresa a los Arbitros que se cercioraran de su competencia, de la legalidad de la forma como se había constituído los Tribunales de Arbitramento y de cómo se habían nombrado los Arbitros; y en los dos tribunales de Arbitramento los Arbitros confirmaron su competencia y expresamente dijeron que era legal la forma como se había constituído los Tribunales. Las decisiones se pronunciaron en audiencia pública, en presencia del apoderado especial del Fondo Vial, quien no las reclamó, por lo cual quedaron ejecutoriadas. Este hecho también contribuye a demostrar la falta de fundamento jurídico de los recursos de anulación, que se utilizaron para demorar indebidamente los pagos.

" 10.- En las Resoluciones acusadas se incurrió en graves omisiones y en errores de hecho y de derecho, que para respaldar la razón que asiste a la actora en este proceso, sintetizó así : a).- no se estudió la diferencia entre la "ejecutoria" de un laudo y su "exigibilidad" y por ello se negó injurídicamente la aplicación para el caso del art. 177 del C.C.A. ; b).- No se tuvo en cuenta que en los laudos se fijaron plazos para pagar las condenas y que, de consiguiente, al exceder estos plazos se incurrió en mora, indemnizable con los intereses respectivos ; c) Al pretender "interpretar" los laudos, se incurrió en el garrafal error jurídico de tomar decisiones de los Tribunales de Arbitramento relativas a la adición de costos económicos y financieros y a la devaluación monetaria, que calificaban pretensiones discutidas "antes de los laudos", como si se hubieran pronunciado para definir estos puntos con efectos posteriores y futuros, o sea para después de haberse dictado los laudos: d).- Se perdió de vista que los temas de devaluación e interes que se definieron en los laudos, se referían exclusivamente a situaciones planteadas respecto a la ejecución del contrato sometido a arbitramento, y nada más; e).- No se tuvo en cuenta que la entidad beneficiaria de los laudos es una "empresa comercial" y que para ella las consecuencias de los laudos tienen la categoría jurídica de "negocio mercantil", para lo cual en la liquidación de intereses son aplicables los arts. 883, 884, 20, numeral 12, 22 y concordantes del Código de Comercio, como se explicó y se analizó en el memorial donde se interpuso el recurso de reposición, y en el cual también se aludió a una consulta del H. Consejo de Estado que aclara fundamentalmente la materia (dictamen de junio 3 de 1977), radicación 1141, Ponente doctor Mario Latorre Rueda, Sala de Consulta); f).- No se aceptó liquidar intereses par el primer laudo, por lo cual se pretende que la actora acepte no haber podido derivar ninguna utilidad

por falta de utilización del capital durante todo el tiempo en que no se pague; y en cuanto al segundo laudo, se pretende injurídicamente que los intereses del 18%, fijados para el pago durante el plazo, rifan indefinidamente, a voluntad de la entidad deudora; g).- Se colocó a la compañía demandante en la posición de no poderse lucrar con los capitales ni con los intereses derivados de las condenas de los laudos, y de resignarse a recibir los capitales devaluados, todo ello con el agravante de que el Fondo Vial sí se estaba lucrando con dichos capitales y estaba usufructuando la devaluación. Estos procedimientos indican que hubo "enriquecimiento sin causa" y "abuso del derecho", sancionados por los arts. 830 y 931 del C. de C.; h).- En cuanto al ajuste pedido por devaluación o corrección monetaria, él se negó tácitamente, sin argumentos, y sin referirse al tema, no obstante las jurisprudencias que se mencionaron en el memorial donde se interpuso reposición y tratarse de una materia universalmente aceptada, pues sin reajuste de devaluación o corrección monetaria, el pago que se haga es incompleto, no es real y es simplemente " nominal"; i) .- Para resolver la repósición el Ministerio optó por un procedimiento que no está autorizado cual fue el de remitirse al concepto de la Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República, que por respetable que sea, no es la competente para desatar los recursos de reposición, contra Resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y su "concepto" no es obligatorio. Además de que no se analizaron en el dictamen los argumentos jurídicos que se habían expuesto para fundamentar la reposición. Acompaño fotocopia del memorial 713-85 de Agosto 16 de 1985, en el cual se sustentó el recurso de reposición.

" 11.- Al liquidar y pagar los intereses finales reconocidos en los actos acusados, se cometió un error aritmético en el cálculo del período de tiempo. Este hecho irregular debe ser subsanado al liquidar el restablecimiento del derecho. Así lo solicito respetuosamente. Aspiro a que la prueba pericial que adelante menciono y que tiene por objeto liquidar los intereses y la devaluación en guarismos precisos también se refiera a la aclaración y demostración del error a que aludo en este hecho, pues el Ministerio quedó debiendo los intereses de un mes (Septiembre a Octubre de 1985), que equivalen a la suma de $424.148.70, más devaluación. Estimo que este error se remedia con una simple corrección aritmética, pero si el H. Tribunal no compartiere este criterio, hago expreso que el reajuste en cuestión será entonces una petición de condena independiente y así debe entenderse y resolverse.

" 12.- Se agotó la vía gubernativa y dentro del plazo legal se ha instaurado la presente demanda." (fls. 163-167, Cuaderno1).

. . . . .

" CONSIDERACIONES "

" En desarrollo del contrato número 448 de 1977 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la Sociedad "Atuesta Guarín y Pombo Ltda." "Para la conservación de la carretera Girardot- Ibague y recaudación de peaje" se suscitaron diferencias

entre las partes, lo cual dio lugar a la constitución de dos Tribunales de Arbitramento. El primer Tribunal de Arbitramento profirió laudo el día 4 de noviembre de 1981 y mediante el mismo se condene al Fondo Vial Nacional a pagar al contratista, treinta días después de ejecutoriado, la cantidad de $62.423.926, con el fin de restablecer el equilibrio financiero del contrato hasta el 31 de mayo de 1981. El segundo Tribunal de Arbitramento profirió laudo el 25 de noviembre de 1982 y para restablecer el equilibrio financiero del contrato entre el 1° de junio y el 14 de diciembre de 1981 se resolvió condenar al Fondo Vial Nacional a pagar al contratista, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del laudo, la suma de $28.276.585.98, con interes del 18% anual desde la ejecutoria del laudo hasta cuando se efectuara el pago.

" Contra los laudos arbitrales el Fondo Vial Nacional interpuso recursos de anulación y el Consejo de Estado mediante sentencias del 9 de agosto de 1984 y del 31 de enero de 1985 dispuso no anular los laudos. Con posterioridad a la ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado la Sociedad constratista solicitó al Fondo Vial Nacional el pago de las condenas a su favor con los intereses moratorios y la corrección monetaria por devaluación a partir de la ejecutoria de los laudos arbitrales, así: Por el primer laudo la suma de $84.479.957.oo; es decir que solicitó el pago de $330.443.275.oo hasta el 15 de agosto de 1985 y para ello se apoyó en lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A.

" El Fondo Vial Nacional por intermedio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte resolvió la petición de la Sociedad contratista mediante Resolución número 006342 del 5 de agosto de 1985 y en ella consideró que las normas del decreto 01 de 1984 no resultaban aplicables en razón a que para la fecha de expedición de este estatuto los fallos arbitrales se encontraban ejecutoriados. Consideró que de acuerdo con los laudos arbitrales el Fondo Vial Nacional estaba obligado a pagar por el primero la suma de $62.423.926.oo y por el segundo el capital de $28.276.585.98 más los intereses del 18% anual hasta cuando se efectuara el pago y que a la fecha de la Resolución sumaban $13.671.728, razón por la cual ordenó pagar la suma de $104.372.239.98 para dar cumplimiento a los laudos arbitrales. Contra la Resolución número 006342 la Sociedad contratista interpuso el recurso de reposición y éste fue denegado mediante resolución número 008010 del 23 de septiembre de 1985.

" Y es con fundamento en estas Resoluciones del Fondo Vial Nacional mediante las cuales se dispuso el cumplimiento de los laudos arbitrales que se ha promovido este proceso orientada a obtener la declaración de nulidad de esos actos y el consiguiente restablecimiento del derecho. Como se observa, se pretende que por este Tribunal se dirima la controversia surgida entre el Fondo Vial Nacional y la Sociedad demandante en relación con el cumplimiento de las condenas señaladas en los laudos arbitrales, pues mientras la demandante considera que ellas comprenden el valor de intereses moratorios y el de la devaluación monetaria a partir de la ejecutoria de los laudos arbitrales, la entidad pública no lo estima así y conforme a lo indicado en las resoluciones impugnadas sólo reconoció y pago la suma de $104.796.398.oo.

" De manera que la Sala entra a resolver si en verdad se configura la excepción de cosa juzgada propuesta por el apoderado de la entidad demandada. Como ya se anotó, en este proceso se pretende que se resuelva la controversia surgida con respecto al cumplimiento de las condenas establecidas en los laudos arbitrales y precisamente en cuanto a la cuantía de las mismas. Resulta claro que la justicia arbitral se pronunció con respecto a las diferencias surgidas en desarrollo del contrato y dispuso la condena al pago de unas sumas líquidas de dinero a favor de la sociedad demandante a fin de restablecer el equilibrio financiero del contrato.

" Mediante la figura de la cosa juzgada se consigue el objetivo de que las controversias terminen y se definan en una forma que impida un nuevo estudio para buscar, de esa manera, certidumbre jurídica y eficacia en la función jurisprudencial, del Estado. Con la cosa juzgada se consigue que con respecto a determinado conflicto la voluntad del Estado se encuentra de una manera definitiva e inmutable en la sentencia. La calidad de definitiva que la ley le asigne a determinadas sentencias le imprime certeza y seguridad a la decisión en el sentido de que mediante la misma se define lo relativo a la relaciones jurídicas sustanciales. El carácter de inmutable se da en cuanto el juez no puede entrar a pronunciarse nuevamente sobre el fondo de la controversia.

" El artículo 332 del Código de Procedimiento Civil señala como requisito de la cosa juzgada los de que el proceso verse sobre el mismo objeto, se funden en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. Estos requisitos coinciden con los señalados en el inciso tercero del artículo 175 del C.C.A. con respecto a los procesos relativos a contrato y de reparación directa y cumplimiento y a los de restablecimiento del derecho. En efecto en dicho inciso se dice lo siguiente:

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

"El objeto del proceso son las pretensiones, las cuales pueden ser reconocidas o negadas en la sentencia. La causa petendi son los fundamentos o razones de hecho de la demanda. La identidad jurídica de partes se da cuando en el nuevo proceso intervienen las mismas partes y en la misma calidad en que lo hicieron en el otro proceso.

" En este caso se reune el requisito de la identidad jurídica de las partes, por cuanto en los procesos que dieron lugar a los laudos arbitrales y en este intervinieron la Sociedad "Atuesta Guarín y Pombo Ltda. " como demandante y el Fondo Vial Nacional como demandada. En cambio no se reunen los requisitos del objeto y de la causa. En efecto, en los procesos arbitrales el objeto consistió, en lo fundamental, en la declaración de incumplimiento contractual y la

responsabilidad derivada del mismo, así como el restablecimiento, así como el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato; y en este proceso no se discuten esos aspectos ya definidos sino que se persigue el pago de las condenas ya ordenado y en los términos que la demandante considera se deben cumplir. La causa petendi en los procesos arbitrales consistió en el incumplimiento contractual y en el rompimiento del equilibrio financiero del contrato; en este proceso consiste en la negativa de la administración a cancelar las condenas en la forma pedida por la sociedad demandante. En estas condiciones la Sala considera que no se puede aducir la pretensión del fenómeno de la cosa juzgada como para aceptar la prosperidad de la excepción propuesta.

" Aquí se trata de un caso en que la sociedad demandante ejerció la acción de restablecimiento del derecho con fundamento en unos actos de ejecución de la administración que no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que no tienen carácter de definitivos, es decir que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, como quiera que la decisión con esas características son las de carácter jurisdiccional adoptadas por los Tribunales de Arbitramento.

" De conformidad con el artículo 84 del C.C.A. solo son impugnantes los actos definitivos y excepcionalmente los preparatorios, los de trámite y los de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 ibídem. Y en este caso no se da la situación prevista para los actos de ejecución por cuanto no se trata de la suspensión provisional en prevención prevista en el artículo 153. Se presenta pues, una ineptitud sustantiva de la demanda que da lugar a la sentencia inhibitoria en cuanto se solicitó la nulidad de un acto de la administración que no se podía impugnar ante esa jurisdicción contencioso administrativa.

"Las pretensiones de la sociedad demandante no se podía plantear nuevamente en un proceso declarativo o de condena, puesto que sobre el particular ya hubo pronunciamiento por medio de Tribunales de Arbitramento. Por consiguiente la jurisdicción contencioso administrativa no puede pronunciarse sobre el contenido y alcance de las condenas contenidas en los laudos arbitrales, como se pretende en este proceso, pues lo evidente es que encontrándose ejecutoriadas las sentencias del Consejo de Estado que resolvieron los recursos de anulación interpuestos contra los laudos, solo procedía su ejecución; ahora esa ejecución podía ser voluntaria, o compulsiva para el evento de que la administración no accediera a su incumplimiento o no lo hiciera dentro de los términos señalados en los laudos.

" Esas pretensiones orientadas a definir la cuantía de la condena solo se pueden invocar mediante el proceso ejecutivo adelantado ante la justicia ordinaria, sobre todo que ahora desapareció la imposibilidad que existía antes de la expedición del Decreto 01 de 1984 para ejecutar a la Nación y a los establecimientos públicos. A esta conclusión se llega teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A. que permite la ejecución de las condenas impuestas a todas las entidades públicas, lo cual ciertamente modifica la prohibición que establecía para la Nación el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, extensiva a los establecimientos

públicos en aplicación del artículo 43 del Decreto 3130 de 1968 en cuanto dispone que esas entidades gozan de los mismos privilegios y prerrogativas reconocidos a la Nación.

" En estas condiciones la Sala considera que no hay lugar a pronunciamiento de fondo en razón a que, como ya se anotó, se ejerció la acción de restablecimiento del derecho con apoyo en la impugnación de unos actos no demandables. Se apartará, de esta manera, del planteamiento del señor Fiscal, por cuanto el Tribunal no puede entrar a estudiar la legalidad de los actos acusados como lo hizo el Agentes del Ministerio público para considerar que se debían negar la pretensiones de la demanda.

" Por lo expuesto, El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION TERCERA administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

" 1° No prospera la excepción propuesta por la parte demandada.

" 2° Declárase inhibido para un pronunciamiento de fondo.

" 3° Condénese en costas a la parte demandante. (fls. 171-175, Cuaderno 1.)

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 182 y siguientes del Cuaderno N° 1 aparece el escrito en que el apoderado de la sociedad 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 :

" Comienzo por expresar que interpuse apelación con el objeto de que se revoque, como lo reitero, el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las peticiones formuladas. Cumplo los requisitos del artículo 212 del C.C.A. y atentamente expongo :

" 1.- Para facilitar la comprensión del problema de autos, conviene recordar que con motivo de la ejecución de un contrato de obra pública que celebró mi poderdante con el Fondo Vial Nacional (Ministerio de Obras Públicas y Transporte), y que está finalizando y cumplido, surgieron diferencias entre las partes contratantes que fueron motivo de dos Tribunales de Arbitramento, que dictaron oportunamente sus laudos y condenaron al Ministerio a pagar indemnizaciones a favor de la demandante. Oportunamente el Ministerio interpueso sendos recursos de anulación contra los laudos arbitrales, por motivos absolutamente infundados, pero cuyo comentario no es la oportunidad de hacer. El H. Consejo de

Estado no accedió a decretar las nulidades de los laudos y los confirmó. Ya en firme los laudos, se procedió a hacer efectiva las condenas. No hubo necesidad de acción judicial , porque el Ministerio, en un plazo razonable , profirió las Resoluciones demandadas, cuyo objeto único es ordenar el pago a la demandante de las sumas líquidas que el Ministerio consideró que se debían pagar en cumplimiento de los laudos arbitrales . Primero se dictó la Resolución 006342 de 5 de agosto/85 y luego la N° 008010 de 23 de septiembre de 1985 que no accedió a reponer la anterior pero que ordenó ajustar intereses por un tiempo mínimo, que no vale la pena comentar. Estas Resoluciones pusieron fin a la vía gubernativa, por lo cual solo era procedente contra ellas la acción Contencioso Administrativa de anulación y de restablecimiento del derecho que fueron decididas por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo materia de la apelación.

" Desde antes de que dictara la primera de las Resoluciones acusadas, y posteriormente , para fundamentar la reposición de la misma, se planteó ante el Ministerio un tema escencialmente jurídico, que consideramos no se estudió debidamente. El tema en cuestión se refiere a que el Ministerio, exclusivamente por su culpa, imposibilitó a la compañía demandante para hacer efectivas las condenas de los laudos arbitrales dictados a su favor, dentro de los plazos normales de ejecutoria, pues en virtud de los recursos de anulación interpuestos sin bases jurídicas, se causó el perjucio adicional a la demandante, motivado en el hecho de que no se pudo cobrar efectivamente las condenas sino varios años después de proferidas, y por el tiempo que transcurrió, para cobrar las condenas, ocurrió el fenómeno, que es un hecho notorio y una institución de orden público- económico, cual es la desvalorización y pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, lo cual no puede negarse. Ello implicó que cuando después de varios años el Ministerio pagó a la demandante , según las Resoluciones acusadas, las mismas sumas de dinero que fueron la materia matemática de las condenas, la demandante sufrió la pérdida por la devaluación y el pago que se le hizo no fue completo, pues se canceló lo debido con moneda desvalorizada y sin intereses. Este es el meollo del problema.

"Efectuada la síntesis explicativa que antecede, paso a referirme sucintamente a los errores jurídicos del fallo de primera instancia, los cuales la demandante aspira a que se corrijan por esa Superioridad. Al desatar la apelación, el H. Consejo de Estado analizará jurídicamente los errores del *a quo* , y por lo tanto, la sustentación del recurso está vinculada, grosso modo y esquemáticamente a la descripción de las fallas jurídicas de la sentencia recurrida, como paso a analizar, todo sin perjuicio, como ya dije, de lo que se expresará en el alegato de conclusión.

" 3.- Para resaltar temas importantes, conviene transcribir algunos conceptos expresados en el fallo recurrido :

" Dice la sentencia :

" Aquí se trata de un caso en que la sociedad demandante ejerció la acción de restablecimiento del derecho con fundamento en unos actos de ejecución de la

administración que no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que no tienen el carácter de definitivos, es decir que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, comoquiera que la decisión con esas características son las de carácter jurisdiccional adoptadas por los Tribunales de Arbitramento." (página 12 del fallo).

" En seguida de lo anterior, expresa el *a quo :*

" De conformidad con el artículo 84 del C.C.A. solo son impugnables los actos definitivos y excepcionalmente los preparatorios, de trámite y los de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 ibídem. Y en este caso no se da la situación prevista para los actos de ejecución por cuanto no se trata de la suspensión provisional en prevención prevista en el artículo 153. Se presenta pues, una ineptituda (sic) sustantiva de la demanda que da lugar a la sentencia inhibitoria en cuantos se solicito la nulidad de un acto de la administración que no se podía impugnar ante esa jurisdicción contencioso administrativa". (página 12 del fallo).

" Y finalmente en el fallo recurrido se dice que :

"Las pretensiones de la sociedad demandante no se podían plantear nuevamente en un proceso declarativo o de condena, puesto que sobre el particular ya hubo pronunciamiento por medio de Tribunales de Arbitramento. Por consiguiente la jurisdicción contencioso administrativa no puede pronunciarse sobre el contenido y alcance de las condenas contenidas en los laudos arbitrales, como se pretende en este proceso, pues lo evidente es que encontrándose ejecutoriadas las sentencias del Consejo de Estado que resolvieron los recursos de anulación interpuestos contra los laudos, solo procedía su ejecución; ahora esa ejecución podía ser voluntaria, o compulsiva para el evento de que la administración no accediera a su cumplimiento o no lo hiciera dentro de los términos señalados en los laudos.

Esas pretensiones orientadas a definir la cuantía de la condena sólo se puede invocar mediante el proceso ejecutivo adelantado ante la jurisdicción ordinaria, sobre todo que ahora desapareció la imposibilidad que existía antes de la expedición del Decreto 01 de 1984 para ejecutar a la Nación y a los establecimientos públicos" (páginas 12 a 13 del fallo).

"4.- Los concpetos transcritos, que son base esencial de la sentencia recurrida, son contrarios a Derecho. En efecto :

" a.- Las Resoluciones acusadas " son actos definitivos que ponen fin a una actuación administrativa ". (artículo 50, ibídem del C.C.A.). Y a este respecto, la forma como el *a quo* abocó el conocimiento del problema fue manifiestamente equivocada. Porque en este proceso no se persigue, en manera alguna modificar, ni el procedimiento ni en el fondo, los laudos arbitrales dictados. Estos laudos son intocables. Sobre ellos opera el mérito y las garantías de la cosa juzgada, y la demandante reconoce estos efectos y no ha planteado su desconocimiento :

" b.- Pero es algo completamente distinto, la aplicación de los laudos referidos, para actualizar las condenas con el ajuste monetario, y para liquidar sobre ellas intereses. Estos temas, surgieron inequívocamente, por el excesivo tiempo que transcurrió entre cuando se dictaron los laudos y cuando se pagaron. Naturalmente para reconocer y pagar lo relativo a los dos temas de que se trata, no se puede hacer referencia al texto de los laudos en cuestión . Y debo enfatizar, que es inexplicable e inaceptable que el Tribunal *a quo* haya mencionado que la demandante pretende obtener "condenas adicionales" que no se hicieron en los laudos, Repito que tales laudos en sí, no pueden ser objeto de adicciones o de modificaciones. El tema es distinto, y lo que se reclama, puede decirse que es "supralaudo" o "extralaudo", o sea que son materias que sólo tienen relación con los laudos para determinar el monto inicial de las condenas, con el fin de efectuar sobre las cifras o güarismos matemáticos, el ajuste por devaluación y los intereses. No pueden perderse de vista que si las condenas de los laudos se hubieran pagado dentro de los treinta días de su ejecutoria, tal pago hubiera sido completo y legal, sin que hubiera lugar a ajuste monetario ni a intereses, y la compañía beneficiaria con las condenas, hubiera podido disponer de estos dineros desde la ejecutoria de los laudos de 4 de noviembre de 1981 y de 25 de noviembre de 1982;

c.- Como está demostrado en el proceso, la realidad de los hechos no ocurrió como se enunció en el literal anterior, porque se interpusieron ya ejecutoriados los laudos, pero dentro del término, sendos recursos extraordinarios de anulación, que impidieron, física, material y jurídicamente a la actora exigir el pago de las condenas y usufructuar estos dineros. Fue necesario resignarse a que se fallaran los recursos de anulación y se cumplieron otros trámites, como los de notificación, ejecutoria, protocolización de los expedientes arbitrales, etc. .

" d.- Como está acreditado en autos el H. Consejo por sentencias de agosto 9/84 y enero 31/85 declaró que no eran nulos, en su orden, los laudos de 4 de noviembre/81 y 25 de Noviembre/82; y la protocolización de los expedientes se hizo según escrituras 7224 de 29 de noviembre/84 y 1762 de 8 de abril/85, otorgadas en la Notaría veintisiete de Bogotá, instrumentos que figuran en autos

" e. Es una verdad inconclusa que sin culpa ni responsabilidad de la demandante, por virtud de los recursos de anulación temerariamente interpuestos, transcurrió un plazo no previsto entre las fechas de ejecutoria de los laudos y la de las Resoluciones que ordenaron su pago efectivo. Y resulta oportuno enfatizar en forma respetuosa, pero muy clara, que es obvio, natural y de elemental lógica, que en los laudos no se podía estatuír, ni determinar, ni proveer , cuál iba a ser la conducta del Ministerio a partir de la ejecutoria de estos instrumentos, ni cuál sería su influencia en las liquidaciones y pago de las condenas. Hubiera sido absurdo que en los laudos se expresaran, por ejemplo, conceptos como estos: "si el Ministerio interpone recurso de anulación y no prospera, por todo el tiempo que transcurra entre la ejecutoria y el pago efectivo, el Ministerio efectuará el ajuste por desvalorización monetaria y reconocerá y pagará intereses a la beneficiaria de las condenas". Pero por el hecho de que no aparezcan estos conceptos extravagantes

en los laudos, porque no podían aparecer, no quiere ello decir, dentro de un régimen de derecho y aplicando las normas de la Hermeneútica, que el ajuste de devaluación y los intereses no sean exigibles, y que se legalice el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, el empobrecimiento correlativo y que no pagar en tiempo constituya una ventaja para el deudor en contra del acreedor;

" f.- Al pretender el pago de lo que legalmente se debe, mediante este proceso, no se está tratando, según ya se dijo de modificar los laudos, como inconsecuentemente, lo expresa el a quo y este punto, de por sí justifica y sustenta la apelación, en procura de que se decida correctamente.

" g.- En general, el planteamiento que se hace en la sentencia, conduce a un embrollo inaceptable, que confunde el sentido y alcance concretos de la demanda. En efecto: I.- No se han pedido nuevas declaraciones de condena que modifiquen los laudos; II.- No era, ni es, el caso de una ejecución compulsiva por el no pago de las condenas, pues la Administración no negó la cancelación de la deuda; III.- No era, ni es, el caso de iniciar proceso ejecutivo de cobro ante la Justicia Ordinaria porque hay de por medio actos administrativos que están vigentes y que definieron el pago, en forma incompleta , es cierto, pero obligatoria mientras no se anulen.

" 5.- Creemos que se procedió con estricta técnica jurídica, planteando el ajuste por devaluación y el pago de intereses en la vía gubernativa, antes de que se profiriera la primera de las Resoluciones acusadas, y explicando los temas, para que se repusiera la providencia; y como no se obtuvo ningún resultado jurídico, ni justo, ante el hecho evidente de que existen actos administrativos que definieron la materia, no había lugar a cobro ejecutivo ante la justicia ordinaria, que solo puede ocurrir cuando la Administración no paga lo debido. Creemos que lo único procedente, era y es, instaurar demanda de restablecimiento del derecho, con la consiguiente nulidad, ante lo Contencioso-Administrativo, pues al decidir el proceso, se debe restablecer el derecho conculcado, lo cual constituye la sencilla aplicación de lo que se conoce en el Derecho Administrativo, como la "plena jurisdicción." Esta es una de las garantías más importantes que tienen los administrados frente a decisiones injurídicas, que les hayan causado daño. No es esta la oportunidad procesal para comentar en todo su alcance el punto teórico del "restablecimiento del derecho". Pero, es pertinente tener en cuenta el siguiente párrafo que ha expuesto la Doctrina y que se consagra en la página 187 del Código Contencioso Administrativo y Legislación Complementaria de la publicación LEGIS, que dice :

" En el restablecimiento el juez va más alla de la simple declaratoria de nulidad; y la litis se desarrolla alrededor de tres elementos diferenciados: la norma violada, el derecho subjetivo que ella protege y el acto violador de aquélla y éste. En esta acción el pronunciamiento anulatorio no es más que el supuesto para ordenar la finalidad reparadora de los perjuicios causados al accionante por el acto de la administración. En este sentido puede el juzgador estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidas, y modificar y reformar

aquéllas , cuando sea necesario para cumplir el debido restablecimiento y sólo con este exclusivo fin" (páginas 187 del C.C.A.).

" 6.- También es del caso tener en cuenta que la acción Contenciosa subjetiva o de restablecimiento del derecho, caduca según el artículo 136 del C.C.A "al cabo de cuatro meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso". Por tanto, ante el hecho evidente de la notificación personal que se surtió, por la iniciativa casi conminatoria del Ministerio, la demandante no podía ser indiferente a las gravísimas consecuencias que le acarrería no ejercitar la acción Contenciosa dentro del plazo legal y aceptar, por consiguiente su ejecutoria definitiva, sin oportunidad de controvertir los hechos. Es decir, en frente de las Resoluciones proferidas si no se hubieran demandado, cumpliendo todos los requisitos legales, se hubiera producido una situación fatal e inmodificable, porque frente a cualquier controversia hipotética ante la justicia ordinaria, el Ministerio invocaría, con pleno derecho, la vigencia de lo ya decidido "definitivamente" en cuanto al monto incompleto en el que se pagaron las condenas.

" 7.- Una vez admitida la apelación, y en la oportunidad de presentar alegato de conclusión, explicaré más a fondo el tema de la aplicación de los ajustes por desvalorización monetaria e intereses. Este punto es básico y no se atendió ni se entendió en la primera instancia, pero creo, por ahora y para los fines de sustentar la apelación que es suficiente la exposición que se hace en este documento.

" 8. *Cuantía para la apelación*.- Sobre este tema en la página 16 del escrito de demanda (044/86) se hizo una estimación razonada de la cuantía, que es valedera en esta etapa procesal, y se dá por reproducida, para evidenciar que la cuantía del restablecimiento del derecho que se trata de obtener, alcanza en la época presente, y con mayor razón la tendrá cuando se dicte la sentencia de segunda instancia, una suma superior a *CIEN MILLONES DE PESOS* (100.000.000.oo) que sobrepasa en mucho, los límites reajustados sobre cuantía que fija el C.C.A. y el De. 2269/87, para que un negocio, pueda tener segunda instancia en esa Superioridad.

" He tomado nota de que el presente negocio se repartió en la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, como si se tratara de una controversia relativa al tema en general de "contratos", cuando en verdad es que el proceso se refieree exclusivamente al restablecimiento del derecho, con la consecuente nulidad, sin que esté de por medio ningún contrato, y sin que el proceso, ni el fallo que se dicte, tengan nada que ver con el contrato administrativo que dió origen a los procesos arbitrales. En consecuencia, surge la duda de si la Sección competente para conocer del asunto es la tercera o primera, conforme al reparto interno de negocios del H. Consejo de Estado, punto este que ruego se resuelva de inmediato.

" Solicito proceder de conformidad con lo pedido. (fls. 182-187 C.1)

-III-

VISTA FISCAL

A folios 215 y siguientes del Cuaderno N° 1 obra el concepto de fondo rendido por la Fiscal Séptima de la Corporación, Dra MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, en el cual *OBSERVA:*

" En primer término y en relación con la solicitud de la parte actora-apelante hecha en el memorial de sustentación del recurso en el sentido de que se defina cuál es la Sección que debe decidir la apelación, la Fiscalía observa :

" La sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, conforme al criterio de especialización que prima en la Corporación acerca de la distribución interna del trabajo, se decida a tramitar y resolver las controversias de carácter contractual y extracontractual de competencia de dicho Tribunal.

" En el presente caso el problema se originó en un contrato administrativo sometido, para zanjar las diferencias entre las partes en dos ocasiones, a laudo arbitral y con cuyo pago por parte de la Administración está en desacuerdo la parte actora ; de ahí la impugnación de los actos por los cuales la Administración no accedió a practicar unos ajustes a los pagos ordenados. Para la Fiscalía la materia misma de la impugnación actual no puede desligarse temáticamente hablando de lo sucedido con anterioridad a los actos administrativos acusados porque si bien éstos últimos pueden considerarse separables no por ello su materia es diferente.

" Debe anotarse, de otra parte que la especialidad no está referida a la acción sino a la materia y ésta , se repite, sigue siendo contractual.

" Así las cosas, para la Fiscalía es claro que quien debe tramitar y decidir el recurso es la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado.

" El fallo inhibitorio.-

" El segundo aspecto que debe analizarse es la inhibición por parte del Tribunal que, como ya se reseñó, se debió a la consideración de que los actos acusados eran de simple ejecución y, por lo mismo, no demandables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa." Al respecto la Fiscalía debe hacer las siguientes precisiones :

" La descripción de los actos demandados muestra que éstos se produjeron como consecuencia de la actuación del administrado : En efecto, éste elevó una petición a la Administración que ésta decidió mediante Resolución 006342 del 5 de agosto de 1985; no contento con tal actuación al administrado pidió reposición

que fue despachada por Resolución Nº 008010 del 23 de septiembre de 1985 mediante la cual la Administración decidió no reponer la providencia recurrida.

" Del recuento anterior se deduce claramene que los actos acusados no obedecieron a una simple ejecución sino que fueron expedidos a instancia y en respuesta a la solicitud del particular y así aparece plasmado en su contenido; de ahí que los actos por no tener la naturaleza de actos de ejecución sean susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción.

" Tampoco comparte la Fiscalía el señalamiento del camino para que el contratista efectúe el cobro, como lo hace el Tribunal, y menos cuando el camino indicado es el del juicio ejecutivo que no es procedente en el presente caso, habida cuenta de que el crédito, reconocido en los laudos, no es negado por la Administración, es más, se ordena su pago, y respecto a los ajustes no existe título ejecutivo para proceder en consecuencia.

" Así las cosas la Fiscalía es claro que el negocio debe estudiase de fondo y, por lo mismo la decisión inhibitoria debe revocarse.

" El fondo del Negocio.-

' El problema en el presente caso se circunscribe a establecer si la Administración podía o no hacer los ajustes solicitados a las sumas establecidas en los laudos arbitrales, ajustes pedidos por el contratista con invocación de los arts. 177 y 178 del decreto 01 de 1984 y, en consecuencia, si los actos administrativos mediante los cuales se negaron, se dictaron o no conforme a derecho.

" Al respecto se observa :

" A juicio de la Fiscalía la parte actora se funda en una base equivocada al afirmar que es función, potestad o competencia de la Administración, hacer los ajustes por devaluación e intereses solicitados, porque la verdadera función de la Administración es pagar las sumas reconocidas, cumpliendo el trámite correspondiente.

" La anterior afirmación se basa en el hecho de que, conforme a la prohibición contenida en normas constitucionales y legales, la Administración debe abstenerse de incluír en el presupuesto partida alguna que no corresponda, entre otras, a un crédito judicialmente reconocido; es decir, para efectos del presente estudio si una partida no aparece reconocida en una providencia, la Administración no tiene facultad para pagarla porque no puede, siquiera incluirla en el presupuesto correspondiente.

" La precisión anterior conduce necesariamente a afirmar que quien puede reconocer una partida en una entidad distinta a la administración, o sea la que profiera el fallo correspondiente, y es el momento en el cual queda en firme dicho

fallo que quedan definitivamente señaladas las partidas, sin que sea posible con posterioridad hacer ninguna clase de ajustes no previstos en la decisión.

" En el presente caso mediante dos laudos arbitrales se condenó a la entidad contratante a pagar al contratista particular unas cantidades entre las cuales no figuran las solicitadas como ajustes por éste último, en consecuencia la Administración no podía ni incluir en su presupuesto ni mucho menos pagar unas sumas que no aparecen reconocidas judicialmente.

" Lo anterior lleva a la Fiscalía a solicitar que se denieguen las peticiones de la demanda.

CONCLUSION

" Conforme a la exposición anrterior, la Fiscalía estima que la sentencia de primera instancia debe revocarse en lo que hace al ordinal segundo de la parte resolutiva y, en su lugar se deben denegar las peticiones de la demanda. (fls. 224-227. C.1)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia apelada será revocada, pues aunque en aspectos sustanciales de su universo el *ad quem* la hace suya, en otros requiere precisiones y ajustes de naturaleza jurídica, como más adelante se explicará.

Es verdad jurídica que las resoluciones acusadas, esto es, las N° 006342 de cinco (5) de Agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), que ordenó pagar a la Sociedad Atuesta Guarín y Pombo Ltda, la suma de CIENTO CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (104.372.239.98) para dar cumplimiento a los laudos arbitrales calendados el 4 de noviembre de 1981 y el 25 de noviembre de 1982, y la N° 008010 de 23 de septiembre del mismo año, que confirmó la anterior, son en principío, ACTOS DE EJECUCION, como los califica el *a-quo* pues jurídicamente todo acto que se limite a ordenar el cumplimiento de la sentencia tiene ese universo.

No obstante la verdad jurídica que se deja afirmada, también es cierto que si la administración, al proferir el ACTO DE EJECUCION, se aparta del alcance del fallo, agregandole o suprimiéndose algo, resulta incuestionable que en el nuevo temperamento no puede predicarse que el acto sea de simple ejecución, pues nace un nuevo acto administrativo, y por lo mismo, controvertible judicialmente . Esta situación es la que se registra en el caso en comento, pues el Ministerio de Obras Públicas *so pretexto* de ordenar el pago de lo dispuesto en los laudos arbitrales en antes citados, entró a resolver si era del caso o no, reconocer intereses moratorios y la corrección monetaria por inflación, peticiones formuladas por el apoderado de la parte actora. Como estas circunstancias particulares del caso no fluían en todo su perfil de los laudos arbitrales, es incuestionable que el ataque hecho contra las

resoluciones Nros. 006342 y 008010 debe estudiarse a la luz de la normatividad que se estima violada.

B) Dentro de la perspectiva jurídica que se deja estudiada, es claro para la Sala que el laudo arbitral, una vez ejecutoriado es título ejecutivo, que permite demandar el pago de una obligación clara, expresa y exigible. Esta filosofía se recoge en el artículo 488 del Código de Procesamiento Civil, donde se lee :

" Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, *o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso-administrativo o de policía aprueben liquidación de costas o señale honorarios de auxiliares de la justicia."* (Subrayas de la Sala).

Dentro de la anterior óptica, si hubo mora de la administración en hacer el pago, y, por lo mismo, si ésta debía o nó reconocer intereses y reajuste por inflación, es problemática que, frente al título ejecutivo, debe manejarse dentro del proceso de ejecución y nó por la administración al dictar el acto de EJECUCION DE LA SENTENCIA. Tanto en el artículo 1.617 del Código Civil, como en los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, se precisa cuándo el deudor está obligado a pagar intereses. Esta verdad jurídica explica bien que el acreedor no debe buscar otra vía judicial o procesal para plantear la definición de estos particulares, pues se corre el riesgo de que se generen adefesios jurídicos que, posteriormente, pueden tener el mérito de volver oscuro lo que era claro para el proceso ejecutivo.

La Sala anulará, pues, las resoluciones impugnadas, pero sólo en tanto y en cuanto se ocupan de definir la problemática presentada por el apoderado de la parte actora, relacionada con el pago de intereses y reajuste por inflación el período comprendido entre el momento en que quedaron ejecutoriados los laudos y aquel en que se hizo el pago. Aunque en la parte resolutiva de los citados actos no se hace un pronunciamiento expreso sobre DENEGATORIA DE PAGO, por los rubros ya citados, es lo cierto que en los considerandos de ellos se hacen valorizaciones de naturaleza jurídica y fáctica que necesariamente llevan a la conclusión de que hubo denegatoria sobre la materia en comento, aspecto que, se repite, no podía plantearse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

C) Hechas las precisiones que se dejan estudiadas en los literales anteriores, la Sala reitera la jurisprudencia de la Corporación, en el sentido de que los ACTOS DE EJECUCION, que se ajustan en su universo a las sentencias con efecto de cosa juzgada, no son impugnables ante la jurisdicción. En providencia de 11 de Mayo de 1970, originaria de la Sección Tercera, Consejero Ponente. Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, se dijo :

" Lo que define esos actos como susceptibles de recurso ante las autoridades jurisdiccionales es que el propósito de la Administración se exprese y que el objeto del procedimiento seguido hasta entonces se haya obtenido . *LOS ACTOS QUE VENGAN DESPUES SON MEROS ACTOS DE EJECUCION, COMO SON LOS QUE SIGUEN A LAS SENTENCIAS* " (Subrayas de la Sala).

Igualmente en providencia de 12 de Mayo de 1988, Expediente N° 2623. Actor : Germán Gómez Garzón, Consejero Ponente, Dr. Alvaro Lecompte Luna, se recordó :

" No son actos de carácter definitivo que pongan fin a una actuación administrativa, *Y POR LO TANTO NO ES PROCEDENTE CONTRA ELLOS LA ACCION DE NULIDAD NI DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.* Art. 50, 84, 85, 135 y 176 C.C.A. (Diccionario Jurídico. Tomo IX Vólumen Primero, pág.83) (Subraya de la Sala).

También el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora. Segunda Edición, enseña :

" Dicha resolución no es más que un acto de cumplimiento de un fallo judicial y nó la culminación de una actuación administrativa que, como es sabido, es antecedente del proceso y no consecuencia del mismo.

Tanto es así que la reapertura del debate gubernativo y el posible paso jurisdiccional equivaldría al desconocimiento de la cosa juzgada. Bastaría que la resolución de cumplimiento no acatara todos los términos del fallo o los desconociera en algún sentido para que el administrado tueviera que embarcarse en un nuevo proceso; proceso que a su turno daría lugar a otro, y este a otro, indefinidamente. Así las cosas, *ante la negativa de la administración, su silencio, o la orden de indebido cumplimiento, el administrado no tendrá que ejercer nuevamente los controles de legalidad.* La fuerza de la cosa juzgada le permitira acudir a la justicia para la ejecución compulsiva del fallo, tal como lo dá a entender el Consejo de Estado en sentencia de 29 de septiembre de 1961. Allí se lee: "Si la administración no se aviene a cumplir voluntariamente la sentencia, o no la cumple debídamente y en ella se imponen obligaciones distintas al pago de una suma líquida de dinero, quien ganó el pleito no debe promover un nuevo recurso contencioso administrativo contra el acto de la administración que contraviene la sentencia o le da un indebido cumplimiento, pues la ley indica el camino a seguir en tal evento, cual es el procedimiento señalado en el capítulo 1del Título XV del c. j. *De no ser ello así, resultaría practicamente indefinida la resolución de las cuestiones sometidas al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que por otros nuevos y sucesivos recursos quedaría enervado al carácter de firmeza y obligatoriedad de las sentencias proferidas por esta jurisdicción"* (Subrayas de la Sala).

D) Las pretensiones "SUPRALAUDO" o "EXTRALAUDO", para utilizar la terminología del impugnante, que busca como fin que se reconozcan los intereses y desvalorización monetaria, por el período comprendido entre el momento en que quedaron ejecutoriados los laudos y aquel en que se hizo el pago de la condena, no pueden despacharse favorablemente, por las razones que en antes se dieron y también porque cualquier agregado sobre el particular implicaría un agravio a la cosa juzgada, que como lo enseña el dístico de *SCACCIA* "...hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo, altera los lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero" . Agrégase a todo lo anterior que la simple interposición del recurso de anulación no puede calificarse como conducta antijurídica, generadora de un daño, pues el ejercicio de los derechos no puede tener ese universo. En el caso en comento no vivencia el sentenciador que se hubiese dilatado el proceso acudiendo a argucias procedimentales, ni con una conducta confusa, equívoca o maliciosa. La negativa de la administración a aceptar las nuevas pretensiones de la parte actora no puede calificarse tampoco como la legalización del abuso del derecho, o como generadora de un enriquecimiento ilícito, o como ventaja ilícita derivada de no pagar, como lo sostiene el impugnante en el escrito de sustentación del recurso. No lo primero, porque no se vivencia que el centro de imputación jurídica demandado hubiese ejercido el derecho de impugnar los laudos hacia fines no reconocidos por el ordenamiento jurídico. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, no se aprecia que al interponer el recurso de anulación el FONDO VIAL hubiese utilizado el derecho para fines distintos de los señalados en la normatividad jurídica. Tampoco lo segundo, porque nadie puede predicar que otro se enriqueció sin causa, motivo o razón, porque hizo uso de las acciones, procedimientos o recursos señalados en la ley. Finalmente, tampoco cabe predicar que se derivó ventaja ilícita de no pagar, pues también es claro que el actor, no obstante la interposición del recurso de anulación, tenía la vía procesal abierta para iniciar el proceso ejecutivo, no importa que encontrara dificultades de comprensión jurídica por parte de los jueces correspondientes, para lograr su propósito. Al comentar este aspecto el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Segunda Edición, enseña :

" La ejecución compulsiva.

Sobre el cumplimiento compulsivo de las sentencias administrativas el nuevo código es un tanto más explícito que la Ley 167. Durante la vigencia de ésta el cumplimiento de los fallos en muchos eventos quedaba al arbitrio de la administración, aunque hay que reconocerlo, el código de procedimiento civil llenaba en cierta medida el vacío existente, en especial en cuanto al procedimiento a seguir y a la jurisdicción adecuada para el efecto , la ordinaria.

Hoy la parte final del inciso 4° del art. 177, dispone: "Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho meses después de su ejecutoria"

" Se dice "además" porque la misma norma contempla una serie de medidas de compulsión de tipo administrativo, que serán un paso obligado y previo a la ejecución judicial y que en la mayoría de los casos evitaría que se llegue a ésta. Así, se lee :

" Efectividad de condenas contra entidades públicas. Cuando se condene a la nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará "inmediatamente" copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada. El adverbio "inmediatamente" que utiliza la norma (inc. 1° del art. 177 del c.c.a.) hay que entenderlo, como es obvio, tan pronto esté ejecutoriada la providencia.

" El agente del ministerio público deberá tener una lista actual de tales sentencias y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

" El congreso, las asambleas, los concejos, el contralor general de la República, los contralores departamentales, municipales y distritales, el Consejo de Estado y los tribunales contencioso administrativos y las demás autoridades del caso deberán abstenerse de aprobar o ejecutar presupuestos en los que no se hayan incluido partidas o apropiaciones suficientes para atender al pago de todas las condenas que haya relacionado el ministerio público.

" Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

" Las condenas líquidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término"...

" El proceso ejecutivo

" Atrás se dijo que el inciso 4° del art. 177 hace ejecutables las sentencias dictadas por la jurisdicción administrativa cuando condenen a la nación o a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero.

" Cuando se trate de condenas de otro orden, en favor o en contra de la administración, la ejecución correspondiente se regirá por los arts. 334 y 339 del c. de p.c. tal como lo dispone el art. 179 del c.c.a.

" En este orden de ideas y dadas las distintas obligaciones que pueden imponerse en la sentencia, habrá que acudir al código de procedimiento civil, concretamente a las normas que regulan las distintas ejecuciones, versen éstas sobre obligación de pagar una suma líquida de dinero (inc. 1° del art. 498); obligaciones de dar una especie de mueble o bienes de género distinto de dinero (art. 499); obligaciones de hacer y de no hacer (art. 500 y 502); o perjuicios (arts.495 y 504).

E) En su alegato de conclusión ante el *ad quem,* el apoderado de la sociedad demandante insiste en que se repare el perjuicio económico que sufrió el contratista teniendo en cuenta los principios ". . . de la equidad, de la buena fé y de la justicia, sobre los cuales descansa la organización de todo Estado de Derecho..." Esta es una bella proposición que se hace al juez pero con olvido de que éste no puede, en casos como el presente, fallar como lo hacía el buen juez MAGNAUD, quien enseñaba que el juzgador debe guiarse, en sus juicios, por la solidaridad humana y no tanto por las leyes positivas. Sólo dentro de la doctrina del DERECHO LIBRE es posible ir tan lejos, como lo insinúo el mandatario del actor. Sus planteamientos hacen recordar la invitación de KANTOROWICZ:

" Sólo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, sólo si la plenitud del Derecho Libre hace posible a cada caso la reglamentación adecuada, sólo donde hay LIBERTAD, existe también justicia. Sólo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos en su lugar la voluntad creadora engedra nuevos pensamientos, sólo donde hay PERSONALIDAD, existe también justicia. Sólo si apartamos la mirada de los libros y la dirigimos hacia la vida, calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos, sólo donde haya SABIDURIA, existe también justicia ".

La anterior escuela de interpretación de la ley no la hace suya la Sala, que entiende bien que sólo puede crear derecho en los llamados ESPACIOS INTERSTICIALES, de que habla el gran jurista americano Benjamín Cardozo, pues como ya se dijo, debe obediencia a la ley y al derecho.

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,

F A L L A :

1) REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día dieciocho (18) de Mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por las razones dadas en los considerandos de esta providencia, y en su lugar,

RESUELVE :

ANULASE las Resoluciones Nros.006342 de cinco (5) de Agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y 008010 de 23 de Septiembre del mismo año,

proferidas por el Señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, pero sólo en cuanto a través de ellas se denegaron las pretensiones formuladas en el oficio N° 615-85 de Julio de 1985, en el sentido de que no era procendente el pago de intereses y la corrección monetaria por inflación, aspectos que deben debatirse y definirse a lo largo de un proceso ejecutivo;

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PLIEGO DE CONDICIONES-Contenido/**GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA/ TERMINO**

El pliego no sólo deberá especificar el monto de la garantía sino el plazo de la misma. En tal sentido será la propia entidad licitante la que fijará su termino, el que deberá cubrir el lapso necesario para el perfeccionamiento del contrato, ya que al ocurrir este evento se le devolverá el depósito o la garantía al adjudicatario. La ley deja a la administración el señalamiento del término. Si ésta no indica en el pliego una forma especial para su cómputo. Habrá de acudirse a la ley administrativa, la que trae sus reglas propias a ese respecto. Cuando en un acto oficial, para el caso un pliego de condiciones, o en una ley se señala un término de días, sin agregar ningún calificativo, habrá de entenderse que se trata de días hábiles

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia : Expediente N° 6441. Actor : Alvaro González Restrepo. Contratos.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 19 de julio de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las siguientes súplicas propuestas en la demanda el 8 de octubre de 1984 y que son del siguiente tenor:

" 1. Es nulo el acto administrativo contenido en el acta N° 007 de 1984, de la sección de la Junta Directiva del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, que declaró desierta la Licitación Pública N° 001 de 1984, cuyo objeto era otorgar la explotación comercial en forma

exclusiva de la venta de comestibles y bebidas en los siguientes escenarios: Estadio Nemesio Camacho "El Campín" y Plaza de Toros de Santamaría, mediante el pago de una cuota fija de participación, y se ordenó la Licitación Privada por el otorgamiento de la misma explotación comercial.

2. A título de restablecimiento del derecho lesionado declárase que el señor ALVARO GONZALEZ RESTREPO, como oferente dentro de la mencionada licitación, tenía derecho a que se le adjudicara, en primer lugar, y a que se celebrara con él, el contrato correspondiente, por haber presentado la oferta que mejores condiciones o ventajas brindaba al instituto y que se encontraba ajustada al pliego de condiciones.

" 3. Como consecuencia de las declaraciones anteriores e igualmente, para restablecer el derecho lesionado, condenándose al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, a pagar al señor ALVARO GONZALEZ RESTREPO, las siguientes cantidades de dinero :

" 3.1. El valor de los perjuicios materiales que le fueron causados con motivo de la expedición del acto acusado y al no habérsele adjudicado la referida Licitación Pública y no celebrarse con el citado el respectivo contrato, los cuales se estiman en suma no inferior a QUINCE MILLONES DE PESOS ($15'000.000.oo) MCTE, o la que resulte demostrada en el proceso o se liquide de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 308 del C.P.C.

" 3.2 Los gastos del proceso y los intereses corrientes y moratorios, sobre las cantidades que resulten en favor de mi mandante, desde la fecha en que deban efectuarse los pagos respectivos hasta cuando efectivamente se realice la cancelación de la obligación.

" 3.3. Los ajustes de valor de las correspondientes condenas, en los términos del artículo 178 del C.C.A."

En dicha demanda se narraron , en síntesis, los siguientes hechos :

1) Que el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte abrió la licitación pública #001 de 1984, con el fin de otorgar la explotación comercial de la venta de comestibles y bebidas en el Estadio el Campín y la Plaza de Toros de Santamaría.

2) Que en dicha licitación fueron proponentes Alvaro González y la Sociedad Montanara Ltda. Flamingo Helados.

3) Que mientras la propuesta del primero llenó todos los requisitos, incluida la póliza que garantizaba la propuesta, la de segunda no acreditó experiencia en el ramo, su póliza era insuficiente y su representante carecía de autorización para comprometer a la sociedad.

4) que la Junta declaró desierta la licitación(ver acta 007 de 1984) y ordenó abrir una licitación privada, en vista de que las propuestas no reunían todas las exigencias.

5) Que la propuesta del señor González era la mejor en todo sentido y se ajustaba al pliego de condiciones; que además de la experiencia que tenía había celebrado otros contratos con el Instituto y los había cumplido sin observaciones.

6) Que la propuesta de González no se podía rechazar porque su garantía era suficiente y porque los documentos se presentaron debidamente firmados.

7) Que el acto administrativo cuya nulidad se pide fué expedido con violación de la ley y con abuso de poder. Fuera de que su motivación no corresponde a la realidad.

8) Que los perjuicios sufridos por el señor González, por la adjudicación y ejecución del contrato, se estiman en las utilidades que habría podido obtener, o sea $34'000.000.oo

El Tribunal luego del trámite de la primera instancia, denegó las súplicas de la demanda. De ese fallo de 19 de junio de 1990, se destaca como argumento central:

"Para la Sala resulta claro que el término de 90 días - y no de 60 como se indica en la demanda -señalado en el pliego de condiciones como vigencia de la garantía de seriedad de la oferta se debe contabilizar como de días hábiles y no del calendario. En apoyo de ese planteamiento se hacen las siguientes consideraciones: 1ª. El término de noventa (90) días para la vigencia de la póliza de seriedad de la oferta fué señalado por el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte en el artículo 16 del pliego de condiciones correspondiente a la licitación pública número 01 de 1984. Y, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina, el pliego de condiciones dentro del proceso de contratación administrativa es el conjunto de normas elaboradas por la administración con el fin de señalar las obligaciones y derechos de la misma y de los particulares en la licitación pública, así como la de los contratantes en el contrato proyectado. Es, pues, un documento fundamental en la licitación pública, pues señala las reglas generales a las cuales debe someterse la administración y los particulares en la respectiva licitación pública y, además, se la ha llamado la ley de la licitación y del contrato. De manera que encontrándose dentro de las bases de la licitación pública la disposición relativa a que la propuesta debía ir acompañada de una póliza que garantizara la seriedad de la oferta con un término de vigencia de noventa días contados a partir de la fecha de cierre de la licitación, resulta claro que el término fué señalado por la administración dentro de un proceso de contratación administrativa, eminentemente pública, y, por tanto, en modo alguno, puede considerarse como un plazo convencional. 2ª. El artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal dispuso que en los plazos de días que se

señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y vacantes, a menos que se exprese lo contrario.

Esta norma es, pues, la aplicable al caso, por cuanto el término fue señalado por la administración, y de consiguiente, es un acto oficial, con la consencuencia de que se entienden suprimidos los días feriados y vacantes, pues en ninguna disposición del pliego de condiciones se expresó lo contrario. 3ª. La oferta o propuesta de los participantes en una licitación pública está regulada en lo fundamental por las disposiciones del respectivo pliego de condiciones, de manera que solo de manera excepcional, en cuanto se trate de comerciantes y exista un vacío en aquél, es posible recurrir a las normas del código de comercio para regular un determinado aspecto. Y en el presente caso no se presenta ningún vacío que permita llegar a la aplicación del artículo 853 del Código de Comercio, pues, de una parte, esa norma establece la posibilidad de que las partes fijen plazos distintos a los del artículo 851 ibídem para la aceptación o rechazo de las propuestas, situación distinta a la discutida, y, de otra, en el pliego de condiciones quedó señalado el plazo para la adjudicación del contrato, con la consiguiente aceptación o rechazo de las propuestas. 4ª. El parágrafo 1° del artículo 829 del Código de Comercio - citado por el demandante- precisamente reitera que los plazos de días señalados en la ley se entenderán hábiles. Así mismo dispone que los plazos convencionales de días se entenderan comunes, pero como el plazo señalado para la vigencia de la póliza de garantía no es convencional, sino señalado por la administración en el pliego de condiciones-ley de la licitación pública- prevalece lo dispuesto en la primera parte de esa norma y, por tanto, guardando armonía con el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, se deduce de ese precepto del Código de Comercio que el plazo es de días hábiles."

Descontenta la parte actora con lo decidido, interpuso apelación.

Cumplido el trámite correspondiente es oportuno decidir. Para ello, se considera :

Para la fiscalía decima de la corporación, el fallo recurrido merece confirmación. Así, en su vista de 5 de junio de 1991, arguye :

" El pliego de Condiciones, dispuso :

"...16. GARANTIA DE SERIEDAD :

Para garantizar que formalizará el contrato en los términos y condiciones fijadas, todo proponente deberá acompañar a su propuesta una garantía de seriedad, con vigencia hasta de 90 días a partir de la fecha del cierre de la licitación, obligándose a prorrogar la garantía en el evento en que se amplíe el plazo de la licitación. El valor de dicha póliza será del diez por ciento (10%) de la oferta."

" El texto transcrito no distingue entre días hábiles o comunes. De haber querido significar días calendario, habría señalado tres (3) meses en vez de noventa (90) días.

" En ese orden de ideas, si se habla de días sin calificar su naturaleza se entienden que son "hábiles" porque no existiendo en el Decreto 222 de 1983 ni en el C. Fiscal del Distrito disposición aplicable, ni pudiéndose llenar el vacío con normas del C. de Comercio, precisa remitirse al C.P.R.M. el cual como regla general consagra :

". . . ARTICULO 62. *En los plazos de días que señale en las leyes y actos oficiciales se entenderá suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario.* Los de meses y años se computan según el calendario, perso sí el último día fuere feriado o de vacante se extenderá el plazo hasta el próximo día hábil. " (subraya la fiscalía).

" Para abundar en razones , esta agencia fiscal se permite advertir que el demandante tampoco tenía derecho a pretender que la administración le adjudicara el contrato, cuando apenas, si alcanzaba a tener una mera expectativa sobre tal eventualidad. Y eso, también, en el evento de que hubiese acreditado ser el mejor postor."

Por su lado la parte actora, en su escrito de sustentación del recurso que obra a folios 152 y siguientes, rebate los argumentos del Tribunal. Alega que el plazo discutido para la póliza de seriedad de la oferta no debe gobernarse por el artículo 62 del c. de r. p. y m. sino por el código de comercio, que es la normatividad que gobierna las operaciones precontractuales de la administración. Que nada hacía suponer que cuando se señalo el plazo en los pliegos había que entender hábiles en lugar de calendario. Que sí existió el vicio, por ser un vicio subsanable, la administración debió requerir al proponente para su concreción.

Que el vicio, si existió, no era sustancial y no tenía la virtualidad suficiente para su rechazo.

Para la Sala la sentencia deberá confirmarse. Las propuestas presentadas por los licitantes no reunían las exigencias legales. Y la del demandante presentó un defecto relacionado con la garantía de seriedad de la propuesta, por cuanto no fué otorgada por el término exigido en el pliego de condiciones. Aquí se comparte tanto la argumentación del a-quo como de la fiscalía de la corporación.

Es tan clara la argumentación expuesta que sobraría hacer otras reflexiones. No obstante, se agrega :

La vigencia de la garantía de seriedad " hasta 90 días a partir de la fecha del cierre de la licitación " había que entenderla en días hábiles y no en días calendarios. La aplicación del artículo 62 de la ley 4 de 1913 es incuestionable en este campo, máxime cuando en ninguna forma podía entenderse que era un plazo convencional,

acordado entre las partes interesadas. No, el plazo fue señalado en forma unilateral por la administración al expedir el acto administrativo contentivo del pliego de condiciones. Sobre la índole de este acto (cuya calificación es fundamental para entender la afirmación hecha de que no se trata en el subjudice de un plazo convencional, así de uno prefijado en un acto administrativo previo a la celebración de un contrato) la sala reitera la tesis sostenida en el proveído de 1° de agosto de este año (Proceso 6802, magistrado ponente Doctor Juan de Dios Montes H.), en los siguientes términos:

> " De esa pluralidad de actos administrativos, individualizados por sus finalidades específicas propias y ligados por la finalidad común, se destaca el pliego de condiciones; se trata de un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponde a la de un acto administrativo general entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas.
>
> " La apreciación anterior se confirma con la definición legal de la licitación pública establecida en los artículos 27 y 28 del Decreto 222 de 1983; a tono con esos preceptos, la licitación pública se carateriza porque *la invitación a contratar se hace públicamente, a un número indeterminado de personas,* por los medios de publicidad que prevé el artículo 30, inciso 3° del mismo decreto; el pliego de condiciones está creando situaciones jurídicas a ese número prural e indeterminado de personas, en relación con todos y cada uno de los temas de que trate, bien por mandato de la ley (,ordinal 2° artículo 30 ibídem) o bien por razones de conveniencia para el servicio público.
>
> "2. Descubrir la naturaleza jurídica del acto cuya nulidad se demanda revestía importancia para deducir la procedencia de la acción de nulidad a cuyo ejercicio se acoge el actor para censurarlo ante esta jurisdicción."

Considera el señor apoderado de la parte actora que el artículo 62 del código de régimen político y municipal no era aplicable, porque la norma contemplaba dos hipótesis que hacen posible esa aplicación siempre que "los plazos de días se señalen en las leyes o en "los actos oficiales", y ninguna se da en el caso aquí discutido. La primera, porque ni el decreto 222 de 1983 ni el código fiscal del Distrito señalan la forma como se debe computar el término por el cual se debe constituir esa garantía de seriedad. Y la segunda, "porque éstos hay que entenderlos referidos a una norma legal que expresamente autorice a la autoridad administrativa para señalar un plazo para el cumplimiento de determinada actuación."

Para responder éstos, se anota :

El artículo 30 del decreto 222 de 1983 es claro al señalar que en los pliegos de condiciones deberán señalarse, entre otros puntos, la garantía de seriedad de la propuesta (lit.f), el término dentro del cual se hará la adjudicación... y el *plazo para la firma del contrato.* (g)

De esto se infiere que el pliego no solo deberá especificar el monto de la garantía sino el plazo de la misma. En tal sentido será la propia entidad licitante la que fijará su término, el que deberá cubrir el lapso necesario para el perfeccionamiento del contratdo, ya que al ocurrir este evento se le devolverá el depósito o la garantía al adjudicatarlo. Como se infiere la ley deja a la administración el señalamiento del término. Si esta no indica en el pliego una forma especial para su cómputo, habrá que acudirse a la ley administrativa, la que trae sus reglas propias a ese respecto.

Anotado lo precedente se entiende como la administración al elaborar el pliego, acto administrativo en estricto sentido, tiene la autorización legal para señalar el término de la garantía de seriedad de la oferta, en forma unilateral. De allí que en el caso concreto se den, armonizadas, las dos hipótesis contempladas en ese artículo 62.

En parte alguna dice la ley, ni lo desarrolla la jurisprudencia, que la etapa precontractual o administrativa está regida por el código de comercio. No, este aspecto lo gobierna y lo ha regulado el derecho administrativo, el que gobierna, casi con exclusividad la etapa selectiva del contratista de la administración. Con esto no quiere significarse que el derecho privado (civil o comercial) no regule ciertos aspectos dentro de la relación negocial misma, vbgr, el consentimiento y sus vicios, el objeto y la causa, pero estos aspectos estan por fuera del presente debate.

Cuando en un acto oficial, para el caso un pliego de condiciones, o en una ley se señala un término de días, sin agregar ningún calificativo, habrá que entender que se trata de días hábiles. Estos no admite discusión y lo define la misma ley. Por eso para poder aceptar la tesis del actor de que ese señalamiento escueto (90 días) no es unívoco, sino equívoco, vago y oscuro , habrá que aceptar, contra la presunción de derecho, que los administrados sí pueden alegar válidamente la ignorancia de la ley. Si se lee con detenimiento el alegato de la parte actora se detecta la debilidad del argumento esgrimido para rechazar la aplicación del mencionado artículo 62 al asunto *subjudice,* porque al afirmar que sólo tiene aplicación en el campo de las actuaciones administrativas, le está dando la razón no sólo a la administración sino al *a-quo,* porque es en este campo donde se presenta el conflicto. No cree la sala que pueda sostenerse validamente que en la etapa precontractual (de un contrato administrativo) la administración no cumpla una actividad administrativa *strictu sensu.*

Dice el actor que si se dio la informalidad en la póliza de garantía, debió la administración ordenar que se subsanara, porque no constituía un vicio sustancial. Ahora bien, esto puede ser teóricamente cierto, pero en la práctica no es fácil porque si la administración lo hace lo tendrá que cumplir con todos y cada uno de los ofertantes para mantener el principio de la igualdada; y con esto la contratación

pública, fuera de lo dispendiosa que ya es hoy, se tornaría en un ir y venir de órdenes de corrección y de complementación con la consecuencia de que los licitantes ni siquiera tendrían que preocuparse en el futuro de llenar los requisitos de ley, ya que la administración tendría en todos los casos que señalar los vicios en informalidades corregibles, con la consiguiente pérdida de tiempo. Esto no es el alcance de la ley, porque esta misma, que se presume conocida de todos, obliga también a los administrados.

Fuera de lo dicho, en el caso *subjudice* la corrección de las ofertas aparece seriamente restringida, hasta el punto de que la administración si la hubiera ordenado, como lo pretende el actor, sólo para su causa, no sólo habría violado los términos del pliego de condiciones, sino también el principio de la igualdad de los licitantes, porque en ese mismo sentido el otro licitante también habría tenido derecho a exigir una nueva oportunidad para subsanar sus irregularidades.

Y se afirma que con la orden de corrección se habría violado el pliego de condiciones, porque éste es explícito a ese respecto y de alcances limitados, como se infiere de la transcripción del acápite 20 del Capítulo I del mencionado pliego (lic. #001 de 1984) que a la letra dice:

" 20. Corrección a las propuestas :

" La propuesta es inmodificable despues de transcurrida la hora para presentación , exceptuando en lo relacionado con los errores aritméticos, cuya corrección podrá hacerla el IDRD, y los cuales podrán ser comprobados por los proponentes despues de adjudicada la licitación.

"No se admiten ofertas complementarias o propuestas de modificaciones que fueren presentadas con posterioridad al cierre de la licitación.

"Tampoco se podrá solicitar a los licitantes, variación alguna en los términos de su propuesta, lo cual no obsta para que el IDRD pueda solicitar las aclaraciones que fueren necesarias.

En ese mismo pliego en su acápite 21 se dice: "El IDRD, rechazará toda propuesta que presente cualquiera de las siguientes irregularidades : a) Póliza de garantía insuficiente o irregular "...

Finalmente, y como nota marginal, se observa :

Para la sala el defecto que presentaban las pólizas de seriedad de las ofertas en cuanto al término no era tan accidental, como se alega por la parte demandante. Baste pensar que en Colombia, dado nuestro régimen de días festivos, un plazo de 90 días hábiles es sustancialmente diferente al plazo de 90 días según el calendario, como que aquél comprende en el almanaque cerca de 110 días.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 19 de julio de 1990, dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 9 de agosto 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.

ACTO ADMISORIO/ SUSPENSION PROVISIONAL/ RECURSOS/ RECURSO DE APELACION

Según la regla general, el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional es apelable y el que admite la demanda es reponible; de acuerdo con la norma especial, el auto que, en primera instancia, admite la demanda y resuelve sobre la suspensión provisional solamente admite el recurso de apelación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D. C. , agosto doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia : Expediente Nº 6724. Actor : Jorge Montoya Paz.

El apoderado judicial de la Sociedad Siemens S.A., interpuso recurso de reposición en contra de la providencia fechada el 5 de julio de este año, por virtud de la cual se confirmó el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 10 de octubre de 1990.

El recurso es improcedente, y así habrá de declararlo la Sala, por las siguientes razones :

La disposición contenida en el último inciso del artículo 207 del C.C.A., es *norma especial*, razón por la cual *debe preferirse* a la norma general del Código, siempre y cuando se presenten las condiciones fácticas de la hipótesis legal. Según la *regla general,* el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional es apelable (artículo 155 y 181 del C.C.A.), y el que admite la demanda es reponible (artículo 180 ibídem); de acuerdo con la *norma especial, el auto* que, *en primera instancia*, admite la demanda y resuelve sobre la suspensión provisional solamente admite el recurso de apelación (inciso final, artículo 207).

El adverbio "solo" usado por la ley tiene carácter limitado y excluyente de cualquier otro recurso, circunstancia que impide a la Sala pronunciarse sobre los argumentos que esgrime el recurrente en contra de la providencia.

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

RESUELVE :

DECLARAR improcedente el recurso de reposición que ejercita el señor apoderado judicial de la sociedad Siemens S.A.

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 9 de Agosto 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.

CONCILIACION

En el *sub lite* es viable la conciliación, pues del acuerdo de voluntades producido no se desprende que los intereses patrimoniales del Estado resulten lesionados, o que el mismo esté viciado de nulidad absoluta, pues las partes son plenamente capaces para disponer de sus derechos, sin que el orden público o las buenas costumbres resulten comprometidos. Agrégase a lo anterior que no se vivencia tampoco la violación de ninguna norma legal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D. C. , agosto veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia ; Expediente N° 6571. Actor : Acerías Paz del Río S.A.

-I-

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra EDNE COHEN DAZA, en el escrito que obra al folio 127 del Cuaderno N° 1 expresa que devuelve el expediente del rubro informando "...que realizada la audiencia de conciliación en el día y hora señalada para ese efecto...las partes llegaron a un acuerdo total, según consta en el Acta de Conciliación". El universo de ésta se recoge, en lo pertinente, así :

" La señora Fiscal instituyó a las partes sobre el objeto de la presente audiencia, procediendo a continuación a concederle la palabra a la parte demandante, ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. ; por mi conducto y como fórmula conciliatoria enderezada a ponerle término al proceso por ella instaurado, estaría dispuesta a renunciar al derecho (por ella instaurado) - lo anterior, entre paréntesis no vale-/-/ (sic) de acción ejercitando siempre y cuando, de parte del Ministerio de

Minas y Energía se le brinden las condiciones necesarias de seguridad y legitimación para continuar realizando las labores exploratorias y de explotación que viene adelantando en las áreas de las antiguas licencias de exploración Nos. 7.553, 7.554 y 6.596. Obviamente, en caso de desistimiento de su demanda, ACERIAS requiere que haya un previo pacto expreso, de acuerdo con el artículo N° 345 del C. de P.C. de no haber condena en costas.

" A continuación, hace uso de la palabra el doctor BRITO LALLEMAD, apoderado especial del Ministerio de Minas y Energía quien manifiesta que la posición del Ministerio es la de brindar, hasta donde las normas legales lo permitan, las expectativas que ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. mantiene dentro de las solicitudes de Licencias para la exploración radicada en el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA con los números 14654, 14656 y 14665 que en este momento surten favorablemente el trámite para su otorgamiento. El Ministerio acoge la propuesta de desistimiento presentada por ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. como mecanismo previo al otorgamiento de la licencia señalada y como forma de lograr un arreglo en el conflicto.

"El Ministerio acoge la propuesta sobre el pacto respecto a la no condenación en costas de la parte que desiste.

" Enseguida tiene la palabra el doctor NESTOR FERNANDEZ DE SOTO, apoderado general de ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., quien manifiesta que oída la exposición que presenta el señor apoderado especial del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, desea decir a la señora Fiscal en esta audiencia de Conciliación, que ACERIAS acepta desistir del derecho de acción de la demanda, como en efecto desiste mediante esta acta de conciliación. Deseo aprovechar la ocasión para relievar la forma acertada y oportuna como el Ministerio de Minas y Energía viene avocando y tramitando las solicitudes que se le presentan a su consideración, de acuerdo con el actual código de minas.

"Finalmente, tanto el apoderado especial de la Nación como el de ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., desean dejar constancia del acierto sobre el procedimiento adoptado por la señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado para conducir con tanto éxito la presente conciliación. La funcionaria, mostrando la mayor diligencia, se reunió separadamente con ambas partes del diferido, para lograr en esta forma, crear un marco propicio a la conciliación que tan prontamente se concluyó.". (fls. 124-125 Cdno. N°1).

-II-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) El artículo 58 de la Ley 23 de 1991, dispone que podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho, a través de su representantes legales sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

se ventilarán mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. A su turno, el artículo 65 del mismo estatuto preceptúa:

> " Cuando no se haya intentado conciliación perjudicial, el Consejero o Magistrado Ponente de la Corporación que conozca de la demanda Contencioso Administrativa, en el mismo auto en que la admita, y una vez notificada, ordenará el traslado de la misma al Fiscal correspondiente para que adelante la conciliación sujetándose a lo dispuesto en los artículos anteriores. Durante el trámite de la conciliación el proceso se suspenderá.
>
> " Concluído el procedimiento de conciliación, el Fiscal remitirá al Consejero o Magistrado del conocimiento, un día después de terminado aquél, el acta de conciliación total o parcial, o el informe de que no fue posible acuerdo alguno entre los interesados, acompañado de los medios de prueba en su poder y de la enumeración de los mismos, según el caso.
>
> " Si la conciliación fue total, el Consejo de Estado o el Tribunal Contencioso Administrativo competente declarará terminado el proceso.
>
> " Si no hubo conciliación o la Corporación competente encuentra que la lograda resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado, o puede hallarse viciada de nulidad absoluta, así lo declarará la Sala en providencia motivada y ordenará la continuación del proceso en cuanto fuere necesario.
>
> " Contra las providencias a que se refiere este artículo no habrá recurso alguno.".

B) A la luz del anterior universo jurídico, la Sala encuentra que en el caso en comento la conciliación se hizo por el representante autorizado del Señor Ministro de Minas y Energía, según poder que obra al folio 120, en el cual se expresa que el Dr. JAIME ENRIQUE BRITO LALLEMAD puede conciliar; que la acción instaurada por ACERIAS PAZ DEL RIO fue la de nulidad y restablecimiento, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., y que la firma demandante, en forma voluntaria, resolvió desistir de la demanda, con lo cual las resoluciones impugnadas mantienen su vigencia.

Del referido acuerdo de voluntades no se desprende, que los intereses patrimoniales del Estado resulten lesionados, o que el mismo esté viciado de nulidad absoluta, pues las partes son plenamente capaces para disponer de sus derechos, sin que el orden público o las buenas costumbres resulten comprometidos en el caso en comento. Agrégese a todo lo anterior que no se vivencia tampoco la violación de ninguna norma legal.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARASE TERMINADO, por conciliación, el presente proceso;

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, archívense las diligencias.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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 POLICIA

El cuerpo armado existe para proteger a los ciudadanos, no para que se eliminen los unos con los otros. En el fondo de toda esta problemática se detecta una falla de la institución que necesariamente hace responsable a la administración por los daños que por ello se causen.

LEGITIMACION EN LA CAUSA

La simple informalidad de que en unos casos el segundo nombre finalice con "D" y no con "R" no puede llevar a la conclusión de que la legitimación en la causa hizo falta.

PERJUCIOS MATERIALES

No se hace reconocimiento alguno por perjuicios materiales, pues al momento de la muerte del señor Amador tenía más de veintidós años, es decir, que estaba ya muy próximo a la edad en que los colombianos suelen contraer matrimonio. Esta verdad hace que se torne incierto el daño, en el caso en comento, pues ninguna de las pruebas aportadas permite vivenciar que la situación de ayuda económica que se demanda, se habría mantenido a lo largo de la vida del señor Amador.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia : Proceso Nº 6381. Actor : María Esmir Suárez Aguilar 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 procurador judicial de la parte actora contra la sentencia calendada el día catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo del Quíndio, en virtud de la cual se declaró "...inhibido para estudiar el fondo del presente asunto, por falta de presupuesto procesal legitimación en la causa por activa...".

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

" Mediante el escrito presentado el día 30 de octubre de 1989, los señores María Esmir Suárez Aguilar, María Idalba Amador Suárez, María Luisa Suárez, Gloria Inés Amador Suárez, Consuelo Amador Suárez y Jorge Armando Suárez, solicitaron que, en vez agotados los trámites previstos en el Código Contencioso Administrativo, se dictara sentencia declarando a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa, Policía Nacional- administrativamente responsable de la muerte del Sr. Arturo Amador Suárez y que, consecuencialmente, se condenara a la misma entidad al pago de los perjuicios materiales y morales causados a ellos con el referido hecho .

" Narraron los hechos de los folios 16 a 25 del primer cuaderno, según los cuales el agente de la Policía Nacional, Arturo Amador Suárez, fue comisionado por el Departamento de Policía Risaralda para entregar una documentación en la Octava Brigada de Armenia; que una vez cumplida la comisión, en compañía del también agente Jorge Arturo Ladino Páez, ambos uniformados se dirigieron hacia la residencia de la señora madre del Sr. Amador Suárez; y que en el trayecto fueron atacados por dos agentes del F2, quienes injustificadamente les dispararon sus armas oficiales, causándoles la muerte."...

" CONSIDERACIONES :

" Con el ánimo de acreditar su legitimación en la causa, los demandantes aportaron los documentos que obran a folios 7 a 13 del primer cuaderno, sobre los cuales el Tribunal hace las siguientes observaciones;

" En primer lugar, la señora María Esmir Suárez Aguilar, quien demanda invocando la calidad de madre del Sr. Arturo Amador Suárez, aportó copia del registro Civil de nacimiento del indicado señor, pero ese documento no comprueba el parentesco pretendido, por cuanto el Sr. Arturo Amador Suárez no figura en su partida civil de nacimiento como hijo de la demandante María Esmir Suárez Aguilar. (fl.7 C.1).

" En segundo lugar, con los registros civiles de nacimiento de las señoras Consuelo y Gloria Inés Amador Suárez (fls.10 y 12, C.1), se acredita el parentesco de éstas con el señor Arturo Amador Suárez, como hijos de la señora María Esmid Suárez Aguilar.

" No puede decirse lo mimo respecto de los demandantes María Idalba Suárez, Luisa María Suárez y Jorge Armando Suárez, pues éstos demostraron ser hijos de la señora María Esmir Suárez Aguilar, al paso que la víctima del homicidio aparece como hijo de la señora María Esmid Suárez Aguilar. Tampoco pude decirse que los mencionados demandantes sean, junto con el señalado como occiso, hijos de un mismo padre, puesto que los señores Luisa María y Jorge Armando aparecen como hijos extramatrimoniales no reconocidos y la señora María Idalba no aportó prueba del matrimonio entre sus padres, o de su reconocimiento por parte del Señor Arturo Amador, quien figura como padre de la presunta víctima, según la constancia de reconocimiento que aparece al reverso de la copia de su registro civil de nacimiento (fl. 7, C.1).

" En cuanto a la señora Luisa María Suárez, es de observar, además, que aunque con este nombre aparece en el registro civil de nacimiento, no es la misma que aparece otorgando poder, pues a fl. 3 frente y vuelto figura como " María Luisa Suárez".

" Pero aún en el evento de que todos los demandantes hubiesen acreditado su parentesco con el señor Arturo Amador Suárez, tampoco podría tenerse por demostrada la legitimación de aquellos en la causa, por cuanto no aparece comprobado que el indicado señor Arturo Amador Suárez sea el mismo que tiene la calidad de occiso o víctima del homicidio que interesa a este proceso, pues los actores resultan ser madre y hermanos, respectivamente, de un individuo que figura como hijo de la señora Esmid o Esmir Suárez Aguilar, al paso que la víctima en este asunto aparece, en la partida de defunción, como hijo de " María Esnith SUAREZ" (sic) (fl. 13 C.1).

" Como quiera que la legitimación en la causa es un presupuesto procesal de la sentencia de fondo, su falta impone al juzgador inhibirse para estudiar el asunto planteado. Al respecto, el tratadista Hernando Devis Echandía, en su obra "COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL"" Teoría General del Proceso", Tomo I. Duodécima edición. 1987, enseña:

PRESUPUESTOS MATERIALES O SUSTANCIALES DE LA SENTENCIA DE FONDO.

" Estos presupuestos son los requisitos para que el juez pueda, en la sentencia, proveer de fondo o mérito, es decir, resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido y el demandado la obligación correlativa. . .

"...y son los siguientes:

" 1) ' Legitimación ad causam" o legitimación en la causa.." (pág 289).

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

"F A L L A :

". 1.- Declárase inhibido para estudiar el fondo del presente asunto, por falta del presupuesto procesal legitimación en la causa, por activa.

" 2.- Condénese a la parte demandante a pagar, en favor de la entidad demandada, las costas causadas en este proceso. Liquidese oportunamente por la Secretaría.". (fls. 64-68 Cdno #1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 69 y siguientes del Cuaderno Nº 1, obra el escrito en que el procurador judicial de la parte demandante hace sus valorizaciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender las perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento :

" Basa el *a-quo* su decisión inhibitoria en que los actores no acrediten su legitimación en la causa. Nos referimos, como la sentencia, a cada caso, de cada actor, por separado.

" *CASO MARIA ESMIR SUAREZ AGUILAR*

" Dice el sentenciador que el Registro Civil de Nacimiento de ARTURO AMADOR SUAREZ no comprueba el parentesco pretendido porque la actora se llama MARIA ESMIR SUAREZ AGUILAR y en el registro aparece como de MARIA ESMID SUAREZ.

" El problema parece radicar en la disimilitud de letras finales en el nombre de la madre del occiso.

" Debemos anotar al respecto que se trata de un error no relievante pues hay casi una homofonía en los nombres que podría haber llevado a trocar las letras finales. Ese es un fenómeno idiomático muy común en el hablar, especialmente en el de las clases sociales con poca educación como ésta a la cual pertenece la familia AMADOR SUAREZ. 'TROCACION' u homofonía comunes también en el caso de este tipo de nombres algo raros, rebuscados, "excentricos", distintos a los normales JUAN, PEDRO, CARLOS, JOSE, LUIS, MANUEL o EDUARDO.

" Error no relievante que por lo mismo no puede generar las consecuencias que el fallo recurrido le atribuye. Respecto de que en la partida de *Defunción* aparece el occiso como hijo de MARIA *ESNITH* SUAREZ y no de MARIA ESMID o MARIA ESMIR, debemos señalar, de un lado, que esa partida es prueba de la defunción y no del nacimiento, y del otro, que la disimilitud de nombres también es explicable por el mismo fenómeno de homofonía o trueque, fácilmente explicable para quien los hechos, con un equitativo y desprevenido ánimo.

" Actuó en el proceso MARIA ESMIR SUAREZ, pues este es su nombre legal, el que aparece en sus documentos de identificación. Pero no hay duda de que esa actora sí es la madre del occiso ARTURO AMADOR SUAREZ. El acervo probatorio lleva a esa conclusión. Inclusive el mismo ente demandado, LA POLICIA NACIONAL, no tuvo dudas al respecto de esa legitimación para reclamar. Le pagó a MARIA ESMIR SUAREZ, con C.C. N° 28.425.766 (que es la misma demandante en este proceso) prestaciones sociales por muerte, salarios, del occiso.

" En la contestación de la demanda no expresó ninguna duda o salvedad respecto de la legitimación para obrar de esta madre.

" Por ello resulta injusta e inexplicable la actitud, "más papista que el papa" del Juez *a-quo*, el mismo que en otro proceso, basado en los mismos hechos (actores: MARIA ALEYDA GONZALES y otros, el cual se encuentra a conocimiento de la Sección Tercera de lo C.A. del Consejo de Estado bajo la radicación 6260) profirió desconcertante fallo absolutorio.

" CASO CONSUELO Y GLORIA INES AMADOR SUAREZ

" Reconoce la sentencia que estas actoras sí comprobaron su parentesco fraterno con el occiso ARTURO AMADOR SUAREZ pero como hijos de MARIA ESMID AGUILAR. Dice más adelante, sin embargo, que " no aparece comprobado" que ARTURO AMADOR SUAREZ sea el occiso del homicidio que interesa al proceso pues figura como hijo de MARIA ESMID o de MARIA ESNITH.

" Nuevamente caemos en el análisis del mismo argumento del trueque de nombres o de letras en los nombres o de la homofonía.

" El asunto tendrá entonces que resolverse de igual modo, reconociendo que se trata de errores no relievantes, sin la significación jurídica y procesal que el desmedido celo del fallador les atribuye.

" CASO DE MARIA IDALBA, LUISA MARIA y JORGE AMADOR SUAREZ.

" Cabe igual comentario respecto a la disimilitud entre los nombres MARIA ESMIR y MARIA ESMID.

" Agregaríamos que los hijos extramatrimoniales son hermanos de sus hermanos naturales por vía de la madre y que por lo tanto, si no fueron reconocidos por el padre ello les impediría acreditar parentesco con éste, pero, no con su madre o con sus hermanos, hijos de la misma madre.

" De modo que la exigencia del sentenciador del aporte de la prueba del matrimonio o del reconocimiento, es absolutamente improcedente.

" PETICION

"Toda la argumentación anterior, nos sirve de base para solicitar la revocatoria de la Sentencia recurrida, para que en su lugar, se proceda por el *ad-quem,* a entrar al estudio del negocio en el fondo y se accede a las súplica de la demanda.

" Para esto último reiteramos los argumentos expuestos en el alegato de bien probado.".

- III-

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO.

Dentro del término de ley alegó de conclusión para *DESTACAR :*

" 1° Sin entrar a transcribir las enjundiosas sentencias de ese Honorable Consejo allegados al proceso por la demanda y el Fiscal del T.A. del Quindío, señalando la validez de la sentencia proferida en el proceso penal, ordenando la cesación de todo procedimiento, es menester destacar que me acojo a lo dicho en ese sentido, a fin de que se tenga en cuenta para exonerar a la administración de cualquier responsabilidad.

" 2°.- En relación con la diferencia en el nombre de la demandante con el registro en los demás documentos, como madre del occiso, no se puede caer en la peregrina argumentación del apoderado de la misma, aduciendo que como se trata de un nombre raro, se equivocaron todas las veces por " trocación " (sic) y homofonía, ya que por ese camino llegaríamosa que es lo mismo o por simple homofonía no podríamos identificar a Forero de Ferrero de Guerrero de Herrero de Herrera y de Ferreira, o a Parada de Prado o de Prados.

" Lo anterior para significar que el Honorable Tribunal Administrativo del Quindío tuvo toda la razón para declararse inhibido para estudiar el fondo del asunto, por la falta de presupuesto procesal de legitimación en la causa por activa, pudiéndose ir más lejos, como dice el recurrente, que no se tratara de sentencia inhibitoria, sino absolutoria, como lo ha venido sosteniendo ese Honorable Consejo.". (fls 80-81 Cdno #1).

-IV-

VISTA FISCAL

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo *OBSERVA :*

" Del material probatorio obrante en el proceso se deduce que el día 4 de noviembre de 1987 fueron muertos, en la ciudad de Armenia, por agentes de la Policía Nacional durante un procedimiento policivo los también agentes Arturo Amador Suárez y Jorge Arturo Ladino Páez. El hecho se corrobora con la documentación existente a cuadernos 3, 4 y 5 que contienen a saber: Pruebas de los actores, Informativo N° 004 de carácter prestacional e informativo disciplinario de la sección de Inspección y Disciplina del Departamento de Policía Quindío y de la cual se destaca lo pertinente :

" A folios 20 y 21 del cuaderno 4 aparece acta de necropsia de Arturo Amador Suárez; el extracto de la hoja de vida aparece en el mismo cuaderno a folio 37; a folios 39, el certificado civil de defunción. Aun cuando en el proceso no figuran los extractos de las hojas de vida de los agentes de la Policía Nacional que causaron la muerte a los también agentes, Amador y Ladino, toda la documentación obrante, permite concluir de manera cierta que también obstentaban para el día de los hechos, esto es noviembre 4 de 1987, la calidad de agentes al servicio de la Policía Nacional (ver folio 23, 29, 32 y 122 del cuaderno N° 3).

" Consta igualmente que los agentes Arturo Amador y Jorge Arturo Ladino estando en comisión en la ciudad de Armenia fueron muertos en la horas de la noche por los agentes German Antonio Torres y Alonso Valencia Hernández, ya que según éstos, al realizar un procedimiento policial en el Barrio Lindaraja de la ciudad de Armenia, fueron atacados a bala por dos sujetos , razón por la cual ellos se defendieron de dichos sujetos, los que a la postre resultaron agentes adscritos a la policía de Pereira.

" A folio 121 y siguiente, obra la providencia de agosto 16 de 1987 del Tribunal Superior Militar por medio de la cual confirma la providencia del Juez de primera instancia, en el sentido de cesar el procedimiento adelantado contra los agentes Valencia H. y Torres P. , por cuanto actuaron bajo el amparo del causal de justificación del hecho que se conoce como el instinto de la legítima defensa.

" La fiscalía Décima de manera muy especial resalta la prueba obrante a folio 68 y siguientes del cuaderno 3, consistente en el estudio de guanteletes de parafina que Discriminalística Sección Laboratorio, Bogotá, practicó a las manos de los agentes muertos, Amador y Ladino, concluyendo que: "De acuerdo a los estudios practicados a los guanteletes recibidos en el laboratorio, el resultado fué: REACCION NEGATIVA PARA LAS MANOS DE LOS

AGENTES AMADOR SUAREZ ARTURO Y LADINO PAEZ JORGE ARTURO (Ver esquema anexos)".

" Ahora bien, si la prueba del guantelete a las manos de los agentes que resultaron muertos, realizada por expertos de la misma Institución Armada, resultó negativa, todo lo que aparece en la prueba testimonial, en el sentido de que los agentes muertos agredieron a bala a los otros agentes, se derrumba. Los agentes muertos no agredieron, pues, a los otros agentes, y posiblemente se encontraban en estado de indefensión. De lo anterior se deduce que hubo un exceso en la utilización de las armas oficiales y que faltó el más mínimo respecto a la vida, por parte de los agentes agresores.

" El Tribunal *a-quo* plantea la falta de legitimación en la causa por activa para despachar un pronunciamiento inhibitorio, haciendo hincapié en que la señora María Esmir Suárez Aguilar invoca en el proceso su calidad de madre de la víctima, cuando en los registros civiles de nacimiento, Consuelo y Gloria Inés aparecen como hijos de María Esmid Suárez Aguilar y los demandantes María Idalba, Luisa María y Jorge Armando, como hijos de María Esmir Suárez. Observa además, que no aparece probado que el señor Arturo Amador Suárez sea el mismo que tiene la calidad víctima (sic), pues en la partida de defunción aparece como hijo de María Esnith Suárez.

" Respecto de lo planteado por el Tribunal a-quo, ésta Fiscalía se permite hacer las siguientes observaciones : Si quien figura como poderdante a folio 1, es María Esmir Suárez Aguilar en su calidad de madre, y en algunos de los registros civiles de nacimiento de los hijos figura como María Esmid, es obvio que se trata de la misma persona. Para tal efecto se observa que en el cuaderno de pruebas de la parte demandada, obra certificación suscrita por el pagador del Departamento de Policía de Risaralda, en la cual aparecen pagos que con ocasión de la muerte del agente Arturo Amador Suárez, se le hicieron a la señora María Esmir Suárez, identificados con c. de c. Nº 28.425.766, sin que en momento alguno se hubieran objetado dichos pagos, o en su defecto, se hubiese planteado una tacha de falsedad. (folio 17 c.2). Igualmente el hecho de conseguir apoderado y otorgale poder para que demandara de la Nación , los perjuicios ocasionados por la muerte de su hijo así como las declaraciones obrantes a folios 15, 16, 21, 22 del cuaderno 3, llevan a ésta Fiscalía a concluir que se trata de la misma persona.

" Por otra parte, el certificado de defunción obrante a folio 13 del cuaderno 1, prueba la muerte de Arturo Amador Suárez, no su nacimiento, el cual se prueba con el registro civil de nacimiento. Este argumento impide que la Fiscalía adhiera a la tesis acogida por el Tribunal *a-quo* en su fallo de agosto 14 de 1990.

" En cuanto a los perjuicios que se demandan, estando acreditada la calidad de madre de María Esmir, la Fiscalía Décima considera que se le deben resarcir los perjuicios materiales y morales ocasionados. Respecto de los

hermanos, solamente Idalba y Consuelo probaron las condiciones que la jurisprudencia ha venido exigiendo, para el resarcimiento de dichos perjuicios, conforme se desprende de las declaraciones que obran a folio 15 y 21 del cuaderno 3, razón por la cual se les ha de reconocer perjuicios, tanto morales como materiales.

" Lo anterior es suficiente para solicitar de la Honorable Sala la revocatoria de la sentencia apelada y acceder parcialmente a las súplicas de la demanda. ". (fls. 85 88 Cdno N° 1).

- V-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) la sentencia impugnada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la perspectiva que manejó el *a-quo* y que lo llevó a concluír que en el *sub-lite* hace falta el presupuesto procesal legitimación en la causa. Y no la patrocina, porque la simple circunstancia de que la madre del occiso Señora MARIA ESMIR SUAREZ AGUILAR aparezca en el acta de registro de nacimiento de su hijo como MARIA ESMID SUAREZ AGUILAR y confiera poder como MARIA ESMIR SUAREZ AGUILAR no puede producir el efecto desastroso de no realizar la justicia. Leídos tales documentos, se vivencia, sin mayor dificultad, que la persona es la misma. La simple informalidad de que en unos casos el segundo nombre finalice con "D" y nó con "R" nó puede llevar a la conclusión de que la legitimación en la causa hizo falta. Si se puso tanto acento en el segundo nombre, "ESMID" o "ESMIR", se ha debido también hacer lo propio con el primero que no da lugar a especulaciones, esto es, con el de "MARIA", pues en tales documentos aparece igual. A exquisiteces con tal alcance no llegó ni siquiera el método gramatical de interpretación de la ley con sus distintas operaciones de sinónimos, etimología, súmulas, apparatus y técnica brocarda. La valoración de la prueba no se puede hacer tan fríamente, estos es, con una desatención total por los resultados, porque se corre el riesgo de sacrificar los valores supremos que informan la ciencia del derecho. El apoderado de la parte demandada, que en su alegato de conclusión hace tantos esfuerzos para demostrar que la materia es grave, pues de no hacerle producir efectos, al desfase del nombre, se podría impedir indentificar mas tarde un "FORERO" de un "FERRERO" o un "GUERRERO" de un "HERRERA", ha debido ocuparse a fondo del asunto en el período probatorio, para acreditar que, en el caso en comento, la señora MARIA ESMIR no es la misma MARIA ESMID.

Pero guardar silencio a lo largo del proceso, para luego alegar nimiedades, es conducta que no puede ser bendecida por la magistratura.

B) No obstante que los agentes Alonso Valencia Hernández y Germán Antonio Torres Peláez sindicados de la muerte de ARTURO AMADOR SUAREZ y JORGE ARTURO PAEZ, fueron absueltos, tanto del proceso penal como en la investigación administrativa que se adelantó con ocasión de tal insuceso, la Sala encuentra que en el *sub-lite* está plenamente demostrada la falla del servicio. En

efecto : Ninguna argumentación permite justificar el enfrentamiento de dos grupos, con personal adscrito a las fuerzas de policía. La tesis de que Arturo Amador Suárez y Jorge Arturo Ladino Páez atacaron a los homicidas, y que éstos tuvieron que defenderse de una agresión grave, injusta e inminente, es decir, que actuaron en legítima defensa, topa con el estudio hecho por DISCRIMINALISTICA SEC. LABORATORIO -DIJIN- que obra al folio 68 del Cuaderno N° 3 en el cual, y en lo pertinente, se lee:

> " CONCLUSION. De acuerdo a los estudios practicados a los guanteletes recibidos en el Laboratorio, el resultado, fue : *REACCION NEGATIVA PARA LAS MANOS DE LOS AGENTES AMADOR SUAREZ ARTURO Y LADINO PAEZ JORGE ARTURO (VER ESQUEMAS ANEXOS)".* (subraya la Sala).

Agrégase a lo anterior que dentro de la investigación adelantada por el agente MARTINEZ CASTIBLANCO JOSE, cuyos resultados comunicó éste al Mayor Jefe Policía Judicial Deris, (C.2, fol. 58), se registra que fueron entrevistados los menores MARCO TULIO PALACIOS IZASA, de doce años y MAURICIO PALACIOS IZASA, de 13 años, residentes en el Barrio Lindaraja, donde ocurrió la tragedia, quienes resaltaron, se lee en el citado informe, que "...escucharon unas ráfagas de disparos y de inmediato salieron de su casa dándose cuenta que el ruido provenía de la dirección de la casa de Alonso Valencia, llegando a la esquina ellos pudieron observar que en el suelo se encontraban dos señores, uno de ellos se quejaba y se llevaba la mano a la cara ya que tenía un ojo herido y *el señor Alonso Valencia se bajaba del techo de su casa con una metra y una pistola en sus manos y ya al frente de los dos heridos los miraba y se REIA y cuando se dio cuenta que uno de ellos se quejaba y se tocaba la cara, entre él y Eduardo Salazar lo subieron a un* Panel de la Policía que se encontraba estacionada en el parqueadero, quedándose Alonso en el sitio y Eduardo se fue con el herido para el Hospital de Zona... Dicen los menores que lo que están declarando es a escondidas de su señor padre, ya que ellos no sabrían cuál sería su comportamiento al enterarse de que ellos están declarando lo que saben de este hecho, ya que son bastantes amigos de Don Alonso y su señor padre de nombre Rafael, *y que ellos conocen a Don Alonso desde hace tres años y que Don Alonso le comentó a su señor padre que esa noche lo iban a matar y que él estaba en su casa leyendo cuando le avisaron por radio que ya habían llegado los tipos. EL SE SUBIO AL TECHO POR LA PARTE DE ATRAS DE SU CASA Y LES DISPARO.....* " (Subraya la Sala).

Para la Sala lo expuesto por los menores es prueba indiciaria, que relacionada con las demás que obran dentro del presente proceso, permite concluír que contra Arturo Amador Suárez y Jorge Arturo Ladino Paez, victimas, se disparo por el agente Alonso Valencia Hernández, estando éste sobreseguro, esto es, ubicado en el techo de su casa, desde donde le era fácil controlar la situación.

Es censurable y lamentable, desde todo punto de vista, que la autoridad policiva haya hecho todo un montaje para ocultar la realidad de lo ocurrido, cuyo

universo se desconoce. Pero es lo cierto que algo oscuro había entre los dos grupos de agentes que desencadenaron la tragedia. No obstante esta verdad probatoria, la falla del servicio aparece clara. La realidad fáctica que se deja valorada es un buen ejemplo para explicar lo que los agentes de la policía no pueden ni deben hacer. La ciudadanía espera de ellos una conducta ejemplar. El cuerpo armado existe para proteger a los ciudadanos, no para que se eliminen los unos con los otros. En el fondo de toda esta problemática se detecta una falla de la institución, que necesariamente hace responder a la administración por los daños que por ello se causen.

C) La relación de causalidad y el daño se vivencian en el *sub-lite*. Por lo demás, el centro de imputación jurídica demandado no demostró ninguna causal eximente de responsabilidad como el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima o la fuerza mayor.

D) *PERJUICIOS* : La Señora María Esmir Suárez demanda el pago de perjuicios morales y materiales por la muerte de su hijo Arturo Amador Suárez. Dentro del informativo no se acreditó que éste fuese hijo legítimo, pues no se aportó el certificado de matrimonio. Sinembargo, y gracias a la prueba de oficio que decretó la Sala, se tiene certeza, por el Acta de Registro de Nacimiento, que por Sentencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia se autorizó el cambio de nombre del occiso, quien en lugar de SEGUNDO ARTURO AMADOR SUAREZ siguió llamandose simplemente ARTURO AMADOR SUAREZ . Al sentarse el Acta correspondiente, por el mismo interesado, aparece que su padre es el Señor ARTURO AMADOR BLANCO y su madre MARIA ESMID SUAREZ. Por lo demás, a está le pagó la Policía Nacional los haberes que le correspondían a su hijo, por el mes de noviembre de 1987, por un monto de $35.737,60, realidad fáctica que no deja en el setenciador duda alguna respecto de la calidad de madre que tiene la demandante.

Esta verdad explica que se condene al pago de perjuicios morales por un mil gramos de oro fino (1000) que deberan ser pagados a la Señora María Esmid o Esmir Suárez al precio que éste metal tenga el momento de quedar ejecutoriado el fallo, según certificación que expida al Banco de la República.

No se hace reconocimiento alguno por perjuicios materiales, pues al momento de la muerte el Señor Arturo Amador Suárez tenía más de veintidós (22) años, es decir, que estaba ya muy próximo a la edad en que los colombianos suelen contraer matrimonio. Esta verdad hace que se torne incierto el daño, en el caso en comento, pues ninguna de las pruebas aportadas al informativo permite vivenciar que la situación de ayuda económica que se demanda, se habría mantenido a lo largo de la vida de Arturo Amador Suárez.

E) No se hace condena alguna en favor de MARIA IDALBA; MARIA LUISA, GLORIA INES; CONSUELO AMADOR Y JORGE ARMANDO AMADOR SUAREZ, porque no lograron demostrar que fueran hermanos por parte de padre.

No lo primero, porque no obstante que se decretó prueba de oficio, solicitando las ACTAS DE REGISTRO DE NACIMIENTO de MARIA IDALBA, LUISA MARIA y JORGE ARMANDO, ellas no se aportaron, lo que impide al sentenciador saber cómo se hizo el reconocimiento de hijos por parte del Señor Arturo Amador Blanco, que es el padre del finado, según el certificado que obra al folio 7 del Cuaderno Nº 1 y del Acta que obra al folio 91 del mismo. Agrégase a esta realidad,que GLORIA INES y CONSUELO AMADOR , aparecen en las ACTAS como hijas reconocidas por ARTURO AMADOR FIGUEROA, esto es, por una persona distinta al padre del occiso, que como ya se dijo, es de apellido AMADOR BLANCO y nó AMADOR FIGUEROA.

En la materia que se estudia la Sala hace suya la pauta jurisprudencial que marcó la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 13 de diciembre de 1988, Magistrado Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta, en la cual se discurre dentro del siguiente universo :

" Si bien es cierto que la copia de la correspondiente partida o folio de registro civil o el certificado expedido con base en los mismos, es la prueba en el proceso y ante las autoridades, de los hechos , actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas (Arts. 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970) , *no es menos cierto que tratándose de la inscripción de la filiación paterna extramatrimonial o natural (Arts. 54 a 60 Decreto 1260 de 1970), ha de producirse y recoger sus actos declarativos que lo son el reconocimiento voluntario o declaración judicial de dicha paternidad (Arts. 1º Ley 45 de 1936 y 57 y 58 del Decreto 1260 de 1970) hechos en vida del padre, o sólo esta última en caso de fallecimiento de éste (Art. 1º, 10 11, Ley 75 de 1968).*

" POR ELLO LA COPIA O CERTIFICADO DEL REGISTRO DE NACIMIENTO DE UN PERSONA NO DEMUESTRA EL ESTADO DE HIJO NATURAL POR LA MERA MENCION QUE DE EL SE HAGA, PORQUE SOLAMENTE TIENE POR OBJETO PRINCIPAL DEMOSTRAR EL MENCIONADO NACIMIENTO, A MENOS QUE, ADEMAS DE ELLO, TAL REGISTRO SE HAYA ELABORADO O CONTEMPLE IGUALMENTE LOS ACTOS VOLUNTARIOS O JUDICIALES QUE DECLARAN CIVIL DE HIJO NATURAL O EXTRAMATRIMONIAL (Art.113, Decreto 1260 de 1970), CASO EN EL CUAL ESTE ULTIMO TAMBIEN QUEDA ACREDITADO. PERO SI EN EL NO APARECEN REGISTRADOS ALGUNOS DE ESOS ACTOS DECLARATIVOS DE PATERNIDAD, NO PUEDE DARSELE EL EFECTO LEGAL DE PROBAR LA PATERNIDAD NATURAL, PORQUE DICHA INSCRIPCION CARECE DEL CARACTER CONSITUTIVO DEL ESTADO CIVIL MENCIONADO ¡PERO EN TAL CASO, NO EXISTIENDO TAL DECLARACION DE PATERNIDAD, EL INSCRITO SI TIENE INTERES JURIDICO Y SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA INVESTIGAR JUDICIALMENTE SU PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL". (Subraya la Sala).

No lo segundo, porque tampoco se acreditó que los citados demandantes sean hermanos de madre con el finado.

En esta materia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que marcó en fallo de 13 de junio de 1991, Expediente 6300, Consejero Ponente, Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, en la cual se razona dentro del siguiente temperamento:

" 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 asi, y le asiste razón al a-quo cuando expresa : " . . . De otra parte el artículo 1° de la Ley 75 de 1968 que modificó *el artículo 2° de la Ley 45 de 1936 dispone que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y que en caso de que éste se efectué en el acta de nacimiento requiere de la firma de quien hace tal reconocimiento.*

" En el evento de autos no aparecen documento alguno con el que se acredite que la señora Rosa María 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: (fls. 77 y 78).

" *Y para abundar en la necesidad del reconocimiento del hijo extramatrimonial, que no se probó en el sub-lite, la Sala 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 s.s., 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 1° :

" 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 el 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 1° de la Ley 75 de 1968, *la maternidad se prueba por la firma de la madre en el '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 1°. de la Ley 45 de 1936, citada por el recurrente, probado, 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 N° 3880. Actor Larys María Narvaéz).

"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 (sic) 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 notorios, 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.". (Subraya 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

F A L L A

PRIMERO : REVOCASE la sentencia proferida el día catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa (1990), por el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del proceso del rubro, por razones dadas en los considerandos de éste proveído, y, en su lugar

RESUELVE :

A) DECLARASE que LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL es administrativa responsable de la muerte del señor ARTURO AMADOR SUAREZ, en hechos ocurridos el día cuatro (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), en el Municipio de Armenia;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE a la NACION -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, a pagar a la Señora MARIA ESMIR o ESMID SUAREZ AGUILAR, identificada con la cédula de ciudadanía N° 28.425.766 de Suaita (Santander), como perjuicios morales subjetivos la cantidad de un mil gramos de oro fino (1000), que se deberán cubrir al precio que éste metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado el presente fallo, según certificación expedida por el Banco de la República;

C) DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda;

D) Al presente fallo se le debe dar cumplimiento en los términos del artículo 177 del C.C.A.

SEGUNDO : Ejecutoriados esta sentencia , devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS-Determinación

El criterio que debe orientar el reconocimiento de perjuicios morales en favor de los hermanos de quien ha perdido la vida por causa de una falla del servicio, no sólo es el techo común; vale decir, la ausencia de separación física de la residencia. No. Cierto es que éste es un hecho indicativo de la unión familiar, pero no es ni definitivo, ni exclusivo. En efecto, a pesar de la convivencia puede crecer el desamor, así como los lazos del cariño se pueden robustecerse con la distancia; sobre este tópico toda regla general peca de arbitraria, razón por la cual se debe analizar cada caso, cada familia, cada miembro del hogar en forma individualizada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia : Expediente N° 5460. Actor : José Celiano Cabiedes y otros.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Señor apoderado judicial de los demandantes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío el 11 de julio de 1988.

Dispuso el fallo impugnado :

" 1.- Declárase administrativamente responsable a la Nación Colombiana - Departamento Administrativo de Seguridad DAS-, de los daños y perjuicios morales causados a José Celiano Cabiedes y Rosalba Guzmán Galvis, con la muerte de su hija Olga Lucía Cabiedes Guzmán, en hechos ocurridos en el Municipio de Armenía (Q.) el 7 de abril de 1987, a manos del detective del DAS, René Alejandro Hernández Cárdenas, utilizando para el efecto arma de dotación oficial.

" 2.- Como consecuencia, condénase a la Nación Colombiana Departamento Administrativo de Seguridad- , a pagarle a cada uno de ellos el equivalente en moneda colombiana a 1000 gramos oro, a la cotización que a dicho metal le tenga fijada el Banco de la República a la fecha de este fallo.

" 3.- Los intereses que devengarán dichas sumas de dinero son los señalados en el art. 177 del C.C.A.

" 4.- Niéganse las demás peticiones de la demanda.

" 5.- Si no fuera apelada esta sentencia, consúltese con el superior.

" 6.- Sin costas en esta instancia.

" 7.- En firme este fallo, comuníquese en copia íntegra para su cumplimiento al Sr. Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) al Sr: Procurador General de la Nación (Arts. 176, 177 del C.C.A). " (fls. 81 y 82 C.1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda. El 21 de julio de 1987, los señores JOSE CELIANO CABIEDES, ROSALBA GUZMAN GALVIS y GLORIA AMPARO CABIEDES GUZMAN, por medio de apoderado judicial, presentaron demanda en contra de la Nación Colombiana, en la cual formularon las siguientes pretensiones :

" 1°. Declárase a la NACION COLOMBIANA en su Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S) administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios *MORALES* ocasionados a JOSE CELIANO CABIEDES (padre) ROSALBA GUZMAN (madre) y GLORIA AMPARO CABIEDEES GUZMAN (hermana), con la muerte de su pariente OLGA LUCIA CABIEDES GUZMAN, hechos ocurridos en el Municipio de Armenia el 7 de Abril de 1987, a manos del detective del D.A.S. RENE ALEJANDRO HERNANDEZ CARDENAS, utilizando para el efecto arma de dotación oficial (revólver).

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

" a). Cóndenase (sic) a la NACION COLOMBIANA en su Departamento Administrativo de Seguridada (D.A.S.) a pagar a JOSE CELIANO CABIEDES y ROSALBA GUZMAN GALVIS o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo los daños y perjuicios (sic) morales ocasionados con la muerte de OLGA LUCIA CABIEDES GUZMAN, ocurrida en el Municipio de Armenia el 7 de Abril de 1987 a manos del detective del D.A.S. RENE ALEJANDRO HERNANDEZ CARDENAS, utilizando para el efecto arma de dotación oficial (Revólver).

" Los perjuicios morales se dosifican teniendo en cuenta además del parentesco, el dolor, la angustía, que producen un hecho trágico como el de autos. El C. Penal en su art. 106, estima esta clase de perjuicios en la cantidad de mil gramos oro fino. Por lo anterior concretamos nuestra reclamación en esa reclamación en esa cantidad (1000 gr.) que es el máximo legal para cada uno de los padres.

" b). Cóndenase (sic) a la NACION COLOMBIANA en su Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.), a pagar a GLORIA AMPARO CABIEDES GUZMAN o a quien sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjucios morales ocasionados con la muerte de OLGA LUCIA CABIEDES GUZMAN, ocurrida en el Municipio de Armenia (Q) el 7 de Abril de 1987 a manos del detective del D.A.S. RENE ALEJANDRO HERNANDEZ CARDENAS, UTILIZANDO PARA EL EFECTO ARMA DE DOTACION OFICIAL (Revólver).

" Para los hermanos los perjuicios morales se estiman teniendo en cuenta además del parentesco, la unidad familiar, los lazos de fraternidad existentes, razón que nos lleva a reclamar la cantidad de quinientos gramos oro fino para la hermana que se ha constituído en actora del proceso.

" c). Cóndenase (sic) a la NACION COLOMBIANA en su DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (D.A.S.) a pagar a las personas indicadas en los literales a) y b). de este capítulo, o a quien 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. Todo pago se imputará primero a intereses.

" La Nación Colombiana, dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su existencia (tomando como punto de referencia la fecha de la sentencia), conforme a los (sic) dispuesto en los arts. 176 y 177 del C.C.A. Administrativo." (fls. 11 a 13 C.1).

Alegaron los siguientes hechos como constitutivos de la causa *petendi :*

" 1°. El 7 de febrero de 1987, el detective RENE ALEJANDRO HERNANDEZ, se dedicó con sus compañeros de labores ELKIN VELEZ, EDGAR LOPEZ y JOSE HUGO POLANCO, al consumo de bebidas embriagantes desde las cuatro de la tarde aproximadamente *(horario de trabajo)*, en el establecimiento " Pijao de Oro". Luego se trasladó a la cafetería " El Trigal " ubicada en la cra. 19 N° 81-73 del área urbana de Armenia (Q) en donde continuó con la ingestión del licor. Finalmente, al hacerse presente OLGA LUCIA CABIEDES GUZMAN decidió ultimarla, utilizando para el efecto el arma de dotación oficial que portaba en esos momentos.

" 2°. Como defensa, ha planteado el homicida un transtorno mental transitorio (INIMPUTABILIDAD), originado en la ingestión de licor, alegaciones que no tienen entidad como se demostrará en el curso del proceso. Simplemente, es el

deseo de eludir responsabilidad, amparado claro está en el derecho de defensa que concede la Ley.

" 3°. El solo hecho de dedicarse los detectives del D.A.S. al consumo de licor, provistos de las armas del Estado, constituye falta grave, iniciándose desde allí la falla del servicio.

" 4°. La situación se torna aún más grave, si tenemos en cuenta que con anterioridad el mismo funcionario protagonizó hechos similares, cuando prestaba sus servicios en la capital de la República, terminando con *CENSURA* la correspondiente investigación disciplinaria.

" 5°. El protocolo de Necropsia de Abril 8 de 1987, identificado con el Oficio N° 065, firmado por el Método Legista EDGAR MEZA MENDOZA, indica como lesiones en el cuerpo de OLGA LUCIA CABIEDES : ' Herida circular. . . en el tercer espacio intercostal izquierdo, línea axilar anterior, que corresponde a orificio de entrada de proyectil de arma de fuego sin orficio (sic) de la salida'. Y en la conclusión se consignó ' Anemia aguda por herida de tórax por proyectil de arma de fuego. Lesión de carácter mortal'.

" 6°. De acuerdo a los hechos, a los hallazgos del forense; la autoria del homicidio en un detective del D.A.S. ; a los medios empleados (revólver) de dotación oficial, se desprende la falla del servicio y por consiguiente la RELACION DE CAUSALIDAD.

" 7°. JOSE CELIANO CABIEDES y ROSALBA GUZMAN GALVIS, habían contraído matrimonio en el Municipio de Armenia (Q), el 19 de julio de 1968, contrato del que nacieran dos hijas OLGA LUCIA Y GLORIA AMPARO. Por lo tanto, los perjuicios morales que se reclaman en calidad de padres legítimos que son los actores con la víctima.

" 8°. En virtud de lo anotado en el numeral 7° GLORIA AMPARO, reclama perjuicios en calidad de hermana legítima con la víctima y de las especiales relaciones de fraternidad y cariño que se profesaban.

" 9°. OLGA LUCIA, para el momento de la muerte vivía aún bajo el hogar paterno, bajo el mismo techo, formando una célula familiar estable, que hace aún más permisible la reclamación. Bajo estos presupuestos, su fallecimiento causó profundas angustias a la familia, perjuicios estimables en dinero, tal como lo ha determinado la Jurisprudencia.

" 10°. Los perjuicios morales que se reclaman se encuentran ligados causalmente con la actividad de la administración y por sí solos constituyen falla del servicio o de la administración." (fls. 14 a 16 C.1).

2. *Trámite de la primera instancia.* La demanda se admitió y el auto admisorio se notificó a la entidad demanda, la cual por medio de apoderado

especial, la contestó, oponiéndose a las pretensiones porque, a su juicio, la conducta del agente era constitutiva de falta personal y no de servicio; decretadas y practicadas las pruebas pedidas en la demanda, presentaron sus alegatos finales los apoderados de las partes y el Fiscal del Tribunal; los primeros reiteraron los argumentos expuestos al comenzar el debate; el último conceptúa que debe proferirse sentencia favorable a las pretensiones demandadas por cuanto están debidamente probados la falla del servicio, el daño y el nexo de causal entre esos dos.

3. *El fallo de primera instancia.* El a-quo encuentra realizados los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación; en lo atinente a la falla.

"1.- Se demostró en el proceso que para la fecha en que ocurrieron los hechos de materia de estudio, de abril 7 de 1987 René Alejandro Hernández Cárdenas era agente detective del D.A.S. Seccional Quindío y se encontraba prestando servicio, con las copias auténticas que se aportaron conformantes del proceso penal y disciplinario que se le adelantó a dicho agente, consistentes en el Decreto No. J-2004 de noviembre13/85, por el cual fue nombrado en dicho cargo (fl. 135 cuad. 3o); el acta de posesión 002 de diciembre 23/85 (fl. 147 cuad.3o.); el oficio de abril 7 de 1987enviado por el agente Cano González Martín Carlos al Jefe Grupo Policía Judicial, informándole sobre lo ocurrido (fl.33cuad. 3o.); el oficio No. 1806 de abril 10 de 1987 enviado al juez 5o. de instrucción criminal de la ciudad por el Director Seccional del Das; el oficio No. 2283 de Mayo 11 de 1987 enviado al juez 6o. de Instrucción Criminal de la ciudad por el Director Seccional del DAS.; el extracto de la hoja de vida de dicho agente suministrada por el Jefe de la División Personal del DAS. y el oficio No. 2528 de mayo 26 de 1987 enviada al juez 6o. de Instrucción Criminal de la ciudad por el Director Seccional del DAS. (fls. 53, 61,77 y 78 cuad. 3o.), pues de conformidad con lo expuesto en el art. 1o. del Decreto 625 de abril 10 de 1974, literal d), el Departamento Administrativo de Seguridad tienen las siguientes funciones: 'd), Ejercer permanentemente las funciones de Policía Judicial bajo la vigilancia y coordinación de la Procuraduría General de la Nación, como auxiliar de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio de Justicia, mediante la realización de las diligencias necesarias para el esclarecimiento de hechos objeto de investigación; lo que nos indica que por ser Hernández Cárdenas agente del D.A.S., permanentemente cumplía funciones de policía judicial y, por ello, cuando le hizo el disparo a Olga Lucía Cabiedes se encontraba en ejercicio de funciones oficiales.

" El artículo 16 de la C. Nal. , dice : ' Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes,.....'.

" Se demostró que René Alejandro le hizo un disparo con el revólver de dotación oficial a Olga Lucía Cabiedes en las horas de la noche del 7 de Abril de 1987, con las declaraciones de Gloria Nancy Cardona Galvis, compañera de la occisa la noche de los acontecimientos, quien afirmó haber visto cuando el homicida sacó el revólver, en virtud de lo cual ella se entró para la cafetería y fue

cuando escuchó el disparo y luego vio a Olga Lucia herida y a René Alejandro con el revólver en la mano (fls. 128 y 129 cuad. 3°) y Jonh Jairo Giraldo Giraldo, quien era el que acompañaba a René Alejandro en el momento de los hechos y que en términos generales confirma el dicho anterior (fls. 17, 18, 46, 47, 85 y 86 cuad. 3°). Aunque estos declarantes no afirman haber visto el instante en que se hizo el disparo, sí puede el Tribunal deducir con plena certeza que el autor del mismo fue René Alejandro, teniendo en cuenta los hechos antecedentes y posteriores al mismo suceso, narrados por los testigos. Además, refuerza lo anterior, el fallo desfavorable a Hernández Cárdenas, proferido en el proceso disciplinario que se le adelantó y que culminó con la Resolución N° J-2206 de agosto 14 de 1987, por medio de la cual se le destituyó del cargo que ocupaba como agente secreto 4120-06 (fls. 140 a 146 cuad. 3°)'.

" Que el revólver con el que le hizo el disparo a Olga Lucía Cabiedes hiriéndola y posteriormente causándole la muerte, era de dotación oficial, se demostró con la declaración del mismo René Alejandro Hernández Cárdenas, quien confirmó que ese revólver era el que le habían entregado en el DAS para cumplir con sus funciones de detective de dicha institución (fls. 23 a 26 cuad. 3°), revólver que él cargaba día y noche; con el oficio N° 2528 de mayo 26 de 1987 dirigido al Juez 6° de Instrucción Criminal por el Director Seccional del DAS (fls. 78 cuad. 3°) y con el informe y declaración rendidos por el agente Cano González Martín Carlos al Jefe del grupo de Policía Judicial en abril 7 de 1987 (fls. 3, 19 y 20 cuad. 3°).

"Con las declaraciones de los señores José Lubey Loaiza Castro, John Jairo Giraldo Giraldo y Ligia Ramírez Sánchez, se acreditó que René Alejandro Hernández Cárdenas hizo uso del revólver de dotación oficial en contra de la occisa sin motivo alguno que lo justificara y, con estas mismas declaraciones y las de los compañeros de trabajo del homicida señores Elkin Vélez, Edgar López y José Hugo Polanco, se estableció que Hernández Cárdenas se encontraba embriagado por ingestión de bebidas alcoholicas que empezó a consumir desde las 4:00 pm, todo lo cual nos lleva a concluir que en el proceso se acreditó la existencia del primer elemento, pues, la falla o falta del servicio público prestado el departamento Administrativo de Seguridad, consistente en la protección de todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, no se cumplió en el presente caso, ya que un detective adscrito a dicha institución, atentó injustificadamente contra la vida de una ciudadana colombiana quitándosela además de haberse dedicado a ingerir bebidas alcohólicas estando de servicio.

" Si se llegare a considerar que Hernández Cárdenas en el momento en que se ocurrieron los hechos, ya había dejado de estar en servicio, por ser más de las seis de la tarde, sería suficiente tener en cuenta que la responsabilidad personal del agente no excluye la de la Nación, conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado y esta responsabilidad estaría comprometida al haberle suministrado a Hernández el instrumento (revólver con el que cometió el homicidio luego de

haber iniciado la falla en el servicio, al dedicarse a ingerir bebidas alcohólicas en horas de trabajo y cargando el arma de dotación oficial". (fls. 77a 79 C.1).

Los perjuicios y su nexo causal con la falla del servicio, merecieron del fallador de primera instancia estas apreciaciones :

" 2.- Respecto al daño o perjuicio sufrido por los demandantes, se estableció que Olga Lucía Cabiedes murió a causa de las heridas que le ocasionó hernández Cárdenas con arma de dotación oficial, con el acta de levantamiento del cadáver de la occisa, llevado a cabo por el Juzgado 5° de instrucción Criminal en abril 7 de 1987 (fls. 29 cuad. 3°); con la necropsia practicada por el médico legista de la ciudad en abril 8 de 1987 al cadáver de quien en vida se llamaba Olga Lucía Cabiedes, contenida en el oficio N° 65, en la que se lee; "TORAX". Herida circular de 1.5. cms de diámetro, sin señales de quemadura ni impregnacióm de pólvora en el tercer espacio intercostal izquierdo, línea auxiliar anterior, que corresponde a orificio de entrada del proyectil de arma de fuego, sin orificio de salida . . . CONCLUSION. Anemia aguda por herida de tórax por proyectil de arma de fuego. Lesión de carácter mortal '. (fls. 58 y 59 cuad. 3°) y con el registro de defunción de origen notarial acompañado con la demanda (fl.9 cuad. 1°). También se estableció que los demandantes era parientes de la occisa, pues José Celiano Cabides y Rosalba Guzmán aparecen como los padres legítimos de Olga Lucía Cabiedes Guzmán, y, a la vez, Gloria Amparo figura como hija natural de sus progenitores y, por consiguiente , hermana en ese carácter de Olga Lucía, ya que Gloria no aparece en el expediente como legitimada en alguna de las formas consagradas en los arts. 236 del C.C. con los documentos aportados con la demanda que aparecen a folios 7 a 10 del cuad.1°, por lo cual, existe motivo para reclamar perjuicios morales por la muerte de su pariente.

" 3.- La relación de causalidad entre los dos elementos estudidados antes, también se acreditó con los documentos mencionados en el párrafo anterior y con las declaraciones de los señores Luz Amaparo Guzmán Perdomo, Amparo Herrera Pérez, María Edilma Duque Rivera y Jaime Garzón Mejía, personas que por haber sido vecinos de los demandantes durante varios años en la época en que ocurrieron los hechos, dan fe del sufrimiento y la pena que dichos señores soportaron a raíz de la muerte de Olga Lucía Cabiedes, hecho que les produjo trastornos de diferente índole, como son, laborales para el jefe de la casa y anímicos para todos." (fl. 79 a 80 C.).

Sobre el *quantum* de los perjuicios morales, establece :

" Los progenitores de la muerta reclaman por este concepto, en moneda colombiana, el equivalente a 1.000 gramos oro para cada uno de ellos de acuerdo a la cotización que el Banco de la República le tenga asignada a dicho metal en la fecha del fallo, petición que está acorde con lo considerado al respecto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha aceptado, en tales casos debe reconocerse a estas personas el máximo de la indemnización autorizada por la ley,

teniendo en cuenta lo estrecho del vínculo existente entre padres e hijos y los sentimientos entre ellos, por lo cual, se accederá a lo pedido.

" En relación con la petición de Gloria Amparo Cabiedes, referente a que se le reconozca, en monedad colombiana, el equivalente a 500 gramos oro, conforme a la cotización que a la fecha del fallo le tenga el Banco de la República a dicho metal, estima el Tribunal que al haberse establecido en el proceso que dicha señora llevaba varios años de casada para la fecha en que ocurrieron los hechos, viviendo separada de su familia, no puede afirmarse que formara parte del mismo núcleo familiar de sus padres y hermana, pues ella ya había formado su propio hogar integrado con su esposo e hijos. El que tuviera muy buenas relaciones familiares con su hermana y padres, no implica que se le deban reconocer los mentados perjuicios. " (fl. 80 C.1).

4.- *El recurso de apelación.* La sentencia fue apelada por el señor apoderado judicial de los demandantes con el propósito de que "la sentencia apelada sea reformada en lo relativo a las pretensiones de la señora GLORIA AMPARO CABIEDES GUZMAN, ordenándose el pago del equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino ...".

Sustenta su pedido en las magníficas relaciones que sostenían la víctima y su hermana, circunstancia que deduce de los testimonios de Luz Amparo Guzmán Perdomo, Jaime Garzón Mejía, Amparo Herrera Pérez y María Edilma Duque Rivera, así como de la aplicación de la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

5.- Trámite en el Consejo de Estado. Admitido el recurso, las partes tuvieron la oportunidad de presentar sus alegatos finales; la Señora Fiscal Segundo de la Corporación rindió su concepto en el cual solicita ". . . la revocatoria del fallo reccurrido y...la absolución del Estado Colombiano ".

Apoya esta solicitud en las siguientes consideraciones:

" Incuestionablemente que debe reprocharse desde todo punto de vista el proceder ilícito del detective RENE ALEJANDRO HERNANDEZ quien con su actuación ocasionó la muerte de la señorita OLGA LUCIA CABIEDES GUZMAN en Armenia el día 7 de abril de 1987. Empero, en tratándose de un comportamiento humano, singular, personal y privado no entiende la Fiscalía por qué la Nación Colombiana deba responder por esos actos delictuales.

" Se dice que por encontrarse en horas de trabajo ingiriendo licor, por llevar consigo el arma de dotación oficial cuando estaba en un establecimiento público y en estado de alicoramiento, por naturaleza de su profesión que le asigna una especie de disponibilidad permanente, su conducta y los daños que ocasionó debe asumirlos el Estado Colombiano. Sinembargo, formula en esta ocasión la Fiscalía los mismos interrogantes que se han hecho en casos similares : envió el superior inmediato a alguna autoridad oficial al detective RENE ALEJANDRO HERNANDEZ en misión o trabajo especial a los sitios donde permaneció

ingiriendo licor? Tenía relación alguna con actividades oficiales, con actos de servicio, el comportamiento del detective en los sitios mencionados ? Acaso hacía un seguimiento, investigación, diligencia especial, mandato etc. , de carácter oficial y acorde con las funciones para que fue designado o nombrado al entrar al DAS ? En todos los interrogantes debe contestarse negativamente, porque en autos no hay prueba alguna que demuestre o dé una respuesta afirmativa a una sola de esas cuestiones. O será que, absurda e ilógicamente se pretende atribuir responsabilidad a la Nación por los malos e irresponsables tragos de uno de sus agentes cuando actúa a título individual, privado, personal y a instancia de un trastorno emocional y mental que desde ningún punto de vista auspició, propició o determinó el Estado Colombiano y que, desde donde se mire, se encuentra muy alejado de sus deberes y obligaciones de servicio.

" Con preocupación observa la Fiscalía que ese amplísimo criterio interpretativo de la responsabilidad estatal y sus consecuencias, al paso que vamos, puede llegar a una inequitativa e injusta posición en que, sin necesidad de probar los hechos, sin necesidad de investigar el por qué de las cosas, con la sola demostración de la calidad oficial del agente, se obtenga una responsabilidad del Estado y la correspondiente indemnización y el subsiguiente desangre del erario público. No vaya a entenderse que la Fiscalía mantiene este criterio sereno y acuanime por simple capricho. Sencillamente interpreta con prudencia las normas y parámetros fuentes de esta responsabilidad y, es así como en numerosos casos, cuando se han dado las condiciones constitucionales y legales para hacerlo, se ha pronunciado favorablemente a este tipo de reclamación. Se insiste que en este proceso y en otros similares, antes que una falla o falta estatal, se presenta una falta personal puesto que el daño es resultado de una actividad privada del agente, sin relación alguna con la posición o empleo que desempeña y sin nexo alguno con el servicio.

" Por lo demás, la Fiscalía se permite transcribir lo expuesto en el proceso de JORGE MARIO BERNAL- Expediente Nº 5496, cuyo contenido cabe aplicar también al caso que se estudia.

" ' Es verdad y se comprobó a cabalidad que los agentes fueron sancionados por los reprochables aconteceres del 4 de julio de 1981 con su retiro de la Institución a la cual prestaban sus servicios. Fue un procedimiento discipli-sic-inobjetable en donde no se mencionó que sus actos, lo de los detectives, eran resultado de algún encargo de índole oficial. Seguramente que de así haber ocurrido, no los hubiesen sancionado con la destitución.

" Pese a lo anterior, vale decir, a que - existe suficiente demostración para concluir que los agentes del DAS cuando actuaron lo hacían como simples ciudadanos, en ejercicio de una actividad individual y particular, excitados y motivados por el abundante licor ingerido en la casa de habitación de uno de ellos, pretenden los demandantes que se condene a la Nación Colombiana por una falta o falla del servicio. Ciertamente no logra entender este Despacho, por qué razón la

actividad de un miembro de la administración pública, cumplida en momentos y en actos que son ajenos a los deberes y funciones propias del empleado, se tornan u originan responsabilidad oficial. Tal pareciera que lo importante no es el actuar en el servicio, por razón de él o con ocasión del mismo el que origina la responsabilidad estatal, sino que ésta resulta de modo automático por la sola condición de ser empleado o servidor público quien ocasiona un determinado daño.

" Tal actitud e interpretación de las normas legales y constitucionales son a juicio de la Fiscalía extremadamente amplias y favorecen exageradamente los intereses particulares con el consiguiente desmedro de los intereses oficiales. Las pretensiones expresadas en el libelo demandatorio, en los escritos de alegación y en sustentación del recurso de apelación, se fundamenta en una posición interpretativa que por su amplitud perjudica los intereses comunes del propio Estado y su benevolencia hacia los reclamantes permite en ocasiones encontrar injusticia e inequidad en ese tipo de demandas. De ninguna manera. En otras oportunidades, en aquellas en las que los agentes de la administración en ejercicio de sus funciones oficiales y en relación con el servicio, con ocasión del mismo o en actos relacionados con él proceden contra el derecho, este Despacho sin tibubear expresamente ha solicitado el reconocimiento indemnizatorio de los reclamantes.

" Pero, se recalca que en tales pronunciamientos se han encontrado las condiciones de hecho y derecho propicias para que las demandas se despacharan favorablemente.

"En el caso bajo estudio, mal podría la Fiscalía apoyar la demanda de indemnización cuando no encuentra dentro del expediente que los detectives en su actuar lo hubieran hecho con el carácter de tales, con ocasión del servicio o en cumplimiento de una comisión oficial derivada o relacionada con este servicio. A menos que jurídicamente pueda concluirse que los señores del DAS en sus actos de descanso, en una comida casera, ingiriendo licor y en una reyerta, callejera, estuviesen en ejercicio de sus funciones oficiales, conclusión ciertamente lejana de una correcta y sana interpretación de las normas que regulan la materia.

" Se cuestiona y se arguye en la demanda que las armas eran de dotación oficial y que los detectives en su actuar violaron los estatutos que regulan la disciplina y el comportamiento de los miembros del Departamento Administrativo de Seguridad. Ciertamente, los revólveres eran de propiedad del Estado, también los proyectiles. Es verdad que con su proceder ilegal violentaron las normas que el propio Estado les impuso para conseguir un mejor comportamiento. Pero, de allí a concluir que por tales motivos surge la responsabilidad administrativa existe una gran distancia. Es que con tal criterio planteado por los demandantes, se llegaría a un supuesto afortunadamente ya superado doctrinaria y jurisprudencialmente, según el cual el Estado debería responder por la conducta de cualquier ciudadano que ocasionara daño a otros, con el argumento de que el agente que produjo el perjuicio violo las normas que le imponían no ocasionarlo y como el Estado no

cumplió con su obligación de proteger la vida, honra y bienes de ese ciudadano, surgiría la responsabilidad extracontractual por ese supuesto perjuicio.

" Obviamente, para que el Estado lograra ese objetivo tan excesivamente amplio y utópico, requería que cada miembro de la comunidad estuviera vigilado por un agente de la administración. Empero, el derecho está para regular hechos y actos regulares o ajustados a la normalidad, no imposibles, como sería el pretender una vigilancia estatal sobre la actuación de cada uno de sus agentes o de los bienes y elementos que ellos manejan. Realmente no se compadecen con la lógica, con la equidad, con el buen sentido que deben caracterizar las posiciones jurídicas, los argumentos sustentatorios de la acción incoada y no se compadecen porque se está comprometiendo la responsabilidad del Estado con actitudes muchas veces ilegales de quienes siendo sus agentes, pero en acciones estrictamente personales y privadas, originan daños a particulares, los cuales, antes de reclamarse al Estado, deben investigarse y sancionarse por lo jueces ordinarios, quienes son los componentes para conocer y juzgar los actos privados, particulares y personales de los individuos, así éstos tengan el carácter de servidores públicos.

" Ahora bien, se tiene establecido que para el exito de la acción indemnizatoria se requiere la coexistencia de tres elementos : la falta o falla del servicio, un daño o lesión y una relación de causalidad entre esa falta o falla del servicio y el perjuicio producido. Pues bien, ese primer elemento, la falla de la Administración, según se ha expresado, no tiene existencia en este proceso lo cual obviamente impide la prosperidad de la acción "(Fil. 106 a 110 C.1).

CONSIDERA LA SALA

El tema de la apelación atañe, exclusivamente, a la reclamación por los perjucios morales de GLORIA AMPARO CABIEDES GUZMAN, cuya condena negó el fallo de primera instancia; sin embargo, como la Señora Colaboradora Fiscal solicita la revocatoria de la sentencia con asidero en la ausencia de la falla del servicio, y esta Corporación conoce también del negocio en grado de consulta, es conveniente recordar que, para casos como el que se juzga, se aplica el régimen de responsabilidad fundado en la presunción de la falla del servicio; la sentencia del 24 de noviembre de 1989 (Ponente Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Extractos de Jurisprudencia, T. VI, Octubre, Noviembre y Diciembre de 1989; págs. 283 y ss.), ilustra este criterio Jurisprudencial:

> " Tratándose de falta o falla del servicio ha dicho la jurisprudencia de esta Sala que ella es anónima, en el sentido de que no se requiere identificar al agente o funcionario que cometió el hecho que vino a redundar en un daño a un tercero, quien, entonces, para obtener la indemnización correspondiente, deberá probar tres extremos, que vienen a constituir así los elementos axiológicos de esta especie del género responsabilidad del Estado, a saber:

" a) Un mal funcionamiento del servicio que corresponde a la administración, incluyendo dentro de este concepto el funcionamiento tardío, el deficiente y su no

prestación (pues todas estas circunstancias implican que el servicio no funcionó o no se prestó como debería haberse presentado);

" b) Que se causó un perjuicio; y

"c) Que existe una relación de causalidad entre el perjuicio y el mal funcionamiento. La carga de la prueba de tales extremos corresponde, por regla general, a quien reclama el derecho a ser indemnizado y se dice que por regla general; pues la doctrina en casos excepcionales ha admitido que pueden existir eventos de responsabilidad estatal en los que no sea necesaria la prueba del primero que aquellos cuando el instrumento con el que se causó el perjuicio pertenece al servicio y su manejo representa un peligro (es del caso la llamada falla presunta del servicio).

" El caso concretamente fue estudiado por esta Sala en relación con el uso de un arma de dotación oficial. Se trató de las lesiones causadas a un particular por un agente de la Policía Nacional, cuando se encontraba gozando de vacaciones pero con el arma de la cual se le había dotado y que éste no había devuelto al entrar a disfrutar de sus descanso. Encontró aquí la Sala un típico evento de falla presunta del servicio, porque consideró que 'el arma de dotación oficial, 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 arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio...'. (fallo de 31 de julio de 1989, expediente N° 2852 (252). Actor : Jorge Arturo Herrera Velázquez).

" En los casos de falla presunta no será necesario, entonces, demostrar el mal funcionamiento del servicio sino que al actor le bastará probar el hecho dañoso, el perjuicio y que el instrumento causal de éste pertenecía al servicio y a la administración no podrá desvirtuar dicha presunción sino mediante probanzas que demuestren la ausencia de la falla bien porque se observó una extremada prudencia y diligencia en el cuidado del instrumento y su uso o que se presentó un evento de fuerza mayor que por imprevisible e inevitable (es decir, irresistible) constituyó la verdadera causa del perjuicio ".

El expediente no recoge ninguna prueba tendiente a demostrar la especial diligencia que tuvo el D.A.S. por evitar los hechos que engendran las pretensiones; por el contrario, la actuación de sus funcionarios deja sabor a negligencia y descuido, razón por el contrario; que compromete la responsabilidad atrimonial del Estado (sic).

Luego de lo dicho, finalmente se sitúa la Sala en el tema que fue objeto de la impugnación de la única apelante, señora Gloria Amparo Cabiedes Guzmán; la Sala no comparte la apreciación del *a-quo* en cuanto estima que el solo criterio que deba orientar el reconocimiento de perjuicios morales en favor de los hermanos de quien ha perdido la vida por causa de una falla del servicio, sea el techo común, vale decir, la ausencia de separación física de la residencia; no; cierto es que éste es un hecho indicativo de la unión familiar, pero no es ni definitivo , no exindicativo de

la unión familiar, pero no es ni definitivo, ni exclusivo; en efecto, a pesar de la convivencia puede creer el desamor, así como los lazos del cariño se pueden robustecer con la distancia; sobre este tópico toda regla general peca de arbitraria, razón por la cual se debe analizar cada caso, cada familia, cada miembro del hogar en forma individualizada para deducir, de indicios externos, la existencia o no de ese profundo ligamen sentimental cuya ruptura genera el dolor moral que el derecho y la justicia conviene en indemnizar.

Por el examen del expediente, la Sala está cierta de la unidad ejemplar del hogar al cual pertenecía la víctima; unión estrecha en la múltiple y mutua relación de padres, padres-hijos y hermanas.

Dice la Señora LUZ AMPARO GUZMAN PERDOMO, (fol. 10 C.3), quien conocía muy de cerca la familia de la víctima según se trasluce de su declaración, que Gloria Amparo no trabajaba, que vivía a dos cuadras de la casa de sus padres y que, luego de la muerte de Olga Lucía, "...su hermana Gloria Amparo que además de ser su hermana era compañera y amiga de ella vivía en una angustia permanente...", más adelante narra " Una de las más afectadas podría decirse que fue la hermana con quien guardaba excelentes relaciones, cuando una tenía que hacer una vuelta la otra se quedaba con los niños, era una relación de hermanas muy estrecha".

Las testigos Amparo Herrera Pérez y María Edilma Duque confirman estas afirmaciones (fls. 11 a 13 C.3), sin que existan razones para sospechar de la imparcialidad y veracidad de las mismas.

Este análisis conduce a concluír que el dolor moral que sufrió Doña Gloria Cabiedes Guzmán por la muerte violenta de su hermana debe ser indemnizado, razón que impone, en esta parte, la revocatoria de la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Revócase los numerales 1° y 2° del fallo recurrido, los cuales quedarán así :

1°. Declárase que la Nación Colombiana- Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)-, es responsable de los perjuicios causados a José Celiano Cabiedes, Rosalba Guzmán Galvis y Gloria Amparo Cabiedes Guzmán con la muerte de Olga Lucía Cabiedes Guzmán ocurrida el 7 de abril de 1987.

2° En consecuencia, condénase a la Nación Colombiana Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)-, a pagar en favor de José Celiano Cabiedes y Rosalba Guzmán Galvis, a cada uno, el, equivalente en moneda colombiana a 1.000 gramos de oro fino y en favor de Gloria María Amparo Cabiedes Guzmán el

equivalente a 500 gramos de oro fino, según el valor que certifique el Banco de la República a la fecha de este fallo.

Confírmase los ordinales 3° a 7° del fallo recurrido.

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

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de agosto de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LEGITIMACION PROCESAL/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ ACCION DE NULIDAD-Improcedencia/ **INTERVENCION DE TERCEROS**

La acción pública de nulidad, en la forma contemplada en el artículo 84 C.C.A., no procede respecto de los contratos administrativos. Sólo quien tenga interés jurídico concreto puede promover la acción de nulidad de un contrato o convención administrativos. El interés de los terceros no debe ser el simple de legalidad, propio de la acción pública de anulación de un acto administrativo unilateral, sino un interés concreto, personal y directo, como el que tiene un licitante vencido frente al acto de adjudicación del contrato que considera ilegalmente expedido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia : Expediente N° 6935. Actor José Jesus Laverde Ospina.

Las dudas que existían respecto de la competencia de las Secciónes de la Sala Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado para conocer de este asunto, han desaparecido con la expedición del Acuerdo N° 39 del 14 de noviembre de 1990.

En efecto, el numeral 4 del acápite dedicado a la Sección Tercera, le atribuye el conocimiento de " Las controversias de naturaleza contractual"; la nulidad absoluta del contrato resiste esta naturaleza (art. 87 del C.C.A.), lo cual determina la competencia de esta Sala para resolver el recurso de apelación propuesto por el actor en contra del auto inadmisorio de la demanda proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío el 26 de mayo de 1988.

A ello se procede, previas estas :

CONSIDERACIONES :

1.- Ante el Tribunal Administrativo del Quindío, el ciudadano JOSE JESUS LAVERDE OSPINA presentó demanda de nulidad del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el 2 de marzo de 1987 entre el Contralor General del Departamento del Quindío y el abogado Orlando Santana Bohórquez y cuyo objeto es "la defensa de los intereses de la Contraloría Departamental del Quindío" dentro de una serie de procesos que se tramitan ante el Tribunal Administrativo ya citado instaurados por el citado Laverde Ospina. La demanda considera que el referido contrato viola los artículos187-8 y 194-4 de la Constitución Nacional.

" El Tribunal *a-quo,* mediante providencia del 26 de mayo último, dispuso inadmitir la demanda y devolver los anexos al demandante. Consideró que el Tribunal que la acción ejercida es la relativa da contratos, prevista en el artículo 87 del C.C.A. , la cual está reservada a cualquier de las partes contractuales y, si de nulidad absoluta se trata, al Ministerio Público o a quien demuestre interés directo en el contrato y que al no ser el señor Laverde Ospina parte en el contrato cuya nulidad se pretende y al no haber acreditado interés de ninguna índole en el mismo, carece de legitimación para hacer uso de la acción invocada. Agregó que aún suponiéndolo legitimado, habría debido proponer su demanda por intermedio de abogado en ejercicio, pues no tratándose de acción pública de nulidad o electoral, ha debido acreditarse el *"ius postulandi"*.

3.- El actor apeló la decisión del Tribunal por razones que expone en el escrito de sustentación de esta manera: " como behedor (sic) público y dentro del marco de derecho que nos rige, estoy solicitando se conserve el orden jurídico de la República, en razón a que el entonces Contralor del Departamento del Quindío, al haber celebrado contrato de prestación de servicios profesionales con el abogado ORLANDO SANTANA BOHORQUEZ, para pagarle una millonada de pesos, a fín de que actuara a título de simple ciudadano en procesos contencioso administrativos que se adelantaban en el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío.

" Con el citado proceder, violó ostensiblemente el Artículo 194 numeral 4º de la Constitución Nacional, asímismo los Artículos 173 y 252 del Código de Procedimiento Civil, también el Artículo 149 del C.C.A.

" Considero que no es posible aceptar la tesis del Honorable Tribunal de primera instancia, ya que no es posible que funcionarios públicos puedan violar la Constitución y la ley en forma deportiva y sus actos puedan continuar coexistiendo aunque se hayan dilapidado los fondos públicos, por encima de cualquier otra consideración, se debe conservar la majestad de la Constitución y las Leyes de la República, también el entonces Contralor, violó el Artículo 20 de nuestra Carta Magna, al colocarse en el campo de los particulares. Por lo tanto solicito con todo respeto se revoque el auto impugnado y en subsidio se me acepte la demanda.".

4.- La providencia impugnada se debe confirmar porque el actor carece de legitimación para demandar la nulidad del contrato; Sobre el particular la Sala comparte la tesis expuesta por el profesor Carlos Betancur Jaramillo, en el Capítulo IX de su texto de Derecho Procesal Administrativo, bajo los siguientes términos :

" La acción pública de nulidad, en la forma contemplada por el artículo 84 del C.C.A. no procede respecto de los contratos administrativos, los cuales no son obra de la sola administración sino que nacen del acuerdo entre ésta y los particulares y su carácter bilateral no se pierde ni aun en los casos de contratos celebrados entre entidades públicas o interadministrativos.

" La razón de esta improcedencia - que se daba también dentro del régimen anterior- surge de la armonización de la antecitada norma con los Arts. 83 y 87 del c.c.a. ; con aquél porque al señalar la extensión del control que ejerce la jurisdicción administrativa habla en forma separada del juzgamiento de los actos administrativos unilaterales, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos; y con éste, porque regula las acciones contractuales en forma diferente a las propias del acto administrativo unilateral, las que fundamentalmente, como lo hemos dicho en múltiples oportunidades, están contempladas en los artículos 84 y 85 del Código.

" Además, el contencioso de los contratos es esencialmente diferente al de simple legalidad regulado en el artículo 34 ya que aquél encaja, según la doctrina, en el género plena jurisdicción (hoy de restablecimiento). Corrobora esta afirmación el profesor Rivero, para quien 'el contencioso de los contratos administrativos constituye una de las piezas esenciales".

Y para quien, además, 'el recurso por exceso de poder no tiene aplicación en la materia, salvo frente a los actos desprendibles del contrato. ' El hecho de que sea un contencioso de restablecimiento circunscribe la legitimación a las personas que hayan sido afectadas o lesionadas con el acto. El interés para actuar será entonces concreto, o, como lo afirma el profesor Mora Osejo, 'derivado de la situación específica de que es fuente el contrato o la convención, determinante de la legitimación procesal.'

" Las excepciones introducidas por el parágrafo del art. 78 del decreto 222, que le permite al ministerio público, a más de las partes, demandar la nulidad absoluta del contrato en interés del orden jurídico y la que faculta al Procurador para que demande la nulidad relativa en los eventos del artículo 79 ib. del decreto, no alcanza a darle el carácter popular a la acción, porque aún en estos eventos las partes contratantes tendrán que intervenir y la prosperidad de la acción producirá, como consencuencia, el restablecimiento de los contratantes a su estado anterior. Las ideas que se dejan expuestas con referencia a la legislación precedente tienen su apoyo en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

" Así, en providencia de abril 6 de 1972 ese alto Tribunal sostuvo con ponencia del citado profesor Mora :

"En otros términos, sólo quien tenga interés jurídico concreto puede promover la acción de nulidad de un contrato o convención administrativos con el objeto de hacer valer su pretensión, sin perjuicio de que el juzgador que conoce el litigio pueda declarar oficiosamente su nulidad por objeto y causa ilícitos o de que el ministerio público pida pronunciarla por los mismos motivos, por tener exclusivamente, según el artículo segundo de la ley 50 de 1936, el poder obrar en interés público, en guarda de la moral y de la ley.

" En fin, el derecho francés también excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos, que sólo son susceptibles de la plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquélla proceda, como también sucede en el régimen colombiano, contra los actos separables de los mismos' .

" Queda a salvo, para evitar equívocos, que el acto separable, como se dejó explicado, sí es susceptible de los contenciosos de simple nulidad y restablecimiento, pero por ser un acto de carácter unilateral."

En consonancia con lo dicho el autor citado expresa :

" *Los terceros y su interés.*

" Sobre este último extremo, como se acaba de expresar, el código revivió la previsión contemplada en la ley 50 de 1936. De tal manera que hoy los terceros pueden solicitar esa nulidad absoluta, siempre que tengan interés en su declaración; regla que también se mantiene en el antecitado art. 17.

"La reforma es conveniente, pero hay que entenderse en su sentido restrictivo, porque ese interés no puede confundirse con el simple o común de legalidad, que se presume en todas las personas, y que justifica por sí sólo la acción pública de nulidad contra los actos administrativos unilaterales, sino que es o debe ser un interés legitimo, particularizado y concreto de sentido o incidencia patrimonial , como sería el de los acreedores del contratista, el de su socio o causahabitante, el del licitante vencido, etc. etc.

" La sección Tercera del Consejo en un fallo de enero 30 de 1987, tuvo oportunidad de precisar un poco más dicho concepto. Así, expresó :

" El interés de los terceros para pedir esa nulidad surgió en el derecho colombiano con la ley 50 de 1936 (artículo 2º). Aunque el artículo 78 del decreto 222 de 1983 guardó silencio sobre el punto, el decreto 01 de 1984 lo reafirmó.

" Y la Jurisprudencia también ha definido ese alcance. El interés no debe ser el simple de legalidad, propio de la acción pública de anulación de un acto

administrativo unilateral, sino un interés concreto, personal y directo, como el que tiene un licitante vencido frente al acto de adjudicación del contrato que considera ilegalmente expedido. En tal sentido, si ese interés puede predicarse de dichos licitantes, en idéntica forma puede alegarse por aquellas personas que sin haber podido participar en la licitación (Porque la administración no la abrió, por ejemplo ya que acudió a la contratación directa) si tenía la capacidad, la intención y la experiencia necesaria para ofertar idénticos servicios.

" ' En cambio, en lo casos de nulidad relativa esa legitimación es más restringida, ya que no podrá ser pedida por un tercero sino por las parte interesadas.'"

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

RESUELVE :

CONFIRMASE el auto de fecha veintiséis (26) de Mayo de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.
Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de septiembre de 1991.

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

Ruth Stella Corrrea Palacio, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/ CADUCIDAD

El escrito introductorio del recurso extraordinario de revisión, fue presentado personalmente por quien lo suscribe ante la Notaria de Cali y solamente se depositó en la Secretaría del Consejo de Estado dos días después, fecha ésta en que conforme a la ley debe entenderse legalmente presentado el escrito en mención. En esta última fecha ya había expirado el bienio que la ley señala como término de caducidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Aministrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia : Expediente Nº 6240. Actor : Oliverio Reyes Pineda

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 18 de diciembre de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso incoado por OLIVERIO REYES PINEDA, radicado en aquél Tribunal bajo el Nº 13003-929 , donde fue demandado el municipio de Buenaventura.

En el escrito contentivo del recurso, visible a fls. 11 a 18 del cuaderno principal, se invoca como causal de revisión la prevista en el numeral 6º del art. 41 del decreto 1304 de 1989, modificatorio del original art. 188 del Decreto 01 de 1984, y se narraron los siguientes hechos :

> " 1). Por medio de sentencia calendada el día 18 de Dic. de 1987, el Tribunal Contencioso Admn. (sic) del Valle, negó todas las peticiones de mi demanda, sentencia contra la cual en forma oportuna interpuse recurso de apelación el cual me fue negado por tratarse de un proceso de única instancia, auto

notificado el día 1° de Julio del año que avanza, lo cual nos indica que tengo plazo hasta el día 30 del presente mes para interponer este recurso extraordinario.

" 2° Mi mandante sumando a su posesión la de su tradente, venía poseyendo desde hacia más de veinte años un lote de terreno ubicado en el barrio " CASCAJAL " del Municipio de Buenaventura- Dpto. del Valle con una cabida aproximada de 28.732, 32 ms2., en forma pública, pacífica y continúa. En el predio había mejoras agrícolas y estaba cercado en alambre de púas por todos sus costados.

" 3°. Los días 9 y 10 de febrero de 1982 el Sr. LIBORIO OROBIO RAMOS en su calidad de Personero Delegado de Ejidos del Municipio de Buenaventura, sin estar amparado en orden de autoridad competente, ordenó al Sr. Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio Cascajal de ese Municipio, para que procediera a asentar en los terrenos de mi patrocinado, debidamente cercado (sic) a, varias decenas de familias de ese barrio. Estas personas envalentonadas por la orden del Personero de Ejidos y por fuerza de la turba procedieron a destruir cercas, cultivos y tomaron posesión material de los terrenos de mi patrocinado, despojo que obedeción (sic) en forma directa e inmediata a la orden o autorización proferida por el Personero de Ejidos.

" 4°. Mi mandante para preconstituir pruebas del despojo de que había sido víctima se quejó ante el Sr. Gobernador del Valle y el Sr. Procurador de esta Seccional, quienes mediante Resoluciones Ejecutoriadas mencionaron en forma disiplinaria (sic) la arbitrariedad ostensible del Personero de Ejidos. Asimismo ocurrió en Proceso de Lanzamiento ante el Sr. Alcalde de Buenaventura, quien decretó el lanzamiento de los ocupantes de hecho, resolución que no cumplió este funcionario a pesar de que fijó fecha por dos ocasiones para cumplir la diligencia y que mi patrocinado se presentó al Despacho. Estas actuaciones directas ante los funcionarios Públicos mencionados obra prueba documental en el plenario.

" 5°. Sobra advertir que por obra y gracia de las gestiones arbitrarias del Personero de Ejidos mi mandante en la actualidad se encuentra despojado de sus terrenos y mejoras y como es obvio los invasores de ayer ocupan los mismos terrenos.

" 6°. Notificado el Sr. Fiscal del H. Tribunal del libelo de demanda no dió contestación a la misma y por ende no adujo ninguna excepción a las pretensiones del actor. Con el escrito de demanda acompañé varios documentos públicos para establecer los hechos en fundamento de la acción propuesta y dentro del término probatorio se practicaron varias pruebas para corroborar el despojo que se agotó en contra de la posesión material de mi mandante, tales como Visita Ocular, Peritazgo y deposición de testigos.

" De parte del Municipio demandado no se adujo una sola prueba para controvertir los hechos sustanciales de la demanda ni las pruebas allegadas dentro del término probatorio, - tampoco el Sr. Fiscal hizo uso del derecho a pedir pruebas y producirlas en la etapa respectiva.

" 7°. Para concluir la única instancia el H. Tribunal pronunció sentencia definitiva, por medio de la cual 'Negó todas las peticiones del demandante', -acogiendo las peticiones del colaborador Fiscal consignadas en el alegato de conclusión". (fls. 11 a 12, C. 1).

El recurrente busca que esta superioridad, una vez declare la nulidad de la sentencia atacada, revoque " en todas sus partes la sentencia proferida por el H. TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRITATIVO DEL VALLE, por estar afectada de nulidad la sentencia definitiva pronunciada por este Tribunal. En su lugar, se condenará al Municipio de Buenaventura, representado por el Sr. ALCALDE de esta ciudad, al pago de todos los PERJUICIOS DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, que se ocasionaron a mi mandante, Sr OLIVERIO REYES PINEDA por hechos u operaciones del Personero de Ejidos de Buenaventura , despojando a mi mandante de extensos terrenos ubicados en esre Municipio " (fl. 13, C.1).

Para resolver, cumplidos como se encuentran los trámites de rigor, la Sala,

CONSIDERA :

1° El recurso de revisión, por mandato expreso de las normas que componen el capítulo II del Título 23 del Libro 4° del Libro del C.C.A. , es de naturaleza extraordinaria y procede contra la sentencia ejecutoriada que hubiere dictado el Consejo de Estado o los Tribunales Administrativos;

2° A voces del art. 40 del Decreto 2304 de 1989, sustitutivo del art. 186 del Decreto 01 de 1984, del recurso de revisión intentado contra sentencias proferidas por el Consejo de Estado, "conocerá la Sala Plena del contencioso administrativo, con exclusión de los magistrados que intervinieron en su expedicón"; luego, si el recurso ataca sentencias de los Tribunales Administrativos, conocerán de él las respectivas secciones del Consejo de Estado;

3° La interposición del recurso deberá llevarse a cabo "dentro de los 2 años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia", según puede leerse en el art. 187 del C.C.A. (Subrayas fuera del texto).

4° Las causales que pueden ser invocadas para sustentar el recurso extraordinario de que se viene tratando, se encuentra taxativamente enumeradas en el art. 188 ibídem, modificado por el art. 41del Decreto 2304 de 1989.

Para el caso que ocupa a la Sala, resulta conveniente, primeramente, dilucidar si el recurso extraordinario de revisión fue intentado dentro del perentorio plazo

legal de dos años previsto por el art. 187 del C.C.A., dado que de no haberlo sido dentro de ese fatal término, la Corporación deberá declarar que ha operado la caducidad del mismo y se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Para ello, basta con observar las siguientes piezas procesales.

a) La sentencia materia del recurso extraordinario de revisión, proferida el 18 de diciembre de 1987, ocupa los fls. 2 a 8 vto. del cuaderno Nº 1;

b) Por auto de junio 23 de 1988, visible al fl. 9 del cuaderno principal, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se negó a conceder el recurso de apelación intentado por el señor apoderado de la parte actora contra la sentencia de 18 de diciembre de 1987, por tratarse de un asunto de única instancia.

c) El escrito introductorio del recurso extraordinario de revisión, visible del fl. 11 al 18 del cuaderno principal, fue presentado personalmente por quien lo suscribe el 26 de junio de 1990 ante la Notaría 13 del Círculo de Calí y, solamente se depositó en la Secretaría del Consejo de Estado el día 28 de junio de 1990, fecha ésta en que conforme a la ley debe entenderse legalmente presentado el escrito en mención.

d) Para la Sala no cabe la menor duda que ejecutoriada la sentencia del 18 de diciembre de 1987, objeto del recurso de revisión se consolidó antes de proferirse el auto del 23 de junio de 1988 con el cual se negó el recurso de apelación contra dicha sentencia. (fl.9).

5º. La caducidad como institución procesal que ataca el derecho subjetivo de acción, tiene por virtud impedir el ejercicio a demandar o recurrir, sin parar mientes sobre la existencia o inexistencia del derecho sustancial, una vez llegado el término o plazo máximo que las leyes señalan para el ejercicio de aquellos. La caducidad así entendida, impide pronunciamiento de mérito y debe declararse aún oficiosamente por el juzgador, en cualquiera de los dos momentos siguientes, siempre y cuando, no quepa duda sobre su consolidación, a saber: a) al momento de admitir o inadmitir la demanda; y b) al momento de proferir la sentencia.

En el sub-exámine, se evidencia claramente que la caducidad de los dos años prevista por el art. 187 del C.C.A., operó o se consolidó desde antes del 23 de junio de 1990. Así las cosas, como el escrito contentivo del recurso extraordinario de revisión se depositó ante esta Corporación tan sólo el 28 de junio de 1990, cuando ya había expirado el bienio que la disposición normativa últimamente citada señala para tal efecto, se impone declarar la caducidad del mismo y la inhibitoria de esta Sala para desatar el fondo de lo pretendido.

Por lo expuesto, y en desacuerdo con el señor Fiscal Décimo 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,

F A L L A :

Primero. Declárase caducado el recurso extraordinario de revisión intentado contra la sentencia de 18 de diciembre de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso del señor OLIVERIO REYES PINEDA contra el municipio de Buenaventura, radicado en ese Tribunal bajo el N° 130003-929;

Segundo. Consecuencialmente inhíbese de resolver del fondo del asunto.

Cópiese y Notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 5 de septiembre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE/ FALLA DEL SERVICIO DE ALMACENAJE

La vigilancia para la conservación de la mercancía depositada dentro de la Zona Franca corresponde directamente a ésta, y sólo por fuera de la misma su control pasa a cargo de la Aduana. Corresponde a la Zona Franca asumir la responsabilidad por la pérdida de las mercancías que ésta había depositado en sus bodegas. En efecto, si ésta recibe en sus bodegas una mercancía, sin objeción de ninguna naturaleza, ni por su peso, ni por su contenido, y luego no cumple su obligación de devolver esa misma mercancía, porque bajo su responsabilidad se extravió o desapareció, surge nítida la falta o falla del servicio de esa entidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor Daniel Suárez Hernández

Referencia : Expediente Nº 6284. Actor : Sociedad Almacenes Durán S.A.

Conoce la Sala del recurso de apelación que las partes interpusieron contra la sentencia de 18 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se declaró administrativamente responsable a la Zona Franca Industrial y Comercial "MANUEL CARVAJAL SINISTERRA". -Palmaseca-, y se la condenó al pago de perjuicios en favor de la sociedad demandante "Almacenes Durán S.A." en Concordato.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda.

Con fecha 23 de febrero de 1987, la sociedad " ALMACENES DURAN S.A. -EN CONCORDATO" en ejercicio de la acción de reparación directa y

cumplimiento consagrada en el artículo 86 del C.C.A. , ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, formuló demanda contra la Zona Franca Industrial y Comercial "MANUEL CARVAJAL SINISTERRA". Palmaseca, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

" A.-) Que el Establecimiento Público del orden Nacional ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL "MANUEL CARVAJAL SINISTERRA" es ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE por la PERDIDA ó EXTRAVIO de DIESISEIS (16) UNIDADES de GENERADORES SUSUKI SE 500A de 60 HZ. 500 VOLTIOS, 120 VOLTIOS con MOTOR DE 3600-4000 RPM de CORRIENTE ALTERNA O.5 KV que hacían parte de la MERCANCIA IMPORTADA Y ALMACENADA EN LA BODEGA N° 2 de las instalaciones de la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL "MANUEL SINISTERRA", al CUIDADO, VIGILANCIA y RESPONSABILIDAD de la entidad demandada.

" B.-) Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se condene al Establecimiento Público ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL "MANUEL CARVAJAL SINISTERRA", a pagar a favor de la sociedad "ALMACENES DURAN S.A. . -EN CONCORDATO" o a quien legalmente represente sus derechos, por concepto de DAÑO EMERGENTE la suma de $3.957.03 DOLARES valor de la MERCANCIA EXTRAVIADA O PERDIDA. Esos DOLARES al cambio hoy (FEBRERO 22 DE 1987) de $225.00 arroja un total de $890.331.75 suma que SEGUIRA VARIANDO EN RITMO ASCENDENTE HASTA CUANDO DICHO PAGO SE EFECTUE previa liquidación conforme a la previsión del Artículo 172 del Código Contencioso Administrativo que remite al Artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"C.-) Que se condene a la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL " MANUEL CARVAJAL SINISTERRA" a pagar a "ALMACENES DURAN S.A. EN CONCORDATO" por concepto de LUCRO CESANTE la suma que en pesos colombianos equivalía el día 22 de FEBRERO DE 1987, a los US$9.701.84 pero que deberá ser incrementada esta suma con sujeción al cambio operente en la fecha en que el pago se efectúe y que haya de liquidarse dentro de la previsión del Artículo 172 del Código Contencioso Administrativo que remite al Artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"D.-) Que se condene a la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL "MANUEL CARVAJAL SINISTERRA" a RESTITUIR ó REINTEGRAR a la Sociedad demandante los $53.963. 56 PAGADOS POR CONCEPTO DE BODEGAJE (*NO CAUSADO* por sustracción de materia) pero que deberá incrementarse con el reconocimiento de la perspectiva corrección monetaria a que hubiere lugar comprendida del 22 de JUNIO DE 1984 a la fecha en que el pago se efectúe, MAS DE LOS INCREMENTOS relativos a INTERESES DE MORA tasados al 63.99% durante el mismo período, según los Indices Nacionales de Precios al Consumidor a nivel de Ingresos Medios (Empleados).

" E.-) Que el pago de las sumas dinerarias demandadas en los cuatro literales anteriores se efectúe dentro del término establecido por los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

" F.-) Que se condene en costas a la parte Demandada ". (Fols.41 y 42).

Los hechos fundamentales de la demanda los resumió el *a-quo* así en el fallo recurrido :

"La Sociedad actora importó del Japón 16 generadores marca Suzuki, modelo SE-500 A, de H2-500 voltios, 120 voltios con motor de 3600-400 (sic) de corriente alterna, 0,5 KV, peso neto 288 Kg, peso bruto 376 Kg, 1.022 M3. Está mercancía llegó al Puerto de Buenaventura en donde fue recibida por la Aduana Nacional para después ser remitida a las bodegas de la Zona Franca demandada mientras se tramitaba su nacionalización. Efectivamente, según el documento de introducción de mercancía extranjera N° 60986 de Abril 22/83 y otros elementos de igual carácter, en esa fecha la demandada recibió la mercancía importada, según autorización N° 53305 (número de orden 54434 . fl.14). No obstante, según el inventario suscrito el 15 de Octubre de 1985, en las dos cajas contentivas de la mercancía sólo aparecieron dos generadores con peso de 79 Kg. , constantándose la falta de 14 unidades . Y, la pérdida o extravío de 14 generadores y la no entrega de los dos restantes sobre los que la entidad oficial tampoco da una explicación plausible constituyen una falla del servicio que ha ocasionado los perjuicios cuya indemnización se demanda y compromete la responsabilidad de la demandada". (Fols 115 y 116).

2. El trámite del proceso.

Admitida la demanda por auto del 11 de marzo de 1987, éste solo vino a notificarse personalmente el 18 de febrero de 1988. La fijación en lista se cumplió el 26 de marzo del mismo año y la contestación de la demanda, ya extemporánea, se efectuó el 29 de abril de 1988 (Fol. 70 a 72).

Cumplida la actuación procesal de rigor, en el momento procesal oportuno para alegar de conclusión, lo hicieron las dos partes, en escritos que obran a los folios 91 a 98. La demandante reiteró los planteamientos de hecho y de derecho inicialmente expuestos en el libelo, tendiente a demostrar la responsabilidad administrativa del ente demandado..

A su vez, la parte demandada se refirió en alegación fundamentalemente a estos aspectos; el primero, lo concreta en la absoluta negación de su responsabilidad, al tenor del artículo 87 del Decreto 2664 de 1987, argumentando que el control. custodia y vigilancia de la mercancía que se halla en las instalaciones de la Zona Franca, no corresponde a ésta, sino a la Aduana Nacional; el segundo, contempla, de una parte, la nulidad procesal originada en el hecho, de no haber notificado legalmente el auto admisorio de la demanda al Gerente del establecimiento demandado a quien no se le entregó copia de la misma; de la otra parte, sostiene que

la demandante "En concordato", "está indebidamente o deficientemente representada", porque no se ha demostrado si el gerente de la sociedad continúa con la administración de sus negocios o si está a cargo otra persona, o si la representación la tiene la Junta Administradora del Concordato, de donde deriva, a su juicio, un mandato insuficiente. (Fol.98).

El Fiscal 2° del Tribunal, al emitir su concepto, (Fls.100 a 114) se pronunció favorablemente a las pretensiones de la actora, pues consideró que se daba una falla del servicio porque la entidad demandada " estaba en la obligación de cuidar y guardar la mercancía que le había sido entregada para evitar cualquier daño, deterioro o extravío.....". (Fol.111).

3. La sentencia recurrida.

Con fecha 18 de mayo de 1990, en providencia que corre a folios 115 a 121, el Tribunal del Conocimiento resolvió :

" 1°. DECLARASE a la Zona Franca Industrial y Comercial "MANUEL CARVAJAL SINISTERRA ".- Palmaseca, representada por su Gerente, administrativamente responsable por la pérdida o extravío de las mercancías descritas en la demanda y en este proveído en las circunstancias también anotadas.

" 2°. COMO consecuencia de la declaración anterior CONDENASE a la Zona Franca Industrial y Comercial "Manuel Carvajal Sinisterra".- Palmaseca, a pagar a la Sociedad demandante "ALMACENES DURAN S.A." en concordato, las siguientes sumas de dinero:

" a) $290.842.oo, por concepto de daño emergente.

"b) Interes de la anterior suma, al 6% anual, a partir del 15 de Octubre de 1985, a título de lucro cesante.

"La primera suma se pagará valorizada conforme a los señalamientos hechos en el numeral 5. de las consideraciones. Por el motivo allí dicho debe entenderse que la condena es en concreto.

" 3°. Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

" 4° NO SE ACCEDE a lo demás solicitado en la demanda". (Fol. 121).

Para arribar a las anteriores decisiones el *a-quo* consideró :

1. Que no se daba ninguna de las causales de nulidad propuestas por el apoderado de la demandada " pues, por cuanto a él atañen fueron subsanadas al no haberse protestado en tiempo. De todas maneras, no existe la indebida representación

de la actora, pues, según el certificado de la Cámara de Comercio de esta ciudad, (fl. 29, C.1)en su nombre ha concurrido su legítimo representante ". (Fl.117).

2. En cuanto a la existencia de los elementos estructurales de la responsabilidad administrativa, se dijo en la sentencia impugnada:

" El hecho de la introducción de las mercancías cuestionadas a las bodegas de la " ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL MANUEL CARVAJAL SINISTERRA "2. Palmaseca, no puede remitirse a duda. Lo evidencia la solicitud de introducción N° 60986 de Abril 22/83 y la autorización N° 53305 de Abril 28 de 1983, constantes en documentos de valor indiscutible (Fl.13, cudno.1°). Según tal documento, fueron introducidas dos cajas de 376 Kg. y 288 Kg. pesos bruto y neto, , conteniendo 16 generadores de los que describe la demanda. La falta de observación del estado de las cajas y su contenido, hace presumir el recibo de la mercancía a satisfacción.

" No obstante lo anterior, al realizarse la diligencia de inventario de las mismas mercancías el 8 de Octubre de 1985, en las dos cajas de madera entregadas en depósito fueron encontrados nó los 16 generadores que originalmente ellas contenían, sino apenas dos (2), con un peso de 79 Kg. Este hecho consta en el acta de la diligencia suscrita por los funcionarios que la practicaron, anexada en duplicado a la demanda y cuyo valor también es inobjetable . (Fl.6 cdno. 1°).

" Que significa lo anterior, sino la evidencia de la pérdida o extravío de 14 de los generadores cuestionados cuando se ha hallaban bajo custodia de la entidad demandada? Eso y nada más.

" Y, en cuanto hace a los dos generadores que aparecieron en la diligencia de inventario también es preciso darlos por extraviados, pues, tal se afirma en la demanda, no fueron devueltos al depositante y nadie da cuenta de ellos. La anterior es una negación indefina, relevada de prueba según el inciso 2° del Artículo 177 del Código de P. Civil; y la entidad demandada no ha probado el hecho positivo (la entrega) como le correspondía. Puede en consecuencia tenerse por cierto el hecho de la pérdida total de la mercancía referida en la demanda.

" Establecido lo anterior, es decir, la pérdida de la mercancía por un por una protuberante falla en el deber de vigilancia que le correspondía como depositaria a la demandada (falla del servicio) es imposible poner en duda la ocurrencia del daño, pues, el dueño no pudo hacer de ella el uso a que la tenía destinada u obtener el lucro que se había propuesto derivar de la importación de los cuestionados bienes. En otras palabras, la actora fue injustamente privada de unos bienes que había adquirido legítimamente y ese hecho evidentemente comporta un daño o perjuicio.

" Por lo demás, no existe ninguna duda acerca de la relación de causalidad entre el hecho y el daño si se tiene en cuenta que la falla del servicio comentada es la causa que da origen a los perjuicios también aludidos". (fols. 117 y 118).

3. Al referirse a los planteamientos defensivos del ente demandado, mediante los cuales procura desplazar su responsabilidad hacia la Aduana Nacional, el Tribunal sostiene "que no puede atribuirse la autoridad aduanera el deber de vigilancia que corresponde al depositario dentro de las instalaciones en donde se custodia la cosa depositada, por cuanto según la norma citada y las que la complementan (Arts. 85 y 86 ib.), la vigilancia de la Aduana se ejerce fuera de las instalaciones y no dentro (que fue donde aquí ocurrió la pérdida), y exclusivamente para salvanguardar los derechos del fisco y no propiamente del depositante " (Fl.119).

4. Para concluir, el Tribunal estima que se deben pagar las mercancías perdidas por concepto de daño emergente y, por lucro cesante, el valor de los intereses legales sobre $290.842.oo que fue el valor declarado por la actora al introducir la mercancía, actualizada de acuerdo con los índices de precios al consumidor y con fecha límite inicial el 28 de abril de 1983, es decir, desde cuando se recibieron las mercancías en las bodegas de la demandada.

5. Por último, en relación con el pago de fletes y seguros reclamados por la demandante, el *a-quo* se abstiene de incluir su valor como daño emergente porque fueron gastos que el importador efectuó con anterioridad y que no involucran a la entidad oficial demandada. En cuanto a la solicitud de devolución del valor pagado por la actora por concepto de bodegaje de la mercancía extraviada, el a-quo no accedió, "...pues, se va a restituir el precio de esa mercancía. Por tanto, se debe el bodegaje como si lo restituído fuera la misma mercancía". En cuanto a los intereses a liquidar dispuso que eran los legales del 6% anual y no los moratorios impetrados en la demanda, los que ordena liquidar a partir del 15 de octubre de 1985, fecha en que se observa la desaparición de las mercancías.

4. Razones de los recurrentes.

En escrito que obra a folios 175 a 177, el apoderado de la Zona Franca interpuso el recurso de apelación, a través del cual, insiste en la irregularidad advertida en la notificación del auto admisorio, sin hacer entrega de la copia de la demanda y sus anexos. De otra parte, afirma que las labores de vigilancia, custodía, control, registro y demás actividades, son funciones privativas de Aduana y no de la Zona Franca " y que estas Zonas no son almacenadoras, " simplemente son áreas donde las mercancias que se introducen se consideran fuera del territorio aduanero respecto de los derechos de importación y exportación. (Art. 85 del D.L. 2.666/ 84)". (Fl. 127). Por último exige el pago de bodegaje hasta el 15 de octubre de 1985. Similares argumentos reitera en la oportunidad para alegar de conclusión en ésta instancia. (Fl.131-133).

La parte actora recurrió en apelación adhesiva para que se revoquen los ordinales *a) y b)* del numeral 2° de la sentencia, es decir, para que al liquidar el valor del daño emergente se tome en cuenta la fecha del hecho generador del daño (octubre 15 de 1985), y la tasa de cambio vigente en esa misma fecha, más nó la del

momento de constituir el depósito de la mercancía, como lo aprecia el *a-quo*, osea, el 23 de Abril de 1985.

En relación con los intereses sostiene que por tratarse de una sociedad mercantil regida en sus operaciones por le Código de Comercio se deben reconocer y liquidar intereses comerciales. Por último, como prueba, pidió que se oficiara al Banco de la República para que certificara sobre la tasa de cambio del dólar a octubre 15 de 1985.

También, en escrito separado, cuestionó los argumentos de la demandada y sostuvo que "la actuación viciada se entiende saneada por no haberse reclamado oportunamente por medio de los recursos establecidos en el Código de Procedimiento Civil", y que la custodia y vigilancia de la mercancía corre a cargo de la Zona Franca y no de la Aduana. Por último, en cuanto a la reclamación por bodegaje que hace la demandada por el lapso de junio de 1984 a octubre de 1985, afirma que no hay lugar a reconocerse porque no se demostraron las tarifas correspondientes y porque además no estarían en la oportunidad procesal para pedirlo, ni es éste el proceso adecuado para hacer tal exigencia. (Fls. 139 a 141).

5. Concepto Fiscal.

En su concepto de fondo la señora Agente del Ministerio Público solicita la confirmación de la providencia apelada, pues considera que los argumentos de la demandada " no tienen asidero legal ni fáctico, pues en la misma solicitud de introducción de mercancía extranjeras, al final de dicho documento se lee que las mercancías detalladas en dicho formulario están amparadas por parte de la Zona Franca contra riesgos de incendio, y/o rayo y responsabilidad civil." (Fl. 145).

Acerca de la liquidación de intereses comerciales, sostiene la vista Fiscal que, si bien el actor es comerciante, la Zona Franca por su propia naturaleza y por el servicio público que presta "escapa a las actividades regidas por el Código de Comercio". Diferente sería la situación, afirma, si se tratara de una sociedad de economía mixta o de una empresa industrial y comercial del Estado; en cuanto estas realizan actividades comerciales, regidas por el derecho privado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sea lo primero hacer referencia al cuestionamiento que la demandada formula insistentemente sobre la forma como se hizo la notificación del auto admisorio al representante legal de la Zona Franca, a quien, se afirma, nó se le hizo entrega de la copia de la demanda con sus anexos.

La Sala encuentra acreditado que con la demanda se acompañaron las copias y anexos necesarios para la notificación (Fol.49) y que se libraron los despachos comisorios necesarios para sutir la notificación personal de la demanda, despachos que debieron repetirse en varias oportunidades, en alguna de las cuales pudieron extraviarse las copias respectivas, según se infiere del oficio 3340 del 27 de

noviembre de 1987, donde se advierte que " consta de un cuaderno con cuatro (4) folios útiles". (Fol.66).

De lo anterior se deduce que efectivamente no se entregó ni la copia de la demanda ni sus anexos, al momento de la notificación porque, de una parte, en el último despacho comisorio se enunciaron 4 folios y no los 50 inicialmente remitidos, y, de otra, porque ninguna referencia secretarial se dió acerca de la entrega del libelo y sus anexos, al notificado.

Pese a lo anterior, conviene señalar que si la notificación se cumplió el 18 de febrero de 1988 y el negocio se fijó en lista el 26 de marzo de 1988, entre ambas fecha transcurrió un lapso aproximado de cuarenta días para contestar la demanda; también consta que la demandada otorgó poder a su abogado el 15 de marzo, o sea, once días calendario previos a la fecha fijación en lista, y, a pesar de ello, no la contestó, ni hizó manifestación alguna al respecto, y, tan solo el 29 de abril de 1988, un mes largo después de cumplida la fijación en lista, extemporáneamente manifiesta lo sucedido, sin formular reparo procesal concreto, el cual tan sólo al alegar de conclusión, el 11 de enero de 1989, lo plantea como causal de nulidad con fundamento en los artículos 152 y 155 del C. de P.C.

Para la Sala, la nulidad procesal insinuada por la demanda resulta improcedente e inoportuna, porque con su silencio sobre la irregularidad advertida, mantenido a través de casi todo el trámite de la primera instancia, sin elevar protesta procesal por esa anómala notificación, dió lugar a que el *a-quo* tuviera por saneada la supuesta nulidad, y le permitió encuadrar esa omisión en lo previsto por el inciso final entonces vigente art. 152 del C. de P.C. , determinación que se comparte en esta providencia, no sin dejar de llamar la atención sobre el esmero y cuidado que por la secretaria del tribunal debe observarse en el cumplimiento de esta clase de diligencias, para evitar situaciones como la que ahora se examina.

Ahora bien, en cuanto respecta con la indebida o deficiente representación de la sociedad demandante, se observa que obra en autos la certificación de la Cámara de Comercio de Cali, fechada el 22 de enero de 1987, en la cual consta que Gabriel Durán Mazuera, el poderdante, fue nombrado como Gerente, sin que procesalmente figure otra persona a cargo de esa representación, de donde se concluye que esta debidamente acreditada su legitimación y que, por consiguiente, no hay lugar a declarar la nulidad por ninguna de las causales inoportunamente expuestas por el establecimiento demandado.

2. Sentado lo anterior, procede la Sala a decidir si se dió o nó la responsabilidad administrativa de la Zona Franca demandada y, si consecuentemente se deban hacer los reconocimientos pecuniarios impetrados.

Sobre este aspecto se considera debidamente acreditado:

a) Que se tramitó por parte de la firma "Almacenes Durán S.A." de Cali, la importación de 16 grupos de Generadores, marca Suzuki, según consta en el Registro de importación N° G-913477 de INCOMEX. (Fol.12).

b) Que la firma demandante compró la mercancía referida a MARUBENI CORPORATION del Japón, según la factura comercial, vista al folio 16.

c) Que con fecha 22 de abril de 1983 se solicitó autorización para introducción de la mercancía referida a la Zona Franca Industrial y Comercial "Manuel Carvajal Sinisterra".-Palmaseca- y que bajo autorización N° 53305 se permitió la introducción de 16 unidades de Generadores marca Suzuki", modelo DE 3.600-4000 RPM, con peso bruto de 376 kilos y neto de 288 kilos. (Fol.13).

d) Que en el mismo documenta del folio 13, la zona Franca manifiesta haber recibido las mercancías y las localizó en el sector 5-1, bodega 2 de sus instalaciones.

e) Que al practicarse el inventario a la mercancía referida según acta suscrita el 15 de octubre de 1985, se encontraron las dos cajas depositadas y en cada una de ellas solamente un generador de los relacionados en el formulario de Introducción N° 53305. (Fl.13).

De las anteriores comprobaciones resulta suficientemente demostrado el ingreso de los 16 generadores a las bodegas de la Zona Franca, como también, la desaparición de 14 de los mismos; los dos únicos que aún se conservaban, posteriormente no aparecieron, ni la entidad ninguna información ha podido suministrar sobre su paradero.

3. Corresponde examinar entonces si la Zona Franca demandada debe asumir la responsabilidad administrativa por la pérdida total de la mercancía en cuestión o, si por el contrario, como se alega, tal responsabilidad corre a cargo de las autoridades aduaneras, posibilidad ésta que se estima inadmisible en el caso examinado porque entre las labores y responsabilidades de la Aduana Nacional y las de la Zona Franca se dan notables diferencias en cuanto a las funciones a cada una de ellas atribuídas, al manejo, a la custodia y a la vigilancia de las mercancías que se encuentrar sometidas a procesos administrativos de importación o exportación.

En efecto, en las Zonas Francas se guarda la mercancía en trámite cuando administrativamente se autorice su movilización y entrega. Básicamente en una función de bodegaje que se cumple con un depósito y que origina en aquellas las obligaciones propias del depositario , como son la custodia de los bienes recibidos y su entrega cuando legalmente el depositante así lo solicite, luego de satisfacer los requitos fiscales, aduaneros y administrativos que le correspondan.

En el cumplimienton de esa labor de almacenaje o bodegaje, ninguna función le correspondía a las autoridades aduaneras. A estas les atañe, entre otras, la de "controlar y registrar las mercancías que ingresen o sean retiradas", pero con miras a vigilar su ingreso o egreso legítimo, es decir, que no sean de contrabando, que se

ajusten a las normas aduaneras y fiscales. No se trata, como lo pretende la entidad demandada, que por ese control y vigilancia la Zona Franca queda liberada y exenta de responsabilidad. De ninguna manera; una cosa es la función administrativa-aduanera sobre la identificación y legalidad de las mercancías, que sí es propia y exclusiva de la Administración de Aduanas y, otra muy diferente, la vigilancia, custodia y cuidado, que la Zona Franca asume sobre unos bienes que guarda o deposita en sus propias bodegas, y por cuyo depósito, bodegaje o almacenaje, el depositante paga las tarifas que la propia zona franca le determina, sin que sobre las mismas las autoridades de aduana perciban beneficios, o asuman relación alguna con quien entrega en depósito dichas mercancías. Tales funciones están determinadas en el Régimen de Zona Franca, contenido en la Sección IV, del Decreto 2666 de 1984, "por el cual se revisa parcialmente la legislación aduanera".

Se puede concluir entonces, como lo hizo el Tribunal, que la vigilancia para la conservacion de la mercancía depositada dentro de la Zona Franca corresponde directamente a ésta, y que sólo por fuera de la misma su control pasa a cargo de la Aduana. En estas condiciones resulta evidente que a la entidad demandada si le corresponde asumir la responsabilidad ante la sociedad actora, por la pérdida de las mercancías que ésta había depositado en sus bodegas, como se determinó en la providencia apelada la que, por este concepto, habrá de confirmarse.

Así se concluye porque la Sala encuentra suficientemente demostrados los elementos que configuran la responsabilidad administrativa del establecimiento demandado. En efecto, si este último recibe en sus bodegas una mercancía, sin objeción de ninguna naturaleza, ni por su peso, ni por su contenido, y luego no cumple su obligación de devolver esa misma mercancía, porque bajo su responsabilidad se extravio o desapareció, surge nítida la falta o falla del servicio de esa entidad. Por su parte, el propietario de la mercancía al verse imposibilitado de utilizarla y comercializarla, incuestionablemente resulta perjudicado y este daño o perjuicio obedece, precisamente a la falla de la administración que no supo responderle en el cuidado de los bienes recibidos para su custodia.

4. En relación con la indemnización de los perjuicios materiales por daño emergente, los cuales el Tribunal estimó en $290.842, liquidados a 28 de abril de 1983, y que el recurrente considera deben liquidarse a 15 de octubre de 1985, fecha de ocurrencia del hecho perjudicial, para proceder luego a su actualización, la Sala encuentra inaceptables uno y otro planteamiento.

En efecto, se acreditó que la sociedad demandante efectuó la adquisición y pago de las mercancías importadas por valor de US$3.696.00 dólares y que su desaparición o extravío se produjo cuando se encontraba todavía en proceso de nacionalización . Ello le permite entender que la indemnización por el daño emergente se satisface en este caso mediante el pago del valor real de la mercancía extraviada, valor plenamente establecido en la suma de US$3.696.00 dólares, el cual, habrá de cancelarse al precio que tenga el dólar americano a la fecha de ejecutoria de esta providencia, sin necesidad de recurrir a ningún tipo de actualización porque la naturaleza del perjucio, su valor determinado en dólares y la variación

progresiva, en aumento , de dicha moneda frente al peso, permiten directamente calcular su pago con base en el precio que en pesos colombianos corresponda a dólar americano en la fecha de ejecutoria de esta providencia, de acuerdo con la certificación que sobre el particular expedida el Banco de la República, la cual, de otra parte, deberá acompañar la sociedad actora con los documentos que respalden la respectiva cuenta de cobro.

Con relación a los intereses comerciales cuyo reconocimiento pretende la parte actora a título de indemnización por lucro cesante y que el Tribunal reconociera a la rata del 6% anual, o, legales, considera la Sala que debe mantenerse el criterio consignado en el fallo de primera instancia, en cuanto estimó que " La actora debe ser indemnizada por el daño sufrido en las especies de daño emergente y lucro cesante, representado el primero por el valor de las mercancías perdidas y el segundo, a falta de otra comprobación, por los intereses legales de la primera suma. Esta no puede ser otra que la suma de $290.842.oo que fue la declarada por la actora en el momento de la introducción... " (fl.119), la cual, agrega la Sala, corresponde al valor en dólares de los generadores desaparecidos (US$3.696.00) liquidados a $73.50 cada dólar, según consta en la documental que reposa al folio 13 del expediente.

El valor histórico señalado ($290.842.oo) devegará intereses a la tasa del 6% anual, desde el 28 de abril de 1983 y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, sin que haya lugar a capitalización de intereses.

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,

F A L L A :

PRIMERO. CONFIRMASE la sentencia de 18 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en sus ordinales 1°. .) 3°.) y 4°.).

SEGUNDO, MODIFIQUESE el ordinal 2°.) el cual quedará así :

2°.) Como consecuencia de la declaración anterior CONDENASE a la zona Franca Industrial y Comercial " Manuel Carvajal Sinisterra" - Palmaseca, a pagar por perjuicios materiales los siguientes valores :

a) Por daño emergente, el valor que en pesos colombianos corresponda a US$3.696.oo en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

b) Por lucro cesante, el valor de los intereses a la tasa del 6% anual, sobre la suma de $290.842.oo, desde el 28 de abril de 1983 y hasta cuando esta providencia cause ejecutoria. No habrá lugar a capitalización de intereses.

La parte actora deberá adjuntar a la formulación de la cuenta de cobro, un certificado del Banco de la República sobre el valor, en pesos colombianos, del dólar americano el día en que este fallo quede ejecutoriado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha de cinco (5) de septiembre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Inexistencia/**FALLA DEL SERVICIO/ CONCURRENCIA DE CULPAS/ CARGA DE LA PRUEBA**

El presente proceso muestra una particularidad que no permite la aplicación de la falla presunta, como es la de que en el caso de muerte o lesión por colisión de vehículo (uno oficial y otro privado) se da un enfrentamiento o concurrencia de actividades peligrosas que se neutralizan en cuanto a la presunción de culpa; neutralización, entonces, que hace que revisa para el que quiere sacar avante su pretensión indemnizatoria, la tesis ordinaria de la falla probada del servicio y con ésta la carga de probar los tres elementos estructurales de esa responsabilidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor Carlos Betancur Jaramillo

Referencia : Expediente N° 6371. Actor : Agustina Isabel Villamil Ramírez.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de agosto 16 de 1990, dictada por el tribunal administrativo del Magdalena, mediante la cual se denegaron las siguientes súplicas formuladas en la demanda de octubre 3 de 1988 (a fl. 1, ss):

" 1°- Que el Departamento del Magdalena entidad territorial de la Nación Colombiana y administrativamente responsable por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes con la muerte del señor LUIS ANTONIO AVILA ROCHA (q.e.p.d), ocurrida el día 5 de Octubre de 1986, en el Municipio de Aracataca, como consecuencia de un accidente de transito ocurrido el mismo día y en el mismo Municipio."

" 2°- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al Departamento del Magdalena a pagar a los demandantes los perjuicios materiales y morales en la cuantía que se denomine en el proceso."

" Señaló en CINCO MILLONES DE PESOS ($5.000.000.oo)M/L. , a la fecha el valor de los daños y perjuicios materiales causados a la señora AGUSTINA ISABEL VILLAMIL RAMIREZ, y a sus dos (2) hijos menores LUIS JULIO y JUAN ANTONIO AVILA VILLAMIL, pago que se hará en pesos colombianos de valor constante conforme a la variación del Indice de Precios al Consumidor."

" Igualmente señaló los *perjuicios morales* en el equivalente en pesos colombianos a la fecha del fallo de mil (1.000) gramos de oro fino *para cada uno de los demandantes,* según los artículos 106 del Código Penal, 8°. de la Ley 153 de 1887 y 86 del Decreto 01 de 1984."

" En caso de no ser posible establecer las bases para realizar el avalúo judicial de los perjuicios materiales los causados a los demandantes serán fijados en la sentencia en el equivalente en pesos colombianos de tres mil (3.000) gramos de oro fino para cada uno con observancia del artículo 107 del Código Penal."
Como hechos se narraron, en síntesis :

1) Que el día 5 de octubre de 1986 cuando el señor LUIS ANTONIO AVILA ROCHA en asocio de un amigo el señor Cecil Enrique Martínez, se encontraba estacionado con su moto en la carretera que de Fundación conduce a Ciénaga, fue atropellado por una volqueta del Departamento conducida por el señor Víctor Manuel Torres.

2) Que el accidente se debió a imprevisión del conductor oficial, ya que pese a circular por una población venía a excesiva velocidad (superior a los 70 kilometros) y no pudo evitar el accidente.

3) Que tan culpable se sintió el conductor que huyó del lugar de los acontecimientos con rumbo a Santa Marta.

4) Que el vehículo causante de la tragedia era del Departamento.

5) Que la muerte del señor Avila Rocha le causó perjuicios morales y materiales a los miembros de su familia, demandante.

El Tribunal luego del trámite correspondientes a la primera instancia, falló en la forma indicada, denegando las súplicas de la demanda.

Para tomar su decisón, sostuvó el *a-quo* que no se habían probado dentro del proceso los supuestos de la responsabilidad. Afirma el tribunal que las únicas

pruebas aportadas para demostrar lo acontecido no son suficientes o plenas, porque:

" a. Se trata de copias de pruebas de un proceso penal, respecto de las cuales son reiterados los pronunciamientos jurisprudenciales en el sentido de que para que ellas puedan ser apreciadas en un proceso contencioso administrativo es menester que hayan sido practicadas a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella, vale decir que las respectivas pruebas que en tales copias se contienen sean públicas y controvertidas. Y si se trata de testimonios, deben ser ratificados para que puedan hacerse valer en el proceso contencioso de responsabilidad."

" Como esto no ha sucedido así, no podrá darse valor probatorio alguno a las pruebas así trasladadas, aunque no puede pasarse por alto que ellas no favorecen a las pretensiones de la demanda. "

" b. De esas copias, sin embargo, son atendibles en cuanto son de por sí documento público o decisiones judiciales, el Informe de accidente, distinguido con el N° 053649, visible a los folios 55 a 57 y los autos de fecha 18 y 28 de noviembre de 1986, observables a los folios 82 y 96."

" En cuanto hace al informe del accidente, rendido por la Policía vial que acudió a levantar el correspondiente croquis, se deduce de él que la colisión fué ocasionada por el conductor de la motocicleta, quien junto con su acompañante, se encontraban ingiriendo licor en establecimientos de Aracataca. No obstante la imprecisión del croquis, de éste se desprende que al salir la motocicleta a la vía, por donde marchaba el vehículo oficial que es una carretera, con amplia visibilidad y espacio necesario de maniobra, fue ella la que se vino a estrellar contra el camión, y no al revés."

" Esta apreciación la convalida la vacilante posición asumida por el propio apoderado de los demandantes al presentar los hechos. Primero, en el hecho 4° dice que "Las víctimas se encontraban estacionadas a su derecha"; despues, en el hecho 5° dice que "la motocicleta (que) venía en su misma dirección", y finalmente , ya en el alegato de conclusión, sostiene que, "marchaba en su motocicleta muy despacio por su derecha y a distancia aproximada de 1 metro...de la berma."

" Por su parte, el Juez" Promiscuo Municipal de Aracataca al definir la situación jurídica de VICTOR MANUEL TORRES, con razones semejantes a las antes expresadas, dejó que él continuara gozando de su libertad "por no hallarlo culpable en el accidente." Cierto es que esta providencia fué revocada para adecuarla en su forma (era de sustanciación y no interlocutorio) por auto del 28 de noviembre de 1988, pero la decisión que adoptó en seguida mantuvo la misma línea conceptual de no encontrar ostensible la culpabilidad del indagado."

" Es constatable que en el proceso no existe otra prueba diferente que tienda a demostrar la velocidad, normal o excesiva a la cual marchaba el vehículo oficial; por dónde marchaba , y en qué dirección la motocicleta, o si estaba estacionada o no; ni quién se estrelló contra quién. O sea, existe un insalvable vacio probatorio acerca de la realización del hecho que se califica como dañoso o imputable al servicio público o a la Administración departamental."

Descontenta la parte actora con lo resuelto, interpuso apelación. Cumplido el trámite de la segunda instancia es oportuno decidir. Para ello, se considera :

Para la señora Fiscal Octava de la corporación, la sentencia merece ser confirmada porque ella " refleja la realidad procesal".

De ese concepto de 17 de mayo de 1991, se destaca :

" En el caso que nos ocupa como bien lo señala el Tribunal de instancia, no se satisfacen estos presupuestos porque no se demostró uno de ellos : Conducta dañosa por parte de la administración."

" La parte actora aduce como único factor determinante de la muerte del señor Luis Antonio Avila, la conducta imprudente o negligente del conductor del vehículo automotor de propiedad del Departamento del Magdalena, conducido por el señor Víctor Manuel Torres, de quién dice se movilizaba a gran velocidad y frente a la entrada a la población de Aracataca arrolló la motocicleta en la que Avila junto con otro se transportaba y quién se encontraba detenido sobre la misma vía por la que transitaba la volqueta; afirmaciones que carecen de todo respaldo probatorio porque las únicas obrantes y atendibles por su aducción al proceso las demeritan, ellas son: Las versiones no ratificadas del conductor del automotor oficial y de su acompañante que dicen se movilizaban por su vía y cuando advirtieron, fué que la moto se le vino encima, estrellándose contra el vehículo; el croquis, que precisa sólo el lugar de choque de la volqueta (bomper delantero derecho, Flio 57), pero nada dice respecto de la moto, de lo que se puede deducir, que fué de frente, si se tiene en cuenta que los mayores daños los sufrió en la parte delantera según se observa en la diligencia de inspección obrante a fls. 92 y que las lesiones más graves sufridas por sus ocupantes fueron en la cara (golpes en el occipital izquierdo, ojo del mismo lado vaciado...fl.54).

" Ahora, no se puede pasar por alto que el hecho en que perdió la vida el señor Luis Antonio Avila Rocha hubo una ocurrencia de actividades peligrosas desarrolladas por ambas partes, presunto auto del accidente y víctima, en la que ambas debían tener prudencia, pericia y observar las normas propias, en este caso, las de tránsito".

" En tal situación, no se podía presumir la falla en la prestación del servicio por parte de la administración, sino que competía al actor demostrarla, lo que no hizo como se indicó en aparte anterior."

El apoderado de la parte actora sustentó su recurso a folios 175 y ss y luego en el traslado para alegar hizo otro tanto. (ver escrito a folios 190 y ss). De este se destaca el siguiente aparte, en el cual glosa la aplicación del principio de la carga de la prueba por parte del tribunal. A su respecto afirma :

" . . . . . "

" c) - El " insalvable vacío probatorio" invocado y que según el criterio del Tribunal sirvió de fundamento para denegar las súplicas de la demanda, y traducido en el orden práctico en una prueba para exonerar de responsabilidad a la Administración, lo que es contrario a todo sentido de justicia, se hubiera obviado si se hace uso de los poderes que otorga el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo o si la parte demandada hubiera entrado a demostrar, como era su deber según el rigor probatorio, la inexistencia de la relación de causalidad entre el hecho y el daño, es decir la presencia de una causa extraña (culpa de la víctima o fuerza mayor)".

Para la Sala, la sentencia dictada por el tribunal del Magdalena es incuestionable desde el punto de vista probatorio. Impresiona el manejo que la parte actora le dió a este aspecto del proceso. La misma demanda, dentro de la cual, según el numeral 5° del artículo 137 del c.c.a. ,. debe hacer la parte actora la solictud de las pruebas para demostrar los distintos hechos narrados, muestra una seria falencia, a ese respecto. No se cuidó la demandante de pedir las pruebas necesarias para demostrar cómo se desarrollaron los hechos, la única que parece estaba orientada a demostrar esa realidad fáctica. (que la tragedia que le costó la vida al señor Avila se debió a falla del servicio) o sea la copia del expediente penal seguido por el juzgado 4° de Instrucción Criminal de Ciénaga, se quedó corta porque no bastaba que se adjuntaran las copias correspondientes, sino que debió pedirse la ratificación de los testimonios que obraban en dicho expediente . Así no se hizo y actuó bien el tribunal cuando afirmó que sin ese requisito de la ratificación no se podian valorar, porque la ley lo impedía.

La Sala insiste que no resultó probada la falla del servicio pese a que en muchas oportunidades, en asuntos relacionados con las muerte de personas por vehículos oficiales, se ha venido aplicando la tesis de la falla presunta, en la cual el primera extremo, la falla, está exento de prueba, porque el presente proceso muestra una particularidad que no permite su aplicación, como es la de que en el caso de muerte o lesión por colisión de vehículos (uno oficial y otro privado, como ocurrió aquí) se da un enfrentamiento o concurrencia de actividades peligrosas que se neutralizan en cuanto a la presunción de culpa; neutralización, entonces, que hace que reviva para el que quiere sacar avante su pretensión indemnizatoria, la tesis ordinaria de la falla probada del servicio y con está la carga de probar los tres elementos estructurales de esa responsabilidad, o sea: el hecho dañoso o perjudicial cometido por la entidad en forma injustificada, irregular o por fuera de los moldes del buen servicio, el daño sufrido y la relación de causalidad entre éste y aquél.

Y la carga de la prueba se incumplió. No bastaba, se repite, adjuntar la copia del expediente penal. No, esto era sólo un principio, ya que lo principal estaba en la ratificación de la prueba testimonial. No se pidió. Pero aquí, se anota, marginalmente, tampoco habría logrado nada la parte actora con dichos testimonios, de haberse podido valorar, porque de ellos no se infiere la certeza suficiente, ya que son contradictorios, imprecisos, y por ende, poco convincentes.

Tal como lo destaca el tribunal ni siquiera la parte actora muestra seguridad en la forma como ocurrieron los hechos. En el hecho 4° de la demanda afirma que Avila y su compañero de viaje estaban estacionados a la derecha de la vía cuando fueron arrollados por el vehículo oficial. En el 5° ya se contradice porque afirma que la moto venía en su misma dirección. Y como si fuera poco, en el alegato de conclusión dice que la motocicleta venía muy despacio, por la derecha y a distancia aproximada de un metro de la berma.

El principio de la carga de la prueba impone a la parte actora el deber de demostrar los supuestos de hecho que le permiten al juez aplicar el derecho pretendido. Carga que al incumplirse impone la absolución de la parte demandada. Esta conclusión se desprende del mandato contenido en el artículo 177 del c. de p.c.

No vale, entonces, la reflexión del apoderado de la parte actora cuando en el alegato final al glosar el " insalvable vacío probatorio" detectado por el tribunal, afirma que éste para hacerle justicia al caso debió utilizar los poderes oficiosos que en esta materia probatoria le da el artículo 169 del c.c.a.

Aquí revela el señor apoderado algo de confusión. Una es la carga probatoria de la parte, la que corre con el riesgo de la incertidumbre sobre la existencia de los hechos; es decir, que ella, en principio, es la responsable de la no demostración de los hechos y otra, muy distinta, el poder que se le confiere al juez para decretar pruebas de oficio, que conforma una conducta discrecional, no coercitiva (el juez la ejerce si lo estima necesario o no) y que no tiene como mira suplir los errores o falencias de quién tiene esa carga. Aquí cabe la reflexión que la parte actora debió preocuparse por cumplir sus propios deberes procesales y no esperar que alguien se los cumpliera.

La Sala insiste en que el análisis del tribunal no merece reparos y por eso su fallo, como lo sostiene también la fiscalía, tendrá que confirmarse.

Por lo expuesto y de acuerdo con la señora Fiscal 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:

CONFIRMASE la sentencia de agosto 16 de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha 5 de septiembre 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.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA/ ACCION *IN REM VERSO*

El Distrito Especial de Bogotá - Secretaria de Educación-, obtuvo un aumento patrimonial, un enriquecimiento traducido en haber recibido y disfrutado los servicios de mantenimiento por las máquinas de escribir de esa dependencia, durante un lapso de dos años sin hacer erogación de ninguna naturaleza , en perjuicio o con afectación y empobrecimiento patrimonial de la firma Olivetti, en cuanto ésta dejó de percibir el valor de sus servicios. No se encuentra razón legal que justifique esa alteración patrimonial. Los contratos que hubiera podido llegar a constituir en dicha causa no surgieron a la vida jurídica, de donde también deriva la imposibilidad de la sociedada demandante para ejercitar otro tipo de acción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia : Expediente N° 6306. Actor : Sociedad Olivetti Colombiana S.A.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de marzo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera mediante la cual se declaró un enriquecimiento sin causa por parte del Distrito Especial de Bogotá- Secretaría de Educación- y a costa de la sociedad demandante OLIVETTI COLOMBIANA S.A.,y se ordenó el pago de unas sumas de dinero en favor de la empresa actora

I ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda.

Con escrito de 25 de septiembre de 1985, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., la sociedad " OLIVETTI COLOMBIANA S.A.", solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

" *Primero:* Que se *DECLARE* que el *DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA-SECRETARIA DE EDUCACION,* se enriqueció sin justa causa a *COSTA* de la sociedad demandante *OLIVETTI COLOMBIANA S.A.*

" *Segundo :* Que, como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho , el *DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA - SECRETARIA DE EDUCACION,* deberá PAGAR a la sociedad demandante, *OLIVETTI COLOMBIANA S.A., la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($2'893.894.60)* moneda corriente, por los servicios de mantenimiento prestados a las máquinas de oficina marca Olivetti de propiedad de la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá, durante los años de 1982 y 1983, respectivamente.

" *Tercero :* Que se condene la Distrito Especial de Bogotá al *PAGO DEL REAJUSTE MONETARIO* a favor de la sociedad demandante, sobre la suma indicada en el numeral anterior, teniendo en cuenta que durante el año de 1982 el valor de los servicios prestados fue de $1.394.705.60, y que en el año de 1983 el valor de los servicios de mantenimiento fue por la suma de $1.499.189.oo moneda corriente, todo conforme lo dispone el art. 178 del C.C.A. ; y la certificación que al respecto expida el Banco de la República.

" *Cuarto :* Que se condene al Distrito Especial de Bogotá- al PAGO de los INTERESES CORRIENTES que certifique la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, y en favor de la sociedad actora, teniendo en cuenta la condición de comerciante que ostenta la sociedad demandante.

" *Quinto* : Que se DECLARE que el Distrito Especial de Bogotá deberá dar cumplimiento a la SENTENCIA que se sirva dictar ese Hornorable Tribunal, favorable a las peticiones de la demanda, dentro de los términos que perentoriamente establecen los arts. 176 y 177 del C.C.A.". (FOL.5).

Los fundamentos de hecho de la acción relaciona así el demandante :

" *Primero :* La sociedad "OLIVETTI COLOMBIANA S.A. en su carácter de distribuidora exclusiva de las máquinas de Oficina marca "OLIVETTI" le ha venido prestando al DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA- (SECRETARIA DE EDUCACION) el servicio de MANTENIMIENTO correspondiente, pues es

apenas obvio que es la firma que está en las mejoras circunstancias técnicas para hacerlo.

" *Segundo* : Los contratos de mantenimiento se vinieron pactando por años, o prorrogando por el mismo lapso, sin que para su pago se hubiera presentado la más mínima dificultad, por lo menos hasta el año de 1981.

" *Tercero* : Para el año de mil novecientos ochenta y dos (1982) las partes acordaron un nuevo convenio de mantenimiento por valor de un millón trescientos noventa y cuatro mil setencientos cinco pesos con sesenta centavos ($3.394.705.60) moneda corriente, para cuyo pago, la sociedad demandante presentó ante la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá, la correspondiente FACTURA identificada con el N° 511361.7 por dicho valor.

" *Cuarto* : EL PAGO de esta FACTURA se vio obstaculizado, hasta el punto de que la CONTRALORIA DISTRITAL, por medio de la resolución número 1249 de fecha 16 de septiembre de 1983, ordenó investigar las posibles irregularidades que se hubieran podido cometer en el trámite del contrato o convenio para el mantenimiento de las máquinas de escribir marca Olivetti y por los años de 1982 y 1983, respectivamente.

" *Quinto* : Idéntica suerte corrió el cobro del valor del Contrato correspondiente al mantenimiento de las máquinas Olivetti por el año de mil novecientos ochenta y tres (1983) y por un valor de un millón cuatrocientos noventa y nueve mil ciento ochenta y nueve pesos (1.499.189.oo) que le fué hecho a la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá, mediante dos (2) facturas, distinguidas con el número 512832.7 de fechas 03-06-83 y 26-03-84, cada una por la suma de setecientos cuarenta y nueve mil quinientos noventa y cuatro pesos con cincuenta centavos moneda corriente ($749.594.50) Mcte. c/u.-

" *Sexto* : Como culminación de la investigación adelantada por la Contraloría Distrital, el Jefe de la Sección Financiera de la Secretaría de Educación del Distrito, por medio del Oficio N° 14874 de fecha 19 de Noviembre de 1984, comunicó a la firma OLIVETTI COLOMBIANA S.A. que las cuentas de PAGO pendientes no había sido refrendadas por la Auditoría Fiscal, es decir, fue negado su pago en forma definitiva.

" *Septimo* : Se expone que, la Sociedad OLIVETTI COLOMBIANA S.A. no ha recibido hasta el momento suma alguna por concepto y valor de la prestación de los servicios de reparación y mantenimiento de máquinas Olivetti de que dán cuenta las facturas adjuntas a la presente demanda-, no obstante haber prestado el servicio por orden y a entera satisfacción de la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá.

" *Octavo* : La sociedad demandante, por todos los medios que le han sido posibles, ha solicitado y requerido en distintas oficinas de la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá, le sean cancelados los servicios

prestados y de que dan cuenta las facturas adjuntas a éste libelo, sin resultado positivo.

" *Noveno* : En éstas circunstancias, conforme a la doctrina tanto del H. Consejo de Estado como de la H. Corte Suprema de Justicia, el PAGO solamente se podrá efectuar mediante sentencia judicial que así lo disponga ". (Fols. 2 y 3).

La sociedad actora fundamenta su demanda en los artículos 86 del C.C.A. del Código de Comercio y 2304, 2313, 2120 y 2143 del Código Civil. Afirma que no se dió una relación contractual porque no se alcanzó a perfeccionar el contrato respectivo, "no nació a la vida jurídica por falta de requisitos fundamentales" y, por consiguiente, como se trata de una situación de hecho, "su pago solamente podrá efectuarse previa decisión del órgano jurisdiccional".

Como planteamiento jurídico de la acción incoada la actora alega un enriquecimiento sin causa en favor de la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá, y, consecuencialmente, un detrimiento patrimonial en la sociedad demandante, el cual, en los términos de las normas que cita y en los fallos de la Corte y del Consejo de Estado que menciona, le debe ser reconocido y pagado por el ente oficial demandado.

2. Trámite del proceso.

Mediante auto de 2 de septiembre de 1987 se admitió la demanda (Fl.50) y del mismo fue notificado el Alcalde Mayor de Bogotá. (Fl.52).

La apoderada del Distrito, autorizada por el Personero de Bogotá (Fl.79), interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda para que "se adicione el mismo en el sentido de que se ordene notificar al señor Personero de Bogotá ...", recurso que fue denegado por auto de 19 de enero de 1988 (Fls. 86-87), al estimar que la notificación se había cumplido por conducta concluyente.

La demanda fue contestada (Fls.88-90), con oposición a las pretensiones; se negó la existencia del contrato de suministro entre el Distrito Especial de Bogotá y la firma actora en los años 1982 y 1983 y, ante esa inexistencia de contrato, se sostuvo que el demandado "se hallaba jurídicamente imposibilitado para ordenar alguno a la Sociedad Olivetti".

Vencido el período probatorio, la parte demandada alegó de conclusión y concreto su postura en el siguiente párrafo: " Por tanto se omitieron las exigencia del Código Fiscal y el Distrito Especial de Bogotá no pudo suplirlas mediante reconocimiento que implicaba una clara infracción a sus disposiciones". (Fl.106).

La Fiscalía Segunda del Tribunal, conceptúo favorablemente a las súplicas de la demanda (Fls. 109 a 114), porque encontró acreditados los elementos estructurales del enriquecimiento sin causa o de la llamada acción *in rem verso*.

3. La sentencia apelada.

Con fecha 29 de marzo de 1990, el Tribunal del conocimiento profirió la sentencia de folios 116 a 129, mediante la cual decidió:

" I. Declárase que el DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA- SECRETARIA DE EDUCACION -, se enriqueció sin causa, a consecuencia de los servicios de mantenimientos prestados a sus equipos de oficina, marca Olivetti, por período comprendido entre el 1° de enero de 1982 y el 31 de diciembre de 1983 , por parte de la Sociedad OLIVETTI COLOMBIANA S.A.".

" II. Como consecuencia de la declaración anterior, condenáse al DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA-SECRETARIA DE EDUCACION- a pagar a la Sociedad " OLIVETTI COLOMBIANA S.A." las sumas de UN MILLON TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCO PESOS CON SESENTA CENTAVOS (1'394.705.60)M/CTE, y de UN MILLON CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE PESOS ($1'499.189.oo) M/CTE, que se actualizarán con base en el índice de precios al por mayor que certifique el Banco de La República y según lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

" III. Los valores antes señalados actualizados devengarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, en caso de no pago y, comerciales moratorios al vencimiento de este término y hasta su cancelación.

" IV. A la anterior sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

" V. Deniéganse las demás súplicas de la demanda".

A la anterior decisión arribó el *a-quo,* luego de efectuar un análisis valorativo del material probatorio recaudado. Sus planteamientos se pueden concretar en los siguientes apartes del fallo :

" Lo anterior lleva a la Sala a concluir que se configuró un enriquecimiento o que se obtuvo una ventaja patrimonial por parte del Distrito Especial de Bogotá-Secretaría de Educación-, representado en el mantenimiento y reparación de los equipos de oficina, marca Olivetti, de la Secretaría de Educacidón, en detrimento de la sociedad prestadora del servicio 'OLIVETTI COLOMBIANA S.A.'.- por cuanto esta no obtuvo el reconocimiento y cancelación del valor de los servicios prestados. El desplazamiento patrimonial obedece a una única circunstancia o hecho, prestación de un servicio por parte del sujeto activo que pretende el restablecimiento y recepción del mismo por parte del sujeto frente a quien se pretende dicho restablecimiento.

" De otra parte en el desequilibrio patrimonial mencionado hay ausencia de causa jurídica en defecto del contrato de prestación del servicio que sustente las obligaciones correlativas entre las partes y, finalmente, el demandante carece de acción distinta a la propuesta *-actio in rem verso-* en el caso *sub-examine,* precisamente por inexistencia del contrato a que se ha hecho mención". (Fls.126 y 127).

4. El recurso de apelación.

El Distrito Especial de Bogotá recurrio en apelación contra la sentencia aludida y sustentó el recurso en escrito visible a folios 141 y 148. Posteriormente, a los folios 152 a 166, su apoderado consignó en su memorial de alegación, las razones de su inconformidad frente a la decisión de primer grado, las cuales, se pueden relacionar así :

a) Propone la caducidad de la acción con fundamento en el inciso 4° del artículo 136 del C.C.A., que " la determina en dos (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho ". Por consiguiente, sostiene el recurrente, frente a las pretensiones por el año de 1982, ya operó este fenómeno jurídico. . . como la demanda fue presentada hasta el día 25 de septiembre de 1985, entonces ya estaba vencido el término para ejercitar la acción..." (Fol.144).

b) Considera, de otra parte, que por tratarse de un contrato de Suministro de Servicio, "debió surtirse el trámite de licitación privada y adjudicación correspondiente a la Junta de Compras de la respectiva dependencia y el pago mediante la Resolución motivada, artículo 474 del Código Fiscal". Agrega que la condición de distribuidora exclusiva de la firma Olivetti le permitía a la Junta de Compras prescindir de la Licitación Privada (Art. 272 C. F.) De igual manera, aduce, debió elaborarse un contrato y dar cumplimiento a los artículos 286, 310 y 381 del Código Fiscal de Bogotá, estatuto que también requiere la constitución de una reserva, informe favorable de la Auditoria Fiscal sobre el cumplimiento de los requisitos administrativos y Fiscales en la celebración del contrato que generó la obligación. Así las cosas, concluye el apelante, "se omitieron las exigencias del Código Fiscal y aunque el Contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones, el Distrito Especial de Bogotá no puede suplirlas mediante reconocimiento, que implica infracción a sus disposiciones". (Fl.146).

c) En relación con la determinación de la Junta Asesora y de Contratos que autorizó el pago de los servicios prestados por la demandante mediante resolución, sostiene el apelante que de acuerdo con el artículo 23 del Acuerdo N° 7 de 1977, esa Junta "no está facultada para autorizar pago por concepto de obligaciones por funcionarios Distritales, en nombre de la Administración, sin el cumplimiento de los requisitos Código Fiscal". Por último agrega, que los auditores Fiscales les está prohibido refrendar contratos que no se celebren con los requisitos consagrados en el estatuto fiscal aludido.

d) Acerca del reconocimiento hecho en el fallo recurrido sobre la existencia del enriquecimiento sin causa, afirma el apelante que esa figura " no tiene ningún

asidero jurídico, dado que el debate jurídico probatorio que nos ocupa, sucedió por improcedencia y negligencia de la Sociedad OLIVETTI COLOMBIANA S.A...." porque la demandante debía conocer la ley, con mayor razón las normas de contratación administrativa que son de orden público, "...por lo cual estaba en el deber de exigir de la Administración Distrital un contrato con todos los requisitos del Código Fiscal de Bogotá, para evitar el detrimento de sus derechos ". (Fl. 147).

En apoyo de sus planteamientos, para finalizar su escrito, el apelante transcribe algunos apartes de una providencia de la Corte, del 19 de noviembre de 1930, referida a la acción de " *IN REM VERSO* " y sus elementos estructurales.

Con prosperidad, en el momento de alegar de conclusión en esta instancia, presentó otro escrito similar al de la sustentación del recurso (Fls. 152 a 166), en el cual, tras reiterar los argumentos inicialmente planteados, se refiere y transcribe lo pertinente de la providencia de esta Sala, fechada el 1° de marzo de 1990, con ponencia del señor Consejero Antonio José de Irisarri Restrepo, en la cual se alude a la culpa del administrado como causal exonerativa de responsabilidad, para aplicarla en este caso" cuando se evidencia inequivocadamente, que la sociedad "OLIVETTI COLOMBIANA S.A" actuó con toda imprudencia y negligencia...(Fl.164).

En su concepto de folios 167 a 170, la señora Fiscal Segunda, solicita la confirmación del fallo apelado. Respecto de la caducidad propuesta por la parte actora, razona así la señora Agente del Ministerio Público :

" La prestación del servicio se convino por la anualidad de 1982 que comenzó en el mes de enero y venció en diciembre, se debe empezar a contar el término a partir del último día de ese mes.

" El artículo 28 del Decreto-Ley 528 de 1964 estableció un término de caducidad de tres (3) años para las acciones extracontractuales. La Sala ha sostenido, que ese término debe ser aplicado a todas las acciones nacidas antes del 1° de marzo de 1984, fecha de vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo. Así pues la caducidad iniciada bajo la vigencia de la ley anterior continúa consumándose por el tiempo estipulado en ella, pero sin sobrepasar el lapso de la caducidad. Lo anterior en aplicación de los principios generales de interpretación contenidos en la Ley 153 de 1887.

" Tenemos pues que en el presente caso el término de caducidad se consumó el el 31 de diciembre de 1985. Como la demanda fue presentada el 25 de septiembre de 1985, resulta presentada en tiempo oportuno y no es procedente declarar la cauducidad como lo pretende el apoderado del ente demandado ". (Fols. 169 y 170).

Finaliza su vista Fiscal , refiriéndose al enriquecimiento injustificado de la parte demandante, en los siguientes términos :

" En relacion con la no procedencia en el presente caso de la tesis sobre enriquecimiento sin causa, este Despacho considera que el recurrente no tiene razón.

" El estudio que realizó el fallador de primera instancia, se ajusta a las normas sobre la materia y a las pautas que sobre este tema tienen establecidas, tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado.

" En el presente caso se dan los requisitos requeridos para afirmar que existió un enriquecimiento o una ventaja patrimonial por parte del Distrito Especial de Bogotá, constituído por el servicio de mantenimiento que prestó la firma OLIVETTI a los equipos y máquinas de propiedad del ente demandado. Ese servicio no cancelado se traduce a su vez en un empobrecimiento de la empresa demandante y en consecuencia debe ordenarse el restablecimiento del derecho afectado, o más concretamente del desequilibrio causado con el enriquecimiento". (Fol.170).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero anotar, que la sentencia recurrida habrá de confirmarse, toda vez que la apreciación probatoria y el enfoque jurídico en ella contenidos, se acomodan a principios legales, doctrinarios y jurisprudenciales, aplicados por la Sala en situaciones similares, si bien, no idénticas, a la hora que se examina.

Por lo anterior, la Sala después de verificarlo, considera que la relación probatoria-documental que hizo el *a-quo* en el fallo recurrido (Fls. 122 a 125) se ajusta a la realidad procesal y, por consiguiente, con apoyo en las distintas comprobaciones allí referidas producirá la sentencia de segunda instancia, conforme a estas consideraciones.

a) La Caducidad de la acción.

Deduce el recurrente la existencia, en el caso bajo estudio, de la caducidad de la acción respecto de las pretensiones de la firma demandante correspondiente al año de 1982, porque, a su juicio, el 25 de septiembre de 1985, cuando se presentó la demanda, había transcurrido el plazo de dos años consagrados en el Código Contencioso Administrativo para demandar.

Al respecto advierte la Sala que no hay lugar a declarar la caducidad de la acción como lo propone la parte demandada, porque no se dan razones de hecho ni legales para hacerlo. En efecto, de una parte, como lo sostiene la vista fiscal, por tratarse de una situación fáctica anterior al Decreto 01 de 1984 y en vigencia del Decreto 528 de 1964, en este último estatuto el regulador de la caducidad y en él se consagró un término de 3 años para ejercitar las acciones indemnizatorias. Por consiguiente, al presentarse la demada el 25 de septiembre de 1985, no se había vencido el término, porque solo se cumplía el 31 de diciembre de 1985, dada la modalidad-periódica anual de los servicios.

Por otra parte, la Sala considera que el plazo para demandar debe contarse a partir del 19 de noviembre de 1984, cuando por comunicación DF-420-1439 de esa fecha, el Jefe de la División Financiera de la Secretaría de Educación de Bogotá comunicó oficialmente a la empresa demandante la imposibilidad de cancelarle las cuentas de cobro presentadas por los servicios suministrados a esa entidad. Exigirle a la sociedad actora una actividad jurisprudencial previa a la negativa oficial de pago y sancionarla porque no demandó el reconocimiento de un derecho cuya negativa antes ignoraba, sería ir en contra del sentido común y de una equitativa valoración de lo sucedido.

b) El enriquecimiento sin causa.

Para conseguir un restablecimiento patrimonial frente a la administración por causa de unos servicios prestados a la misma, sin respaldo contractual perfeccionado, y que no le fueron reconocidos ni satisfechos, la sociedad demandante hubo de acudir a la figura del enriquecimiento sin causa, para fundamentar jurídicamente sus pretensiones. Procede entonces, antes de un pronunciamiento sobre la existencia de dicha figura en el caso estudiado, establecer previamente si se dan las condiciones de hecho indispensables para su estructuración. Al respecto la Sala encuentra debidamente acreditado :

a) Que entre el Distrito Especial de Bogotá- Secretaría de Educación y la firma "OLIVETTI COLOMBIANA S.A." se firmó el 13 de diciembre de 1979 un contrato " relacionado con la prestación del servicio de mantenimiento, revisión y reparación de las máquinas de escribir..." (Fls.194 a 203 C. N° 2).

b) Que el anterior contrato se adicionó y prorrogó hasta el 31 de diciembre de 1981. (fols.204 a 211 C. N° 2).

c) Que ante el inminente vencimiento del contrato prorrogado, la demandante, con fecha 15 de diciembre de 1981, presentó " carta oferta del contrato de mantenimiento integral, con vigencia a partir del 1° de enero al 31 de diciembre de 1982". (Fls. 158 a 165 C.3).

d) Que el Alcalde Mayor de Bogotá autorizó la celebración del contrato con la firma actora, por el año de 1982. (Fl. 147 C.3);

e) Que la Junta Asesora y de Contratos autorizó a la Secretaría de Educación de Bogotá para celebrar el contrato de mantenimiento con la empresa demandante. (Fl. 146 C.3).

f) Que en 1982 existía disponibilidad presupuestal para ese contrato. (Fl. 145 C.3).

g) Que OLIVETTI S.A. presentó los paz y salvo y pólizas que le fueron exigidas para la celebración del contrato. (fls. 122, 136, 143 y 144).

h) Que en 1983 existía disponibilidad presupuestal para el contrato con Olivetti. (Fl.103 C.3).

i) Que la firma Olivetti S.A. , prestó sus servicios de mantenimiento a partir de enero de 1982 hasta el 31 de diciembre del mismo año, de acuerdo con lo pactado y su servicio " siempre ha sido en forma oportuna y eficaz. . . vale la pena hacer énfasis en la responsabilidad, seriedad y honestidad con que la firma...ha prestado el servicio . . . ". (Fl.91 C.3).

j) Que la Junta Asesora y de Contratos del Distrito, en la sesión del 25 de agosto de 1983, Acta N° 011, autorizó a la Secretaría de Educación para pagar por resolución a la firma Olivetti Colombiana S..A., los servicios de mantenimiento prestados desde febrero de 1982. (Fl.67 C.3). Esta autorización fue radicada en reunión del 19 de enero de 1984. (Fl.294 C.2).

k) Que por resolución 01491 de 5 de mayo de 1983 se conoció y ordenó pagar el valor de los servicios prestados en 1982. (Fl.247 C.2).

l) Que se firmó y aceptó la oferta para contrato de mantenimiento a la Secretaría de Educación de Bogotá, para el año 1983, por la titular de esa dependencia. (Fls. 43 a 47 C.1).

m) Que la División del Servicios Generales de la Secretaría de Educación, con fecha 1° de febrero de 1983, le comunicó a Olivetti " que el contrato N° 9025684 por la suma de $1.499.189.oo presentado a esta Jefatura ha sido aprobado, por tanto me permito solicitarles se sirva enviar al Técnico por ustedes designado". (fl. 14 C.1).

n) Que la Dirección Administrativa de la Secretaría de Educación ofició al Jefe de la División Financiera " con el fin de que se proceda a tramitar los pagos que se adecuen a la firma OLIVETTI COLOMBIANA S.A. por concepto de servicios de mantenimiento prestados a la Secretaría de Educación de Bogotá, durante 1982 y 1983...", para lo cual acompañó la respectiva autorización de la Junta Asesora y de Contratos. (fl.47 C.3).

ñ) Que el 18 de noviembre de 1984 la Jefatura de la División Financiera de la Secretaría de Educación, comunicó a " OLIVETTI COLOMBIANA S.A. ", la imposibilidad de cancelarle las cuentas referidas porque la Auditoría Fiscal no las refrendó. (Fl.10 C.1).

0) " Que la Secretaría de Educación de Bogotá D.E. y la firma OLIVETTI COLOMBIANA S.A. no suscribieron Contrato alguno en los años de 1982 y 1983 para el mantenimiento de las máquinas de escribir de la citada Secretaría", según certificación visible al folio 37 del cuaderno principal.

De las anteriores comprobaciones y de otras que no se hace indispensable relacionar, surge en forma manifiesta que la empresa demandante efectivamente

prestó los servicios de mantenimiento a las máquinas de la Secretaría de Educación durante los años 1982 y 1983.

Pues bien, para la Sala resulta claro que la empresa demandante para dar cumplimiento a los compromisos que había ofrecido y adquirido ante la Secretaria de Educación de Bogotá necesariamente requirió hacer erogaciones de distinta índole, ya en mano de obra, materiales, respuestos, estudios, papelería, tiempo, programación, etc. , cuya valoración se hizo en las ofertas de contrato, que presentara a la Administración y ésta a su vez inicialmente aprobara, provocando en la firma demandante el ejercicio de su actividad profesional de mantenimiento.

Por contraste, mientras OLIVETTI suministraba en forma efectiva y oportuna los servicios convenidos con la Secretaría de Educación de Bogotá, en esta dependencia se complicaban los procedimientos administrativos para lograr la cancelación de las obligaciones contraídas con la firma referida, especialmente porque la Contraloría de Bogotá, por intermedio de la Auditoría ante la Secretaría de Educación no autorizó el pago de los valores adeudados porque en la actuación administrativa cumplida para contratar y cancelar los servicios prestados se pretermitieron expresas disposiciones del Código Fiscal de Bogotá.

Como consecuencia de la nó cancelación de las obligaciones referidas por parte de la Administración Distrital, el patrimonio económico de la firma actora resultó disminuído y, en oposición, el ente oficial se favoreció al no pagar las sumas de dinero que le correspondía cancelar a quien le había prestado sus oportunos, eficaces y cumplidos servicios.

La anterior situación conduce hacia la figura del enriquecimiento sin causa que se dá cuando una de las partes ve disminuído su patrimonio, mientras el de la otra se aumenta , sin existir en esa traslación de valores un fundamento legal o contractual. En tales situaciones corresponde a quien indebidamente acrecentó su haber patrimonial, restituir ese indebido acrecimiento a la parte afectada o empobrecida.

Doctrinariamente se ha denominado esta situación como *actio in rem verso* y jurisprudencialmente ese enriquecimiento sin causa se ha acogido como fuente de obligaciones.

Ahora bien, para que se estructure el enriquecimiento sin causa, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han exigido la presencia de los requisitos que muy brevemente se relacionan :

a) Un enriquecimiento que conlleva un aumento económico patrimonial en la parte enriquecida, bien porque recibe nuevos bienes o porque no tiene que gastar los que poseía.

b) Un empobrecimiento, que se traduce en la disminución patrimonial del actor en cualquier forma que negativamente afecte su patrimonio económico.

Precisamente por ese empobrecimiento es que puede ejercer la acción que se comenta.

c) Una relación de causalidad, es decir, que el enriquecimiento de una de las partes sea consecuencia del empobrecimiento de la otra;

d) Ausencia de causa, es decir, que ese enriquecimiento no tenga justificación de ninguna naturaleza, porque si la tiene, no se podría estructurar la figura;

e) Que el demandante no pueda ejercer otra acción diferente.

En este orden de ideas, aparece manifestado que el Distrito Especial de Bogotá- Secretaría de Educación-, obtuvo un aumento patrimonial, un enriquecimiento traducido en haber recibido y disfrutado los servicios de mantenimiento para las máquina de escribir de esa dependencia, durante un lapso de dos años sin hacer erogación de ninguna naturaleza, en perjuicio o con afectación y empobrecimiento patrimonial correlativo de la firma " OLIVETTI COLOMBIANA S.A." en cuanto ésta dejó de percibir el valor de sus servicios.

De otra parte, es evidente la relación de causalidad entre el beneficio patrimonial del Distrito Especial de Bogotá y la afectación económica de la sociedad actora, hasta el punto de que sin la actividad de ésta. el Distrito no se habría beneficiado.

No se encuentra por lo demás, ninguna razón legal que justifique esa alteración patrimonial. Los contratos que hubieran podido llegar a constituirse en dicha causa no surgieron a la vida jurídica, de donde también deriva la imposibilidad de la sociedad demandante para ejercitar otro tipo de acción.

Cabe señalar que han sido varias las oportunidades que ha tenido la Sala de darle aplicación a la figura del enriquecimiento sin causa en procesos ya decididos, entre los cuales se recuerdan, entre otros, los procesos de PRISEGO LTDA; Nº 2850 del 9 de marzo de 1984; MADRIÑAN MICOLTA y COMPAÑIA LTDA -PATROL-; Nº 4070; DEL 11 de diciembre de 1984; INGECOS LTDA; Nº 5618; de febrero 22 de 1991, y LUIS GUILLERMO AREVALO CORTES; Nº 6031, de abril 4 de 1991, todos con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo.

Precisamente, en el negocio de la Sociedad Madriñán, Micolta y Compañia Ltda. -PATROL-, la Sala expuso los siguientes conceptos de perfecta aplicación al caso que se examina y que ahora se reiteran :

" Lo expuesto muestra, así mismo, que la nota de subsidiaridad que se imputa a la *actio in rem verso* se da en el presente caso.

" En tal sentido y a falta de una acción específica no cabía otra salida que la escogida por la demandante.

" Además, dado el carácter de comerciante que ostenta la actora, el artículo 831 del Código de Comercio viene a reforzar aún más la acción intentada, al disponer que 'nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.'

" Debe entonces, como se expuso atrás, enfocarse la conducta de la administración como un hecho; hecho perjudicial para la sociedad que prestó un servicio de suyo oneroso sin percibir traspresta ción alguna y favorable para la entidad pública que se lucró de dicho servicio.

" Considera la Sala que la actora tiene la razón y deberá ser restablecida en su derecho hasta concurrencia de su empobrecimiento, ya que se acreditaron suficientemente los presupuestos para la procedencia de la *actio in rem verso*. Se comprobó que aquélla prestó el servicio de vigilancia durante el período mayo 16-agosto 25 de 1982, dentro de los requerimientos exigidos. Igualmente se demostró que ADPOSTAL nada ha pagado por ese concepto, enriquecimiento con su omisión, con lo que se evidencia de paso el empobrecimiento o el perjuicio sufrido por la empresa que prestó el servicio".

En cuanto al reconocimiento de intereses se dijo en el mismo fallo :

" No accederá la Sala al reconocimiento de intereses a la tasa de 6% anual desde el 25 de agosto de 1982, porque la condena se hará a título de restablecimiento del equilibrio roto por el enriquecimiento estudiado y no a título de perjuicios". (Anales 1984. Segundo Semestre. págs.788-789).

De otra parte, encuentra la Sala, que la cuestión examinada, ha sido comentada con un criterio similar por parte de la doctrina foránea, como se desprende, del siguiente aparte de la disertación del profesor TOMAS RAMON FERNANDEZ, sobre "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Fundamento y Tendencias Actuales".

> " A lo largo de esta década son muy frecuentes, también, las sentencias que condenan a la Administración en razón del enriquecimiento injusto experimentado por ella a consecuencia de la realización de obras sin contrato previo o a través de contratos afectados de vicios de nulidad, vicios en los que la Administración no puede escudarse para negar el pago del precio al contratista que realizó las obras (sentencia del 11 de mayo y 6 de junio de 1976, la misma doctrina en relación a reclamaciones formuladas por funcionarios y agentes públicos con título irregular)" (El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pág.103).

De las anteriores consideraciones, concluye la Sala que la firma Olivetti Colombiana S.A. debe percibir el mismo valor que benefició indebidamente al ente demandado, es decir, las sumas de dinero que originaron el empobrecimiento de la demandante, en las entidades de $1.394.705.60 y $1.499.189.00, acreditados en el

proceso, puestas en el valor presente a la fecha en que cobre ejecutoria esta sentencia.

Destaca la Sala cómo a través de casi toda la actuación administrativa fue manifiesto el interés de los administradores de turno por conseguir el pago que en este proceso se reclama. Tal comportamiento de la parte demandada rearfirma el convencimimiento que la Sala tiene sobre el derecho de la sociedad actora al restablecimiento impetrado y reconocido en el fallo apelado.

Para efecto de liquidar y actualizar el valor de la condena, se seguirá el procedimiento establecido por el Tribunal, aplicando la fórmula allí consignada y se tendrá como índice inicial la fecha del 19 de noviembre de 1984, para ambos valores, o sea, que la suma por actualizar será de $2.893.894.60. Se toma la fecha aludida porque hasta ese momento la administración comunicó oficialmente la imposibilidad de cancelarle a Olivetti del valor de sus servicios, información que, de otra parte, se refería o cobijaba simultáneamente las cuentas correspondientes a los años 1982 y 1983, cuya cancelación hasta esa fecha el demandante había pacientemente esperado, sin formular reparo alguno sobre su cuantía.

Por último, encuentra la Sala acertado el criterio del a-quo al abstenerse de condenarse al pago de los intereses corrientes sobre el monto o valor del indebido enriquecimiento como lo pidió la sociedad demandante, porque en casos como el de estudio, la condena se produce es a título de restitución, en ningún caso de indemnización por perjucios.

Por lo expuesto y de acuerdo con el concepto de la Fiscalía Segunda, 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,

F A L L A :

Primero. CONFIRMASE la sentencia de 29 de Marzo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en sus numerales, I, III, IV y V.

Segundo. MODIFICASE el numeral II, el cual quedará así :

II. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al Distrito Especial de Bogotá- Secretaría de Educación a pagar a la Sociedad "Olivetti Colombiana S.A." la cantidad de DOS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL OCHOCIENTES NOVENTA Y CUATRO PESOS CON 60/100 (2'893.894.60) M/L, que se actualizará de acuerdo con el índice de precios al por mayor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia, en el tiempo y por la cantidad señalados en la parte motiva de este fallo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 5 de septiembre 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.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO

A la condición oficial del automotor y su conductor deben adicionarse las distintas circunstancias, un tanto irregulares y anómalas, de las que surge precisamente la falla del servicio, entre otras, al permitirle y encargarle por parte de la administración municipal, al conductor, el manejo de un vehículo de tipo pesado, cuando la licencia de conducción le limitaba la posibilidad a vehículos de menos capacidad y, además, ordenarle el transporte de pasajeros en tales condiciones. De otra parte, el sistema de frenos del vehículo no era propiamente el más satisfactorio.

PERJUICIOS MORALES-Determinación

Los perjuicios morales no pueden someterse a una cuantificación material totalmente ajena al sentido, contenido y finalidad compensatoria de los mismos, para encuadrarla con un entendimiento más pecuniario y material, que moral y subjetivo, como es la esencia de este tipo de perjuicios. No es posible desconocer que la condena por daños morales obedece más a una reparación que a una realidad cuantitativa porque ciertamente resulta en extremo difícil, por no decir que imposible medir o calcular el valor económico de los sentimientos que en un momento determinado sufra la persona.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS

Si bien no todos los hermanos convivían bajo el mismo techo, las circunstancias mismas del lugar donde vivían y la manera de comportarse de la gente del campo, permiten deducir que entre los miembros de la familia referida sí existían relaciones afectivas, amistosas de participación hogareña y familiar. Si se acepta que no vivían todos bajo el mismo techo, los declarantes coinciden en señalar que estaban en la misma región, en la misma finca, a escasos metros unos de otros. No sería justo desconocer que en un territorio tan pequeño, los lazos de unión entre los hermanos

eran fuertes y que sus relaciones personales y laborales debían presentarse muy frecuentemente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia : Expediente Nº 6330. Actor : Martín Alberto González y otros.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia de fecha junio 29 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 1º de septiembre de 1986, por conducto de apoderado, Martín Alberto González y Rosa Eva Fernández de González, en sus propios nombres y en representación de los menores Medardo y Orfa Nelly González Fernández, Orlando de Jesús, Martín Eleázar, Omar de Jesús, Mariano Iván, Guillermo de Jesús González Fernández; Jesús Alberto y Gerardo Antonio Berrío, quien actúa personalmente y como representanten de la menor Erika Johana Berrío González, en ejercicio de la acción de reparación directa del artículo 86 del C.C.A. formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, para que se hicieran las siguientes :

" I. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. El municipio de AMALFI, Antioquia, es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de ADELA DE JESUS y ELMA DORIS GONZALEZ FERNANDEZ y de GLEIDIN YADET BERRIO GONZALEZ, ocurrido en dicho distrito el 28 de abril de 1985, como consecuencia de las lesiones recibidas en el accidente de la volqueta Dodge 600, modelo 71, de placas AO-22-05, de color rojo y de propiedad de la entidad, conducida por uno de sus empleados". (Fols. 21 y 22 Cdno.1).

Igualmente, solicitaron que se condenara al municipio de Amalfi a pagar por su equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por concepto de perjucios morales, los siguientes valores:

1. Para Martín Alberto González y Rosa Eva Fernández de González, a cada uno :

a) 1.000 gramos de oro por la muerte de su hija Adela de Jesús Fernández.

b) 1.000 gramos de oro por la muerte de su hija Elma Doris González Fernández.

c) 1.000 gramos de oro por la muerte de sus nieta Gleindin Yadet Berrío González.

2. Para Medardo, Orfa Nelly, Orlando de Jesús, Martín Eleázar, Omar de Jesús, Mariano Iván, Guillermo de Jesús, Jesús Alberto González Fernández, a cada uno :

a) 1.000 gramos de oro, por la muerte de su hernama Adela de Jesús González Fernández.

b) 1.000 gramos de oro por la muerte de su hermana Elma Doris González Fernández.

3. Para Gerardo Antonio Berrío y Erika Johana Berrío González, a cada uno:

a) 1.000 gramos de oro por la muerte de su esposa y madre Luz Adela González Fernández;

b) 1.000 gramos de oro por la muerte de su hija y hermana Gleidin Yadet Berrío González.

4. Para Gerardo Antonio Berrío el valor de los perjuicios materiales, lucro cesante en intereses compensatorios. Subsidiariamente pide que se fije el lucro cesante y el daño emergente en el equivalente en pesos a 4.000 gramos de oro. Además para todos los demandantes se pidió el pago de los perjuicios materiales resultantes del pago de los honorarios profesionales al Abogado que deba atender el proceso.

Los hechos y omisiones del libelo se relacionan así en la demanda :

" 1. Por medio de el (sic) decreto número 011, de 12 de febrero de 1985, la Alcaldía Municipal de Amalfi, Antioquia, designó a JOSE ISAIAS ORTIZ BASTIDAS *" como conductor del vehículo pesado "*, no obstante que no reunía los requisitos para desempeñar el cargo, pues, carece de la debida licencia para la operación de tal clase de auomotores (sic).

" 1.1. El error de esa designación se reiteró, posteriormente, con los decretos de la Alcadía Municipal número 022 de 029, del 7 y del 30 de marzo de 1985, en los que se asigno a ORTIZ BASTIDAS la conducción de la volqueta DODGE, modelo 1971, de color rojo, para 7 toneladas, distinguida con las PLACAS A0-22-05.

" 2. Es de anotar que dicho automotor tenía las dos llantas de la izquierda del troque trasero totalmente lisas; acabadas.

" 2.1. Lo anterior llevaba a que, cuando se frenaba, la volqueta se pegaba más de lado derecho que el izquierdo al piso; y, por tal razón, tiraba hacia este lado; se atravesaba, en la práctica.

eran fuertes y que sus relaciones personales y laborales debían presentarse muy frecuentemente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia : Expediente Nº 6330. Actor : Martín Alberto González y otros.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia de fecha junio 29 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 1° de septiembre de 1986, por conducto de apoderado, Martín Alberto González y Rosa Eva Fernández de González, en sus propios nombres y en representación de los menores Medardo y Orfa Nelly González Fernández, Orlando de Jesús, Martín Eleázar, Omar de Jesús, Mariano Iván, Guillermo de Jesús González Fernández; Jesús Alberto y Gerardo Antonio Berrío, quien actúa personalmente y como representanten de la menor Erika Johana Berrío González, en ejercicio de la acción de reparación directa del artículo 86 del C.C.A. formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, para que se hicieran las siguientes :

" I. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. El municipio de AMALFI, Antioquia, es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de ADELA DE JESUS y ELMA DORIS GONZALEZ FERNANDEZ y de GLEIDIN YADET BERRIO GONZALEZ, ocurrido en dicho distrito el 28 de abril de 1985, como consecuencia de las lesiones recibidas en el accidente de la volqueta Dodge 600, modelo 71, de placas AO-22-05, de color rojo y de propiedad de la entidad, conducida por uno de sus empleados". (Fols. 21 y 22 Cdno.1).

Igualmente, solicitaron que se condenara al municipio de Amalfi a pagar por su equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por concepto de perjucios morales, los siguientes valores:

1. Para Martín Alberto González y Rosa Eva Fernández de González, a cada uno :

a) 1.000 gramos de oro por la muerte de su hija Adela de Jesús Fernández.

b) 1.000 gramos de oro por la muerte de su hija Elma Doris González Fernández.

c) 1.000 gramos de oro por la muerte de sus nieta Gleindin Yadet Berrío González.

2. Para Medardo, Orfa Nelly, Orlando de Jesús, Martín Eleázar, Omar de Jesús, Mariano Iván, Guillermo de Jesús, Jesús Alberto González Fernández, a cada uno :

a) 1.000 gramos de oro, por la muerte de su hernama Adela de Jesús González Fernández.

b) 1.000 gramos de oro por la muerte de su hermana Elma Doris González Fernández.

3. Para Gerardo Antonio Berrío y Erika Johana Berrío González, a cada uno:

a) 1.000 gramos de oro por la muerte de su esposa y madre Luz Adela González Fernández;

b) 1.000 gramos de oro por la muerte de su hija y hermana Gleidin Yadet Berrío González.

4. Para Gerardo Antonio Berrío el valor de los perjuicios materiales, lucro cesante en intereses compensatorios. Subsidiariamente pide que se fije el lucro cesante y el daño emergente en el equivalente en pesos a 4.000 gramos de oro. Además para todos los demandantes se pidió el pago de los perjuicios materiales resultantes del pago de los honorarios profesionales al Abogado que deba atender el proceso.

Los hechos y omisiones del libelo se relacionan así en la demanda :

" 1. Por medio de el (sic) decreto número 011, de 12 de febrero de 1985, la Alcaldía Municipal de Amalfi, Antioquia, designó a JOSE ISAIAS ORTIZ BASTIDAS *" como conductor del vehículo pesado "*, no obstante que no reunía los requisitos para desempeñar el cargo, pues, carece de la debida licencia para la operación de tal clase de auomotores (sic).

" 1.1. El error de esa designación se reiteró, posteriormente, con los decretos de la Alcadía Municipal número 022 de 029, del 7 y del 30 de marzo de 1985, en los que se asigno a ORTIZ BASTIDAS la conducción de la volqueta DODGE, modelo 1971, de color rojo, para 7 toneladas, distinguida con las PLACAS A0-22-05.

" 2. Es de anotar que dicho automotor tenía las dos llantas de la izquierda del troque trasero totalmente lisas; acabadas.

"2.1. Lo anterior llevaba a que, cuando se frenaba, la volqueta se pegaba más de lado derecho que el izquierdo al piso; y, por tal razón, tiraba hacia este lado; se atravesaba, en la práctica.

" 2.2 Además los frenos no operaban correctamente en las llantas delanteras; no estaba frenado bien sino en llantas traseras del lado derecho, repito.

" 3. Así las cosas, y en cumplimiento de un acuerdo hecho días antes entre el Alcalde Municipal y el Presidencia de la Junta de Deportes local, en cuya virtud el municipio facilitaría sus vehículos y conductores para el desplazamiento interveredal de los futbolistas a los puntos de encuentro, el Jefe de la Administración municipal de Amalfi le ordenó a JOSE ISAIAS ORTIZ BASTIDAS que fuera el domingo 28 de abril a recoger a los integrantes de dos equipos de fútbol señalándose el siguiente recorrido :

" " *partiendo de la cabecera municipal de Amalfi hasta el paraje 'Portachuelo' ; de allí con destino a la vereda 'Montebello' y, de esta, hasta el sitio ' Chorritos ' ; de allí otra vez, a 'Portachuelo' y de aquí, regreso a la cabecera*" "

" 3.1. Lo que sigue lo relata así el Juzgador Décimoxesto (sic) Superior de Medellín, en la Providencia del 13 de agosto de 1985, con la que llamó a responder en juicio criminal a ORTIZ BASTIDAS como responsable de múltiple homicidio culposo.

" " HIZO UNO DE LOS VIAJES SEÑALADOS. PERO CUANDO REGRESABA A LA CABECERA TRAIA NO SOLO A LOS INTEGRANTES *'DEPORTIVO SALAZAR'* SINO, TAMBIEN, A NUMEROSOS FANATICOS....., EN TOTAL, TREINTA PERSONAS, SINO MAS, DISTRIBUIDA LA MAYORIA EN EL VOLCO Y ALGUNAS EN LA CABINA, ESE VIAJE DE REGRESO LO EMPRENDIO NORMALMENTE EL PROCESADO, PERO CUANDO SE APROXIMABA AL PARAJE *'BOQUERON'* COMENZO IMPRUDENTE GUERREO CON OTRA VOLQUETA, DE JESUS HERRERA, QUE LE SEGUIA. ASI, DE ESTE SITIO, HASTA EL LLAMADO *'SORRENTO'* VIAJO A VELOCIDADES FANTASMAGORICAS INDIFERENTES A LAS CONDICIONES NO MUY APTAS DE LA CARRETERA, DESTAPADA, FANGOSA,CON CURVAS Y PENDIENTES MAS O MENOS PRONUNCIADAS. ACERCANDOSE, PUES A *'SORRENTO'*, ERA TAL LA VELOCIDAD QUE NO PUDO CONTROLARLA. EN UN TRAMO CONSIDERABLE ZIGZAGUEO, 'TRASTABILLABA' O 'CULEBRIABA' A AMBOS LADO (sic) DE LA VIA Y DEPRONTO (sic) LAS LLANTAS DELANTERAS Y TRASERAS DEL LADO DERECHO EMONTARON(sic) POR UNA BARRANCA O TALUD HASTA DAR PELIGROSA VUELTA DE CAMPANA. LAS LLANTAS QUEDARON HACIA ARRIBA Y LA PESADA ESTRUCTURA APRISIONO A LOS OCUPANTES. PERECIERON EN EL ACTO, JAVIER HERNANDO SANCHEZ PENAGOS, DE 27 AÑOS, GLEIDIN YADET BERRIO GONZALEZ DE 8, GILBERTO DE JESUS GUZMAN OSORIO, DE 16 , NICOLAS ALBERTO HENAO, DE 17, ADELA DE JESUS GONZALEZ FERNANDEZ, DE 27 Y HERMAN (sic) DORIS GONZALEZ FERNANDEZ, DE 13 AÑOS. ASI MISMO RECIBIERON LESIONES ORFA NELLY GONZALEZ, VICTOR GUZMAN, LUIS ALFONSO CASTAÑEDA, URIEL

HERNANDEZ SOSA, SERGIO EDUARDO LOPERA ALVAREZ Y LUIS FERNANDO ALVAREZ ZAPATA" (Fols, 24 a 27 Cdno.1) .

Considera además la parte actora, que el accidente se originó en la impericia del conductor de la volqueta; el exceso de pasajeros en la colina; el inadecuado mantenimiento del automotor, el funcionamiento irregular de los frenos, las llantas lisas, el exceo de velocidad y la violación de los reglamentos de tránsito.

2. El Municipio demandado contestó la demanda (Fols. 40 a 44), oponiéndose en general "a las exageradas peticiones de la demanda", concretando así sus planteamientos defensivos :

" En el caso a estudio no es necesario hablar ni del daño ni de la relación de causalidad de éste con la falla o falta administrativa, porque esta NO SE DIO en ningún momento, y lo explico así : los vehículos adquiridos por el Municipio de Amalfi, están asignados, exclusivamente, al servicio de la construcción y sostenimieno de las obras públicas. En ningún momento se ha dedicado ni a la prestación del servicio público de transporte, ni a la prestación esporádica del servicio de transporte a personas". (Fol.42Cdno.1).

Más adelante agrega el apoderado del municipio de Almalfi:

" Si del contexto de la demanda se deduce que el vehículo accidentado no estaba asignado al transporte de personas, y si los muertos no eran ni siquiera deportistas (según la demanda el transporte era asignado exclusivamente a deportistas), no puede hablarse en ningún momento de falla del servicio por parte del Municipio de Amalfi.

" Aún en el evento de aceptar que el vehículo era propiedad del Municipio de Amalfi y que su conductor era empleado del mismo, carece la demanda de precisión sobre la causa de la falla en el servicio. - Acaso sería que la volqueta accidentada fue destinada por la administración para las personas que murieron en el accidente? - No.- Esto ni siquiera se atreve a afirmarlo el demandante, tal vez los muertos fueron personas que se subían a la volqueta sin consentimiento o a espaldas del mismo conductor ". (Fol.43 Cdno.1).

3. Practicadas en lo posible la mayoría de las pruebas solicitadas por las partes, se recaudaron el alegato de conclusión del demandado y el concepto del Ministerio Público. (Fols. 105 a 113).

4. Con fecha 29 de junio de 1990, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió la sentencia objeto del presente recurso (Fols. 114 a 130), en la cual dispuso :

" DECLARASE al municipio de Amalfi, administrativamente responsable del accidente de tránsito ocurrido en esta jurisdicción el del día 28 de abril de 1985

y en el que fallecieron ADELA DE JESUS y ELMA DORIS GONZALEZ FERNANDEZ y GLEINDIN YADET BERRIO GONZALEZ.

" Como consecuencia de lo anterior, se condena al municipio de Amalfi a pagar a los señores MARTIN ALBERTO GONZALEZ y ROSA EVA FERNANDEZ DE GONZALEZ; GERARDO ANTONIO BERRIO y ERIKA JOHANA BERRIO GONZALEZ, la suma de un mil (1.000) gramos de oro para cada uno por concepto de perjuicios morales, teniendo en cuenta para este efecto la cotización que para la fecha de ejcutoria de esta sentencia expida el Banco de la República.

" No hay lugar a reconocer perjuicios materiales en favor de los demandantes por no haberse acreditado el perjuicio en este aspecto.

"4. Niéganse las súplicas de la demanda en relación con los otros demandantes.

" 5. El municipio de Amalfi dará cumplimiento a este fallo en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A." (Fols. 129 y 130 Cdno. 1.).

Consideró el *a-quo* que en caso bajo estudio se dan elementos integrantes de la responsabilidad, a saber : una falta o falla en el servicio no personal " sino la del servicio o anónima de la administración"; un daño o perjuicio y una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño.

En relación con la falla del servicio, en la sentencia recurrida se transcribe lo manifestado por el Tribunal en sentencia anterior que decidió sobre los mismos hechos en el proceso que instauraron Marco Tulio Alvarez y Otros. En los siguientes apartes se concreta el criterio del *a-quo* sobre el particular:

En el caso subjudice está bien acreditado, que la volqueta, marca Dodge, Modelo 1971, era a la fecha del accidente de propiedad del Municipio de Amalfi, según consta en el documento de folios 102, lo mismo que su conducción ese día por el empleado Municipal (Fols.103 a 106) José Isaias Ortíz Bastidas, incriminado y posteriormente absuelto del delito de homicidio y lesiones personales culposas en accidente de tránsito según se desprende de las fotocopias que reposan en el expediente.

" " Abundantemente resulta la prueba testimonial que informa, que en el sitio conocido como 'Sorrento paraje 'Boquerón' comprensión jurisdiccional de Amalfi se accidentó la volqueta de propiedad del municipio dando una vuelta de campana y que con su pesada estructura aprisionó varios de sus ocupantes, pereciendo en el acto JAVIER HERNANDEZ SANCHEZ PENAGOS, de 27 años, GLEYDY (sic) LOVET (sic) BERRIO GONZALEZ, 8 años, GILBERTO DE JESUS GUZMAN OSORIO, de 16, NICOLAS ALBERTO HENAO, de 17, ADELA DE JESUS GONZALEZ FERNANDEZ de 27 y HERNAN (sic) DORIS GONZALEZ FERNANDEZ, de 13 años.

" "El hecho del accidente cumplido por demás en el ejercicio de una actividad peligrosa, en vehículo de la municipalidad conducido por un agente suyo constituye en sí mismo una falta o falla de la administración por lo que jurídicamente debe responder, máxime cuando en autos se evidencia la impericia del piloto que designado para conducir vehículo liviano (Fols. 106), fue posesionado para manejar el " vehículo pesado -fl. 103-, con licencia de sexta categoría que lo autorizaba para manejar automotores particulares hasta de 5 toneladas se le confió uno con capacidad para siete -fs. 142, 146 y 337 de expediente.

" " Y que transnochado por dedicarse a ingerir aguardiente en la noche del 27 de abril, como lo informan varios declarantes, no sólo condujo a alta velocidad sino que guerreó irresponsablemente para no dejarse superar por la volqueta de Jesús Herrera, por una vía donde la mejor-consejera-era la prudencia sobre todo cuando el vehículo no ofrecía las mejores condiciones mecánicas ni funcionales para el transporte que realizaba "". (Fols.122 y 123).

De igual manera el a-quo estima acreditado el daño con el fallecimiento de algunos ocupantes del automotor y las lesiones de otros, cuya demostración surge clara de los testimonios y documentos que obran en el expediente. Por último, la relación de causalidad la explica el fallo apelado, al considerar que " todos los medios probatorios nos lleva a la convicción que, la única razón que explica la muerte de las personas referidas fue la falla de la administración municipal de Amalfi que confió el traslado de unos individuos a un chofer inexperto e irresponsable, en vehículo de su propiedad, deficiente e inadecuado". (Fol. 124).

En relación con el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales, en el fallo recurrido se negaron los primeros porque "Dentro del proceso no se acreditó perjuicio material alguno. Y los gastos de abogado integran con otros valores las costas del proceso, conociéndose la expresa prohibición de condenar en costas a las entidades públicas". (Fo.129). En relación con los otros, es decir, los morales, fueron reconocidos de acuerdo con las pruebas aportadas por cada interesado. Sinembargo, en ningún caso a cada demandante se le reconoció un monto superior al equivalente de 1.000 gramos de oro. Consideró el Tribunal que " el dolor es sólo uno, el deceso de dos hijos y un nieto no significa que por cada uno se deba reconocer una indemnización de tres mil (3.000) gramos de oro, porque si bien el daño se presume en su expresión más alta, ni legal, ni jurisprudencialmente se pueden reconocer más de mil (1.000), por concepto de perjuicios morales" (Fol.125).

En relación con el demandante Mariano Iván González Fernández le fueron negadas sus pretensiones porque no acreditó su estado civil.

Con respecto a los perjuicios morales reclamados por los hermanos de las víctimas, se dice en la sentencia recurrida :

" Esas declaraciones dirigidas, de respuesta reflejo fiel de las preguntas, no sirven de manera alguna, como base real para establecer el perjuicio real y concreto

que el hecho del deceso incide más intensamente en los que por razones de edad, oficio, amistad y trato, mantienen más estrechas relaciones que aquéllos que sólo los une el vínculo del parentesco.

" " Decir que los grupos familiares que accionaron en esta causa son 'buena gente' y que 'viven bien' o que los hermanos 'lamentaron' mucho la muerte de otro hermano, no es acreditar el pesar, congoja, o aflicción que cada uno pudo haber sufrido con el insuceso; y cuya intensidad depende como los hechos dicho de la estrecha relación que vivos y difunto hubiesen sostenido".

" Por lo analizado no se accederá a la pretensión de reconcocimiento de perjuicios morales para los hermanos, porque no se acreditaron". (Fols. 127 y 128).

5. Tanto la parte actora como la demandada recurrieron en apelación contra la sentencia mencionada.

La primera sustentó el recurso en escrito de folios 137 a 141, en donde sostiente que al no indemnizar plenamente a los demandantes, "conlleva una violación al principio jurídico filosófico de carácter universal, de que 'la indemnización debe ser plena'. Principio sobre el cual se ha edificado la teoría de la indexación, de total aplicación en nuestro medio jurídico, precisamente por la necesidad de indemnizar plenamente a los que sufren un perjuicio, porque indemnizar, significa repararlo plenamente y no a medias...porque a todas luces es injusto que quien ha sufrido la pérdida de dos hijos y una nieta en el mismo tragico accidente, no se le indemnice totalmente su perjuicio moral". (Fol. 138).

En cuanto a la negativa del Tribunal para reconocer los perjuicios morales a los hermanos de las víctimas, sostiene el recurrente "que un grupo familiar que siempre ha vivido en la misma finca, se encuentra muy unido y solidario siempre, y que como tal sufra un quebrantamiento moral de incalculables proporciones con la muerte de sus tres miembros, y que el solo hecho de ver los hermanos de las víctimas sumergidos en una tragedia de estas dimensiones a sus padres, y a su vez padres y abuelos de las víctimas, causa una angustia y profunda tristeza, digna de ser reparada". (Fol. 141).

Por su parte, el ente municipal demandado fundamenta su recurso en la ausencia de pruebas sobre la responsabilidad del municipio de Amalfi; en la inexistencia de una falla del servicio y en la presencia de hechos obstativos que impiden o excusan la responsabilidad de la entidad demandada...

Sostiene el recurrente que no se demostró que estuviera a cargo del municipio la obligación de prestar el "servicio público de transporte de jugadores o de hinchas deportivos", en vehículos destinados para las obras públicas. Por otra parte, aduce que, "fue su conducta y sólo ella la que puso término a sus días, de manera definitiva". Plantea, pues, que la intervención de las víctimas justifica la absolución de la entidad demandada, porque su presencia (Adela, Elma Doris y Gleidin Yadet) en el vehículo "se debió, seguramente, no a una exigencia o imperativo realizado

en el desempeño de un servicio público, sino que se debió más bien a una imprudencia de ellas, injustificable desde todo punto de vista, ignorada por su conductor y que nada tenía que hacer allí, ya que no hacían parte de los equipos deportivos y se subieron al automotor sin conocimiento de quien lo manejaba" (Fol. 134).

6. La señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado, al emitir su concepto de rigor, consignó su criterio en el escrito de folios 151 a 154, así :

" Al plenario fue aportada la prueba de que la volqueta con la cual se ocasionó el accidente era de propiedad del municipio de Amalfi; se sabe también que su conducción estuvo a cargo ese día de un empleado de la citada entidad y así mismo, con las copias del proceso penal adelantado contra José Isaías Ortíz Bastidas, se hizo evidente la muerte y las lesiones personales de las víctimas y también las circunstancias de impericia del conductor, quien irresponsablemente condujo a alta velocidad el vehículo cuyas condiciones mecánicas y funcionales no eran aptas para el transporte de personas.

" La Fiscalía comparte los razonamientos elaborados por el Tribunal *A-quo*, no obstante considera que los perjuicios morales solicitados en la demanda para los hermanos de las personas fallecidas quedaron suficientemente acreditados a través de los testimonios recibidos por el Magistrado conductor del proceso, en consecuencia, se permite solicitar a la Sala revocar el numeral 4° de la parte resolutiva y reconocer en lo que se estime conveniente, los perjuicios por dicho concepto.

" Respecto a la triple indemnización solicitada por el mandatario de los demandantes, es criterio unánime de la Sala, acogido por este Despacho, que lo que se busca resarcir es el dolor causado por el fallecimiento de uno o varios seres queridos, el *"petitum doloris"*, no la muerte de cada uno de los familiares, pues este hecho no tiene reparación, por lo tanto, el valor de mil gramos oro reconocido por la sentencia apelada, deberá confirmarse".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son tres los aspectos fundamentales sobre los cuales los recurrentes plantean su inconformidad con el fallo apelado: el primero, porque no se reconocieron los perjuicios morales en valor al equivalente en pesos de 1.000 gramos de oro para cada demandante, en forma individual por cada pariente fallecido; el segundo porque no se reconocieron los perjuicios de orden moral a los hermanos de las víctimas y, el tercero, porque a juicio del demandado no se dan las circunstancias de hecho y de derecho para condenar administrativamente al municipio de Amalfi.

Para efectos de la decisión que se tomará en este asunto, la Sala encuentra demostrado :

a) Las relaciones de parentesco entre los demandantes y las víctimas mediante las siguientes documentales:

1) Registro Civil de matrimonio de Martín Alberto González y Rosa Eva Fernández. (Fo.3).

2) Registros civiles de nacimiento de Medardo, Orfa Nelly, Orlando de Jesús, Martín Eleázar, Omar de Jesús, Guillermo de Jesús, Jesús Alberto, Elma Doris y Adela de Jesús González Fernández. (Fols. 4 a 14).

3) Registros civiles de defunción de Elma Doris González Fernández (Fol. 13) y Adela de Jesús González de Berrío (Fl.17).

4) Registro civil de matrimonio de Gerardo Antonio Berrío Gaviria con Adela de Jesús González Fernández (Fol.16) y de nacimiento de Gleidin Yadet (Fol.18) y Erika Johana Berrío González (Fol.20); así como el de defunción de Gleidin Yadet Berrío G. (Fl.19).

b) La condición de empleado oficial, como conductor al servicio del municipio de Amalfi, mediante los decretos de nombramiento múmeros 011 del 12 de febrero de 1985; 022 del 7 de marzo de 1985 y 029 del 30 de marzo de 1985, con la advertencia en los dos primeros que su designación es como conductor para "vehículo pesado" (Fols. 5, 6 y 7 C.2). Al folio 2 del mismo cuaderno obra copia del acta de posesión como CONDUCTOR DE VEHICULO PESADO".

c) Las características del automotor con el que se originó el accidente, que se encuentran consignadas al folio 4 del cuaderno 2, y allí se advierte que la capacidad es de 7 toneladas; que es de "servicio oficial" y que el propietario es el municipio de Amalfi.

d) Que la licencia para conducir de José Isaías Ortíz Bastidas, según lo comunica la Jefe de Licencia de Conducción de la Dirección de Transporte y Tránsito de Antioquia, era de 6ª categoría y *podía conducir vehículos hasta de 5 toneladas y particulares* ". (Fl. 2. C. 2).

De las anteriores demostraciones la Sala deduce la existencia de los elementos que integran la responsabilidad administrativa del municipio demandado. En efecto, la falla del servicio resulta evidente si se aprecia que el automotor era de propiedad del municipio y se utilizaba en el servicio del mismo, toda vez que cumplía un encargo proveniente de la Alcaldía de Amalfi en cuanto dispuso del automotor para transportar a quienes participaron en unos juegos interveredales. De otra, parte, el vehículo era conducido por un servidor del municipio, debidamente nombrado y posesionado en el cargo de conductor de "vehículo pesado".

A esa condición oficial del automotor y su conductor deben adicionarse las distintas circunstancias, un tanto irregulares y anómalas, de las que surge precisamente la falla del servicio, entre otras, al permitirle y entregarle por parte de

la administración municipal, al conductor José Isaias Ortiz Bastidas, el manejo de un vehículo de tipo pesado como lo es una volqueta de siete toneladas, cuando la licencia de conducción de 6ª categoría le limitaba la posibilidad a vehículos "hasta de 5 toneladas" y, además, ordenarle el transporte de pasajeros en tales condiciones. Sin duda alguna, la propia administración fue indolente y descuidada cuando desde su inicial vinculación al servicio municipal le asignó el manejo de vehículos pesados y lo posesionó en ese cargo. No se entiende cómo las autoridades municipales hicieron tales nombramientos y posesionaron al conductor para laborar vehículos pesados, si la licencia de conducir que presentó en su posesión no le permitía el legal desempeño de esa función.

De otra parte el sistema de frenos del vehículo no era propiamente el más satisfactorio. Irónicamente resultaba tan ineficiente que debía utilizarse con sumo cuidado para evitar un contratiempo. Sin duda alguna, un automotor en esas condiciones constituye un permanente peligro de accidentarse al menor uso de los frenos y el utilizarlo en esas condiciones para transportar seres humanos comporta una ostensible irresponsabilidad municipal que colaboró decisoriamente en la ocurrencia de este accidente. Si a lo anterior se le agrega el mal estado de dos de sus llantas, las cuales se encontraban "lisas", se puede comprender con mayor facilidad, la presdisposición a accidentarse que se daba en ese vehículo, por causas todas atribuíbles a la administración municipal puesto que de ella dependió la designación de un conductor legalmente inhabilitado para conducir ese vehículo oficial, el que por demás no se encontraba en el mejor estado administrado de mantenimiento, menos aún para efectuar el transporte de personas.

De las anteriores consideraciones concluye la Sala que en el caso bajo examen sí se dió en forma manifiesta la falta del servicio.

El otro factor integrante de la responsabilidad como lo es el daño que se ocasiona a un derecho legítimo, se encuentra establecido con las documentales citadas y con las declaraciones que confirmaron el fallecimiento de las víctimas según consta en los folios 13, 17, 19, 48, 49 y 50 del cuaderno principal.

En cuanto al tercer elemento configurativo de la responsabilidad, es decir, la causalidad entre el daño y la falta, también resulta evidente, toda vez que el fallecimiento de las personas aludidas fue resultado directo de la falla de la administración municipal de Amalfi al permitir encargar el transporte de esas personas, a un conductor que no reunía las condiciones legales ni personales para manejar un vehículo pesado oficial cuyas condiciones mecánicas y de mantenimiento no eran las mejores.

Ahora se refiere la Sala a las razones expuestas por la entidad municipal demandada en cuanto alega que " no habiendo de por medio servicio público de obligatoria prestación a cargo del Ente Administrativo, está mal planteada la pretensión que aducen los actores y no puede hablarse de falla o falta en el servicio...".

Las siguientes consideraciones responden las inquietudes del apelante :

Precisamente en anterior pronunciamiento en un caso, si bien no idéntico, bastante similar al estudiado, con ponencia del señor Consejero Gustavo de Greiff Restrepo, en el expediente Nº 5225; actor : Javier de Jesús Angel Herrera, se sostuvo :

" ...Si la Administración tiene cono uno de sus fines primordiales proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, no se ve por qué no deba responder de los perjuicios que con su actividad llegue a causar, cuando en ejecución de una tarea que no le corresponde según la ley y el reglamento, pero *que de hecho la asume* y en efecto los irroga.

" Y no se trata de establecer por interpretación judicial una obligación de resultado, como pretende pensarlo la apelante demandada, en virtud de la cual tenga que "tener un policía para cada uno de los ciudadanos' sino de prevenir ora la omisión en el funcionamiento de los servicios, ora el defectuoso o irregular funcionamiento de los que por ley o reglamento, por su naturaleza, le corresponde prestar, o que de hecho asuma, sin que pueda desprenderse nunca de su primordial deber de proteger la vida, honra y bienes de los asociados. Sin que tampoco se trate de admitir en esta materia, de contera, una responsabilidad objetiva por el riesgo creado, sino como en varias otras oportunidades lo ha expresado la Sala' el hecho de que se diga que la falla en casos de responsabilidad estatal es objetiva o anónima debe entenderse únicamente en el sentido de que se requiere identificar al agente o funcionario que cometió la infracción, no que se prescinde de esa falla y que el demandante, entonces, no tendrá que probar sino el daño y la relación causal" (Fallo de noviembre 25 de 1987, Expediente Nº 5004). (Extractos de Jurisprudencia - 1989-página 424). (Subraya fuera del texto).

Establecida y aceptada la responsabilidad administrativa del municipio demandado, corresponde pronunciarse acerca de los perjuicios morales causados y en cuanto a su valor, para cada demandante. Sobre los perjuicios materiales ningún pronunciamiento favorable hará la Sala por cuanto que, como lo dijo el *a-quo,* no se demostraron ni se establecieron en forma alguna.

Sin duda, los demandantes acreditaron el derecho a reclamar la indemnización por perjuicios de orden moral, derivados del deceso de sus hijas y nieta. Martín Alberto González y Rosa Eva Fernández de González se hicieron acreedores al reconocimiento indemnizatorio, pero nó en la cuantía que para cada uno lo solicita, es decir, 1.000 gramos de oro por el fallecimiento de su hija Adela de Jesús González de Berrío; 1.000 gramos de oro por la muerte de su hija Elma Doris González Fernández y 1.000 gramos de oro por la desaparición de su nieta Gleidin Yadet Berrío Gonález.

Para la Sala, el criterio del *a-quo* sobre este particular resulta acertado y por eso habrá de confirmarlo. En efecto, sin duda alguna que el fallecimiento de un ser querido afecta notoriamente los sentimientos de sus parientes más cercanos y

especialmente los de sus progenitores, sucesores y cónyuge. Empero, ello no puede significar, en el caso de los perjuicios morales, que éstos puedan someterse a una cuantificación material totalmente ajena al sentido, contenido y finalidad compensatoria de los mismos, para encuadrarla con un entendimiento más pecuniario y material, que moral y subjetivo, como es de la esencia de este tipo de perjuicios.

Resulta inaceptable pretender medir los sentimientos de angustia y quebranto por la desaparición de un ser querido con el criterio económico que se aplica al valorar el daño material. Los sentimientos de pena, desolación, tristeza y amargura no pueden aumentarse paralelamente al precio del oro, según que los muertos sean uno, dos ó más integrantes de la familia. El contenido subjetivo de los sentimientos se opone a la estimación monetaria progresiva de los mismos, vale decir, que no es de recibo la sumatoria del dolor moral.

No es posible desconocer que la condena por daños morales obedece más a una reparación que a una realidad cuantitativa, porque ciertamente resulta en extremo difícil, por no decir que imposible medir o calcular del valor económico de los sentimientos que en un momento determinado sufra la persona.

Concluye la Sala que para efectos de reconocer el valor de los perjuicios morales, estos se pagarán únicamente a razón del equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino a cada uno de los esposos González Fernández, sin atender el número de parientes que hubieren fallecido.

Con respecto al reconocimiento de los perjuicios morales para los hermanos de las víctimas, sobre el cual el a-quo se pronunció negativamente, la Sala hace las siguientes apreciaciones:

Tiene razón el Tribunal cuando sostiene que estos perjuicios se reconocen "una vez se demuestren los vínculos fraternales que los unía y del mayor o menor grado de convivencia, participación en la vida hogareña, virtudes y comportamiento que le hubieren granjeado el cariño de los suyos".

Sinembargo, el *a-quo* no dispone su reconocimiento porque, a su juicio, los testimonios recaudados no acreditan las circunstancias anotadas. Se respalda además en las consideraciones que sobre la prueba hiciera la misma Sala en otra sentencia en que se decidió un proceso relacionado con los mismos hechos del que ahora se estudia.

Pese a lo anterior, esta Sala sí encuentra fundamento probatorio para acceder a los pedimientos de los demandantes, en el sentido de reconocer los perjuicios morales para los hermanos de las víctimas. En efecto, si bien no todos los hermanos convivían bajo el mismo techo, las circunstancias mismas del lugar donde vivían y la manera de comportarse de la gente del campo, permiten deducir que entre los miembros de la familia González Fernádez sí existían relaciones afectivas, amistosas, de participación hogareña y familiar. De donde se establece la pena y dolor

sentimentales que originaron un incuestionable sentimiento de pesar entre los mismos.

Así se desprende de los siguientes testimonios :

MARCO AURELIO ALVAREZ. (Fls.78 a 80) entre otras cosas afirma: " Sí lo conozco hace de 15 a 20 años, lo conocí porque hemos vivido en la misma vereda...si los conozco a todos, son los hijos de Martín Alberto González y Rosa Eva Fernández ...se han criado en la misma vereda...los visito digamos 3 veces en el año, el que no vive en la misma casa es Guillermo, pero la casa queda en la misma finca y Gerardo vive en la misma región...todos la van muy bien, son muy unidos, los otros estan solteros y todos trabajan en la misma finca del papá...".

MIGUEL ANGEL GOMEZ LOPERA (Fls.89 a 91) : Por lo que conocía a instancia de vecinos, permanecía bajo el mismo techo Elma Doris con sus padres y hermanos, Adela como era casada, vivía cerca a la residencia de sus padres, ella tenía su hogar aparte, entre ellos habían buenas relaciones; Jesús Alberto y Guillermo González también viven en la misma finca ahí tienen su propiedad, pero no en la casa materna...vivían antes del accidente bajo el mismo techo Mariano Iván...y viven actualmente en la casa materna; Omar de Jesús Martín Eliázar o Eleázar Orlando, Medardo y Orfa Nelly González... Aproximadamente de unos 150 a 200 metros las dos habitaciones...los ví muy tristes, acongojados, llorando todos, no estuve en el entierro...A instancia de vecinos noté buenas relaciones, visitas de ellos, como la casa de los esposos o mejor de la familia González Fernández queda a orilla del camino y yo paso cada ocho días los observaba al pasar, veía armonía entre ellos. . . yo vivo a quinientos metros de la casa materna...".

JOSE MIGUEL RIOS MONCADA (Fols 91 a 93).

" Sí los conozco a todos, la misma época unos 10 años conmigo ha trabajado en la finca Jesús Alberto, Mariano y Orlando, el papá de ellos...también ha trabajado en la misma finca y Omar también. . . Gerardo ha trabajado mucho conmigo...las relaciones son buenas, ellos viven unidos , viven aparte en sus hogares en la misma tierrita de ellos: Guillermo, Mariano y Humberto. Y en la casa con los padres viven todos los otros : Orfa, Omar, Orlando, Eliécer, Medardo...Puede tener por hay (sic) 80 metros, la de Guillermo también puede tener 80 metros, Mariano puede tener 50 metros eso esta hay (sic) pegadito y la de Humberto unos 60 metros, arribita de la de Gerardo...Siguieron siendo muy unidos...yo lindo con Guillermo, con cierta frencuencia yo visito la familia González Fernández, voy por cada quince o veinte días".

De las anteriores declaraciones resultan, para la Sala, debidamente demostrados varios aspectos; la buena relación familiar entre los hermanos y la inmediación entre los mismos por razón del lugar donde residen y el sentimiento de dolor de los sobrevivientes por la pérdida de sus hermanos.

Considera la Sala que, por lo menos en este proceso, no se le puede dar el mismo tratamiento probatorio que el Tribunal concluyó en otro anterior. No resulta conveniente aplicar el criterio valorativo de las pruebas de un proceso, si en el otro los medios probatorios son diferentes, como sucede en este caso.

Los testigos respondieron expotánemente al interrogatorio que se les formuló, explicaron suficientemente la razón de su dicho, y todos coinciden en señalar una buena relación entre los hermanos demandantes y las víctimas, acentuada además porque a pesar de vivir algunos en lugar distinto del hogar materno, por razón de sus actividades agrícolas, del lugar donde las desarrollan y el permanente contacto y dependencia para distintas labores de trabajo, permiten deducir que entre los hermanos González Fernández sí se deba un comportamiento mutuo que les permitía mantemer vivo el fuego del afecto fraternal, de donde resulta evidente que el fallecimiento de las víctimas sí produjo serios quebrantos afectivos en quienes ahora demandan la indemnización. Inclusive, si se acepta que vivían todos bajo el mismo techo, los declarantes coinciden en señalar que estaban en la misma región, en la misma finca, a escasos metros unos de otros. No sería justo desconocer que en un territorio tan pequeño, los lazos de unión entre los hermanos eran fuertes y que sus relaciones personales y laborales debían presentarse muy frecuentemente.

Las razones expuestas llevan a la Sala a modificar el fallo apelado en el sentido de reconocer en favor de los hermanos González Fernández, con excepción de Mariano Iván, el derecho a ser indemnizados en la suma que jurisprudencialmente se ha estimado equitativa para los hermanos de las víctimas, es decir, el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de ellos, liquidados al precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo, pues, la condena se hace en concreto.

Por lo expuesto, de acuerdo con la señora Fiscal Segunda, 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 los numerales 1, 2, 3 y 5 de la sentencia dictada el 16 de julio de 1990 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO : REVOCASE el numeral 4 de dicha providencia, el que en su lugar queda así :

CUARTO : CONDENASE al municipio de Amalfi a pagar a los señores Medardo, Orfa Nelly, Orlando de Jesús, Martín Eleázar, Omar de Jesús, Guillermo de Jesús, y Jesús Alberto González Fernández, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 500 gramos de oro para cada uno de los nombrados, tomado en consideración la cotización que certifique el Banco de la República para la fecha en que cobre ejecutoria esta sentencia.

Los interesados acompañarán la certificación aludidad a los documentos que respalden las respectivas cuentas de cobro.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 5 de septiembre de 1991.

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

Ruth Stella Palacio, Secretaria

CUMULO DE INDEMNIZACIONES/ INDEMINIZACION A *FORFAIT*

El pago hecho por el municipio a la actora tiene una causa o título que no importa una reparación o indemnización del daño realmente irrogado. Tratándose de una funcionaria a su servicio, la atención médica que la prestó, obedeció a una de las compensaciones que el municipio debe otorgar a sus empleados en retribución de sus servicios. Este problema es conocido en la doctrina con la indemnización de cúmulo de indemnizaciones. En el seguro de daños, como éste repara el causado, es inadmisible la acumulación, mientras que en el de personas, como no tiene tal finalidad, ella sí es posible y de recibo.

LUCRO CESANTE/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

La simple pérdida de la capacidad laboral, da lugar a indemnización, esto es, que la disminución de la capacidad física de la víctima debe ser tenida en cuenta para la evaluación del daño. La libertad no puede quedar comprometida impunemente por los atentados hechos a la integridad física, esto es, sin que se indemnice, en todo su universo, el daño causado, cuando ese mundo de la libertad queda total o parcialmente agotado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia : Expediente Nº 6572. Actor: Rosa Nelly Londoño Martínez y Otros. 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 calendada el día veintiséis (26) de Julio de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva *DISPUSO:*

" DECLARASE a la Nación-Ministerio de Defensa- administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a la doctora ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, a causa de las lesiones y consiguientes secuelas invalidantes, en hechos ocurridos el día 15 de marzo de 1985 en la Inspección Municipal de Policía del corregimiento de San Antonio de Prado, municipio de Medellín, como consecuencia del proceder del agente de la Policía Nacional Hernán Darío Franco.

" 2. Como consecuencia de lo anterior, se condena a la NACION -Ministerio de Defensa- a reconocer y pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales, lo siguiente: para la doctora ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, el equivalente en pesos colombianos según certificación que expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia de un mil (1.000) gramos de oro, para su padre, el señor JORGE LONDOÑO ARANGO, y a sus hijos EDGAR TARSICIO DE SAN PIO ACEVEDO LONDOÑO, MARIA TERESITA DEL PILAR ACEVEDO LONDOÑO y GLORIA ROSA DE MARIA AUXILIADORA ACEVEDO LONDOÑO, el equivalente para cada uno de quinientos (500) gramos de oro en pesos, previa certificación del banco de la República, teniendo en cuenta la misma directriz anterior.

" 3. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa- a pagar a la doctora *LONDOÑO MARTINEZ,* por concepto de perjuicios materiales, pero sólo en su modalidad de lucro cesante, la suma de CUATROCIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHO PESOS CON 35/100 ($409.808.35), conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, teniendo en cuenta de ser actualizado este valor de acuerdo al Indice de Precios al Consumidor certificado por el DANE entre el 15 de marzo de 1985 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, lo cual se llevará a efecto en posterior incidente liquidatorio según lo previsto en el art. 172 del C.C.A.

" 4. No se accede a las demás pretensiones de la demanda (fls. 240-241, Cuaderno Principal).

El proveído anterior fue adicionado mediante providencia de veintidós (22) de noviembre del mismo año, en el cual se lee:

" ADICIONASE la sentencia de fecha julio 26 del año en curso (1990), proferida por esta Sección, por medio de la cual se declaró a la NACION-Ministerio de Defensa-, responsable de la totalidad de los daños y perjuicios

ocasionados a la doctora ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, a causa de las lesiones y consiguientes secuelas invalidantes, en hechos ocurridos el día 15 de marzo de 1985 en la Inspección Municipal de Policía del corregimiento de San Antonio de Prado, Municipio de Medellín , en el sentido de *condenar también a la entidad pública a pagar a los hermanos de la demandante, señores BERNARDO Y CARMEN DE SAN FRANCISCO LONDOÑO MARTINEZ,* la cantidad en moneda nacional equivalente a doscientos (200) gramos de oro para cada uno, según certificación del Banco de la República, para la fecha de ejecutoria de la sentencia". (fl. 244, Cuaderno Principal).

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

"Los señores ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, JORGE LONDOÑO ARANGO, EDGAR TARSICIO y MARIA TERESITA DEL PILAR ACEVEDO LONDOÑO, mayores de edad y vecinos de Medellín; GLORIA ROSA DE MARIA AUXILIADORA ACEVEDO DE ALVAREZ, BERNARDO LONDOÑO MARTINEZ y CARMEN LONDOÑO DE ROJAS, por medio de apoderado idóneo y en ejercicio de la acción de reparación directa, instauraron demanda en contra de LA NACION, en la cual solicitan se declare a la Nación responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados " a los demandantes con el lesionamiento y consiguientes secuelas invalidantes a la doctora ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, a manos del agente de la Policía Nacional, Hernán Darío Franco, el 15 de marzo de 1985, en la Inspección Municipal de Policía del corregimiento de San Antonio de Prado, en el municipio de Medellín". Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la NACION a pagar a todos los demandantes por concepto de daños morales con el equivalente en pesos a la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, para cada uno, y por concepto de perjuicios materiales, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, las sumas que resulten probadas en el expediente, o en caso de no haber bases suficientes para su determinación, serán fijados en cuatro mil gramos de oro-fino conforme con los arts. 8° de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal. Finalmente que La Nación dará cumplimiento a este fallo en los términos de los arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.

" Como fundamento de sus pretensiones, expone en síntesis, los siguientes hechos ;

" 1. Qué en las horas de la tarde del día viernes 15 de marzo de 1985, el Agente de la Policía Nacional Hernán Darío Franco, dio muerte en el interior de la Inspección de Policía del corregimiento de San Antonio de Prado a la secretaria del despacho, Bertha del Socorro Fajardo, al citador Gabriel Arcángel Bustamante y lesionó de 7 balazos al Inspectora, doctora ROSA NELLY LONDOÑO.

" 2. Que el hecho se cometió con arma de dotación oficial "empleable siempre en defensa, pero nunca en contra de los residentes en el país...empleada innecesariamente, contra representantes de la autoridad..."

" 3. " Que el accidente sufrido por la doctora ROSA NELLY LONDOÑO, le ocasionó fractura múltiples del fémur izquierdo que la tuvieron totalmente incapacitada para trabajar durante más de un año, y le han dejado como secuela permanente una incapacidad parcial para trabajar del 50% ...

" CONSIDERACIONES DE LA SALA

" 1. El debate tiende a esclarecer las circunstancias en que resultó herida la Inspectora de Policía Nº 14 del Municipio de Medellín, en hechos ocurridos en la fracción de San Antonio de Prado del mismo distrito, el 15 de marzo de 1985 y por lo cual se solicita se declare configurada la responabilidad extracontractual de la Nación- Ministerio de Defensa Policía Nacional-, y se le condene a indemnizar a la funcionaria y a sus parientes y por los perjuicios materiales y morales ocasionados por el hecho.

" 2. Para pregonar la responsabilidd extracontractual de la administración como se pretende en el evento *sub-júdice,* se requiere que se configuren tres elementos: una falta o falla en la prestación del servicio a cargo de la entidad pública; un resultado dañoso y una relación de causalidad entre los elementos anteriores.

" 3. Para constatar si se dan tales requisitos es preciso examinar la prueba existente en el proceso, (en el proceso) (sic) en especial las declaraciones de los testigos presenciales.

" 3.1. El señor MAURICIO DE JESUS GONZALEZ LOPEZ (fls.117 y ss.), relata que laboró como Oficial de exhortos en la Inspección de Policía de San Antonio de Prado, bajo la dependencia de la Dra. Londoño de Martínez en la época del suceso, quien relata en los siguientes términos: "Siendo aproximadamente las 3 y 45 del día quince de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, encontrándonos laborando normalmente la doctora Rosa Nelly Londoño Martínez, como Inspectora de ese corregimiento, el señor Gabriel Bustamante como Citador de ese Despacho, don Oscar Osorio como Secretario, Bertha Fajardo como Secretario y mi persona como Oficial de exhortos, en la hora dicha anteriormente la doctora Rosa Nelly me manifestó que porque no le buscaba en el archivo el cual quedaba en la misma dependencia donde se encontraba el Puesto de Policía y que le buscara un oficio que requería con urgencia, salí del Despacho y me dirigí hacia el Puesto de Policía, en la puerta de éste se encontraba como Centinela el Agente Franco, el cual le manifesté que me permitiera el acceso a dicho establecimiento a lo cual accedió, entré y procedí a abrir la puerta del archivo, al instante escuché tres impactos de bala procediéndome a tirar al suelo, más luego siguió otros impactos de bala, quedando luego todo en silencio, me levanté y me

dirigí hacia la oficina, la cual se encontraba cerrada, procedí a empujar la puerta, la oficina estaba completamente invadida de humo, procedí a dirigirme hacia la oficina de la doctora Rosa Nelly, de donde provenían los quejidos encontrando en la entrada de la puerta un cadáver en medio de un charco de sangre el cual pertenecía a la Secretaría Bertha Fajardo, la doctora me manisfestó que Bertha estaba muerta que le colaborara a don Gabriel que estaba herido, procedí a ello cargándolo y luego lo subí a la Patrulla, la cual se dirigió con él al Centro de Salud que queda a una cuadra de la oficina o del despacho, luego me volví hacia el Despacho donde se encontraba la doctora Rosa Nelly la cual me manifestó que no la cargara porque estaba muy mal herida, que fuera por la camilla para levantarla en ella, lo cual procedí a ir por la camilla a la Unidad Intermedia y en asocio de otros compañeros la trasladamos a ese Centro...". Aunque dice que le es imposible afirmar quien hizo los disparos, por información de un compañero, Oscar Osorio, se enteró que fue un agente de Policía adscrito al despacho, quien luego se suicidó. "...Antes de sucedersen los hechos y en el momento en que yo ingresé al Comando de Policía el Agente que estaba de Centinela fue según se cree el autor de los hechos y al cual yo saludé, el cual se encontraba en servicio, uniformado y con su respectiva arma de dotación, y después de sucedidos los hechos cuando yo ingresé al Despacho estaba con la misma vestimenta que manifesté antes e igualmente con su armamento...". Y más adelante: "Cuando yo me levanté y me dirigí hacia la oficina en la ventana de acceso a la calle se encontraba otro Agente de la Policía, el cual no recuerdo el nombre, manifestándome éste que no -entrara al Despacho que me iban a matar, que el compañero de él se había enloquecido a lo cual yo procedí a abrir la puerta entrándome al Despacho...". Que cuando ingresó a la Inspección en la puerta de acceso " a la oficina de la doctora Rosa Nelly se encontraba el cadáver de Bertha Fajardo, diagonal donde se unen los dos muros de dicha edificación se encontraba el cadáver del Agente, al frente se encontraba la doctora Rosa Nelly herida y en el centro se encontraba el citador herido y Oscar Osorio no lo ví...". También dice que el agente portaba una escopeta marca Wisther, un revólver 38, creo que era marca smith".

" 3.2. OSCAR DE JESUS OSORIO OSSA (fls.131 y ss.). en aquellos días empleado de la Inspección de Policía, rindió su testimonio, agobiado por los temores según se infiere de sus dichos; cuenta que tenía diarias relaciones con el agente homicida, con quien departía frecuentemente y con minuciosidad hace el siguiente relato de la tragedia: "Antecitos de faltando veinte minutos para las dos, estaba conversando yo con el agente homicida y otra compañera, dialogamos al pie de la moto que él tenía y se me grabó que el cogió la moto, la prendió se fue hasta la farmacia que quedaba diagonal de la inspección a una distancia de 100 mts., tuvo una demora de unos dos minutos y regreso nuevamente a donde estábamos, digo se me grabó porque unos perros que recogieron en ese comando salió detrás del Agente que iba montado en la moto y regresó el perrito también detras, dije yo estos animales si son agradecidos, en ese momento llegó la patrulla, ya venían en ella la doctora Rosa Nelly Martínez, llegaba Bertha Fajardo, llegaba Mauricio y el chofer,

pero antecitos había un llamado de que estaban varados en Itagüí, ya en el transcurso de faltando veinte minutos para las dos, tipo tres y veinte de la tarde se produjo la tragedía de la siguiente manera: Rosa Nelly estaba en la oficina de ella conversando con don Gabriel y con John Jairo, en la parte de afuera estábamos Bertha mi compañera, Mauricio como Oficial Mayor y yo como Secretario. Rosa Nelly le gritó a Mauricio, Mauricio trasládese al archivo del Comando y búsqueme el oficio de horas de extras que yo envié para que le pagaran a John Jairo, Mauricio acató la orden y se fue inmediatamente a buscar el oficio. Detrás de Mauricio se vino John Jairo que estaba con ella al dar la vueltecita en la puerta y entrar al Zaguán del Comando, una puerta de vidrio grande que se ve perfectamente bien la persona, cuando ellos entraban el Agente salía, Bertha estaba atendiendo a dos señores y yo estaba atendiendo a otro señor, entró el agente y le dijo a Bertha a una distancia de 1 metro, parece que la voy a matar, Bertha le respondió, vé éste, fue que se me embobó, se paró y trató de meterse a la oficina de la doctora Rosa Nelly, en ese instante le soltó un tiro de la carabina, se lo pegó en este costado acá (señala el derecho) dobló y cayó al suelo en medio de las dos oficinas, el tipo voltea y me mira a mí, la distancia de nosotros dos era de dos metros y medio, ordena a los señores que estábamos atendiendo de que se salieran o que si no los mataban, cuando él ordenó que se salieran yo me metí debajo del escritorio, cerró la puerta, porque yo alcancé a ver cuando la cerró también, entonces ya a puerta cerrada la doctora Rosa Nelly y don Gabriel que estaban adentro gritaban qué pasó, qué sucede, entonces, lo más seguro que llevaron a ese tipo hasta allá, los gritos lo arrastraron hasta allá, yo ya me quedé quietecito debajo de mi escritorio, no alcanzaba sino a oir las detonaciones y esperaba que llegara el Agente a que me matará, llegó el momento en que se acabó el abaleo, de pronto sentí que abrieron la puerta, cuando alcancé a oír la voz de Mauricio del Oficial Mayor y dijo Dios mío, qué pasó, aquí yo pensé por dentro ya pasó el peligro y salí, cuando yo salí ví que él iba a coger a Bertha y le dije: a Bertha no la coja porque ella murió en el acto, instantáneamente murió, debemos de auxiliar los que están en la otra oficina pidiendo auxilio, alcanzaba a apreciar las voces de don Gabriel y la doctora Rosa Nelly, ya entramos en ese momento hizo aparición John Jairo el chofer de la patrulla, entre los dos se llevaron a la Doctora Rosa Nelly a don Gabriel para el centro de salud, y yo me quedé a puerta cerrada cuidando algún saqueo de la oficina, no abrí hasta que no llegaron los jefes inamediatos..." También precisa que el agente se encontraba uniformado e hizo los disparos con la carabina. Que los particulares que se hallaban en el despacho cuando se presentó el agente, "salieron corriendo y entiendo por comentarios que uno de ellos se desmayó...". Que al parecer en días anteriores se había presentado una denuncia "por extorsión contra el agente, ahí creo que nació el problema, problema que nosotros éramos inocentes y no teníamos Mauricio y yo conocimiento de eso..."

" 3.3. Por último, JOHN JAIRO CORREA CASTRILLON, conductor del carro del municipio destinado al servicio de la Inspección del Corregimiento de San Antonio de Prado el 15 de marzo de 1985, recuerda que la Doctora Londoño Martínez lo envío con Mauricio González a buscar un oficio para

remitirlo a la Secretaría de Bomberos, al archivo y en ese momento entraba don Gabriel con una caja pequeña porque era el citador y me dijo John Jairo yo sé donde está eso guardado, venga vamos y yo se lo ayudo a buscar, él continúo su recorrido y siguió para donde la doctora, a dialogar con ella, cuando nosotros Mauricio y yo salimos para pasar el puesto de Policía, o sea donde está el archivo, se encontraba el Policía parado en la puerta como un y corriente (sic) y lo saludé, lo palmotié en el hombro y le dije como está y me dijo que bien, le dije eso me alegra y continuamos al archivo. Estando allí buscando el oficio sentimos una balacera, yo cogí a Mauricio le dije esto se lo tomó la guerrilla, escondete, escondete, los Policías que se encontraban dentro del puesto no sabían que hacer, si esconderse, correr llamar a Itaguí, pedir refuerzos, no sabían que hacer. Cuando todo pasó Mauricio y yo salimos a ver que pasaba, pues era lógico que ya nos imaginabamos que era la Inspección, porque la Inspección y el Puesto de Policía quedaba puerta con puerta, cuando salíamos yo ví un policía que miraba por la ventana que da al puesto de Policía, o sea, la ventana divide el corredor del puesto y la inspección y la puerta estaba cerrada, pero la empujamos y se abrió porque esa puerta estaba muy dura para cerrar. Abrimos la puerta y cuando nosotros vimos la Secretaria, o sea a Bertha tirada en el suelo, yo le dije a Mauricio voy a ir por un médico y una camilla, corrí hasta cierta parte, porque como a una cuadra queda la unidad médica intermedia del corregimiento y más o menos desde cierto punto grité que necesariamente una camilla y un médico para que prestara unos primeros auxilios, de inmediato me devolví y entré a la Inspección de nuevo, y cuando entré ví que Mauricio salía con el Secretario muy mal herido, le ayudé a Mauricio a coger a don Gabriel, el cual lo tomé por la cintura, lo monté a la patrulla que se encontraba al frente de la Inspección y en la patrulla lo transladé a la Unidad Intermedia, cuando yo me monté al vehículo, don Gabriel me decía John Jairo, Jonh Jairo, no me dejés morir, yo le respondía tranquilo don Gabriel no te vas morir y lo acosté, tirándolo hacia el lado derecho, inclusive yendo ya para la unidad intermedia, el clos se me resvalaba porque salí con un pedazo de carne, no se de quien si de la secretaria o de don Gabriel que había cogido en los pies, lo llevé y lo descargué en la Unidad Intermedia de San Antonio, reversé la patrulla y me devolví de nuevo a la inspección a acabara (sic) de recoger los heridos, porque al principío creí que Bertha se hallaba con vida, entré y oí la doctora que se quejaba, ella estaba detrás de su escritorio en el suelo la cual la recogí, la cual decía John Jairo, John Jairo, no me dejés morir, me mataron, la recogimos porque ella misma pidió una camilla de la inspección y la trasladamos a la Unidad Intermedia del mismo corregimiento, o sea, a donde habíamos transladado a don Gabriel. Inmediatamente me devolví a mirar el estado de Bertha, pues le tomé el pulso, le miré la pupila, entonces ya se pidió al Inspector para que hiciera los levantamientos porque ya de eso tenía conocimiento la CAN (sic) en Secretaría de gobierno, la Doctora Rosa Nelly como que tuvo tiempo de avisar a la Secretaría de Gobierno o yo no sé, ella hizo una llamada, le contestaron y subió todo el mundo, el policía se encontraba allá sobre la pared, en el rincón, con el arma y el revólver, muerto también. Inmediatamente, después de volver a bajar a la Unidad Intermedia,

ofrecí los servicios para trasladar a los heridos a la Clínica del El Rosario, a la cual tenemos derecho nosotros los empleados..." (Fls.139 a 141).

" Por las versiones anteriores se sabe plenamente y corroboran las anotaciones de los libros Minuta de Información, Minuta de Población y Minuta de Poligramas de la Sub-estación de Policía (fls. 56, 57, 58 y 59) y el informe del comandante de la Sub-estación de Policía de San Antonio de Prado (fls. 81 y 82), que el agente de la Polícia Nacional Hernán Darío Franco González, aproximadamente a las 3: 30 P.M. del 15 de marzo de 1985, encontrándose en servicio, súbitamente se presentó en las Oficinas de la Inspección de Policía del Corregimiento de San Antonio de Prado e hizo uso en repetidas oportunidades de arma de fuego que portaba y con ella propinó impactos de bala a la Inspectora ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, causándole diversas heridas de gravedad, e igualmente a otros funcionarios de la dependencia de nombres Bertha del Socorro Fajardo Arango y Gabriel Bustamante, quienes fallecieron.

" El agente agresor empleó una escopeta Winchester, calibre 12 de dotación oficial y un revólver Smith (fl.82), de la misma procedencia, quien se suicidió después de cometer el grave atropello.

" 4. Al cometer estos mismos hechos en el fallo que decidió la acción indemnizatoria formulada por parientes de las dos personas fallecidas, Bertha Franco y Gabriel Arcángel Bustamante, esta Sección con ponencia del Magistrado Humberto Cárdenas formuló los siguientes comentarios :

" 3.3. Cuál fué el móvil que indujo al Policía Franco a cometer tan execrable acción?

No hay en los autos un elemento de convicción que establezca ese móvil en la solidez y la seriedad requerida en estas materias. El dicho de la Inspectora Rosa Nelly Londoño, que escucharon directamente de sus labios Oscar de Jesús Osorio y Mauricio González, sólo da a entender, que el agente estaba molesto por una denuncia en su contra, que la mencionada inspectora había recibido personalmente antes que los hechos. Lo real es que ninguna denuncia, por grave que sea, puede impulsar normalmente a nadie a cometer una matanza de estas proporciones y que necesariamente tenía que yacer algo más (recóndito y profundo) en el alma y el cuerpo del polícia. Obsérvese que el primer disparo lo hizo a Bertha Fajardo, quien no laboraba en la inspección en la época en que se recibió la denuncia y que otras de sus víctimas fue el citador Gabriel Arcángel Bustamante, quien es ajeno a la conducción de los informativos y procesos que cursan en una inspección de estas.

" 3.4. Los testigos anteriores pregonan también que el agente Franco estaba de servicio y se encontraba uniformado y con el arma oficial, en el momento de los hechos. Uno de ellos, Oscar Osorio, insistió en que varias veces tomó tinto con el homicida y que éste le alcanzó a decir que se enloquecía en épocas

de eclipse : " lo malo es que cuando hay eclipse yo me enloco. . . ", lo manifestó. He ahí otro elemento de juicio que permite avizorar apenas, el extraño siquismo de Hernán Darío Franco.

" 4. Ha quedado, pues, demostrado que el agente de policía entró a las dependencias de la inspección y, sin que mediara la más mínima provocación de los que allí trabajan, disparó primero a Bertha Fajardo, quien murió instantanemente, atacó luego, dotado de fusil y revólver, a Gabriel Arcángel Bustamante, quien esperaba tranquilamente al pié del escritorio de su jefe y falleció horas después en el hospital de la población. Una conducta de estas implica , obviamente, que la Nación, a cuyo cargo está la actividad de policía- ha incurrido en una falla del servicio que compromete su responsabilidad". (Sentencia de febrero19/88, Dtes Margarita María Ramírez y Otros, Ddo: La Nación - Mindefensa- Rdos : 20.036 y 19.882 Acumulados).

" 5. Para el caso se hace oportuno transcribir las importantes precisiones jurisprudenciales de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Del H. Consejo de Estado, en torno al régimen de la falla del servicio presunta en los eventos en los cuales los perjuicios han sido causados con arma de dotación oficial.

" 1. La aplicación de la regla ACTORI INCUMBIT PROBATIO se entendía respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante sino que *onus pronbandi* 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 sólamente la existencia de un perjuicio, que debe guardar relación de causalidad con la utlización 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 solo exonera al actor del aporte de la prueba de la falta, no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es pues, un régimen el cual la falla del servicio sí está presente, lo que implica que se excluye, por definición toda aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva.

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

" 4. En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para que ello sea así el Juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y

diligente, que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya. Ello es apenas obvio, en la medida en que, como lo ha dicho la Sala " pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas (sentencia de 27 de abril de 1989, precitada), debiendo por tanto, acreditar la causación del perjuicio, para dar por establecida la ausencia de falta de la administración.

" 5. El hecho o la culpa de la víctima, al igual que en todo los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa, según el caso, la responsabilidad estatal.

" En efecto dicha causal implica que el hecho causante del daño no es imputable al ente demandado, sino que, por el contrario, lo es a un comportamiento de la víctima. Sin embargo, estima la Sala oportuno recordar que no puede fundirse para dicho efecto el nexo de causalidad con el de simultaneidad. Bien es sabido que en múltiples ocasiones puede ocurrir que simultáneamente al hecho causante del perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva la exoneración de la administración. Precisamente por cuanto la administración esta 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.

" 6. El hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose claramente la ruptura de la relación causal.

" 7. La fuerza mayor exonera igualmente a la administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna, y ello porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la administración, sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuestamente causó el perjuicio.

" 8. El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna jus-administrativa de *causa desconocida,* no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios. Al decir del profesor Paul Amselek, "todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio" *(citado por F. Lorens-Fraysee, "la presomtion de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, L.G.D.J. Paris 1985 p.147),* puesto, que precisamente, la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo

produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea la circunstancia exactas en las que advino el perjuicio.

" Estima la Sala, de acuerdo con el profesor Amselek, que en el evento de presentarse un caso fortuito, en su acepción ya dicha, es a la administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa, y que consiste en determinar a priori, y dada la peligrosidad de las armas, que un perjuicio causado con la utilización de una de ellas, se debe a falla del servicio". *(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo. Dte. Jorge Arturo Herrera Velásquez. Ddo. La Nación. Exp. 2852).*

" 6. Al estar acreditada de manera suficiente la responsabilidad por falta en el servicio de la Nación en las lesiones que padeció la codemandante Rosa Nelly Londoño Martínez, solo resta entrar a establecer los perjuicios materiales y morales que deben indemnizarse a ella y a los demás actores, sus parientes mas cercanos.

" 6.1. A la abogada *ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ :*

" a título de indemnización por perjuicios morales sufridos a raíz de las graves lesiones que padeció a consecuencia del proceder del agente de la Policía Nacional, se le conocerá el equivalente en pesos para la fecha de ejecutoria de esta sentencia de 1.000 gramos de oro según certificación que expida el Banco de la República; a su señor padre JORGE LONDOÑO y a sus hijos EDGAR TARSICIO DE SAN PIO ACEVEDO LONDOÑO, MARIA TERESITA DEL PILAR *ACEVEDO LONDOÑO ARANGO Y GLORIA ROSA DE MARIA* AUXILIADORA ACEVEDO LONDOÑO, el equivalente en pesos, para cada uno de 500 gramos de oro, y según certificación del Banco de la República para la fecha de ejecutoria del fallo; y a sus hermanos BERNARDO y CARMEN DE SAN FRANCISCO LONDOÑO MARTINEZ, para cada uno el equivalente en moneda nacional establecido de igual manera de 200 gramos de oro, teniendo en cuenta el notorio afecto que éstos prohijaban a su hermana lesionada.

" 6.2. En relación con los perjuicios materiales que por daño emergente y lucro cesante reclama le sean indemnizados, se descarta lo correspondiente al daño emergente, porque éste fué satisfecho por el municipio de Medellín, entidad pública a la cual prestaba sus servicios, como consta en la certificación obrante a fls. 124 y 125.

" 6.3. No ocurre lo mismo con la indemnización por lucro cesante, ya que está probado mediante el dictamen del médico del Trabajo (fls.145) que a la señora Londoño Martínez como secuelas definitivas de las heridas le quedó una incapacidad permanente parcial y una merma laboral genérica de un 35% que aunque no produce una incapacidad laboral especifica para el desempeño de la profesión de abogado, sin embargo, como es lógico tiene una repercusión desfavorable sobre su rendimiento y que de acuerdo con el art. 209 del Código Sustantivo del Trabajo

modificado por el art. 1° del Decreto 776 de 1987, tanto originariamente como ahora con la reforma, le dá derecho a una indemnización equivalente a 7 meses de salario, que de acuerdo con la certificación expedida por el municipio de Medellín (fls.124), en la fecha en que ocurrieron los hechos devengaba $58.544.05 mensuales, equivale a $409.808.35, valor que deberá ser actualizado conforme al incremento del Indice de Precios al Consumidor certificado por el DANE entre el 15 de marzo de 1985 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, mediante posterior incidente liquidatorio, según lo establecido en el art. 172 del C.C.A.

" 7. No accederá a las demás pretensiones de la demanda". (fls 224-239, Cuaderno Principal.)

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 248 y siguientes del Cuaderno N° 1. obra el escrito en que el procurador judicial de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente temperamento :

" 1. En la demanda que dio origen a este proceso se solicitó condenar a la NACION a pagar a la demandante ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ "el daño emergente y el lucro cesante que resulten de las bases probadas en el expediente, debídamente actualizado su valor en la fecha de la sentencia.". En el mismo libelo se estimó " en diez millones de pesos de la fecha, la suma de los daños y perjuicios materiales causados a la demandante, en pesos de valor constante..."

" 2. En la sentencia que se impugna se dice respecto de tal pretensión: "...Los perjuicios materiales que por daño emergente y lucro cesante reclama le sean indemnizados, se descarta lo correspondiente el daño emergente, porque este fue satisfecho por el Municipio de Medellín, entidad pública a la cual prestaba sus servicios...No ocurre lo mismo con la indemnización por lucro cesante, ya que...le quedó una incapacidad permanente parcial y una merma laboral genérica de un 35%...que de acuerdo con el artículo 209 del Código Sustantivo del Trabajo. . . le da derecho a indemnización equivalente a siete meses de salario. . .".

" 3. Tal razonamiento adolece de dos defectos sustanciales :

" a. En cuanto al daño emergente, El Consejo de Estado ha reiterado en múltiples oportunidades que la causa para pedir en acciones como la intentada aquí, es distinta a la que genera obligaciones como la que tenía el Municipio de Medellín con respecto a la doctora LONDOÑO MARTINEZ, de ahí que mal pueda afirmarse que el perjuicio material de daño emergente ya fue satisfecho, cuando lo cierto es que la NACION COLOMBIANA es la llamada a cubrir tal indemnización, independientemente del pago hecho por el Municipio de Medellín.

" b. Respecto del lucro cesante, valga recordar que tal perjuicio sólo se satisface debídamente cuando se cubre por completo todo el período de vida

probable (supervivencia) de la víctima, y en el porcentaje equivalente a la disminución de su capacidad laboral, cuestión que ciertamente no se reconoció en la decisión recurrida.

" Con fundamento en lo someramente expuesto, respetuosamente solicito al Honorable Consejo de Estado REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la NACION al pago de los perjuicios materiales de daño emergente y lucro cesante (consolidado y futuro) en la forma pedida en el libelo fundamental ". (Fls. 248-250).

III.

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, *OBSERVA :*

" La Fiscalía con base en el análisis evaluativo efectuado a las piezas procesales que conforman el expediente, conceptúa:

" La existencia de la falla del servicio se halla probatoriamente acreditada. Las pruebas demuestran que el uniformado se hallaba en ejercicio de funciones inherentes a la prestación del servicio, cuando entró a la dependencia donde funcionaba la Inspección de Policía y sin mediar provocación o causa que lo justificara, atacó con un arma de dotación oficial - escopeta Winchester calibre 12-, a los empleados del despacho entre éstos a la titular del mismo doctora ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, comprometiéndose de esta forma la responsabilidad estatal, por incuestionable falla del servicio de Policía.

" A idéntica conclusión llegó el Tribunal de Antioquia dentro del proceso que originó la demanda de reparación directa instaurada por los familiares de los empleados de la *Inspección de Policía en referencia,* que perecieron a consecuencia de los mismos hechos, segun consta en fotocopia auténtica de dicho fallo, visible a folios 206 a 221.

" En cuanto al reconocimiento por perjuicios morales decretado por el Tribunal a favor de los actores, incluídos los hermanos de la doctora LONDOÑO MARTINEZ, este último aspecto, objeto de apelación por parte del apoderado de la Nación, se identifica la Fiscalía con dicha decisión pues como ya en anteriores conceptos este Despacho lo ha expresado, los vínculos de consaguinidad fraterna debídamente acreditados dentro del proceso, por sí solos hacen presumir que la pérdida del ser querido, concretamente un hermano, produce en los que le sobreviven aflicción y tristeza, debiendo por tanto reconocérseles el derecho que tienen a que se les indemnice por el perjuicio moral ocasionado.

" En cuanto atañe a los puntos materia de apelación por el apoderado de los actores, relacionados con el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por daño emergente consolidado y futuro, a la doctora LONDOÑO, se advierte que sus argumentos carecen de validez para que se acceda a su reconocimiento en la forma por él solicitado. "Veamos" :

" Del daño emergente cabe precisar que la finalidad de tal figura jurídica es la de resarcir al perjuicio con un daño, de los gastos o erogaciones que a consecuencia del mismo se le hubieren ocasionado y que contribuyen a menguar su patrimonio económico. En el evento que nos ocupa, los gastos por dicho concepto fueron los de hospitalización, medicamentos, tratamiento durante la convalecencia, etc., los que cubrió en su totalidad el Municipio de Medellín según constancia obrante a folios 124 y 125 y que en modo alguno, al ya haber sido sufragados, pueden ni deben ser objeto de petición resarcitoria alguna, pues de accederse a tal pedimento se estará incurriendo en un doble pago, o pago de lo no debido.

" El otro aspecto de objeción por el apelante, relativo al reconocimiento de lucro cesante equivalente a la cobertura total del período calculado de supervivencia de la doctora LONDOÑO, en el porcentaje proporcional a la disminución de su capacidad laboral, advierte la Fiscalía que a tal pedimento no es viable acceder, toda vez que lo decidido por el Tribunal es acertado. La afectada doctora ROSA NELLY LONDOÑO ciertamente sufrió una lesión que le reportó una incapacidad física permanente parcial equivalente a la merma de su capacidad total, que en realidad le genera, una disminución de sus aptitudes físicas, mas no intelectuales, que le impidan desempeñarse laboralmente de acuerdo a su profesión, que es la del Derecho. Prueba de ello es que ésta continuó en el cargo que para la época del insuceso desempeñaba y que, en la actualidad labora como Abogada Auxiliar en el Departamento Administrativo de la Secretaría de Gobierno del Departamento, con una asignación mensual superior a la devengada para la época de ocurrencia de los hechos materia de demanda.

"La constancia visible a folios 124 y 125, permite establecer que a la afectada le fueron cancelados los sueldos, primas y demás emolumentos salariales a que tenía derecho, por el tiempo de su incapacidad y se reintegró a sus labores en noviembre de 1985, no existiendo interrupción en el desempeño del cargo por ella desempeñado.

" Por tanto, entendiendose por lucro cesante, la falta de rendimiento o productividad originada a consecuencia de los hechos daños (sic) lo que en el caso *subjudice* no puede predicarse, como ya se expueso no es posible acceder a lo solicitado por el apoderado de la actora, siendo por tanto procedente la liquidación dispuesta por el Tribunal por concepto de indemnización, de conformidad con el C.S. del T. art. 209 y el Decreto 776 de 1987, modificatorio del mismo, tal como se consignó en el fallo apelado.

" Se deja en los anteriores términos rendido el concepto solicitado, siendo lo procedente que se confirme la sentencia impugnada. (Fls267-270, Cuaderno Principal).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia apelada será modificada heciéndole algunos ajustes de carácter económico, pués en ella se hace una seria, ponderada y justa valoración de todas las circunstancias particulares del caso, lo que permite concluír que ella se ajusta a la ley y al derecho.

La falla del servicio quedó, en el *sub-lite* debídamente demostrado. Fuera de la prueba testimonial que apreció el fallador de instancia, el *ad-quem* destaca el universo que tiene el informe rendido por el Comandante de la Subestación Prado al Comandante de la Cuarta Estación de Policía, el día quince (15) de Marzo de 1985 (C.1, fol. 81), en el cual se discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento :

" Comedidamente me permito informar a mi CT, que el día 150385 a eso de las 15:45 horas en el Corregimiento San Antonio de Prado, Cra 9 entre calles 10 y 11, Local que ocupa la Inspección 19, de esta localidad, fueron muertos con arma de fuego las siguientes personas:

...También resultó lesionada la Señora ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, de 46 años, casada, hija de Jorge y Carmelina, natural de Abejorral ANT y residente en Medellín, Abogada e inspectora 19 Municipal...recibió las siguientes lesiones: 1 herida en el brazo derecho, dos fracturas en el fémur muslo izquierdo, tres heridas en el Hipogastrio, su estado era grave y fue trasladada al (sic) unidad intermedia de la localidad y posteriormente a la Clínica del Rosario.

Después de causar estas muertes y estas lesiones el AG. FRANCO GONZALEZHERNAN DARIO, de 23 años, soltero...con placa policial N° 26986; se suicidó... *El armamento que el AG. utilizó para esto fue el revólber SMITH WESSON, N° 2075551de dotación oficial, el cual se econtraba con seis cartuchos, quemando en el caso solo tres de ellos, como también utilizó una ESCOPETA WINCHESTER Cal. 12 N° 980441 de dotación oficial, la cual tenía seis cartuchos quemando en el caso cinco de ellos. . .* "

A todo lo anterior se agrega que esta misma Sala, en sentencia de cuatro (4) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), Expediente N° 5351, Actor : MARGARITA MARIA RAMIREZ Y OTROS, Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, al hacer la valoración de los mismos que ahora se estudian dió por probada la falla del servicio al razonar dentro del siguiente perfil:

" Dadas las circunstancias en que se produjeron las muertes de las personas que sirvan de fuente a las pretensiones procesales acumuladas, para la Sala no existe duda alguna de que existió falla en la prestación del servicio. Efectivamente, las autoridades de policía están instituídas y son dotados de armas precisamente para proteger la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia. Si uno de sus agentes utiliza las armas que le fueron suministradas para quitar la vida a personas sin que exista la más mínima causal de justificación, el Estado está incumpliendo los fines básicos para los cuales fue creado y debe indemnizar los perjuicios ocasionados por uno de sus agentes, en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

" Pero, además, también está plenamente probado dentro de los procesos que las instalaciones de funcionamiento de la Inspección de Policía donde sucedieron los hechos, se encuentra próximo al cuartel de la Policía del mismo corregimiento y que, a pesar de ello, los compañeros del victimario no llevaron a cabo acción alguna para evitar lo que estaba sucediendo "...escuchamos unas detonaciones; al momento nos tiramos al suelo y los Agentes que se encontraban en ese lugar o Comando salieron despavoridos hacia la parte de atrás; luego de esto yo me levante y salí a la calle encontrándome a un agente que el apellido es USMAN pudiéndome equivocar, el cual me manisfestó que no entrara, que el compañero de él se había enloquecido y que estaba matando a todo el mundo..." narra el testigo Mauricio de Jesús González López (fol. 73 cuad. 2) empleado de la Inspección.

" Existió, entonces, también la falla en la prestación del servicio por omisión e ineficacia por parte de la policía nacional al no realizar ninguna actividad en procura de evitar la conducta del agente homicida".

" Se encuentra así fehacientemente demostrado el primer elemento estructural de la responsabilidad de la administración."

" B) El *ad-quem* patrocina el universo de la condena, que el sentenciador de instancia hizo en favor de ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, JORGE LONDOÑO ARANGO, EDGAR TARCISIO DE SAN PIO ACEVEDO LONDOÑO, MARIA DEL PILAR ACEVEDO LONDOÑO, GLORIA ROSA DE MARIA AUXILIADORA ACEVEDO LONDOÑO, BERNARDO Y CARMEN DE SAN FRANCISCO LONDOÑO MARTINEZ, pues la encuentra ajustada a la lógica de lo razonable y a las pautas fijadas por la Corporaciónn sobre la materia.

" C) La Sala revocará la sentencia, en cuanto denegó el pago del daño emergente, por la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS ($296.335.oo), pués encuentra que el pago que por tal monto hizo el Municipío de Medellín (C.1, fol 124), tiene una causa o título que no importa una reparación o indemnización del daño realmente irrogado. Siendo la Dra. ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, funcionará a su servicio, como Inspectora Municipal de Policía, la atención hospitalaria, ortopédica,

de fisioterapia y psiquiatría que le prestó, obedeció a una de las compensaciones que el Municipio debe otorgar a sus empleados en retribución de sus servicios, y que como lo enseña el Profesor Arturo Alessandri Rodríguez, "...las más de las veces contribuye a formar las del sueldo o de la remuneración del empleado o funcionario. Todo esto demuestra que no son propiamente una reparación del daño sufrido por la víctima" (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal. 1987, Tomo 11, pag 586.

El problema que se estudia es conocido en la doctrina con la denominación: CUMULO DE INDEMNIZACIONES es presentado por el jurista en antes citado, dentro del siguiente universo :

" Sucede, a menudo, que la víctima de un delito o causadelito, independientemente de la reparación que le debe su autor, recibe o tiene el derecho de exigir de terceras personas ajenas al delito o causadelito, y como consecuencia de él, una prestación pecuniaria en razón del daño que sufre. Ya es un funcionario Público o municipal que, por haber quedado inválido en actos del servicio por dolo o culpa de un tercero, tiene derecho a una pensión de invalidez; ya el dueño de un edificio incendiado o la víctima de un accidente corporal que recibe de la compañia de seguros la indemnización convenida en el contrato; ya los hijos o la viuda de la víctima a quien esa misma compañia paga el valor del seguro contratados sobre la vida del difunto; ya un accidentado a quien un tercero le hace una dádiva en vista de su desgracia o a quien una sociedad de socorros mutuos le proporciona lo necesario para su curación.

La víctima o sus herederos, según el caso, pueden acumular estas prestaciones con la indemnización a que está obligado el autor del delito o cuasidelito y recibir ambas íntegramente, o éste tiene el derecho de exigir que se imputen a aquélla, de modo que sólo pague la diferencia o se le declare exento de su obligación respecto de la víctima si esas prestaciones son iguales o superiores al daño?. En esto consiste el problema del CUMULO DE LAS INDEMNIZACIONES, que es uno de los más complejos y controvertidos y acerca del cual las opiniones están muy divididas" (Obra citada, pág, 580 y 581).

Dentro de la óptica que se deja precisada, se impone concluir, con la doctrina, que no es cierto que un delito o causadelito no pueda ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se dará, como ocurre en el caso en comento, cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento. Esta verdad jurídica explica bien el por qué en el SEGURO DE DAÑOS, como éste repara el causado, es inadmisible la ACUMULACION, mientras que en el de PERSONAS, como no tiene tal finalidad, ella si es posible y de recibo. Al comentar todos los aspectos relacionados con el pago de pensiones fiscales, municipales o pagadas por las Cajas de Previsión, el Profesor Alessandri, dentro de una perspectiva que hace suya la Sala, predica :

" Lo mismo cabe decir de las pensiones, gratificaciones o indemnizaciones pagadas por el Fisco, las Municipalidades o las Cajas de previsión a los empleados

o funcionarios públicos o municipales o a sus familiares en caso de invalidez o muerte, suponiendo que ésta o aquélla se deba a dolo o culpa de un tercero. Tales pensiones se pagan, de ordinario, con arreglo a una escala preestablecida, cualquiera que sea la causa del daño, y aunque éste no sea imputable a un tercero... El cúmulo es, por tanto, admisible: el autor del daño no puede pretender QUE EL MONTO DE LA PENSION SE REDUZCA DE LA INDEMNIZACION A QUE ESTA OBLIGADO..." (Subrayas de la Sala).

La condena por perjuicios materiales, en la modalidad de DAÑO EMERGENTE y por la suma ya indicada de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA y CINCO PESOS ($296.335.oo) se hace en concreto, pero ese monto histórico deberá actualizarse de acuerdo con los índices de precios al consumidor, certificados por el Dane, los cuales se deberan acompañar, a la cuenta de cobro. Para tal fin se tendra en cuenta el índice histórico nueve (9) de Abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985) (C.1, fol 122) y el que se registre para el momento en que quede ejecutoriado el presente fallo. Para tal fin se aplicará la siguiente fórmula:

$$Vp = vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

de donde vp, o valor presente o actualizado de la condena; vh. o valor histórico de la indemnización el 9 de abril de 1985, esto es, ($296.335.oo); ind f. o índice final de precios certificados por el Dane a la fecha de ejecutoria de este fallo, e ind. i. vigente en abril de 1985. Como lucro cesante se aplicará la tasa del 6% anual sobre el valor histórico, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

D) También se revocará el fallo en cuanto hizo un reconocimiento por lucro cesante limitado, esto es, por siete meses de salario, dejando de apreciar en todo su universo el dictamen rendido por el médico de la División Departamental de Seguridad Social de Antioquia, que obra al folio 145, en el cual y en lo pertinente, se lee :

" Al exámen presenta :

" 1- Cicatriz de entrada y salida del proyectil en región anterior del brazo derecho tercio superior, sin transcurso funcional.

" 2- Abdómen sin trastorno funcional debido a la herida por el proyectil en hipogastrio.

" 3- Miembro Inferior Izquierdo: Cicatriz de 37 Cmts. en la parte externa del muslo-cicatriz de 6 Cmts a nivel de cresta ilíaca (Toma de injerto) - Alargamiento de 1 cmt. de esta extremidad en relación con la derecha - Limitación en la flexión de la rodilla leve atrofia muscular por desuso a nivel del muslo.

" Estas lesiones se consideran secuelas definitivas de las heridas recibidas y producen en la señora Rosa Nelly Londoño M. una incapacidad permanente parcial y una merma en su capacidad laboral genérica de un treinta y dos por ciento- 32%.-

Las secuelas que presenta actualmente esta paciente no producen incapacidad laboral específica para desempeñar la profesión de Abogada."

En la materia que se estudia la Sala hace suya la perspectiva jurídica que el Dr. Javier Tamayo Jaramillo recoge en su obra De la Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial Temis, 1986, pag 364, en la cual enseña que la simple pérdida de la capacidad laboral, situación que se registra en el *sub-lite,* da lugar a indemnización, esto es, que la disminución de la capacidad física de la víctima debe ser tenida en cuenta para la evaluación del daño. En la citada obra se discurre dentro del siguiente temperamento.

" Lo reparable, pues, es la pérdida de la capacidad laboral del damnificado.

" Al respecto, ROGER DALGQ manifiesta :

" En realidad, calcular en todos los casos el perjuicio causado por una incapacidad de trabajo, en proporción exacta del ingreso profesional de la víctima, no es posible. Eso sería desconocer la necesidad de apreciar el perjuicio in concreto.

" El daño no consiste necesariamente en una pérdida de remuneración: no todas las incapacidades de trabajo tienen por consecuencia una pérdida de ingresos proporcional a la pérdida de la incapacidad. Ciertas incapacidades no acarrean pérdida de remuneración; otras pueden acarrear una en lo inmediato o en el futuro pero sin que por ello esta perdida en dinero guarde proporción exacta con la incapacidad.

" Inclusive, cuando no hay ninguna pérdida de remuneración, un daño material puede existir por el solo hecho de las lesiones físicas y deberá siempre ser evaluado teniendo en cuenta las repercusiones reales o probables, el esfuerzo suplementario de la víctima para poder cumplir el mismo trabajo, el riesgo de no poder hallar otro empleo en caso de que deba cambiar, la posibilidad de disponer anticipadamente de su organismo, etc. Ese perjuicio material debe ser evaluado e indemnizado. A ese respecto los ingresos de la víctima no constituyen pues el único factor de medida. No son más que un criterio de apreciación entre otros".

" En el mismo sentido se pronuncia MAX LE ROY, quien, al comentar la evolución jurisprudencial al respecto, expresa que la jurisprudencia " de todas formas se basa en el principio de que para la apreciación del perjuicio sufrido por un asalariado no importa que el accidente no tenga consecuencias directas sobre su salario; el mantenimiento de este último no podría ser tenido en

cuenta para negarle toda indemnización y que solo *la disminución de su capacidad física deber ser tenida en consideración en la evaluación del daño"* (Subrayas del texto).

" Lo transcrito es concordante con lo expuesto por nosotros en capítulos anteriores (*supra*, núm.30). En realidad, toda persona tiene derecho a disfrutar de la integridad personal que le permita tener la libertad real de escoger entre trabajar y no hacerlo y, decidiéndose por la afirmativa, poder optar entre una y otra profesión. Si estas facultades de trabajo se ven disminuídas el responsable deberá indemnizar, ya que si la víctima recibe oferta de trabajo deberá rechazarla a causa de su incapacidad , y, justamente, eso constituye un daño que ha de ser reparado."

Más adelante, agrega :

"...ocurre a menudo que la víctima, a pesar de su incapacidad fisiológica, puede seguir desempeñando su trabajo habitual y, por consiguiente sus ingresos no sufren ningún menoscabo.

Como sería absurdo negar indemnización argumentando que la víctima no ha sufrido pérdida patrimonial alguna, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que en tales circuntancias el monto indemnizable por lucro cesante se liquida teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad sufrido por aquélla. Así, si el lesionado sigue devengando su salario mensual de cien mil pesos pero sufre una incapacidad del 40%, entonces el monto indemnizable será de cuarenta mil pesos, sin consideración a que él esté recibiendo su salario habitual" (Obra citada, pág 372).

En la materia que se estudia es incuestionable que las distintas perspectivas de manejo jurídico se explican por la posición que el juez o magistrado tenga frente a la persona humana. Una visión materialista de ésta lleva a concluír que el hombre es solo un animal QUE PRODUCE, que se procura la subsistencia y cuya vida está determinada en gran medida por las fuerzas económicas. Transitando por este sendero bien puede predicarse que si fue lesionado en su integridad física, pero sigue produciendo, al ciento por ciento, en la profesión que ejerce, no hay lugar a indemnización sino por el período en que dejó de producir. Por el contrario, si se ve en el hombre a un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento, tiene que concluírse que la expresión más convincente de su superior naturaleza espiritual es LA LIBERTAD, esto es, que el hombre es hombre porque tiene libertad para obrar dentro del marco del destino. Por ello se enseña que es libre para deliberar, para tomar decisiones y para escoger entre varias alternativas. Asi se explica que quien hoy es abogado, mañana pueda dedicarse a las labores del agro o del comercio, libertad de elección que no puede quedar comprometida impunemente por los atentados hechos a la integridad física, esto es, sin que se indemnice, en todo su universo, el daño causado, cuando ese mundo de lal libertad queda total o parcialmente agotado.

Las consideraciones de naturaleza jurídica y filosofica que se dejan hechas son suficientes para condenar en abstracto al pago de lucro cesante, para lo cual se seguirán las siguientes pautas :

PRIMERA. Se tomara como salario mensual de la víctima. Señora Rosa Nelly Londoño, la suma de CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON CINCO CENTAVOS ($58.544.05), que era la que devengaba en el momento de ocurrir la tragedía.

SEGUNDA .Se tendrá en cuenta una incapacidad permanente parcial y una merma en su capacidad laboral genérica de treinta y dos por ciento (32%), según el dictamen del médico de la División Departamental de Seguridad Social de Antioquia (C.1fol.145).

TERCERA. Se indemnizará la anterior incapacidad, en el porcentaje ya anotado, esto es, DIECIOCHO MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($18.734.10), mensuales. Este monto deberá actualizarse, como se pidió en la demanda, con base en los I.P.C. certficados por el DANE, que se acercarán a los autos durante el trámite indicental, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula :

$$Ra = R \frac{\text{Indice final (el de la fecha de ejecutoria del fallo)}}{\text{Indice inicial (Marzo 15 de 1985)}}$$

Ra= valor que se busca

R= Treinta y dos por ciento (32%) de $58.544.05, esto es, ($18.734.10).

CUARTA : La liquidación se hará distinguiendo dos períodos, así : a) Uno vencido, consolidado o causado, que transcurre desde el momento en que la demandante ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ sufrió la lesión (Marzo 15 de 1985) y la fecha de ejecutoria de esta sentencia con aplicación de la siguiente fórmula :

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

Donde,

S= Suma o indemnización que se busca

Ra= Treinta y dos por ciento (32%) de cincuenta y ocho mil quinientos cuarenta y cuatro pesos con cinco centavos (585.44.05), actualizado según la fórmula enlistada en el numeral anterior;

i= Interés puro o técnico del 6% anual ó 0.4867 mensual.

Como se trabaja con 1 y no con 100, en la fórmula este interés se presenta como 0.004867;

n= Mensualidades que compromete el período indemnizatorio.

b) El segundo período, o sea el futuro o anticipado corre desde el día siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia, hasta la vida probable de la Señora ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ. La expectativa de ésta se tomará con apoyo en las tablas de mortalidad aprobados por la superintendencia Bancaria, las cuales se acercarán al proceso durante el trámite incidental. Se aplicará la siguiente fórmula:

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

Donde,

S= Valor indemnización

Ra= Interés de 6% anual ó 0.4867 mensual. Como se trabaja con uno y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867, cuando se liquida con meses. Si la liquidación se hace con años, el interés es del 0.06.

n= Número de meses o años que se liquidan.

QUINTA : El término para la formulación del incidente se señala en sesenta días (60), que se contarán a partir de la notificación del auto que dicte el *a quo* ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad quem.* La condena deberá liquidarse con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 137 del C. de P. Civil.

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,

F A L L A

1°) CONFIRMANSE los numerales primero (1°), segundo (2°) y cuarto (4°) de la sentencia proferida el día veintiseis (26) de Julio de mil novecientos noventa (1990), por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso de rubro, por las razones dadas en los considerandos de este fallo;

2°) REVOCASE el numeral tercero (3°) de la sentencia apelada, el cual quedará así :

3. CONDENASE en abstracto a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, a pagar a la Doctora ROSA NELLY LONDOÑO, los perjuicios materiales que se le causaron, en su modalidad de lucro cesante, los cuales se deberán liquidar siguiendo el trámite inicidental establecido en el artículo 137 del Código de P. Civil y tomando en consideración las pautas fijadas en esta sentencia. El incidente se deberá formular dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que dicte el *a quo,* ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad quem* en este fallo. También el pago de la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/cte ($296.335.oo) que se hará en la forma indicada en los considerandos de este fallo.

3°) Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/ COMPETENCIA/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ CONTRATO DE INTERVENTORIA

Las entidades públicas no pueden, en principio declarar responsabilidad ni autocondenarse. Esto le compete con exclusividad al juez del contrato, el que podrá, con base en una demanda presentada por una de las partes contratantes, definir en la sentencia que culmine el proceso, la responsabilidad contractual de la demandada y en consecuencia, condenarla al pago de perjuicios. En el campo de la responsabilidad contractual no basta afirmar que se incumplió una obligación dada; hay que explicar en qué consistió ese incumplimiento en la realidad y cuál fue su incidencia en la ejecución del contrato. Debe distinguirse entre el contrato de obra pública y el de interventoría, pues el incumplimiento del contratista de obra no debe imputarse al de interventoría, como si éste fuera obligado a la ejecución de la obra pública.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá. D.C. , septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia : Expediente N° 5127. Actor : Empresas Públicas Municipales de Cartagena. Contratos.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 4 de marzo de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda formulada por las Empresas Públicas Municipales de Cartagena.

En dicha demanda, se pidió :

" *PRIMERA*.- Que HIDROESTUDIOS, INGENIEROS CONSULTORES LTDA, Y SEGUROS CARIBE S.A. son conjunta y solidariamente responsables por el incumplimiento, de parte de HIDROESTUDIOS, de las obligaciones estipuladas en el contrato 36-V76 suscrito con las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA-".

" *SEGUNDA*.- Que como consecuencia HIDROESTUDIOS, INGENIEROS CONSULTORES LTDA Y SEGUROS CARIBE S.A. deben indemnizar a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA los perjuicios de toda índole: Lucro cesante y daño emergente, que éstas han sufrido por causa del incumplimiento del contrato 36-V76."

" *TERCERA*.- Que se condena a pagar a HIDROESTUDIOS,INGENIEROS CONSULTORES LTDA y solidariamente a SEGUROS CARIBE S.A. (ésta última hasta por la cuantía prevista en el contrato de fianza), la cantidad de DIEZ MILLONES DE PESOS a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA por concepto de daño emergente y lucro cesante. Dicha cantidad se actualizará en su valor al momento, del pago, de acuerdo con los índices de desvalorización de precios o mediante cualquier otro sistema idóneo para el efecto, o siguiendo para ello los sistemas adoptados por el Consejo de Estado en diferentes oportunidades (ver sentencia de 20 de octubre de 1978, caso de Lizandro Mosquera, Sección Tercera)."

" *CUARTA*.- Que se condena a los demandados al pago de las costas del proceso."

" *QUINTA* .- Si no se pudiere condenar en concreto al pago de una suma de dinero al momento de producirse el fallo, los perjuicios se tasarán mediante el incidente de liquidación de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil."

En dicha demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos :

1) Que entre las Empresas y la firma Hidroestudios, Ingenieros Consultores Ltda. se celebró el contrato #36-V76, por un término de 36 meses con vencimiento el 9 de mayo de 1979, el que fué ampliado por dos veces hasta el 31 de octubre (otrosís 1 y 2).

2) Que el objeto del contrato era "la prestación de servicios de interventoría y asesoría por parte de los consultores en todos los contratos que se celebren...por las Empresas para la construcción de las obras civiles, electromecánicas y de suministro e instalación de equipos, elementos y accesorios relacionados con el sistema de acueducto y alcantarillado de Cartagena....(Cláusula primera).

3) Que según la cláusula segunda forman parte del contrato los siguientes documentos 1...2... 3...4... Los términos de referencia (anexo 1) que sirvieron

de base para que los consultores prestaran su propuesta económica aceptada por las Empresas (anexo 2).

4) Que en las páginas 8 y siguientes del anexo 1, que forman parte del contrato, se relacionan las funciones de la Interventoría.

5) Que en desarrolo del plan, objeto del contrato, las Empresas celebraron varios contratos, entre ellos el celebrado con Incsas Ltda. (39-V-76), los cuales debían tener como firma Interventora a Hidroestudios.

6) Que al incumplir su obligación Hidroestudios, llevó a las Empresas a prorrogar por dos veces el contrato 36-V-76 y a indemnizar a varias firmas contratistas.

7) Que según el mismo contrato (Claúsula décima tercera) los consultores adelantarían su trabajo bajo su total responsabilidad.

8) Que el 4 de junio de 1976 las Empresas celebraron el contrato 39-V-76 con Incsas para la instalación de la tubería de la conducción Cospique El Bosque.

9) Que el 7 julio de 1977 Hidroestudios manifestó que el Contrato Incsas está básicamente cumplido.

10) Que al efectuarse la prueba hidráulica de la obra ejecutada falló por insuficiencia en el anclaje y la falta de uniones soldadas.

11) Que en vista de las fallas detectadas y de las diferencias entre Incsas e Hidroestudios, la primera propuso el 6 de febrero de 1978 un arbitramento técnico; propuesta que fué aceptada tanto por las Empresas como por Hidroestudios.

12) Que el 26 de mayo de 1978 Incsas rinde informe sobre las causas de la fallas detectadas en la prueba de la conducción de ø 36 de acueducto.

13) Que mediante oficio 06708 de 25 de junio de ese año el director técnico de las Empresas emite concepto sobre las obras y manifiesta que las fallas son imputables a Hidroestudios.

14) Que el 15 de enero de 1979 Incsas hace reclamo a las Empresas sobre reajustes y pago de sumas retenidas, gastos y pérdidas, (hecho vigésimo segundo) y presentó cuenta por daños por valor de $5.523.845.88.

15) Que a pesar de varios requerimientos Hidroestudios no procedió a la liquidación del contrato, como era su deber (numeral 22 anexo 1).

16) Que Incsas insistió en su reclamo ante las Empresas, el que ya actualizado ascendierá a $6.329.653.20.

17) Que se logró acuerdo entre las partes y las Empresas aceptó deber finalmente $4.473.559; allí mismo se dispuso que el gerente podía instaurar las acciones pertinentes contra los responsables de los daños (hecho 28).

18) Que los perjuicios causados por las fallas de Hidroestudios se materializan en lo que las Empresas tuvo que pagarle a Incsas (hecho 29).

19) Que el cumplimiento de Hidroestudios fue garantizado por Seguros Caribe S.A. con póliza #1260, según certificados 1260, 3391 y 3818.

El tribunal luego del trámite de la instancia, denegó las súplicas de la demanda. En ese fallo el *a-quo,* luego de afirmar que el asunto en cuestión se centra en definir a quién se le imputan las fallas de la tubería Cospique El Bosque, concluye que no se demostró adecuadamente este extremo, en especial porque no se practicó la prueba pericial requerida en un asunto eminentemente técnico. Así, arguye :

" La prueba pericial que debía practicarse por Ingenieros especializados en Ingeniería Hidráulica, suelos e instalaciones de tuberías, con fundamento en las pruebas que obran en el expediente, tales como planos, documentos, certificaciones, informes etc., fué imposible darle cumplimiento por falta de dichos profesionales, ya que ingenieros civiles a quienes finalmente se acudió ante la imposibilidad de contar con aquéllos, no tenían los conocimientos especiales y experiencia necesarios para el efecto, como se desprende de lo expresado por ellos mismos al no aceptar la designación como peritos, y en el dictamen debía señalarse, entre otros puntos, si las fallas de la prueba hidráulica fué causada por errores en los diseños por Hidroestudios Ltda. para la instalación de la tubería a que se refiere el contrato, y cuántas y cuáles fueron pruebas hechas, si esta firma introdujo y por qué modificaciones en los diseños y planos originales, y la relación de causalidad entre ellas y las fallas, si hubo falla en los anclajes y en qué consistieron, cuántos y cuáles fueron, qué obras fueron realizadas, cuándo se realizaron, en qué consistieron, si fueron o no reparaciones de daños localizados durante las pruebas hidrostáticas, si todas las fallas o daños se encontraron en el sitio de los anclajes o en otros lugares distintos, en qué fecha se iniciaron las pruebas hidrostáticas, calendario y resultado de cada una de ellas y de las reparaciones y demoras que implicaron y si el plano estructural estuvo bien elaborado."

" El asunto debatido en lo fundamental es eminentemente técnico, y no hay claridad para determinar la responsabilidad, ya que del informe de la Dirección Técnica de las Empresas, entidad actora, acogido por la Junta Directiva de éstas, ni de las demás pruebas que hacen parte del proceso, puede sostenerse que se encuentre demostrada la responsabilidad de Hidroestudios Ltda, por incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato 36V-76 suscrito con las Empresas Públicas Municipales de Cartagena para que sea materia de condena al pago de perjuicios causados a éstas y por tal razón tampoco hay

lugar a considerar responsable conjunta y solidariamente a Seguros Caribe S.A., como entidad fiadora, conforme lo solicitado por la demanda."

Descontenta la parte actora, interpuso apelación. Cumplido en trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera :

Para el señor Fiscal Octavo, Dr. Jaime Mossos Guarnizo, la corporación deberá abstenerse de resolver el recurso interpuesto, porque éste no fué sustentado en debida forma, ya que con el escrito correspondiente no se indican las razones de orden jurídico esgrimidas contra la sentencia, "pues se limita a hacer caer en cuenta que en las pruebas aportadas en primera instancia, las pretensiones han debido resolverse favorablemente". En otro de los apartes de su concepto de 14 de febrero de 1991, anota :

" El recurso debe sustentarse y el recurrente ha de exponer, la razón que constituya un ataque al contenido de la providencia u observación a un error de ésta; el escrito del recurso tiene que acusar la providencia de primera instancia en forma precisa y concreta, sin limitarse a calificarla sencillamente de ilegal o irregular, sino señalando las razones o motivos de inconformidad del apelante con las deducciones lógico jurídicas del juez en la providencia impugnada. (Hernán Fabio López B. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General 4ª edición. Bogotá. Temis, 1985, pág. 381)."

Sea lo primero observar que la Fiscalía carece de razón cuando alega que el recurso no fué sustentado por la parte recurrente. Observa la Sala que esa sustentación aparece a folios 446 y ss y reune las exigencias de ley. La salida del señor fiscal más parece un pretexto para no cumplir la ley que la defensa de un principio procesal. Olvida el señor fiscal que la sustentación del recurso exigida en la ley no está sometida a una ritualidad determinada, incumplida la cual pueda estimarse como no satisfecho el requisito. Y con mayor razón en el caso presente en el cual se denegaron las súplicas de la demanda. Así, discrepar del análisis probatorio hecho por el *a-quo,* que le sirvió de soporte a la denegación, es la mejor forma de sustentar el recurso, máxime cuando el recurrente estima que sí existen dentro del proceso elementos de convicción suficientes para la prosperidad de lo demandado.

Frente al asunto *sub-judice*, se anota :

Muestra el expediente : a) Que el establecimiento público Empresas Públicas de Cartagena, (La Empresa en esta motivación) celebró dos contratos : Uno de obra Pública con Inscsas Ltda. (en este fallo la constructora) distinguido con el # 39-V-76, y otro de Interventoría con la firma Hidroestudios, Ingenieros Consultores Ltda. (la interventora en esta motivación) #36-V-76. b) Que ante los reclamos de la constructora, la Empresa accedió a reconocerle una indemnización de $4.473.559, por cuanto considero que el incumplimiento del contrato 39-V-76 había tenido como causa, no la conducta de aquélla, sino el incumplimiento de la interventora. c) Que movida por esa lógica , la Empresa demandó a la Interventora en la acción

indemnizatoria que aquí se decide, para que ésta le resarza en lo que le reconoció, *mottu proprio*, a la contructora.

Este recuento permite, inicialmente, la formulación de ciertos interrogantes cuya respuesta facilitará la solución a este conflicto: Incumplió o no la constructora? Podía la Empresa, en caso de ser afirmativa la respuesta, absolverla de dicho incumplimiento e imputarle la responsabilidad exclusiva a la interventora? Podía la Empresa, en caso de ser negativa la respuesta, no sólo autocondenarse aceptando su responsabilidad, sino indemnizar la constructora? Porqué se autocondenó la Empresa? Por su propio incumplimiento? Por el incumplimiento de la Interventora?

El presente litigio permite, con el solo enunciado que se deja visto, inferir una conducta irregular, por decir lo menos, de la entidad pública demandante.

Se habla de conducta irregular, e insólita además, porque la Empresa en lugar de acudir al juez del contrato mediante la utilización de las vías legales apropiadas derivadas de los contratos que celebró con Incsas e Hidroestudios, ante los incumplimientos que dice cometieron estas personas jurídicas , resolvió hacer de juez en el negocio 39-V-76, no sólo para autocondenarse sino para definir que la constructora no había incumplido porque ese incumplido era sólo imputable a la interventora.

Muestran los hechos que la sociedad constructora no ejecutó la totalidad del contrato y que parte de la obra constituída no fué recibida a satisfacción. Deja asimismo ver el expediente que Hidroestudios ejerció la interventoría de ese contrato. Hasta el presente ningún juez ha definido el incumplimiento de estos contratistas, aunque la Empresa, haciendo de juez, como se dijo, haya absuelto a la constructora y condenado a la interventora.

Qué debió hacer la Empresa ante la situación creada durante la ejecución de los contratos 39-V-76 y 36-V-76?

Pues debió hacer lo obvio y lo legal: Demandar tanto a la contructora como a la interventora por el incumplimiento en la ejecución de las obras de instalación de las tuberías de conducción Cospique El Bosque". Con esa demanda la Empresa habría podido demostrar el incumplimiento exclusivo de Incsas o concurrencia con la firma interventora; o el incumplimiento exclusivo y determinante de esta última. Y habría permitido a las demandas su adecuada defensa.

En la acción que aquí se estudia la Empresa demandó sólo a Hidroestudios por el incumplimiento de su obligación de interventoría en relación con el contrato 39-V-76 y pidió que se condenara al pago de los perjuicios que tuvo que reconocerle a Incsas. En otro términos, y tal como se infiere de la causa petendi, que la demandada debe indemnizar a la Empresa porque al incumplir las obligaciones contraídas con el contrato 36-V-76, exculpó el incumplimiento del contrato de obra por parte de la constructora e hizo viable su reclamo y la indemnización que se le reconoció a nivel administrativo.

Para la Sala, la conducta de la Empresa significó algo más grave: al absolver a Incsas de un incumplimiento contractual, previa la imputación de responsabilidad exclusiva a la firma interventora, e indemnizarla, no sólo aceptó su propia culpa contractual (de otra manera no habría tenido ningún piso o fundamento la indemnización que le concedió a la constructora) y se autocondenó en perjuicios, sino que declaró el incumplimiento de la interventora, "condenándola" de antemano. Fué tal su magnanimidad que ni siquiera demandó a Incsas en el presente proceso, para que al menos le sirviera de coadyuvante.

La conducta así cumplida por la Empresa desbordó todas las reglas de competencia. La entidad pública no podia olvidar que su competencia, como la de los funcionarios y organismos estatales en general, era de derecho estricto, por lo que no podía hacer sino aquéllo que le estaba expresamente autorizado por la ley.

En este orden de ideas, la empresa no sólo invadió la órbita del juez del contrato, al imputarle culpa contractual a Hidroestudios y al absolver a la contructora de toda responsabilidad ya que vencidos los respectivos contratos, sino que aceptó su propia responsabilidad y se autocondenó en perjuicios.

Ha dicho la jurisprudencia que la administración contratante tiene dentro de sus potestades exorbitantes la de declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista, mediante acto administrativo.

Por eso se entiende que tenga el poder de imponer multas al contratista por sus incumplimientos parciales o declarar terminado el contrato por incumplimiento de mayor alcance. Poder éste que no podrá ejercerse sino antes del vencimiento del contrato y excepcionalmente luego de dicho vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta es la jurisprudencia reiterada de la Sala.

Además, las entidades públicas no pueden, en principio declarar su propia responsabilidad ni autocondenarse. Esto le compete con exclusividad al juez del contrato, él que podrá, con base en una demanda presentar por una de las partes contratantes, definir en la sentencia que culmine el proceso, la responsabilida contractual de la demanda y en consecuencia, condenarla al pago de perjuicios.

Principios constitucionales impiden en principio esa autocondena, y la impedían bajo el imperio de la anterior constitución. Tanto en los conflictos de reparación directa como en los contractuales salvo en los casos de la ley 23 de 1991, la administración no podrá hacer directamente el reconocimiento de los perjuicios, ni oficioso ni a instancia de parte, por impedirlo, como se acaba de expresar, la Carta Constitucional en sus artículos 345 y 346, modificatorios de los arts 207, 208 y 210 de la carta que dejó de regir el 7 de julio de 1991.

Como se ve estos obstáculos de orden constitucional le impedían a la Empresa hacer lo que hizo en relación con Incsas.

Pero como este acuerdo no está impugnado aquí ni la constructora está vinculada al proceso, nada se podrá declarar al respecto. Se toca en esta motivación porque la demandante trae ese acuerdo a coalición como prueba del incumplimiento de la interventora y como causa para pedir contra ésta la indemnización de perjuicios. Además, el acuerdo logrado no era ni es oponible en la demanda.

No quiere significar lo anterior que la Empresa no podía demandar ante la justicia administrativa el incumplimiento del contrato que celebró con Hidroestudios, sí podía hacerlo, máxime si estimó que la interventora había incumplido el contrato 36-V-76.

Lo afirmado salva el escollo de los vicios anotados atrás, pero impone que este fallo no puede estudiar sino ese supuesto incumplimiento y las pruebas que lo ponen de presente.

En este orden de ideas, se observa, luego del enunciado de estos interrogantes:

a) Incumplió Hidroestudios el contrato de interventoría? Cuáles fueron las obligaciones incumplidas según la demanda? Resultaron probadas éstas? El incumplimiento, si lo hubo, causó perjuicios a la Empresa? Cuáles fueron estos perjuicios? Se dió la prueba de este extremo?

De acuerdo con el contrato 36-V-76 Hidroestudios se obligó a hacer interventoría en todos "los contratos que celebren y que en la fecha estén celebrados por parte de las Empresas para la construcción de las obras civiles, electromecánicamente y de suministro e instalación de equipos, elementos, y accesorios relacionados con los sistemas de acueducto y alcantarillado de Cartagena, de conformidad con las negociaciones, planos, estudios, proyectos y programas específicos que contempla el plan de inversiones que se adelanta mediante financiación del Instituto Nacional de Fomento Municipal (Insfopal) y el Banco de Reconstrucción y Fomento (Birf) o Banco Mundial. Este contrato se adelantará con base en los términos de referencia y anexos, que lo integran."

En la cláusula segunda del contrato, al hablar de los documentos de éste, se enuncia: 4) Los términos de referencia (anexo #1) que sirvieron de base para que los consultores presentaran su propuesta económica aceptada por las Empresas.

En dicho anexo (a f.31 y ss del c#1.) se enuncian en 34 numerales las funciones principales de la interventoría.

En la demanda se enunciaron algunas de las obligaciones generales contraídas por Hidroestudio (ver hecho 5°) y en el 7° se afirma que esas obligaciones fueron precisamente las incumplidas y que por ese incumplimiento se tuvo que prorrogar por dos veces el contrato 36-V-76. Además, que ese incumplimiento comprometió su responsabilidad contractual, ya que "los consultores" adelantarán los trabajos materia de ese contrato bajo su total responsabilidad".

Ahora bien. La demanda, aunque formalmente apta, adolece de protuberantes defectos, porque se limita a enunciar genéricamente las obligaciones que tenía la interventora, pero en forma alguna concreta o precisa porqué y cómo se incumplió cada una de las obligaciones enunciadas.

En otras palabras, en el campo de la responsabilidad contractual no basta afirmar que se incumplió una obligación dada. Hay que explicar en qué consistió ese incumplimiento en la realidad y cuál fué su incidencia en la ejecución del contrato.

Y la demanda en este es de una impresionante vaguedad. Basta ver el hecho 5° para confirmar que en parte alguna de ese escrito se hace su desarrollo y se enuncia en qué consistió la falta de colaboración para con los constructores (nl.1); qué consultas dejó de absolver la demandada sobre las omisiones o errores en los planos (nl.5); qué calculos o diseños dejó de estudiar previamente (nl.6); qué cambios en los planos dejó de someter a las Empresas (nl.7); qué parte de la ejecución de la obra dejó huérfana de vigilancia (nl.9); en qué consistió el incumplimiento del nl.16; qué controles y qué pruebas dejó de practicar para la aceptación de las obras (nl.21); qué planos entregados por las Empresas dejó de entregar a los contratistas (nl.25); en qué consistió la falta de coordinación de operaciones de los varios contratistas (nl.30); en qué falló en la planeación de las obras (nl.31).

Fuera de los defectos anotados el presente conflicto muestra por parte de la demandante una seria confusión, quizás debido a que no tuvo presente que en el problema estaban involucradas dos relaciones negociables diferentes. Una, derivada del contrato de obra pública celebrado con la firma Incsas; y otra, nacía del contrato de interventoría suscrito con Hidroestudios. Y aunque pueda afirmarse entre los dos contratos existía una íntima relación, no por eso podían confundirse las obligaciones propias de cada una de las partes.

Se hace la afirmación precedente porque la Empresa, en su magnanimidad para con la constructora, olvidó que era ésta la obligada a ejecutar las obras relacionadas con la instalación de las tuberías de la conducción Cospique- El Bosque y no la interventora, la que en su papel de tal tenía unas obligaciones específicas y diferentes. Para corrobar estos asertos basta leer algunas cláusulas de los contratos mencionados, en especial las # 1, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 18 del contrato 39-V-76 celebrado con Incsas (constructora). De estas merecen destacarse la primera :- "Objeto del contrato. El contratista se obliga a ejecutar para las Empresas, a precios unitarios fijos y a precios globales, y en estricta concordancia con los documentos del contrato que se relacionan en la cláusula segunda todas las obras de instalación de la tubería para la conducción Cospique- El Bosque"; la novena- (El contratista se obliga para con las Empresas a ejecutar, a los precios unitarios y valores globales consignados en la relación del formulario de la propuesta, *todos los trabajos objeto de este contrato"*) la décima sobre interventoria técnica de la obra, en la cual se recalca: "todo trabajo que se emprenda, antes de haber recibido del interventor la autorización correspondiente, será de cargo y

riesgo exclusivo de el Contratista"; y se precisa a continuación: " *El haberse autorizado la ejecución de la obra, no aminora la responsabilidad de El Contratista ni lo releva de ninguna de las obligaciones del contrato, pues ninguna de las cláusulas aquí acordadas podrá inteépretarse como dirección de las obras por parte de las Empresas o del Interventor;* y la décima octava, de la cual se destaca ; "El contratista será responsable de los defectos que se presenten con posterioridad a la aceptación final de las obras, derivadas del empleo de materiales o mano de obra deficientes, de los ocasionados a las instalaciones existentes y de los perjuicios *de cualquier clase que se ocasionen a las Empresas o a terceros* durante la construcción y dentro del año siguiente a la fecha de aceptación final de la obra.

Del contrato 36-V-76 para la interventoría merecen destacarse las siguientes cláusulas : la primera (servicio de interventoría y asesoría por los conductores de las obras del acueducto y alcantarillado de Cartagena); la décima tercera (los consultores adelatarán los trabajos materia de este contrato bajo su total responsabilidad); décima novena (pagos de perjuicios..." Cuando tales perjuicios se deban a negligencia o descuido de los consultores, las indemnizaciones correspondientes serán de cargo de éstos").

La claridad de lo reseñado releva a la sala de teorizar sobre las diferencias existentes entre un contrato de obra pública y uno de interventoría. Es lamentable que la Empresa haya ignorado esas diferencias. Quizás por esta razón, siempre que encontró un incumplimiento de Incsas se lo imputó a la interventora, como si esta fuera la obligada a la ejecución de la obra pública; y con esto perdió la perspectiva del asunto y omitió durante el proceso precisar, dentro de las obligaciones de Hidroestudios, cuáles habían sido incumplidas en la práctica y en qué forma.

La sala ánota, de acuerdo con la apreciación probatoria del tribunal y con la defensa de la demanda, que no se probó el incumplimiento señalado por la demandante y menos la relación causal entre ese supuesto incumplimiento y el perjuicio que dijo sufrir.

Estos extremos no lograrán clarificarse con el dictamen pericial practicado en esta instancia (a fl.479 y ss), ya que de él no se desprende en forma inequívoca que el incumplimiento de Incsas se debió a Hidroestudios. El hecho de que los peritos hayan tomado como base para determinar los perjuicios el arreglo logrado entre la constructora y la Empresa no varía este enfoque, porque los expertos no tenían porqué calificar el alcance y el valor de este acuerdo; acuerdo que, por lo demás, está por fuera de este conflicto.

Estima la sala que el dictamen no está viciado de error, sino sólo desfasado, por culpa de la misma Empresa, ya que en lugar de liquidar los posibles perjuicios sufridos por ésta por el incumplimiento de Hidroestudios en el contrato 36-V-76, termina dando como probados los que, mottu proprio, le reconoció a la constructora.

Se afirma que la interventora no cumplió con la obligación de liquidar el contrato con Incsas. Aunque no existe claridad a este respecto sí puede inferirse

como argumento justificativo válido para esa supuesta omisión, el arreglo logrado entre la Empresa y la constructora, en el cual se le imputaba toda responsabilidad. Así es fácil suponer el porqué no tenía ningún interés en propiciar una liquidación sobre tales supuestos.

Así se pregunta la sala : Porqué no liquidó, entonces, unilateralmente, el contrato la Empresa, sabiendo que tenía esa obligación para el caso de que no lograra la liquidación de común acuerdo? Esta pregunta no tiene respuesta ni justificación alguna.

Para terminar, la sala destaca algunos apartes de la defensa presentada por la parte demandada y que la sala comparte en lo fundamental. Así, en su alegato de conclusión, a folios 564 y ss se lee :

"De los ordenamientos contractuales y legales analizados se desprenden, en relación con la materia litigiosa, las siguientes conclusiones :

1. Los daños, fallas y reparaciones habidos durante la realización de las pruebas hidrostáticas corren exclusivamente a cargo de Incsas, bien se hayan originado en errores de diseño u ocurrido antes o después del vencimiento del contrato 39-V-76. Ello se funda en las obligaciones que tenía Incsas de construír la obra, de hacerla con *"estricta"* sujeción a ese convenio, de revisar *"cuidadosamente"* los diseños antes de aplicarlos, de instalar *"adecuadamente"* los tubos y uniones, y de realizar correctamente las pruebas hidrostáticas;

2. Las demoras en la ejecución del contrato 39-V-76 son de cargo de Incsas, a menos que el incumplimiento de las Empresas en sus obligaciones de pago o de otra naturaleza sea la causa de tales demoras. Ello se funda en la obligación que tenía Incsas de entregar la obra en Junio 14/77 y de hacer todas las gestiones necesarias para conseguirlo, y en la obligación que tenían las Empresas de pagar oportunamente esos servicios; o de cumplir otros deberes;

3. La función del Constructor es la de hacer la obra con "estricta" sujeción al contrato 39-V-76, y la función de Interventor es la de Inspeccionar la ejecución de ese convenio bajo la supervigilancia y control de las Empresas, pero no la de cumplir las obligaciones del Constructor ni la de sustituírlo en sus responsabilidades.

Esas doctrinas fluyen natural y espontáneamente de los contratos 36-V-76 y 39-V-76, cuyas estipulaciones fundamentales fueron cándida o maliciosamente 'olvidadas' o mutiladas en la demanda. De allí que la controversia sea, más que todo, una cuestión de puro derecho y de pruebas documentales y que este alegato no sea más que una transcripción de cláusulas contractuales y que una serie de deducciones fundadas directa e inmediatamente en los propios textos de los convenios en cita y en los ordenamientos legales."

" SUPERCHERIAS DE LAS EMPRESAS "

" HH. Consejeros : Respetuosamente pido la atenta lectura del informe 06708 de julio 26/78, del Director Técnico de las Empresas para su Junta Directiva. Este documento, base de la resolución 060 de julio 4/78 y de la demanda, dice:

1. Que *" encuentra sólida la posición y precisos los cargos. . de Incsas."* Admite, pués *que Incsas,* como ella afirma, *"cumplió a cabalidad el contrato. "* Ello es falso. En junio 14/77, fecha de vencimiento de su convenio, Incsas debió tener concluídos sus trabajos, terminadas las pruebas hidrostáticas y entregada la obra. Y como ello no ocurrió, el contrato quedó incumplido ese día a Incsas constituída en mora y respondiendo de todo, inclusive del caso fortuito (art. 1604 del C.C.). Así lo acreditan plenamente los 20 documentos analizados en las Objeciones al Dictamen, punto 12.2 y, entre ellos, los oficios de enero 31, abril 27 y diciembre 12/78 y los hechos 15 y 17 de la demanda, contentivos de 4 declaraciones de las Empresas sobre el incumplimiento y mora de Incsas. Basta cotejar el contenido y fechas de tales documentos con el día de terminación del contrato 39-V-76 (junio 14/77) para reconocer la notoria falsedad de las transcritas y subrayadas aseveraciones. De allí que todo ello no sea más que una de las tantas maniobras utilizadas por las Empresas e Incsas en este equívoco proceso."

" 2 Que *"...la Dirección Técnica considera que no es necesario entrar a analizar el procedimiento de cálculo de unos anclajes donde juegan muchas variables que, de acuedo con los valores que se adopten para varias de ellas, así será la variación en resultados. "*Asi, pues, el Director Técnico no entró a analizar el problema, técnico que iba a resolver ni los procedimientos técnicos, ni los cálculos técnicos, ni la técnica de los diseños, ni la técnica de los anclajes, ni la técnica de los rellenos, ni las variables técnicas, ni los resultados técnicos, ni las causas técnicas de las fallas, ni nada de lo que era la esencia técnica del asunto que pretendía definir, así como tampoco entró a analizar la cronología de los hechos en relación con la fecha de vencimiento del contrato y sus implicaciones jurídicas; ni las numerosas cláusulas contractuales que se estudian anteriormente y que fijan el régimen jurídico de la responsabilidad del Constructor, del Interventor y de las Empresas; ni el incumplimiento y la continuada mora de Incsas frente al incumplimiento en el pago y la continuada mora de las Empresas; ni absolutamente ninguno de los aspectos jurídicos del caso . Ignorando, pues, las modalidades técnicas y jurídicas de una materia esencialmente técnica y jurídica, el famoso Director Técnico y su Junta definen la responsabilidad técnica y jurídica, en un problema que no conocen y que se niegan a estudiar atropellando la ley y el contrato."

" 3. Que *" Si el diseño no es correcto, la Interventoría es la culpable" y "Si el diseño es correcto. . pero fué mal construído, también es culpable la Interventoría. "* Palo porque boga y palo porque no boga. Cándida o maliciosamente, el Director Técnico 'olvida': Que las Empresas supervisaron

y controlaron el diseño (Responsabilidad del Interventor, punto 2) y lo hallaron correcto desde que no lo objetaron; que Incsas revisó *"cuidadosamente"* el diseño antes de aplicarlo (Responsabilidad del Constructor,punto 1) y lo halló correcto desde que lo ejecutó sin tacha previa; que los ensayos de laboratorio mostraron que el diseño era correcto, ya que las soldaduras que posteriormente se le añadieron resultaron innecesarias (Objeciones Dictamen, punto 16.2); que la Dirección Técnica no se atrevió a analizar e impugnar el diseño, ya que sabía que era intachable; que Incsas era la constructora y por ello tenía exclusivamente las obligaciones de tal; que Hidroestudio no era la constructora y no tuvo jamás las obligaciones de tal; que las obligaciones del Constructor y las obligaciones del Interventor son distintas y el primero no responde por el segundo ni el segundo por el primero; que Incsas tenía la *"responsabilidad total"* de la *construcción, "responsabilidad total"* que el control e inspección de la Interventoría no aminoraba *"en ningún caso"* y que operaba, por lo tanto, sin excepción alguna (Responabilidad Constructor, punto 7); que *" ninguna"* de las cláusulas del convenio 39-V-76 podía interpretarse en el sentido de que la Interventoría tuviese la *" dirección de las obras"* ni, de consiguiente, la responsabilidad de ellas (Responsabilida, Interventor, punto 4); que los daños surgieron durante las pruebas hidrostáticas y que, por lo tanto, sus reparaciones estaban a cargo exclusivo de Incsas (Responsabilidad Constructor, punto 6); que las pruebas hidrostáticas se hicieron y los daños se hallaron durante la mora de Incsas, esto es, cuando ya esa firma estaba respondiendo de todas las culpas, inclusive del caso fortuito (artículo 1604 del C.C.)"

" Reunir en un pequeño informe tantos y tan notorios atropellos a la cronología, a la lógica, a la técnica, al contrato y al derecho es un hecho verdaderamente inusitado, pero transformarlo en base de una resolución y de una demanda, es algo que desborda todos los límites de la temeridad."

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,

F A L L A :

CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia de 4 de marzo de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Queda constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha 12 de septiembre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

El deceso violento debió producirse cuando se encontraba en poder de sus captores la misma noche de su aprehensión y conducción a las instalaciones del F-2. La Sala ha mantenido un reiterado cuestionamiento al proceder de la fuerza pública frente a los ciudadanos que son privados de su libertad y luego, sin explicación ni justificación alguna, desaparecen o aparecen muertos violentamente. El hecho de no haberse identificado a los policías que ejecutaron el criminal acto, desde luego no significa que la Institución de la que eran miembros activos quede exenta de responsabilidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia : Expediente N° 6292. Actor : Victor Samuel Oliveros Luján y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia de 18 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual resolvió :

" 1. DECLARASE a la NACION- Ministerio de Defensa-, administrativamente responsable de la desaparición y muerte del señor ELKIN DARIO OLIVEROS BETANCUR, ocurrida el 11 de marzo de 1983 en el sector de Belén El Rincón de esta ciudad de Medellín.

"2. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la NACION- Ministerio de Defensa- a pagar por concepto de perjuicios morales, lo siguiente : Para los padres de la víctima señores VICTOR SAMUEL OLIVEROS LUJAN Y

EDELMIRA BETANCUR DE OLIVEROS, el equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de esta sentencia de un mil (1.000) gramos de oro para cada uno, previa certificación del Banco de la República para dicha fecha. A sus hermanos OLGA, ADRIANA Y WILLIAM OLIVEROS BETANCUR el equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de esta sentencia de Quinientos (500) gramos oro, siguiendo la misma directriz anterior.

" 3. Por concepto de perjuicios materiales en su modalidd de daño emergente y lucro cesante se reconocerá y pagará a los codemandantes SAMUEL OLIVEROS LUJAN y EDELMIRA BETANCUR DE OLIVEROS, las sumas que resulten probadas en posterior incidente de liquidación según lo prescrio por el art. 308 del C.P.C. (sic).

" 4. No se accederá a las demás pretensiones de la demanda ". (Fols 329 y 330).

I. ANTECEDENTES

1. Mediante apoderado debidamente constituído, los señores Víctor Samuel Oliveros Luján y Edelmira Betancur de Oliveros y William, Beatriz, Doris Angela, Adriana María y Olga Cecilia Oliveros Betancur, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, solicitaron el 5 de febrero de 1986, que se produjeran las siguientes declaraciones y condenas :

" 1. La NACION es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de ELKIN DARIO OLIVEROS BETANCUR, ocurrida en Medellín, entre el 11 y el 14 de marzo de 1983, lapso en que estuvo en poder, como capturado, de agentes del F-2, de la Policía Nacional.

" 1.1. Condénase a la NACION a pagar a los demandantes :

" A.- VICTOR SAMUEL OLIVEROS LUJAN, EDELMIRA BETANCUR de OLIVEROS, WILLIAM, BEATRIZ, DORIS ANGELA, ADRIANA MARIA y OLGA CECILIA OLIVEROS BETANCUR :

" 11.1 *daños morales*,

a cada uno, con el equivalente en pesos de la fecha de sentencia. de mil gramos de oro-fino, según los artículos 106 de C. Penal y 8° de la ely (sic) 153 de 1887.

" 11.2. *daños y perjuicios materiales,*

por el valor de los honorarios que según la Tarifa de los Colegios de Abogados de Medellín, Antioquia y Bogotá para clase de pleitos *cuota-litis*, le deben pagar a los abogados por hacer valer sus derechos, y,

" B. VICTOR SAMUEL OLIVEROS LUJAN y EDELMIRA BETANCUR DE OLIVEROS, además,

" 112.1 Los daños y perjuicios materiales que resulten de las bases probadas en el expediente, debidamente actualizados en la fecha de la sentencia.

" 112.2 Si no hubiese bases suficientes para la determinación matemática de los daños y perjuicios materiales que especialmente pido para VICTOR SAMUEL OLIVEROS LUJAN y EDELMIRA BETANCUR de OLIVEROS, será servido de fijarlos en el equivalente en pesos de cuatro de mil gramos de oro-fino, para cada uno, de acuerdo con los artículos 107 del C. Penal y 8° de la ley 153 de 1887.

" 1.2 La NACION dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C. Aminïstrativo.

" Todo pago se imputará primero a intereses", (Fols.14 a 16).

2. Las anteriores pretensiones, las respaldan los demandantes en los siguientes hechos:

" El viernes 11 de marzo de 1983, varios agentes del F-2 de la Policía Nacional, capturaron, en el centro de Medellín, sin orden previa y escrita de autoridad competente, a pesar de que su aprehensión no había sido públicamente requerida, ni se encontraba en flagrancia o cuasi-flagrancia, a ELKIN DARIO OLIVEROS BETANCUR y, de inmediato, lo condujeron a los Cuarteles que tal Organismo especalizado (sic) tiene en el Barrio Belén de la mencionada ciudad.

" 1.1. ELKIN fue visto bueno y sano, vivo, dentro de las citadas Instalaciones no sólo el día de la captura, sino el sábado y el domingo, por la mañana y por la tarde.

" 11.1 A quienes fueron a preguntar por él, les dijeron que el lunes salía en libertad.

" 11.2. Y el lunes volvieron. A primera hora. Y con el cinismo propio del poder que abusa, les respondieron que allí no había estado detenido ningún ELKIN OLIVEROS BETANCUR.

" 1.2. El mismo día, 14 de marzo de 1983, fue hallado el cadáver de ELKIN DARIO botado en un potrero vecino a las Instalaciones del F.2, en el barrió Belén, de Medellín, amordazado y con las manos atadas a la espalda y con doce balazos hechos a quemarropa y huellas visibles de haber sido brutalmente torturado.

" 1.3. Algunos días después GABRIEL SIERRA, empleado de ADIDA, donde también trabajó ELKIN DARIO, recibió una llamada telefónica de alguien que se identificó como Oficial de la Policía y le dijo de que el ejecutor material de la muerte de ELKIN había sido ALBERTO SOLANILLA GARZON, por entonces Tenientes y jefe de Inteligencia del F2, de Medellín.

" 1.4 Era la época nefanda en que militares dieron muerte en Puerto Berrío a Darío Arango y Jaime Nevado; del asesinato policial de los Cañaveral mientras eran

conducidos presos de Cali a Medellín; de la muerte con voladura por una carga de dinamita de amarrada junto con la víctima a un árbol cerca a la Casa Gardeliana, en Medellín, de Luis Fernando Giraldo Builes, de la captura en bello (sic) por efectivos de la Cuarta Brigada de Gustavo Alberto Muñoz a quien asesinaron arrodillado en inmediaciones del Viajano, entrada a San Marcos, por la carretera a la Costa, y del dr. Domingo Cuello Pertuz quien, como Procurador Regional de Medellín venía investigando tan monstruosos crímenes.

" 1.5. Posteriormente supo el país del llamado a juicio del cerebro principal en las anteriores muertes, Capitán Laureano Gómez, y de su suicidio, colgándose por el cuello, en su celda de detención, del Comando del Departamento de Policía de Antioquia, ante la proximidad del Consejo de Guerra convocado para juzgarlo.

" 2. ELKIN DARIO era hijo de VICTOR SAMUEL OLIVEROS LUJAN y EDELMIRA BETANCUR de OLIVEROS.

" 2.1. Nació el 25 de marzo de 1962, y, junto con sus padres, le sobreviven sus hermanos WILLIAM DE JESUS, BEATRIZ ELENA, DORIS ANGELA, ADRIANA MARIA y OLGA CECILIA, con quienes vivió bajo el mismo techo y mantuvo siempre las más franternales relaciones.

" 2.2. Trabajaba con la Asociación de Institutores de Antioquia, ADIDA, y se ganaba $30.000.oo más del 25% correspodiente a prestaciones, que empleaba en ayudar a sus padres, personas pobres y necesitadas.

" 3. La muerte de ELKIN DARIO causó a todos los demandantes daños morales, que, según las mejores doctrina y jurisprudencia nacionales y extranjeras, se presume entre parientes próximos.

" 4. Y, materiales, como resultado de lo que le van a tener que pagar a los abogados por hacer valer sus derechos;

" 4.1. y, a VICTOR SAMUEL OLIVEROS LUJAN y EDELMIRA BETANCUR de OLIVEROS, además, por la pérdida de la ayuda que regular y oportunamente recibían del hijo, de pérdida de su crianza, ' chace ' (sic) de ayuda futura, y de los frutos de capital representativo de la indemnización, jurídicamente causada y sustancialmente exigible, en pesos de valor constante, desde el 14 de marzo de 1983.

" 5. Daños y perjuicios materiales y morales ligados causalmente con el servicio que presta la Policía Nacional". (Fols. 16 A 19).

3. Por auto de 12 de febrero de 1986 (Fol.31), el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y dispuso la notificación del auto y el traslado de la misma al Agente del Ministerio Público, Ministro de Defensa Nacional, Secretario General del Ministerio de Defensa y al Director de la Policía Nacional.

La Policía Nacional, por conducto de apoderado, solicitó pruebas y sostuvo "que en el caso que nos ocupa, no existe ningún tipo de falla del servicio, toda vez que, tal como resultará probado en el proceso, la Policía Nacional no tuvo ninguna intervención y menos, responsabilidad en la muerte de ELKIN OLIVEROS BETANCUR."

Agrega las siguientes observaciones, relacionadas con el registro civil de defunción de la víctima.

" 1.- El registro se sentó el día 11 de marzo de 1983.

" 2.- Que la muerte ocurrió el día 11 de marzo de 1983.

" 3.- Que el doctor DAVID SUESCUN T. , con Registro Médico 1446, certificó tales circunstancias.

" Así las cosas, fuerza es concluír que constituye un imposible físico, que se afirme, que OLIVEROS BETANCUR fue visto y privado de su libertad, los días 12 y 13 de marzo de 1983 y aparecer muerto el día 14 de marzo del mismo año, siendo que, según lo afirma un documento público, su muerte ocurrió el día 11 de marzo de 1983" . (Fls.40-44).

Por auto de julio 25 de 1986 (Fol.42), se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por cada parte.

II. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia objeto del presente recurso el Tribunal declaró responsable a la Nación-Ministerio de Defensa- de los perjuicios materiales y morales causados a Víctor Samuel Oliveros Luján y Edelmira Betancur de Oliveros, padres del occiso Elkin Darío Oliveros Betancur, y de los morales ocasionados a sus hermanos...Olga, Adriana y William Oliveros Betancur quienes convivían bajo el mismo techo. En lo demás fueron denegadas las pretensiones de los demandantes.

Fundamenta, en parte, su decisión el a-*quo*, en el criterio consignado por esta Sección, en el fallo de 6 de diciembre de 1988; expediente Nº 5187; con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, en el cual se analizaron situaciones semejantes a la del presente asunto en cuanto se relaciona con la desaparición de un ciudadano privado de su libertad por las autoridades policivas o militares, para luego, aparecer violentamente ultimado, sin que esas mismas autoridades pueden informar sobre lo acontencido.

La estructura probatoria del fallo de primera instancia, se concreta en las siguientes comprobaciones :

a) Diligencia de levantamiento del cadáver (Fls.113 y 114).

b) Testimonios de Armando Vesga (Fls.56 a 60); Víctor Julio Cardona Márquez (Fls.72 a76); Rafael María Borja (Fls.79 a 81) y, Luis Felipe Vélez Herrera (Fols.67 a 72), quienes, en una u otra forma según su localización territorial y cronológica, suministran la información que permite el *a-quo* concluir en la responsabilidad administrativa oficial;

c) Complementariamente alude el Tribunal a las pesquisas y conclusiones de la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, según la cual "surgían una serie de indicios que comprometían seriamente a miembros del F-2 de la mencionada ciudad (Medellín), como presuntos responsables de los hechos investigados pero sin poder concretar la responsabilidad en una determinada persona..." (Fl.324).

d) Hace referencia el fallo apelado a la prueba testimonial directamente recepcionada por funcionarios de la Procuraduría "a título de investigación preliminar", y se alude a los dichos de Astrid Claro Carrascal (Fls. 105 a 108); Gabriel Sierra (Fl.105); Sergio León Gómez Taborda (Fls. 106-107) y Elkin Echeverri (Fls 245 a 246).

Con fundamento en los elementos de convicción relacionados, cuyas transcripciones o síntesis se contienen en el fallo apelado, considera el Tribunal que " hay indicios suficientes en el proceso para concluir que la aprehensión y posterior muerte de ELKIN DARIO OLIVEROS BETANCUR sí corrió a cargo de elementos vinculados a la Policía Nacional aunque se ignoran sus identidades". (Fl.327).

III. RAZONES DE LOS RECURRENTES

El apoderado de la parte actora, fundamenta su inconformidad frente al fallo de primer grado porque no se dispusos el pago de perjuicios morales a Doris Angela y Beatriz Oliveros Betancur, hermanas de la víctima y quienes no convivían con está en la misma casa.

Cuestiona el criterio de la Sala Plena de esta Corporación plasmado en decisión del 7 de febrero de 1989, donde se estableció que el perjuicio moral, en tratándose de hermanos de la víctima por hechos atribuíbles a la administración. "no emerge por el solo hecho del parentesco, sino que éste debe "estar acreditado con medios probatorios que lleven al Juez a la convicción necesaria para reconocerlo.." (Fl.332).

Considera el apelante que frente a los hermanos debe operar una presunción del perjuicio moral por la muerte de otro hermano. Respalda su posición con los planteamientos contenidos en una sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte, cuya parte pertinente transcribe en su memorial y, por último, allega copia informal de un salvamento de voto del entonces Consejero, doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, precisamente sobre el tema en desacuerdo.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada, sostiene que " Resulta muy difícil pretender reponsabilizar administrativamente a la NACION-POLICIA

NACIONAL, por hechos que no han sido aprobados ni acreditados a plenitud". (Fl.344). Reitera lo expresado en la contestaión de la demanda en cuanto que considera un "imposible fáctico" sostener que OLIVEROS BETANCUR fue visto con vida y privado de su libertad los días 12 y 13 de marzo de 1983, y que apareció muerto el 14 de marzo, cuando según su registro civil de defunción ocurrió el 11 de marzo de 1983.

Por último, a folios 350 y 351, aparece un escrito del apoderado de los demandantes, con el cual allega en copia informal, una decisión de la Sala, de fecha 26 de mayo de 1988. Luego, al folio 362 aparece otro memorial del mismo apoderado, donde alude a unas pruebas documentales.

Llama la atención de la Sala, por qué razón, tales escritos presentados "personalmente", el primero el 29 de julio de 1988, y el segundo el 20 de agosto de 1988, sólo vienen a figurar en el proceso con posterioridad a la sentencia de primer grado, casi dos años después de su presentación. Similar situación se ofrece respecto del memorial de la apoderada de la Policía Nacional (Fl.348) presentado el 23 de febrero de 1989 y sólo viene a figurar en los autos después de la sentencia, resolviéndose diesiseis (16) meses después de presentarlo. El *a-quo* deberá tomar las medidas correspondientes para evitar que esta clase de situaciones vuelvan a ocurrir, porque bien podrían, en un momento dado, originar anomalías o irregularidades susceptibles de sanciones disciplinarias.

Por su parte, el señor Fiscal Octavo de la Corporación, al emitir su concepto de rigor, sostiene que "hay elementos probatorios suficientes que demuestran la responsabilidad administrativa por la muerte de Elkin Darío Oliveros Betancur por parte de Agentes de la Policía Nacional", de donde concluye, que la sentencia recurrida se debe confirmar. (Fol.367-370).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero hacer referencia a lo expresado por la parte demandada, en el sentido de considerar un " imposible físico ó fáctico", que en la Notaría Doce de Medellín se certifique que el 11 de marzo de 1983 se registró la muerte de ELKIN DARIO OLIVEROS BETANCUR y que a su vez éste haya sido visto con vida los días 12 y 13 de del mismo mes, y luego el 14, apareciera muerto. Tal razonamiento, sin duda alguna muy puesto en razón, sería de pleno recibo si no existieran otras comprobaciones que por distintos motivos permiten deducir la equivocación en que incurrieron tanto la señora Notaria Doce de Medellín, al anotar el registro de defunción, como el apoderado de los demandantes al afirmar en los hechos que después del 11 de marzo la víctima había sido vista en buen estado de salud.

En efecto, así se desprende de la diligencia de necropsia realizada por el médico legista Dr. David Suescún Tarazona (Fl.143) *el sabádo 12 de marzo de 1983,* en la cual también se anotó como fecha de la muerte, la misma de esa diligencia. Cabe advertir que este profesional es quien certifica la defunción en el registro civil referido. Lo anterior encuentra también respaldo en la prueba

testimonial que resulta incidente en que el viernes 11 de marzo de 1983, hasta las primeras horas de la noche, el joven Oliveros Betancur fue visto por última vez en buen estado de salud.

Lo anterior conduce a la Sala a considerar que no se dio el imposible físico expresado por la apoderada de la demandada, sino que se presentó fue una equivocación en el diligenciamiento del registro civil de defunción, bien por parte de quien escribió la información o de quien se la suministró.

Por lo que respecta a la parte actora, cuya disconformidad con la decisión de primer grado obedece al no reconocimiento de indemnización por perjuicios morales en favor de Doris Angela y Beatriz Oliveros Betancur, residentes fuera de Medellín y, consecuencialmente, sin convivencia, ni especiales lazos de confraternidad con la víctima, estima la Sala que la decisión del a-quo fue acertada y se ajusta a la orientaciones, por lo demás reiteradas y precisas que sobre este particular se han sugerido, en el sentido de que las relaciones afectivas y fraternas entre hermanos que no conviven bajo el mismo techo deben acreditarse, porque frente a ellos no procede la presunción que si obra ante los ascendentes, descendientes, cónyuge o compañera de la víctima. En tales condiciones no se puede, por ese motivo modificar el fallo apelado.

En relación con los hechos que originaron este proceso, la Sala encuentra demostrado :

1) Que Víctor Samuel Oliveros y María Edelmira Betancur Arredondo, padres del occiso, contrajeron matrimonio el 26 de diciembre de 1955. (Fl.6).

2) Que en dicho matrimonio fueron concebidos William de Jesús (Fol.7), Beatriz Elena (Fol.8), Doris Angela (Fol.9), Adela María (Fol.10), Olga Cecilia (Fol.11) y Elkin Darío Oliveros Betancur (Fol.2), según consta en los certificados que obran a los folios mencionados.

3) Que Elkin Darío Oliveros Betancur falleció el 12 de marzo de 1983, así en el respectivo certificado de defunción erradamente se anotara el 11 del mismo mes y año como la fecha de su muerte. (Fl.13).

4) Que la noche del viernes 11 de marzo de 1983, fue visto Elkin Darío Oliveros B. en poder de la Policía Nacional lo sostienen en sus declaraciones :

a) Armando Vesga: "...entonces el 11 por la noche me fuí a la inspección de Belén que queda más acá del parque y me dijeron que fuera al F.2 y cuando fuí había una volqueta cuadrada, estaban bajando gente y cuando miré hacia la parte de arriba ví a *Elkin y lo entraron allá, pedí* permiso que me dejaran entrar y no me dejaron entrar porque allá no dejan entrar a nadie y *ahí ví a Elkin en la volqueta cuando lo estaban bajando,* serían más o menos las ocho de la noche del día once (11) de marzo de 1983. . . (Fol.57). . . *Sí yo lo ví, lo estaban bajando* de la volqueta, esas

instalaciones del F.2, quedan en Belén , eso era el viernes once (11) de marzo..." (Fol.59) (Lo subrayado no es del texto).

b) Víctor Julio Cardona Márquez quien sostiene : "...entonces me quedé, siete y cuarto o siete y media y sentí que me llamaron y yo mire y lo ví cuando me dijo Víctor, Víctor, *me llamó por ahí dos o tres veces,* me llamaba porque *a él lo estaban entrando en una volqueta en la puerta del F-2.*, más que todo lo reconocí por la voz y de *inmediato lo entraron,* inclusive ni lo bajaron en la puerta sino que *lo entraron,...* volvimos al F.2, ya el sábado y no aparecía registrado. . . yo a Elkin *la última vez que lo ví fue en la volqueta en la entrada del F. 2*, no lo volví a ver... " (Fols.73,74 y 76). (Subrayado fuera del texto).

c) Rafael María Borja : manifiesta en su testiomonio que "la última vez fue el 11 de marzo de 1983, lo *ví en el F.2* .... estaba buscando a un hijo mío...y pasaron en una volqueta y este *muchacho iba en esa volqueta,* eso fue después de las siete de la noche en adelante. . . No, él pasó, no me dijo nada, *me saludó...* ". *(F*ol.79 a 80) (Lo subrayado es de la sala) .

5) Que Elkin Darío Oliveros Betancur devengaba un sueldo de $30.000.oo mensuales como empleado de la Asociación de Institutores de Antioquia "ADIDA". (Fls.3 y 69).

6) Que sus ingresos los compartía con su familia. (Fls.59, 69 y 75).

7) Que el mismo Jefe de la Unidad de la Policía Judicial- Antinarcóticos sostuvo que en este caso "surge una serie de indicios que compromete al F.2 de la Policía Nacional de esta ciudad como responsable de la muerte de OLIVEROS, pero sin que se haya podido concretar la responsabilidad en una persona determinada".(Fol.92).

8) Que en igual sentido se pronunció la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, al manifestar: "Por ello, aunque existen indicios graves que señalan como responsables a miembros del F.2 de Medellín se debe ordenar el archivo de las diligencias ya que para abrir formal investigación disciplinaria se requiere que exista persona cierta, real y determinada..." (Fol.299).

Coforme a lo anterior, para la Sala resulta suficientemente acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad adiministrativa. En efecto, en primer término, aún acudiendo sólo a las pruebas recaudadas en este proceso, se puede afirmar que el viernes 11 de marzo de 1983, en las horas del día, el joven Elkin Darío Oliveros Betancur gozaba de su libertad y se encontraba con vida. Es decir, que el comienzo de la noche de ese 11 de marzo, según lo dicen los presenciales, es el último momento en que procesalmente se considera sano y vivo al mencionado joven. Desde ese instante, cuando los testigos lo ven, lo saludan, lo llaman, hasta cuando fue reconocido por su padre, no se tuvo noticia de Elkin Darío, a pesar de la acuciosa búsqueda realizada por sus padres, familiares y amigos, de donde se concluye que el deceso violento debió producirse cuando se encontraba en poder

de sus captores la misma noche de su aprehensión y conducción a las instalaciones del F.2. A tal entendimiento se llega porque el legista informa que la muerte se produjo "aparentemente" 18 hora antes de la necropsia, tiempo que coincide con el de la privación de la libertad de la víctima en aquella fatídica noche.

Resulta entonces manifiesta la falla del servicio, porque los agentes policiales, por mandatos constitucional, legal y reglamentario, se encontraban obligados no sólo a proteger al ciudadano aprehendido, sino que debían velar por su vida y por su integridad física y sicológica.

Esta es una obligación que corresponde asumir con extrema responsabilidad a los agentes del orden y que se encuentra especialmente consagrada en el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural (Resolución 00168 de 1961) que obliga a " entregar al detenido o preso a la autoridad competente tal como fue recibido", disposición ésta derivada de los mandatos constitucionales consagrados en el artículo 16 de la Carta de 1886 y ampliamente reiterado en el artículo 2° de la Constitución vigente. No obstante, son frecuentes las ocurrencias contrarias a ese compromiso de protección a la vida e integridad de los ciudadanos capturados por las agencias de seguridad oficiales. Sobre el particular en esta Sección se han efectuado distintos pronunciamientos, encaminados todos a resaltar la responsabilidad estatal cuando personas que fueron privadas de su libertad por miembros de la fuerza pública, posteriormente se las encuentra violentamente ultimadas, sin que los agentes oficiales ofrezcan explicación lógica suficiente sobre el terrible final de los ciudadanos.

La Sala, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de los fundamentos jurídicos que permiten exigirle responsabilidad a la Administración, ha mantenido un reiterado cuestionamiento al proceder de la fuerza pública frente a los ciudadanos que son privados de su libertad y luego, sin explicación ni justificación alguna, desaparecen o aparecen muertos violentamente.

En tales ocurrencias, ya sea con fundamento en figura similar a la del depósito necesario de personas " que se configura en el momento en que las autoridades de la República, como personeros de la Nación, capturan el ciudadano y lo ponen, contra su voluntad, bajo su guarda y vigilancia, para los efectos legales pertinentes, convirtiéndose los captores y guardadores en el depositario que debe responder, - con obligación de resultado del supremo bien de la vida...". como lo expresó la Sala en el proceso de Isabel Obando Roa; Expediente 2.750; de 21 de agosto de 1981, con ponencia del señor Consejero Jorge Valencia Arango; o bien, porque se considere que se trata tan solo del cumplimiento de un deber legal, dado que toda autoridad militar o de policía en su misión de mantener el orden público puede aprehender a las personas bien por encontrarse en flagrancia durante la comisión de conductas punibles, o cuando sobre ellas pesa una orden de captura. Es decir, que en tales eventos no nace con esa aprehensión una relación contractual para mantenerlo vivo, sino que se trata simplemente de " una obligación legal, liquida a las garantías constitucionales mismas", según lo consagró también la Sala, en providencia del 6 de diciembre de 1988, en el proceso número 5187 de Ladys

Matilde Puentes Vda. de Miranda, con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo.

En todo caso, la adopción de una u otra tesis, conduce a declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado, a menos que la autoridad compruebe "que devolvió a la persona retenida, ...". En otros términos, debe responder por su "desaparecimiento, lesión o muerte", según se dijo en fallo del 26 de mayo de 1988, con ponencia del señor Consejero Antonio José de Irisarri, en el proceso de Adelaida Fernández E. (Expediente Nº 4918).

Ahora bien, el hecho de no haberse identificado a los policiales que ejecutaron el criminal acto, desde luego no significa que la institución de la que eran miembros activos quede exenta de responsabilidad. De ninguna manera. Su responsabilidad es anónima, corresponde asumirla a la administración, en forma independiente y ajena de la subjetiva que compete a los integrantes del respectivo organismo estatal, como sujetos agentes de un comportamiento generador de la falla en el servicio.

De otra parte, el daño resulta también evidente. La muerte del hijo y del hermano, originó en sus progenitores y en algunos de sus hermanos, perjuicios de orden material y moral, en cuanto privó a la madre de su colaboración económica y a todos del afecto y cariño que mutuamente se profesaban, acentuado por la diaria convivencia bajo un mismo techo. La relación entre la falla del servicio y el daño ocasionado sin duda alguna resulta notoria, pues sin la muerte del joven Oliveros Betancur, sus padres y hermanos ningún perjuicio hubieren padecido.

Se concluye pues, que en el caso bajo estudio sí se presentan los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual administrativa, por lo que procede la Sala a examinar lo relacionado con el reconocimiento que hizo el a-quo de los perjuicios morales y materiales. En cuanto a los primeros, ya se determinó que la decisión de primera instancia habrá de mantenerse.

En cuanto a los perjuicios materiales la Sala los encuentra debidamente acreditados para la señora Edelmira Betancur, madre del occiso, quien percibía parte de sus ingresos y los utilizaba para su propia subsistencia. No sucede igual con el señor Víctor Samuel Oliveros, progenitor de la víctima , quien no dependía económicamente de su hijo porque se desempeñaba como trabajador, por lo demás, próximo a jubilarse. En consecuencia se reconocerá y pagará por perjuicios derivados del lucro cesante, la suma que en el incidente de liquidación que habrá de tramitarse resulte demostrada en favor de la señora madre del occiso.

Para efectos de calcular el valor de dichos perjuicios deberá establecerse, en primer término, el ingreso salarial efectivo de la víctima al instante de su muerte. No se toma en consideración el aparente salario certificado por el tesorero de la Asociación de Institutores de Antioquia "ADIDA". (Fol.3), porque no se acreditó por los medios legales la existencia de dicha persona jurídica . Por consiguiente, salvo que se demuestre documental y fehacientemente la vinculación, los servicios y los pagos reales de salarios por parte de ADIDA, se deberán liquidar los perjuicios

por lucro cesante de acuerdo con el salario mínimo legal vigente para la época del insuceso.

Con fundamento en la supervivencia de la víctima, calculada en 46 años por el médico legista, de mejor aceptación para la Sala porque resulta de una observación directa del occiso, y, con base en las Tablas de Mortalidad de Superintendencia Bancaria se establecerá el tiempo probable de vida de la señora Edelmira Betancur de Oliveros para así calcular el monto de la indemnización debida o futura.

La indemnización debida se liquidará sobre el salario que resulte demostrado en la fecha del hecho dañoso, descontando el 25% que se entiende la víctima utilizaba para su propia subsistencia, para tal demostración podrá acudirse a distintos medios de prueba.

El período de la indemnización debida se contará desde el 12 de marzo de 1983 a la ejecutoria de esta providencia y se tendrá en cuenta también a esta última fecha deberá actualizarse el ingreso mensual establecido.

Para liquidar la indemnización futura o anticipada, se tendrá en cuenta la vida probable de la madre del occiso, por ser la menor.

Para las liquidaciones anteriores, se aplicarán las fórmulas tradicionalmente utilizadas por esta Sala, a saber :

Indemnización futura :

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

S = suma que se deduce

Ra = renta actualizada

i = 0.004867 mensual

n = número de meses.

Indemnización Consolidada o debida :

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

Para la actualización se tomará :

$$Ra = VH \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Con fundamento en lo expuesto y parcialmente de acuerdo con el concepto del Fiscal Octavo de esta 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,

F A L L A

PRIMERO: Confírmase los numerales 1, 2 y 4 de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, fechada el 18 de mayo de 1990.

SEGUNDO : Modifícase el numeral 3 de la misma providencia, el cual queda así :

Por concepto de perjuicios materiales o lucro cesante se reconocerá y pagará a la señora Edelmira Betancur de Oliveros, la suma que resulte probada en el posterior incidente de liquidación, siguiendo las orientaciones consignadas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO : La demandante beneficiada con la condena de perjuicios materiales deberá presentar el escrito con el cual promueva el incidente de liquidación de aquéllos, dentro de los 60 días siguientes a cuando se notifique el auto que profiera el Tribunal ordenando cumplir lo que aquí se decide.

CUARTO : Para efectos del pago de los perjuicios morales reconocidos en el numeral 2 de la providencia apelada, los beneficiados con la condena allegarán junto con la cuenta de cobro el certificado que expida el Banco de la República sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

QUINTO : Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, Septiembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/ RELACION DE CAUSALIDAD

Para poner en evidencia la falla del servicio probó no sólo la conducta negligente y anti-ética del médico obligado a la atención del paciente y la torpeza del enfermero que lo trató, a falta de alguien idóneo que lo hiciera, sino que también demostró el suministro de una droga potencialmente tóxica como es el sulfato de cobre. No era necesario probar (la parte actora) que la dosis fue excesiva y que por eso y sólo por eso ocurrió el deceso. Incumbía a la parte demandada demostrar que la dosis suministrada fue tan pequeña que en ninguna forma pudo desencadenar el síndrome hepatorrenal que causó la muerte del agente. Es posible colegir que hubo relación de causalidad entre el suministro del sulfato de cobre y el desarrollo del síndrome hepatorrenal mencionado como causa de la muerte.

INDEMNIZACION A FORFAIT/ CUMULO DE INDEMNIZACIONES

En casos como éste el agente o sus damnificados tienen derecho a la indemnización total y no sólo a la especial "a forfait" o predeterminada por las leyes laborales que rigen a la institución. El agente murió por una falla del servicio de sanidad militar y no como consecuencia de los riesgos que como militar debía afrontar. Si hubiera fallecido en combate, por ejemplo, no cabría hablar de otra indemnización diferente a la contemplada en el régimen laboral que lo protegía. Es entonces admisible el cúmulo de indemnización.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá. D.C. , septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia : Expediente N° 6253. Actor: Mélida Inés Domíguez de Medina y Otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 4 de junio de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Santander, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Dichas súplicas son del siguiente tenor :

" *PRIMERA.*- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (POLICIA NACIONAL) es administrativamente responsable de la totalidad de daños y perjuicios causados a mis poderdantes como consecuencia de la muerte sufrida por el señor agente de la Policía Nacional PEDRO JESUS MEDINA SUAREZ"

" *SEGUNDA.*- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (POLICIA NACIONAL) debe pagar a cada uno de los demandantes, a saber : MELIDA INES DOMINGUEZ DE MEDINA (esposa), EDISON JAVIER MEDINA DOMINGUEZ (hijo), FRANCY MILENA MEDINA DOMINGUEZ (hija) y NIDIA YOHANNA MEDINA DOMINGUEZ (hija) la cantidad de un mil gramos (1.000) gramos de oro puro convertidos a moneda nacional a la tasa de cambio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria del fallo, a título de compensación por daño moral subjetivo (Total : cuatro mil - 4000- gramos de oro puro convertirdos a moneda nacional)."

" *TERCERA.*- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (POLICIA NACIONAL) debe pagar a cada uno de los demandantes, por separado, la indemnización por lucro cesante en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica o que resulte de la aplicación del art. 107 del Código Penal."

" *CUARTA.*- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (POLICIA NACIONAL) debe pagar a MELIDA INES DOMINGUEZ DE MEDINA, esposa del occiso, la indemnización por daño emergente, en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica, o que resulte de la aplicación del art. 107 del Código Penal. "

" *QUINTA.*- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (POLICIA NACIONAL) debe pagar a MELINA INES DOMINGUEZ DE MEDINA y/ o a sus hijos la indemnización por daño moral objetivado, si su existencia se estableciere en el proceso, en la cuantía que se demuestra en el curso, del mismo, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica, o que resulte de la aplicación del art. 107 del Código Penal. "

" *SEXTA.*- El monto se actualizará de acuerdo con los criterios o patrones establecidos por la Ley y la Jurisprudencia."

" *SEPTIMA.*- LA NACION, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del c.c.a."

Como hechos se narraron en la demanda, en síntesis :

1.- Que el agente de la policía Pedro Jesús Medina Suárez ingresó a la Policlinica de la Policía Nacional en Bucaramanga en la noche del 19 (sic) de mayo 1986, con problemas digestivos.

2.- Que el Médico de turno Cairo Edmundo Castellanos D, no se hallaba en el establecimiento y al llamado telefónico del enfermero Alcibiades Bernal B. le recetó algunas drogas , manifestando que no podía ir a esa hora a la policlínica.

3.- Que como no mejorara el paciente, el médico fue llamado de nuevo y se negó a acudir con argumento de que a esas horas no tenía porqué atender a ningún enfermo.

4.- Que al enfermo le suministró una dosís de sulfato de cobre con lo que siguió empeorando; en vista de lo cual su cónyuge lo condujo a la clínica Bucaramanga donde fue internado "en estado crítico por cuadro secundario a intoxicación por cobre".

5.- Que posteriormente el paciente fue remitido a Bogotá, e internado en la policlínica, lugar donde falleció pese a que su esposa había solicitado su reclusión en el Hospital Militar Central.

6.- Que el médico Castellanos Durán fue sancionado por faltas contra el reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional, " en relación con el fallecimiento del agente Medina Suárez."

7.- Que la historia clínica del paciente en " la clínica Bucaramanga" muestra que el paciente ingresó en mal estado el 30 de mayo de 1986, " por presentar diarrea y vómito al parecer de dos días de evolución"; presentó dolor en el hipocondrio derecho por lo que consultó a la policlínica y le administraron sulfato de cobre.

8.- Que el 22 de septiembre de ese año la señora Mélida Inés Dominguez de Medina presentó queja ante la Procuraduría.

9.- Que la muerte del agente Medina Suárez causó perjuicios morales y materiales tanto a su cónyuge, señora Mélida Inés Dominguez, como a sus hijos.

El tribunal luego del trámite de rigor decidió la instancia en la forma anotada. Estimó que si bien se probó el hecho generador de la falla del servicio, no resultaron

acreditados ni el perjuicio ni la relación causal. A este respecto cabe destacar los siguientes apartes :

" No obstante encontrarse acreditado el primer elemento de la acción extracontractual demandada con las versiones del Médico Castellanos Durán y el enfermero de turno de la Policlínica de esta ciudad, quienes atestan que en efecto Medina Suárez ingresó a la mencionada clínica en donde se le suministró el sulfato de cobre y otras atenciones médicas de urgencia, no es menos cierto que los dos restantes, esto es, el daño o perjuicio causado a la víctima y la relación de causalidad entre el hecho ocurrido y el daño o perjuicio causado, no se encuentran debidamente demostrados con medios suficientes de convicción."

" Al plenario se allegaron fotocopias de la historia clínica Nº 05-56-3 del paciente Medina Suárez, que obra a los Fls. 160-161 y 171-172, de la clínica Bucaramanga, y de la Historia clínica de la policlínica de Bogotá, fl. 13, en las que constan las fechas de ingreso y salida del paciente, observaciones y el diagnóstico correspondiente "sobre HEPATITIS TOXICA por SULFATO DE COBRE", y otros síntomas traumáticos que allí se describen, empero, infortunadamente dicha prueba documental aportada por el actor no puede ser tenida en cuenta como tal, por carecer del requisito legal de autenticidad."

"De las versiones de los deponentes Cairo Edmundo Castellanos, Alcibiades Bernal Betancurt, Emilio Bonilla Ordoñez, Alvaro Ordoñez Gómez, Edith Pabón de Morales, Angel Octavio Morales Triana, Alvaro Gómez Quiroga y Luciano Medina Suárez (Fls. 139 a 155), sólo puede extractarse que en efecto al agente de la Policía Medina Suárez se le suministró una dósis de sulfato de cobre en la policlínica de Bucaramanga cuando ingresó a la misma, que luego debido a su estado de salud fue remitido a la clínica Bucaramanga y posteriormente a la policlínica de Bogotá, pero tal prueba testimonial no tiene la capacidad de demostrar cual fué la causa real que ocasionó el fallecimiento, pues no se aportaron al plenario las pruebas legales idóneas que se requieren para acreditar este tipo de hechos que no son otras que el acta de necropsia y el certificado de defunción de la víctima, en su orden, documentos públicos éstos que constituyen plena y única prueba en tal sentido; por lo tanto resulta imposible demostrar por otros medios de convicción los elementos causales 2º y 3, citados como estructurantes de responsabilidad extracontractual que se demanda. "

"....."

" No se remite a duda que el proceder del médico Castellanos Durán no es justificable desde ningún punto de vista, pues su deber no era otro que el de cumplir con la institución prestando personalmente a los usuarios del servicio, en el momento en que éstos lo soliciten, ya que su vocación así lo exige, pero

no por esta falencia se puede deducir que su conducta un tanto irresponsable, fuera la causa necesaria y definitiva del suceso fatal ocurrido, el cual entre otras cosas no se encuentra acreditado debidamente. "

" En conclusión, para la Corporación en el *Sub-lite,* no se dieron las circunstancias de hecho y de derecho para endilgarle una responsabilidad al Estado; la debilidad de la prueba tanto documental como testimonial así permiten establecerlo. Se echaron de menos además los documentos que acreditaran la vinculación del galeno Castellanos Durán a la policlínica de la Policía Nacional y sólo por un proceso deductivo que va de lo universal a lo particualr (sic), se pudo establecer el vínculo del señor Medina Suárez al cuerpo activo de la Policía Nacional."

"No encontrándose demostrada la falla en el servicio por parte del Estado en el caso en ciernes por no haberse establecido a plenitud los elementos causales estructurantes de la responsabilidad extracontractual estatal frente al particular, habrá de denegarse las pretensiones de la demanda, sin otras consideraciones, pues a la postre resultarían innecesarias. "

Descontenta la parte actora con la decisión, interpuso el recurso de apelación. Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera :

Para el señor Fiscal décimo de la Corporación, la sentencia apelada merece ser confirmada. A este respecto, anota en su vista de 20 de mayo de 1991 (a fls. 296 y ss) :

" Para esta Fiscalía resulta evidente, que el proceder del doctor Cairo Edmundo Castellanos Durán, no fué el correcto en la noche del 29 de mayo de 1986, cuando procedió a formular telefónicamente al agente de la Policía Nacional Pedro Jésus Medina Suárez y a tratar mal de palabra al enfermero de turno de la policlínica de la ciudad de Bucaramanga. Tan irregular fué su proceder que el Dpto de Policía de Santander - Inspección y Vigilancia sancionó al citado galeano con multa del 20% del sueldo básico mensual por ser responsable de faltas contra el reglamento de disciplina y honor para la Policía Nacional. Lo anterior se corrobora con el Edicto que obra a folio 131 del expediente."

" En este orden de ideas, se advierte que el demandante basa la falla en el servicio en el comportamiento irregular del doctor Castellanos Durán la noche del 29 de mayo de 1986, así como el sulfato de cobre que como vomitivo le suministró el enfermero de turno de la Policlínica de la ciudad de Bucaramanga al agente Pedro Jésus Medina Suárez, antes de que hubiera sido trasladado a la Clínica Bucaramanga de dicha ciudad".

" Para este despacho, la causa de la muerte del agente Medina Suárez por ninguna parte obra en el proceso. Es más, de las diferentes declaraciones que

obran en el informativo y que aparecen de folio 147 en adelante, se concluye que una vez producido el fallecimiento del agente Medina Suárez, no se le practicó la autopsia correspondientes."

" Por lo tanto, con qué medios de convicción se puede concluir que la causa de la muerte fué el sulfato de cobre, que como vomitivo se le había dado al paciente 15 días antes?."

" El certificado de defunción a que hace alusión el apoderado de los demandantes, visible a folio 8 del expediente, es prueba de la defunción, pero la manifestación de la causa principal de la muerte que hace en dicho certificado el señor Luis C. Salinas, no puede tenerse como evidencia, toda vez que no es por éste medio por el cual se puede probar legalmente la causa de un deceso."

La nación en su alegato de conclusión insiste en la confirmación del fallo recurrido y recalca que no existió ni la prueba de la falla ni la relación de causalidad entre la dosis de sulfato de cobre que se le suministró al occiso y su fallecimiento (ver alegato a folios 292 y ss). Cuestiona además la causa de la muerte " síndrome hepatorrenal" que figura en el acta de defunción , para concluír que ese síndrome bien pudo haber sido causado por la extirpación de la vesícula y no por el sulfato de cobre que se le suministró como vomitivo.

Por un lado el señor apoderado de los demandantes en su extenso alegato que obra a folios 269 y ss estima que la sentencia debe ser revocada, porque hizo una valoración incompleta e inadecuada de las pruebas que obran dentro del proceso; porque no tuvo en cuenta el derecho a la asistencia médica que tienen los agentes de la policía en los términos del artículo 92 del decreto 2063 de 1984, en hospitales y clínicas de la Policía Nacional; servicio que le fué prestado en forma por demás empírica por una persona sin conocimientos médicos adecuados.

Fué tan desacertado ese tratamiento que se le suministró sulfato de cobre para provocarle vómito, lo que le causó un cuadro hepatorrenal (hepatitis tóxica e insuficiencia renal aguda) del que no pudo salir airoso.

Para la sala el fallo deberá revocarse. El asunto planteado y la solución dada por el tribunal pone de presente una vez más el conflicto antigüo pero siempre nuevo entre la setencia legal y la sentencia justa. Esta última es la medida de la justicia. Por eso desde el derecho romano se oye hablar del *suman ius, summa injuria.*

Desde el punto de vista ortodoxo podría pensarse que el *a-quo* tiene la razón cuando da a entender que no pudo establecerse de manera inconcusa la falla del servicio y la relación causal entre el suministro por un enfermero de la Policlínica de la Policía del sulfato de cobre y la muerte del agente Medina; y que las historias clínicas que obran dentro del proceso son inauténticas. Pero, definitivamente, el tribunal exigió demasiado; quiso que el expediente mostrara una verdad matemática, una conclusión de silogismo no sujeta a error: que el agente Medina fue envenenado

por el enfermero Alcibiades Bernal Betancur con una dosis tóxica de sulfato de cobre. Y no es eso lo que busca la ley. Esta va en pos de la certeza y ésta no es más que el convencimiento que tiene el juez de una realidad dada. Y esa certeza se da. Otra cosa diferente es que el *a-quo* no haya podido verla. El acervo probatorio muestra sin lugar a dudas razonables, que existió una protuberante falla del servicio; que esa falla causó la muerte del agente Medina y que su deceso produjo serios perjuicios tanto a su cónyuge como a sus hijos y que estos deben ser resarcidos.

Fué tan notoriamente irregular y deshumanizado el trato que se le dió al agente Medina en la Policlínica de la Policía Nacional, en especial por la conducta negligente asumida por el médico Cairo Castellanos y por la ligereza del enfermero Bernal Betancur, que el mismo tribunal ante la gravedad de lo sucedido, aunque contradiciéndose, no tuvo mas remedio que aceptar que sí se había probado la falla del servicio. Así a folios 223, como se destaca de lo transcrito atrás, se anota que no obstante haberse probado el primer elemento de la responsabilidad (la falla del servicio) no se demostraron los otros dos presupuestos, o sea el daño y la relación de causalidad.

Para la sala esa falla del servicio resultó bien probada dentro del expediente. El agente llegó en busca de asistencia médica a la clínica señalada por la organización del servicio para ese efecto. Y pese a haber ingresado con intensos dolores abdominales, ictérico, febril y con otros síntomas alarmantes, el médico disponible y llamado para el efecto, el doctor Cairo Castellanos Durán no solamente se negó a acudir a la clínica, pese a las varias llamadas que se le hicieron con disculpas impropias de quien desempeña una profesión como la medicina, sino que descargó su rabia contra el enfermero que angustiosamente lo requería, trantándolo soezmente. Y si a lo anterior se suma que ante tal ausencia se la había asignado esas responsabilidades, para las horas nocturnas, a un lego, se pone de presente todavía más dicha falla. Falla que también se descubre con el tratamiento inadecuado que el enfermero Bernal B. le dió al paciente al suministrarle sulfato de cobre como emético, sin saber el estado de salud que presentaba e ignorando las consecuencias que podía producir dicha droga.

Aunque se ignora la dosis que le suministró (los dos médicos declarantes hablan de que el sulfato de cobre sólo es tóxico en cantidad exagerada) el acervo probatorio permite inferir que no fué una dosis inocua, dados los síntomas alarmantes que manifestó el paciente después de su ingestión y su desenlace final.

Además del informe que el mismo enfermero rindió dentro de la investigación disciplinaria se desprende que no fué la cantidad apropiada, ya que éste olimpicamente declara: "En vista de que no mejoraba le coloqué hielo abdominal, le di agua y le preparé un vomitivo con sulfato de cobre, *posiblemente se me fué la mano* y llamé de inmediato a la Estación 100 para que llamaran al médico Cairo". "El mencionado doctor me llamó por teléfono a las 23:00 horas todo enfurecido, diciéndome que porque "putas" tenía que llamarlo a él que él no era el único "marica" para estar

atendiendo a todo "berraco" que se enfermara. Le comuniqué que como él hera (sic) médico jefe hera (sic) su obligación, después de regañarme un rato me ordenó que le colocará una destroxa, otro calmante y una ampolla de Plazil (ilegible) lo cual le aplique."

Este informe fué luego ratificado con testimonio que obra a folio 149 y ss. Allí dice que no había médico de turno cuando llegó el paciente; que por teléfono le contó al Dr. Cairo sobre el estado del paciente y sus deseos de vomitar; que el indicado profesional le dijo que no le molestara, que le diera cualquier cosa, ante esto "busqué en los haberes que habían allí en la clínica y encontré sulfato de cobre, le dí una pequeña porción"...y que el paciente siguió peor.

Observése que lo que en el informe la permitió afirmar "que posiblemente se me fue la mano," ya se convirtió, al poco tiempo, en una pequeña porción y luego en una cucharadita.

La parte demandante para poner en evidencia la falla del servicio probó no sólo la conducta negligente y antiética del médico obligado a la atención del paciente y la torpeza del enfermero que lo trató, a falta de alguien idóneo que lo hiciera, sino que también demostró el suministro de una droga potencialmente tóxica como es el sulfato de cobre. El mismo doctor Castellanos en su declaración afirma que dadas las condiciones del paciente el suministro del sulfato de cobre no era la conducta adecuada. (a. f. 148).

Aquí se pregunta la Sala : Debió probar esa misma parte que la dosis fué excesiva y que por eso y sólo por eso falleció el agente Medina?. La sala estima que no. La actora al probar el suministro de la droga, por alguien que no tenía los conocimientos médicos suficientes por prever sus consecuencias en una persona que llegó a la clínica con la sintomatología anotada atrás, satisfizo su carga probatoria. Incumbíale entonces a la parte demandada demostrar que la dosis suministrada fué tan pequeña que en ninguna forma pudo desencadenar el síndrome hepatorreal que figura como causa de la muerte del agente. Lo hizo? No, la defensa de la entidad fue débil, quizás convencida como estaba que el caso era en cierta forma indefensable por el trato inhumano que había recibido el paciente en una de sus clínicas.

Sostiene el tribunal que no se probó la relación causal entre el fallecimiento del agente Medina y la falla del servicio. Para ello se apoya fundamentalmente en estas circunstancias: a) Porque las historias clínicas que obran en el expediente (a fl.160 y 161, 171 y 172 y 13) no pueden ser evaluados probatoriamente porque están contenidas en documentos que carecen " del requisito de autenticidad; b) Porque los testimonios que obran a folios 139 y 155, sólo demuestran que al paciente se le suministró sulfato de cobre como emético y que debido al agravamiento en su estado de salud debió remitirse a la Policlínica de Bogotá, pero no demuestran cuál fue la causa de sus muerte, ya que para estos debió aportarse el acta de necropsia y el certificado de defunción; c) Porque no se demostró qué dosis de

sulfato de cobre se le suministró al agente; y d) Porque éste falleció luego de haber estado recluido en tres clínicas diferentes y que todo hace pensar que no estaba grave cuando se le suministró la droga en la clínica de la Policía, centro hospitalario al que ingresó en primer lugar.

Pues bien, en estas apreciaciones se equivocó seriamente el Tribunal, como pasa a explicarse.

La historia clínica 05-56-45, sí es auténtica. Basta observar que llegó al expediente remitida por el médico jefe de la sección de Sanidad de Santander como respuesta al exhorto 143 de 8 de febrero de 1989 expedido por el tribunal. (ver oficio remisorio de 16 de mayo de 1989 a f. 177). Historia clínica que es la misma que obra a folios 11 del cuaderno principal, adjuntada con la demanda y que nadie discutió dentro del proceso.

De ese documento se deducen aspectos de sinigual transcendencia para la solución de este litigio, por el valor indiciario que contiene.

Esa historia reafirma, en primer término, que al paciente se le suministró sulfato de cobre, y que al examen de ingreso a la clínica Bucaramanga, luego del tratamiento incial, se encontró "en mal estado acrocioanosis, actericia, deshidratación severa, dolor en hipocondrio derecho" (a f.178). En segundo término, muestra un diagnóstico de "Hepatitis tóxica por sulfato de cobre colestasis. Colecistocoledocolitiasis- Colangitis- Colescistectomía (colecicistitis gangrenosa aguda). Insuficiencia renal aguda por necrosis tubular más hiperbelirrubinemia. Anemia server secundaria o sangrado digestivo y hemolisis". En tercer lugar, esa historia narra que el paciente ingresó a la clínica Bucaramanga (recuérdese que la Policlínica de la Policía lo remitió allí) el 30 de mayo de 1986, "por presentar diarrea y vómito al parecer de dos días de evolución. Presenta dolor en hipocondrio derecho por lo que consultó a la Policlínica y le administraron sulfato de cobre. "En cuarto lugar, la misma historia revela que fué operado el día 1 de junio de ese año" por cuadro clínico de colecistitis, encontrando colesistocoledocolitiasis, colangitis. Se practicó colesistectomía "....En quinto lugar, que dada la gravedad del paciente fué remitido a Bogotá. Y aquí surge otro indicio. Por qué a ese paciente, en estado tan delicado, no se le trató en el Hospital Militar Central de esta ciudad, sino en la Policlínica de la Policía, la que, es un hecho dolorosamente notorio, vive en precarias condiciones por escacez de medios y por exceso de pacientes?. No puede pasarse por alto que el jefe de la Sección de Sanidad Desan cuando remitió al enfermo a esta ciudad recalcó que estaba delicado y sugirió su tratamiento en dicho Hopital Militar Central.

Que la prueba testimonial no demuestra la causa de la muerte del Agente Medina, anota el tribunal. Pues bien, esto es formalmente cierto, pero es una afirmación que revela cierta ligereza en su apreciación. Nunca ningún medio probatorio debe evaluarse aisladamente.

Que debió practicarse un dictamen pericial y acompañarse la necropcia correspondiente, anota asimismo el *a-quo*. También es cierto y quizás habría sido lo más aconsejable para salir de dudas. Pero, no constituirán esos testimonios de médicos, enfermero y familiares, unidos a los documentos, indicios serios de lo que se hizo y no se hizo con el paciente, el que fué tratado en forma irresponsable y deshumanizada y como si a nadie le importa su suerte.

Se sabe que no se practicó la necropcia. Y esta omisión es un indicio más, no necesario, pero no por eso menos elocuente. Todo da a entender que murió intoxicado por el sulfato de cobre y que a nadie, quizás, le convenía que se supiera la verdad.

Qué significa, entonces, el diagnóstico médico de " Hepatitis tóxica por sulfato de cobre colestasis "? No puede aceptarse que nada significa y que ninguna incidencia tuvo en el fallecimiento del agente. Aquí la sala no invade el campo de la medicina, pero se apoya en sus diagnósticos y saca sus propias conclusiones.

Dice el acta de defunción, y es otro indicio revelador, que la causa de la muerte fué "Síndrome Hepatorrenal". Pues también esto le permite inferir que ese síndrome, o sea el conjunto de síntomas características de una enfermedad, constituyó una grave falla de las funciones renal y Hepática, cuya causa por lo general es TOXICA e infecciosa.

No guarda, hasta para profanos como los miembros de esta sala, ninguna relación el hecho que los médicos hablen de hepatitis tóxica por ingestión de sulfato de cobre (potencialmente tóxico) y la leyenda puesta en el acta de defunción "síndrome hepatorrenal?".

Si, sí existe esa relación y es posible colegir que hubo relación de causalidad entre el suministro de sulfato de cobre y el desarrollo del síndrome hepatorrenal mencionado como causa de la muerte. Aquí se insiste que, aunque no se trata de una verdad inconcusa, la unión de los distintos indicios le permite a la sala afirmar con suficiente certeza : La falla del servicio médico de la Policlínica de la Policía de Bucaramanga fue la causa de la muerte del señor Medina y ésta la causa de los perjuicios sufridos por los damnificados.

Que el paciente falleció, dice el tribunal, luego de haber pasado por varias clínicas y que cuando ingresó a la primera no estaba grave. Pues bien, aquí también le falta la lógica al *a-quo*. Si ingresó a la Policlínica de la Policía en estado normal (no grave afirma éste), por qué su descenlace final afectado de hepatitis tóxica, que no se pudo remediar, y que según los mismos médicos pudo haber sido causada por el sulfato de cobre? Hubiera sido más lógico el tribunal si hubiera afirmado lo contrario; es decir, que el paciente había ingresado en estado de gravedad y que pese al buen tratamiento médico nada se pudo lograr.

Este proceso es revelador de la descomposición que se vive. Por un lado un médico que no cumplió su juramento. No podía ír a la Policlínica pese a estar

disponible, porque no tenía vehículo y porque le daba temor salir de noche por la situación de inseguridad que vivía la ciudad. Bueno, el miedo es respetable, pero para eso existía una salida más decente: renunciar. Por otro, la institución de sanidad carente de los más elementales servicios e indolente ante la suerte de un agente de la Policía. Y eso es otro síntoma. El país, desmemoriado hasta la sinrazón, parece olvidar que en la guerra atroz que mantiene contra la delicuencia organizada, son los agentes como el señor Medina y los soldados los que realmente están poniendo la cara. Para qué? Para la tranquilidad de todos. Será justo que mañana cuando caigan enfermos, o heridos la única solución sea el sulfato de cobre o la baja, ya mutilados, para que ingresen al mercado de la mendicidad?

Esto es un cuadro clínico de Colombia. Es quizás un proceso de escasa siginificación económica, pero que desnuda una cruda realidad. No hay que probarla siquiera. Los colombianos deberían asomarse a los servicios de sanidad militar, para agentes y soldados se entiende, para que sintieran una nueva tristeza.

Se dice en el proceso que el médico Castellanos Durán fué sancionado disciplinariamente por su conducta. Vaya sanción! No fue cuestionado por su conducta como médico oficial en relación con el paciente Medina. No, fue sancionado, y esto conmueve e irrita, porque fué soez, grosero con el dragoneante enfermero Bernal Betancurt. Y el enfermo, que? Nada.

Sólo la insólita investigación que remata: "queda comprobado que el doctor Cairo Edmundo Castellanos Durán ha cometido faltas contra el Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional, por *cuanto está debidamente demostrado que sí empleó términos indebidos contra el Dragoneante Bernal Betancurt Alcibiades, cuando éste le comunicaba telefónicamente sobre el estado de salud del agente Medina Suárez Pedro Luis.*"

LOS PERJUICIOS

La muerte del agente causó perjuicios a su cónyuge, señora Mélida Inés Dominguez Viuda de Medina, y a sus hijos menores Javier, Francy Milena y Nidia Yohanna Medina Dominguez. Perjuicios de índole material y moral. Estos que deberán tasarse con el máximo reconocido por la jurisprudencia, con 1000 gramos oro para cada uno.

En cuanto a los perjuicios materiales, la sala observa :

Siguiendo la reiterada jurisprudencia de la corporación, en casos como éste el agente o sus damnificados tienen derecho a la indemnización total y no sólo a la especial "a forfait" o predeterminada por las leyes laborales que rigen a la institución. Se afirma esto porque el agente murió por una falla del sevicio de sanidad militar y no como consecuencia de los riesgos que como militar debía afrontar. Si hubiera fallecido en combate, por ejemplo, no cabría hablar de otra indemnización diferente a la contemplada en el régimen laboral que lo protegía.

En este orden de ideas, las prestaciones reconocidas a la señora Mélida Inés Dominguez de Medina, cónyuge superstite, y a sus hijos, mediante la resolución 7653 de 17 de diciembre de 1986 (a fls. 196 y 197) no podrán descontarse de la indemnización que aquí se reconocerá, porque aquellas tienen su causa en la ley (dec. 2063 de 1984) en virtud del vínculo jurídico que ligaba al agente fallecido con la entidad obligada a su pago y de ninguna manera en la falla del servicio que se dejó analizado atrás.

Se reafirma esto porque dichas prestaciones le fueron otorgadas a las indicadas personas por "muerte simplemente en actividad" (art.120 ibídem) y sin tener para nada en cuenta la forma como realmente se produjo su deceso. En otros términos, los beneficiarios las habrían recibido también si la muerte hubiera sido puramente natural.

En otras palabras, con el pago de esas prestaciones no se estaba indemnizando a los damnificados, sino simplemente que se les estaba reconociendo unos derechos sociales creados en la ley.

En estas condiciones, como lo ha dicho la doctrina, es admisible el cúmulo de indemnización.

Por eso mismo, se les reconocerá a los demandantes, indemnización por perjuicios materiales. Para el efecto se tendrá en cuenta el 75% del total de los ingresos de la víctima ($33.420.84) De ese 75% el 50% corresponderá a la cónyuge y el resto, por partes iguales, a cada uno de los hijos y hasta que cumplan la mayoría de edad. Así, entonces, la renta sin actualizar para aquella será de $14.241.81 y la de los hijos, una suma igual, para un total de 28.483.63 (75% de 33.420.84). Por lo tanto, para Edisson Javier, Francy Milena y Nidia Yohanna Medina Dominguez será $4.747.27.

Como no existen dentro del proceso los índices de precios al consumidor para poder hacer la liquidación actualizada pedida en la demanda, la condena se hará en abstracto para su futura concreción mediante el incidente regulado en el artículo 137 del c. de p.c. ; incidente que deberá formularse dentro del término de sesenta días contados a partir de la fecha de la notificación del auto del *a-quo* que ordene cumplir lo aquí resuelto.

Para esa liquidación deberán aplicarse, siguiendo la jurisprudencia las fórmulas aceptadas, así : a) la de actualización de R ($28.483.63) para buscar Ra, o sea $Ra = R \frac{\text{ind. f}}{\text{ind. i}}$ (índice final) el vigente en el mes de presentación de la liquidación de la condenas; e ind. i o (índice inicial) el de junio de 1986; b) la correspondiente al perído vencido (desde junio, de 1986 a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) según esta fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$; y c) la utilización para el período

futuro o sea desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia y

la vida probable del occiso, según fórmula: $S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$.

En este evento deberá tenerse en cuenta que los menores no tendrán derecho a la indemnización sino hasta la mayoría de edad.

Hecha la liquidación correspondiente a los dos periodos, deberá hacerse la distribución entre la señora Dominguez y sus hijos así : 50% para ella y el resto por partes iguales entres sus hijos, con salvedad hecha de que sólo valdrá para cada uno de estos hasta que cumplan la mayoría de edad y sin que haya lugar a acrecimiento.

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

FALLA

REVOCASE la sentencia de 4 de junio de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Santander, en su lugar, se dispone :

1) Declárase responsable a la Nación (Ministerio de Defensa Policía Nacional) de los perjuicios causados con la muerte del señor agente PEDRO LUIS MEDINA SUAREZ.

2) Se le condena a pagar, por concepto de perjuicios morales en concreto, de a 1000 gramos oro a cada una de las siguientes personas Mélida Inés Dominguez de Medina (cónyuge), Edisón Javier, Francy Milena y Nidia Yohanna Medina Dominguez (hijos). El valor del oro certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

3) Se le condena, igualmente, a pagar a favor de las mismas personas perjuicios materiales en los términos señalados en la motivación y con sujeción a las fórmulas allí indicadas. El incidente de regulación deberá presentarse dentro del término de 60 días contados a partir de la notificación del auto del a-quo que ordene cumplir este fallo.

4) Las condenas deberán pagarse en la oportunidad señalada en la ley y con los intereses señalados en la misma (artículo 176 y 177 de c.c.a)

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala de la sesión de fecha 12 de septiembre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

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

La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas. Se trata de una responsabilidad objetivo dentro de la cual demostrado el hecho, el daño, y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, eso sí, que se presenten los demás elementos tipificados de este especial régimen.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N° 6453. Actor : Tomás A.Badillo de Angel y Otros.

Procede la Sala a decidir el grado de consulta ordenado contra la sentencia dictada el 5 de marzo de 1990, por el Tribunal Administrativo del Magdalena y mediante la cual se dipuso :

" 1. Declárase administrativamente responsable a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa Nacional- Dirección General de La Policía Nacional de los perjuicios morales causados al señor TOMAS ANTONIO BADILLO DE ANGEL por la muerte de su hijo JIMMYS AGUSTIN BADILLO ANAYA ocurrida el 17 de agosto de 1986 en Tenerife (Magadalena).

" 2. Como consecuencia, condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General de la Policía Nacional, a pagar a favor del señor TOMAS ANTONIO BADILLO DE ANGEL la cantidad en pesos colombianos

equivalentes a ochocientos (800) gramos oro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de esta sentencia, por perjuicios morales.

"3. La Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- Dirección General de la Policía Nacional adoptará las medidas tendientes al cumplimiento de este fallo dentro de los treinta (30) días contados a partir de la comunicación que de éste se le haga. (artículo 176 del C.C.A.)

"4. La suma que resulte por concepto de perjuicios morales aquí reconocidos causará intereses corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios de allí en adelante. (artículo 177 del C.C.).

"5. Deniénganse las demas suplicas de la demanda." (fl. 269, C.1)

I. ANTECEDENTES

1° Los señores TOMAS ANTONIO BADILLO DE ANGEL, TOMAS EMIRO ALFONSO DE JESUS, EDWIN JOSE, FREDYS ENRIQUE, YONNIS ALCID, AMAURIS ENRIQUE, NAYITH ANTONIO Y ELEXIS ALEXANDER BADILLO ANAYA, mayores y menores vecinos del municipio de Tenerife, Departamento del Magdalena, mediante apoderado demandaron a la Nación-Policía Nacional con el objeto de que se le declarara responsable de los daños y perjuicios que les fueron causados con la muerte de su hijo y hermano YIMMIS AGUSTIN BADILLO ANAYA, ocurrida como consecuencia de una herida de bala disparada con arma de dotación oficial.

Solicitaron así mismo "los perjuicios materiales incluyendo el daño emergente y el lucro cesante y los intereses que sumen desde que se causen hasta la fecha de la sentencia por una parte y de ésta hasta los límites máximos a que tiene derecho cada uno de los demandantes; tomando en cuenta que el fallecido YIMMIS AGUSTIN BADILLO ANAYA (q.e.p.d.), tenía al momento de su muerte una remuneración de TREINTA MIL PESOS ($30.000)M/L., mensuales y había nacido el 28 de agosto de de 1962". (fl.250).

Pidieron además, que se le condenara a pagar a los demandantes los perjuicios morales, en el equivalente a mil (1000) gramos de oro fino para cada uno de los demandantes, todo ello aumentado con la variación del promedio mensual del índice de precios al comsumidor.

2° Los actores fundamentan sus pretensiones en los siguientes hechos :

"3° Aproximadamente de 9:30 a 10:00 p.m. del día 17 de agosto de 1986, en la Caseta 'Las Tapas', en jurisdicción del Municipio de Tenerife, en el Barrio Pueblo Nuevo, según informativo Polinal, manifiestan que fueron avisados que en el establecimiento citado anteriormente, el señor JUAN AREVALO CHIQUILLO le había dado muerte al señor ALFONSO DEL PORTILLO

CERVANTES, quien posteriormente fue capturado y encerrado en un calabozo de ese Municipio.

" 4. Horas más tarde un grupo de personas que no pasan de diez (10) al darse cuenta de que ALFONSO DEL PORTILLO CERVANTES, había fallecido le solicitaron a las autoridades que el sujeto activo de éste homicidio fuera entregado para hacerse justicia, en vista de la solicitud hecha por el grupo de personas, quienes penetraron en las instalaciones de la Alcaldía, procedieron dentro del calabozo a ejecutar al víctimario que en este estado pasó a ser la víctima.

" 5° El personal de la Policía Nacional, acantonado en la Inspección Municipal, en vista de evitar mayor consecuencias accedieron a ciertas circunstancias como fue la de dejar ingresar a un personal para que ejecutaran en el mismo calabozo al señor AREVALO CHIQUILLO.

" 6°. Para justificar la conducta asumida por los agentes de Policía estos después de haber ocurrido los dos hechos citados anteriormente, hicieron descargas de las municiones hacia el aire según versiones de los agentes, pero al realizar éste acto, al levantar el arma o bajarla al mismo tiempo disparando, el agente MARIANO DE JESUS MORALES GALARCIO, al accionar su arma de dotación oficial hizo blanco en la humanidad de YIMMIS AGUSTIN BADILLO ANAYA. (q.e.p.d).

" 7° El mismo proyectil que hizo blanco en la inmunidad (sic) de YIMMIS AGUSTIN BADILLO ANAYA , con orificio de entrada y de salida y que hubo ruptura carótida izquierda producida por arma de fuego, fue a descansar en el brazo del señor TOMAS CHARRIS ALVAREZ, quienes se encontraban apróximadamente a veinte (20) metros del lugar del hecho y quienes lo hacían única y exclusivamente como simples espectadores.

" 8°. El señor YIMMIS AGUSTIN BADILLO ANAYA (q.e.p.d), trabajaba en las labores agrícolas en las fincas de propiedad del señor ANTONIO FRANCISCO DIAZ RONCALLO, con una asignación mensual de TREINTA MIL PESOS ($30.000) M/CTE, y de él dependían económicamente sus padres y sus hermanos; además de eso había cursado el séptimo grado de educación secundaria en el Colegio Nacionalizado de Bachillerato Simón Bolívar, donde observó buena conducta y quien vivía en el hogar formado por sus progenitores y hermanos.

" 9°. Al cadáver del señor AGUSTIN BADILLO ANAYA (q.e.p.d.) se le practicó la necropcia médico-legal donde hace constar que la causa principal de la muerte fue hemorragia aguda, ruptura carótida izquierda producida por arma de fuego.

" 10°. El Juzgado Sesenta y Ocho (68) de Instrucción Penal Militar, con sede en comando de la Policía Nacional de Santa Marta, viene adelantando la correspondiente investigación.

" 11. El comando de la Policía Nacional, inició una investigación disciplinaria preliminar.

" 12. Los ingresos que obtenía el señor YIMMIS AGUSTIN BADILLO ANAYA (q.e.p.d.), los aplicaba al sostenimieno ejemplar de sus padres y hermanos, quienes se ven perjudicados patrimonialmente por la pérdida de la ayuda económica que oportunamente les prestaba y moralmente por la pérdida para toda la vida del afecto y compañía del ser querido.

" 13. La muerte del joven YIMMIS AGUSTIN BADILLO ANAYA, causó gran consternación y evidente alarma social por las circunstancias aleves en que fue ultimado por el agente del orden y por su condición de ciudadano ejemplar poseedor de un gran espíritu de superación y gran simpatía entre los vecinos del municipio de Tenerife y compañeros de trabajo quienes dan cuenta y que sindican al agente como el autor material del hecho en que perdió la vida el joven BADILLO ANAYA.

" 14. El proyectil con que fue ultimado el señor YIMMIS AGUSTIN BADILLO ANAYA (q.e.p.d.) fue encontrado en el brazo del señor TOMAS CHARRIS ALVAREZ, proyectil que acabó con la vida de la infortunada víctima". (fls. 3 a 5, C. Ppal.).

3° Para la decisión tomada, el Tribunal Administrativo del Magdalena, luego de recibir el alegato de la parte actora y el concepto del Ministrerio Público, ambos favorables a lo solicitado por los demandantes, disertó sobre el fundamento constitucional de la responsabilidad estatal; luego hace un análisis de la falla del servicio como estructura de la demanda, del cual se transcribe :

" 2.3.- De lo probado en el proceso se tiene conocimiento que gentes enardecidas por la muerte del señor ALFONSO DEL PORTILLO CERVANTES, exigieron de manera terminante y violenta a la autoridad municipal y policiva la entrega del ciudadano JUAN AREVALO CHIQUILLO para ajusticiarlo. Al logro de éste propósito, como consta en el informe policial respectivo (folio 143) destruyeron el candado y la puerta del calabozo donde estaba recluido y finalmente lo lincharon.

" Atacada la policía y superada en su acción por la masa enfurecida, hizo disparos al aire, uno de los cuales determinó la muerte del joven YIMMIS AGUSTIN BADILLO ANAYA.

" Ante este panorama, confuso a no dudarlo, que evidencia la participación activa de más de un millar de personas, según el informe policial que es un documento público, aportado al proceso a solicitud de ambas partes en litigio (folio 14 numeral 2.2. y 47) frente a un minúsculo número de agentes (tres al decir de los declarantes), la actuación de conjunto de la policía parece ajustada a la legalidad, puesto que estuvo orientada a impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía, como fue el linchamiento del ciudadano JUAN AREVALO

CHIQUILLO, en un bárbaro hacerse justicia popular proscrito por el mundo civilizado y la prosecución de destrozos por la turba enfurecida como lo autoriza el artículo 29 literal b) del Código Nacional de Policía.

" La afirmación de los testigos aportados al proceso, sin duda interesados en apoyar la pretensión, en el sentido de que los disparos fueron hechos después del linchamiento, 'para justificar la muerte de Arévalo' (folio83), no merece credibilidad cuando uno de sus testigos ALBERTO A. CHARRIS BARRIOS (folio 91) da a entender la simultaneidad del reclamo con el disparo, al decir '...la gente gritaba asesino, criminal *vamos a quemarlo,* cuando un agente de policía disparó contra la humanidad de JIMMYS AGUSTIN BADILLO ANAYA, dándole muerte instantánea': y cuando uno de esos mismos testigos, Belisario Roncallo fue señalado por la policía como uno de los agitadores. (folio 145)". (fls.259 y 260).

Más adelante dice : "...esa razonabilidad de la actuación policial no puede convertirse en dique para el ejercicio de su deber, concebido en beneficio de todos. Como el fin del Estado es la obtención del Bien Común, la autoridad, tiene no sólo el derecho, sino el deber ineludible de velar por el cumplimiento de sus mandatos haciendo uso de las manifestaciones materiales de su poder, porque si por principio o por debilidad no hace uso de la fuerza, siendo necesario, faltara a su deber; y si no logra, por ello, el orden y la armonía necesaria para el bien público a que destina esa actividad, entonces desvirtúa su propia esencia. Si la administración de justicia, si la sanción para quienes delinquen es una prerrogativa del Estado confiada a los Organos que la Constitución establece, la policía para evitar que los particulares irroguen esa atribución, ha de estar autorizada para actuar con la fuerza que sea requerida por las circunstancias, siempre y razonablemente, como sucedió en el caso que nos ocupa, como quiera que la propia demanda acepta que se disparó al aire". (fl.261).

Luego el Tribunal concluye así : " En esas condiciones, fuera concluir que no existe actuación irregular o culposa de los miembros de la Policía Nacional acantonados en Tenerife al usar sus armas para tratar de intimidar a una masa energúmena e impedir la grave comisión de un ilícito, que, entendido como hecho dañoso, haga responsable a ese título al Estado. Se desvirtúa, por consiguiente, la falla o falta del servicio en que se estructura la demanda.

El a-quo como punto tercero de las consideraciones estudia "La subsidiariedad en la indemnización", en los siguientes términos :

" No obstante lo anterior, existe un hecho irrefrragable (sic), a saber, la muerte del joven JYMMYS AGUSTIN BADILLO ANAYA, de quien, por ausencia de toda prueba incriminatoria y en virtud del principio universal del inocente, no puede ni aún insinuarse que fuera uno de los "participantes en el asalto". La pérdida de esta vida como consecuencia del actuar policial, aunque legítimo, ocasionó a la familia de la víctima un daño especial, excepcional, que requiere ser indemnizado.

" Sobre este tema de aplicación subsidiaria, ha dicho el Consejo de Estado : " Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal. (fls.262 a 263).

Seguidamente el a quo entra a hacer un análisis sobre las incomodidades e inconvenientes que todos los asociados deben soportar en pro del buen funcionamiento del Estado y el logro del cumplimiento de los deberes públicos a cargo de éste, siempre dentro del marco de la "igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas ". Agrega que cada vez que se rompe dicha igualdad, aún con la actuación legítima y jurídica de la administración, "será preciso restablecerla, resarciendo los perjuicios que de tal manera haya " podido causarse, porque la equidad así lo impone". Invoca en respaldo de este miramiento la sentencia de esta Sala proferida el 28 de octubre de 1976, publicada en anales, Tomo 91, Nrs 451-452, págs. 710 y 711.

Encuentra, de otra parte, que la conducta de la víctima resultó imprudente al localizarse en lo alrededores del Palacio Municipal, ubicado frente a la policía, lugar donde se desarrollaba una asonada contra el grupo policial en momento en que se producía el linchamiento del ciudadano Juan Arévalo Chiquillo, quien a su ver acababa de dar muerte al señor Alfonso del Portillo Cervantes; que si bien es cierto no está probado que el joven JIMMYS AGUSTIN BADILLO ANAYA fuera uno de los participantes en dicha asonada, la circunstancia de haberse situado a unos 20 metros aproximadamente de la sede policial, en donde era imposible distinguir entre simples espectadores o curiosos y participantes en la refriega, es aplicable el art. 2357 del Código Civil para reducir la indemnización en el equivalente al 20%.

En punto tocante con los perjuicios, el Tribunal discurre primeramente sobre los materiales, para concluir que está debidamente demostrado que el occiso trabajaba en labores agrícolas en la finca de propiedad del señor Francisco Díaz Roncallo, con un salario mensual de $30.000.oo y que no está acreditada la dependencia económica alegada por su padres y hermanos, por lo que se impone la absolución por este rubro.

En lo concerniente a los perjuicios morales pretendidos, el Tribunal considera "...que el dolor producido por la muerte de un ser querido causa hondos traumatismos en los sentimientos de los familiares, dolor cuya intensidad no es fácilmente conmesurable, pero que, sin duda, es cierto". (fl. 267, C. ppal.). Luego encuentre el a q*uo* que tan sólo el señor Tomás Antonio Badillo de Angel, padre del occiso, tiene derecho a que se le indemnice el perjuicio moral, aunque con la reducción del 20% atrás referido, para situar el monto definitivo en el equivalente a 800 gramos de oro, mientras que niega la pretensión de los hermanos del causante, por este concepto, puesto que no se adujeron pruebas tendientes a establecer la

convivencia, la familiaridad, la mutua ayuda y la colaboración entre ellos. Termina pues el a quo declarando la responsabilidad administrativa de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional- Dirección General de la Policía Nacional por la muerte de JIMMYS AGUSTIN BADILLO ANAYA , ocurrida el 17 de agosto de 1986 en Tenerife (Magdalena) y reconociéndole al padre de la víctima señor Tomás A. Badillo de Angel la cantidad en pesos colombianos equivalentes a 800 gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de la sentencia, por perjuicios morales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer lugar debe reiterarse que la Sala conoce del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta, circunstancia que impide hacer más gravosa la condena impuesta por el *a quo*.

Durante el trámite de la consulta solamente presentó sus puntos de vista la parte demandada, según puede verse a folios 280 a 283, con los cuales busca la revocatoria de la sentencia consultada y consecuencialmente la absolución de la misma. En lo fundamental, el señor apoderado de la demandada, ataca la sentencia de primer grado, con los siguientes argumentos :

a) Que la muerte del señor JIMMYS AGUSTIN BADILLO ANAYA ocurrió cuando la policía buscaba intimidar a quienes violentamente sustraían de sus calabozos a Juan Arévalo Chiquillo;

b) Que la actuación policial se ajustó a la legalidad, puesto que buscaba impedir la inminente o actual comisión de infracciones punibles;

c) Que la defensa legítima efectuada por la policía, ha sido reconocida por la jurisprudencia, cuando se actúa razonablemente;

d) Que no hubo falla del servicio;

e) Que la responsabilidad administrativa, del Estado, con base en la teoría del daño especial, no procede en este caso, por existir imprudencia de la vícitma, cuando se expuso imprudentemente al peligro, al situarse en los alrededores del calabozo en donde se encontraba la turba enardecida;

f) Que está equivocada la sentencia cuando reduce el monto de la indemnización en un 20% por el proceder culposo de la víctima, dado que tal fenómeno tiene aplicación cuando ha habido "falla del servicio", más no cuando la responsabilidad se origina en el llamado "daño especial", pues la culpa de la víctima elimina completamente la indemnización;

g) La sentencia infringió el principio de la congruencia puesto que la parte actora fundó sus pretensiones en " falla del servicio", y en tanto que la sentencia

fundamenta la condena en el " daño especial ", saliéndose " del marco de la causa petendi".

La Sala confirmará la sentencia consultada, haciéndole algunas pequeñas precisiones, pero manteniéndola incólume en sus decisiones, por cuanto es razonada, explícita y fundada en un serio análisis de valoración probatoria.

Es una verdad procesal que no se presta a dudas, que el día 17 de agosto de 1986 en la población de Tenerife (Magadalena), se presentaron gravísimos problemas de orden pdúblico, cuando al discurrir los festejos populares en dicha localidad, Juan Arévalo Chiquillo dio muerte a Alfonso del Portillo Cervantes, circunstancia que enardeció los ánimos de la concurrencia y en pro de hacerse justicia por su propia mano destruyeron las instalaciones en donde se encontraba privado de la libertad el homicida, lo sustrajeron de allí y le dieron muerte salvajemente, sin que el exiguo número de los agentes de policía pudiera contener la turba enfurecida. Que una vez linchado el señor Juan Arévalo Chiquillo, los amotinados prosiguieron con los desmanes, lo que llevó al exiguo número de policías a disparar sus armas con miras a calmar los ánimos y reprimir la conducta que acarrreara mayores daños, con el infausto resultado de que uno de esos proyectiles disparado por los agentes del orden hiciera blanco en la persona de JIMMYS BADILLO ANAYA lo que le ocasionó la muerte.

Como uno de los aspectos de inconformidad de la parte demandada con la sentencia del a quo radica en la eventual incongruencia del fallo al cambiarse la causa petendi, puesto que, según el apoderado de la Nación, se sustituyó el argumento de "falla del servicio" por el de "daño especial", la Sala considera conveniente precisar que de antigüo se acuñó el aforismo " *da mihi facto ego tibi ius* " para siginificar que las partes deberán alegar y probar las circunstancias fácticas afirmadas o negadas en sus intervensiones procesales, pero que es al juez a quien le compete la adecuación y denominación jurídica de tales fenómenos. Más recientemente se ha generalizado la expresión *iura novit curia*, para recalcar que el aspecto jurídico está en el juzgador quien es el depositario del derecho y quien de consiguiente deberá hacer la tipificación legal de los que narren hechos suministrados por las partes. Lo básico está en que las partes narran los hechos y los demuestren legal y oportunamente, para que por contera el juez deba darles la denominación jurídica que corresponda y las consecuencias o sanción que las leyes les atribuya. Así pues, no es afortunada la censura que la parte demandada le imprime al juzgador de primer grado cuando éste discurre en que los trágicos hechos ocurridos el 17 de agosto de 1986 no constituyen "falla del servicio", sino "daño especial".

La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial, tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobre-pasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas . El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas, se acentúa de manera especial con el art. 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe que " Todas

las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan".

Si bien es cierto en la anterior Constitución no existía un texto que comprendiera tan bellamente el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley y del derecho ques estas tienen a recibir protección de la autoridad, lo cierto es que doctrinaria y jurisprudencialmente si se habrá resaltado estos derechos fundamentales del ser humano.

En reciente sentencia esta Corporación después de recordar que en fallo de 28 de octubre de 1976, que es el mismo que invocó el Tribunal como fundamento de su sentencia, en punto relacionado con la responsabilidad por daño especial, discurrió así :

" Como es fácil deducirlo de la jurisprudencia parcialmente transcrita, la tendencia a responzabilizar los entes administrativos, en virtud del comúnmente denominado "daño especial", presenta, entre otras características las de prescindir de toda noción de culpa o de conducta ilícita del agente, de igual manera, se fundamenta primordialmente en la incidencia del daño que objetivamente ha soportado el particular de manera individual o personal, dado que sus congéneres, ó, por lo menos, un grueso número de ellos no ha padecido igual deterioro en los bienes que integran su patrimonio; y, el proceder o conducta de la administración, como ha quedado vislumbrado, es a todas luces lícito y hasta loable. Esta figura, pues, difiere ostensiblemente de la tradicional "falta o falla en el servicio", desde luego que no puede enrrostrársele a la administración deficiencia, equivocación u omisión en los quehaceres que le competen.

" Esta Sala, en sentencia de 20 de febrero de 1989, analizó los distintos regímenes de responsabilidad administrativa y entonces discurrió así :

" Se ha dicho y repetido por la jurisprudencia nacional que la responsabilidad del Estado encuentra fundamento positivo en las normas constitucionales que reconocen y tulelan, sobre la base de la igualdad de los ciudadanos, los derechos y garantías sociales que la Constitución Nacional consagra y garantiza a todos ellos (Título Tercero de la Carta Fundamental) y, de modo particular, en los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 39, 44 y 51 de la Carta. En desarrollo de esos preceptos, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina han organizado diversos sistemas o regímenes de reponsabilidad, orientados siempre por una meta definitiva: la de obtener el

restablecimiento del derecho del administrado que haya resultado lesionado por los actos, los hechos, las acciones o las omisiones imputables a los entes administrativos.

"' El fundamenteo común y mediato de dichos sistemas o régimenes estriba, pues, en la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas. Al respecto, desde antaño existen pronunciamientos de los más altos tribunales del país. Es así como la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia de su Sala de Negocios Generales del 3 de agosto de 1949 lo siguiente:

"' La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, *el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la Ley.* Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado (' GACETA JUDICIAL, TOMO 46, números 2073 y 2074, pág. 543; las subrayas no sólo del texto).

" ' Y el Consejo de Estado no ha sido explícito al respecto. En efecto, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 1967, la Sección Tercera de la Corporación expuso los siguientes planteamientos que conservan plena vigencia :

" ' La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional bello- artículo, lo llama el señor Samper-, en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intrascendente parece ese precepto; pero no es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el poder público ha sido y puede ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupos, de clase o de partidos."

" ' *Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvio, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural,* de aquellos que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 4° de la Ley 153 de 1987, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia (ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Tomo 73, Nos. 415 y 416, pág. 279; las sublíneas ro son del original).

" ' La jurisprudencia nacional ha venido aplicando diferentes teorías o regímenes de responsabilidad elaborados por la doctrina, buscando siempre salvanguardar un principio que parece esencial hoy por hoy a todo estado de derecho; el de la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, una de cuyas

manifestaciones es la igualdad ante las cargas públicas, y que está directamente enderezado al restablecimiento de la equidad allí donde ésta fuere vulnerada". (Extractos de Jurisprudencia, Tomo III, enero, febrero y marzo, págs. 247 y 248; publicaciones Caja Agraria).

" Posteriormente, en sentencia de agosto 22 de 1989, la Sala reiteró lo consignado en decisión que se acaba de transcribir parcialmente (Extractos de Jurisprudencia, Tomo V, julio, agosto y septiembre de 1989, págs. 282 y 284; publicaciones Caja Agraria). Más recientemente, en sentencia de junio 27 de 1991 (Expediente Nº 6454. Actor: Edgar Pérez Rodríguez y otra; Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta) y sentencia de 4 de julio de 1991 (Expediente Nº 6014; Actor: Aníbal Orozco Cifuentes; Consejero Ponente : Dr. Daniel Suárez Hernádez), igualmente se le dió recepción a la teoría en comento, las que en gracia a la brevedad de este fallo no es del caso transcribir ". (Sentencia de 19 de julio de 1991, Actor: Sociedad Phidia Investiment Ansalt, expediente Nº 6334, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández).

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber :

a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;

b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;

c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;

d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados;

e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y

f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilaidad de la administración.

Se trata, entonces, de una responsabilidad obejtiva dentro de la cual desmostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, eso sí, que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen.

Finalmente, la Sala encuentra razonada toda la argumentación que el Tribunal hizo en cuanto respecta a la absolución por perjuicios materiales, pues ninguna prueba se adujo con miras a demostrar que los demandantes dependieran total o parcialmente de los ingresos económicos del causante; en otros términos no se

demostró perjuicio material que justificara el decreto a la indemnización. Y, en materia de perjuicios morales, acertó el a quo al distinguir entre los que pretendía el progenitor de la víctima y a los hermanos de ésta. Frente al primero, la jurisprudencia reiterada es que se presume por la sola circunstancia del parentesco, en tanto que frente a los segundos es indispensable evidenciar, a más del parentesco la unidad familiar, los sentimientos de cariño, ayuda y solidaridad fraternal entre los mismos, aspectos que no tienen las más mínima prueba en el caso de autos.

La Sala al imponer condena por perjuicios morales por el equivalente en pesos colombianos viene señalando determinado número de gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de EJECUTORIA del respectivo fallo y no al de la fecha en que éste se produzca, por esta razón habrá de aclararse el punto dos de la parte resolutiva de la sentencia consultada, en este sentido.

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,

F A L L A :

CONFIRMASE la sentencia materia de la consulta, esto es, la de 5 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, con la aclaración de que el precio del gramo de oro será el que certifique el Banco de la República para la fecha en que cobre ejecutoria este fallo.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 12 de septiembre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio. Secretaria.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL/ BANCO DE LA REPUBLICA/ CONCURRENCIA DE CULPAS/ RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

El Banco de la República debe recibir directamente el oro que tiene que comprar. Si por razones de infraestructura no puede hacerlo y debe contratar con otras personas o entidades, es el responsable del resultado final de la operación frente a los mineros obligados a negociar su oro. Cosa diferente es que, producido el daño a éstos, pueda repetir contra los que contrataron la recepción y el manejo del metal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia : Expediente N° 5944.- Indemnizaciones. Actor : Gabriel Anchicoque Ardila y Otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Banco de la República y por los actores contra la sentencia del 11 de julio de 1989, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso :

"PRIMERO : Declárase responsables administrativamente en forma solidaria a la NACION-Ministerio de Minas y Energía- y al BANCO DE LA REPUBLICA de los perjuicios sufridos por los demandantes ANDRES SERRANO PRADA y NUMA ANDELFO GUERRERO LAGUADO, con ocasión de la pérdida de las cantidades de oro y plata descritas en la parte motiva de esta providencia.

" SEGUNDO: Conforme a la declaración anterior, condénase solidariamente a LA NACION -Ministerio de Minas y Energía- y al BANCO DE LA REPUBLICA, a pagar las siguientes cantidades :

" a) A favor del señor ANDRES SERRANO PRADA, identificado con la cédula de ciudadanía número 91.203.750 expedida en Bucaramanga el equivalente en moneda de curso legal en Colombia, a 5.282.28 gramos de oro, y 249.13 gramos de plata, en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

" b) A favor del señor NUMA ANDELFO GUERRERO LAGUADO, identificado con la cédula de ciudadanía número 2.066.196 de Ventas, el equivalente en moneda de curso legal en Colombia, a 5.898.68 gramos de oro, y 1.520.16 gramos de plata, en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

" TERCERO : Niegáse el reconocimiento de intereses para las anteriores sumas por no estar prevista esta modalidad de reajuste en el artículo 178 del C.C.A.

" CUARTO : Declárase administrativamente responsable al BANCO DE LA REPUBLICA, de los perjuicios sufridos por los demandantes GABRIEL ARCHICOQUE ARDILLA, TROMPETEROS LTDA, ELSI LTDA, ADELA PINILLA VIUDA DE CASTELLANOS Y JAIRO ACEVEDO GUARIN, con ocasión de la pérdida de las cantidades de oro y plata descritas en la parte motiva de esta providencia.

" QUINTO : Con fundamento en la anterior declaración condénase al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar las siguientes cantidades :

" a) A favor del señor GABRIEL ANCHICOQUE ARDILA identificado con la cédula de ciudadanía número 13.212.348 expedida en Cúcuta, el equivalente en moneda de curso legal en Colombia, a 941.12 gramos de oro y 15.43 gramos de plata, en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

" b) A favor de TROMPETEROS LTDA. Nit. 90.205050, el equivalente en moneda de curso legal en Colombia, a 361.56 gramos de oro y 877.86 gramos de plata, en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

" c) A favor de LA ELSY LTDA, con Nit 90.204.969, el equivalente en moneda de curso legal en Colombia, a 828.64 gramos de oro y 1.793.92 gramos de plata, en la fecha de ejcutoria de la sentencia (Expediente 4.511 y 4.512).

' d) A favor de ADELA PINILLA VIUDA DE CASTELLANOS, identificada con cédula de ciudadanía número 28.399.551 de San Vicente de Chucurí el equivalente en moneda de curso legal en Colombia a 7.112.33 gramos de oro y 233.69 gramos de plata, en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

" e) A favor de JAIRO ACEVEDO GUARIN, identificado con cédula de ciudadanía número 13.849.405 de Bucaramanga, el equivalente en moneda de curso legal en Colombia a 7.698.52 gramos de oro y 706.21 gramos de plata, en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

" SEXTO : Niégase la condena al BANCO DE LA REPUBLICA por perjuicios morales, solicitada por los demandantes a que se refiere el punto 4° anterior.

" SEPTIMO : LA NACION- Ministerio de Minas y Energía y EL BANCO DE LA REPUBLICA, darán cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del c.c.a.

" OCTAVO : Reconócese al doctor ALFONSO GOMEZ CASTAÑO, como apoderado de GABRIEL ANCHICOQUE ARDILA, JAIRO ACEVEDO GUARIN, ADELA PINILLA VIUDA DE CASTELLANOS, TROMPETEROS LTDA y LA ELSY LTDA. , conforme al poder visible al folio 193 del expediente N° 5.024 y a la Doctora LUZ INES SANDOVAL ESTUPIÑAN como apoderada de LA NACION en el proceso N° 4.484 en el cual es demandante ANDRES SERRANO PRADA, según sustitución visible al folio 137 del mencionado expediente."

Se advierte que la sentencia decidió ocho procesos, los cuales habían sido acumulados mediante providencias de 19 de noviembrede 1985 y 3 de junio de 1987. Procesos que se distinguieron en primera instancia con los #s. 4511 (Sociedad La Elsi Ltda), 4501 (Gabriel Anchicoque A.), 4512 (Sociedad La Elsi Ltda)., 4498(Jairo Acevedo G.), 4510 (Sociedad Minera Trompeteros Ltda), 4499 (Adela Pinilla viuda de Castellanos), 5024 (Numa Andelfo Guerrero L.) y 4484 (Andrés Serrano P.).

Explican, en síntesis, las distintas demandas que los mineros demandantes, poseedores de licencias expedidas por el gobierno, entregaron con destino al Banco de la República ciertas cantidades de oro en la Zona Minera de Bucaramanga , en la cual se hizo el análisis y la fundición de dicho metal.

Pasan luego a narrar cómo en la noche del 12 de diciembre de 1984 elementos desconocidos sustrajeron de la Zona Minera de Bucaramanga el oro que se hallaba allí depositado, y afirman, que tales hechos originaron investigación penal que culminó con sentencia condenatoria en contra de algunos servidores de la mencionada Zona Minera, proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Bucaramanga. Aseveran que la Zona Minera alcanzó a efectuar las gestiones tendientes a remitir el oro al Banco de la República el mismo año en horas hábiles, pero que esta entidad no envió vehículos para su transporte. Aducen, que para la fecha en que ocurrieron los hechos, la Zona Minera carecía de seguridades para la custodia del oro que allí permanecía. Por último, alegan la existencia de un contrato, entre el Banco de la República y el Ministerio de Minas y Energía, según el cual éste por conducto de sus Zonas Mineras recibía el oro extraído por los mineros, para

después de ser analizado y fundido entregarlo al Banco, quedando siempre éste con la responsabilidad del respectivo transporte y concluyen, que como el Banco de la República era titular del MONOPOLIO estatal de la comercialización del oro y en tal virtud hubo de ser entregado el metal por los actores, se está en presencia de un depósito necesario, lo que obliga solidariamente tanto al Banco de la República como a la Nación a responder por la pérdida, ya que no hubo la debida diligencia y cuidado en la guarda de la cosa entregada por mandato legal."

El a-quo luego del trámite de rigor tomo la decisión de los distintos procesos acumulados mediante la sentencia que aquí se revisa. En dicho fallo, en forma seria, sistemática y bien razonada, el tribunal concluye que la responsabilidad de las entidades demandadas está bien probada. Para arribar a esa conclusión definió el problema de su competencia en relación con el Banco de la República; precisó que la acción no era de carácter contractual sino de reparación directa; que el Banco era responsable y que también lo fue la Nación.

Sobre la competencia de esta jurisdicción para conocer del presente proceso en el que figura el Banco de la República como entidad demandada, la Sala comparte la argumentación del tribunal, dada la actividad que cumple dicha entidad en el manejo del oro producido en el país.

Del fallo se destaca, a este respecto, el siguiente aparte ;

" En el mismo orden, partiendo de tales estatutos se infiere que algunas de las actividades del Banco pueden calificarse de industriales y comerciales, pero otras, la mayoría son actividades eminentemente administrativas. Las primeras se rigen por el derecho privado. Las funciones administrativas como es apenas lógico, se rigen por el derecho público. Así lo tiene previsto de manera expresa el mismo Código Contencioso Administrativo en su artículo 80, al establecer un procedimiento especial para tales actividades. Sobre el particular el profesor Miguel González R. en " El Código Contencioso Administrativo Comentado " Tomo I. pag. 382,. transcribe partes del fallo de la Hornorable Corte Suprema de Justicia al declarar inexequible los numerales 1) y 2) del citado artículo 80, así :

" La finalidad de las disposiciones del artículo 80, por el contrario muy clara, es la de dar a los actores administrativos del Banco Emisor procedimientos de excepción que por su simplicidad correspondan a las exigencias de facilidad y rapidez propias de las actividades de este instituto.

" Esos procedimientos privilegiados se justifican en principio a la luz del interés público inherente al eficaz funcionamiento del Banco de la República, en su condición de ejecutor directo de normas y políticas monetarias, cambiarias y crediticias de carácter estatal. Es obvio. Sin embargo, que tales procedimientos no pueden desconocer ningún precepto de la Carta fundamental." Sentencia del 19 de julio de 1984.

" Se concluye entonces, que el BANCO DE LA REPUBLICA por disponerlo así sus estatutos y además por estar previsto en el C.C.A. sí tiene funciones administrativas y en tal virtud expide actos de la misma naturaleza, los cuales no pueden regularse por el derecho común que se aplica a los particulares.

" Concatenando lo expuesto con la actividad que cumple el BANCO DE LA REPUBLICA cuando adquiere el oro en desarollo del mandato contenido en el decreto 444 de 1967, artículo 37, por ser ésta una actividad administrativa cuya exclusividad corresponde al Estado, su control está a cargo de esta jurisdicción según lo tiene previsto el mismo Código Contencioso Administrativo, art. 82 inciso primero en armonía con el art. 83 inciso tercero.

" A la anterior conclusión se llega además, porque la Sala considera que la adquisición del metal por parte del Banco no constituye una situación contractual. A ella se ven avocados tanto el minero o comerciante del oro, como el mismo Banco, por mandato legal, sin que ninguno de los dos pueda válidamente evadir su cumplimiento . Estima la sala que en este caso ocurre una situación algo similar a la del importador de mercancías, que debe para lograr sus objetivos, depositarlas, en bodegas oficiales. Tampoco encuentra que tal adquisición pueda calificarse de contrato de compraventa de muebles como aparentemente surge en principio.

" Basta leer el texto del artículo 37 para encontrar que se trata de un mandato legal de obligatoria observancia para el Banco, en cuanto sólo él como entidad puede comprar, vender poseer y exportar el oro con fines comerciales. Esta exclusividad, si bien lo señaló la Honorable Corte Suprema de Justicia, no coincide con las características del monopolio a que se refiere la Constitución Nacional en su artículo 31, sí constituye un privilegio único que toca con la soberanía y en tales condiciones la naturaleza de la compraventa como contrato bilateral, oneroso, conmutativo, y consensual se desvirtúa. Además, porque no existe alternativa de ninguna índole para el minero que extrae el oro. El no puede escoger el comprador, ni el precio ni la forma de pago, ni el lugar de la venta, ni siquiera la hora. Todo está determinado por el Banco de la República. Y no dándose los elementos esenciales de la compraventa tampoco es posible pensar en su perfeccionamiento como lo establece el C. C. en su artículo 1857; en otras razones, porque cuando se entrega el material extraído, se ignora cuánto pesará una vez purificado y sometido al proceso de fundición, y por ende, cuál será su precio, ya que esta función corresponde a la Junta Monetaria.

" De conformidad con lo dispuesto por el citado decreto 386 de 1982 en su artículo 7°, la función del Banco al adquirir el oro de los mineros, podría calificarse como un cometido Estatal, para cuyo cumplimiento, puede celebrar contratos con terceros, que no son precisamente los propietarios del oro, o con otros organismos gubernamentales.

" Esta concepción de la Sala encuentra pleno respaldo precisamente en dos (2) fallos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, fechados el 27 de septiembre de 1984 al decidir sobre la exiquibilidad de algunos artículos del decreto 444 de 1967 que le otorgan al Banco de la República la exclusividad de algunas funciones relativas a posesión, negociación y control de divisas. En esta oportunidad reiteró la Corte que, "...había dejado claramente definido que la gestión monetaria y la negociación e intercambio del oro son de carácter público."

. . . . .

" Sobre el comercio de oro en Colombia, para efectos de determinar la naturaleza de tal actividad también se apoya la Sala en el criterio expuesto por el Honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, fechado el 15 de septiembre de 1969, con ponencia del H. Consejero ALBERTO HERNANDEZ MORA, al absolver una consulta elevada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La alta Corporación después de analizar tres períodos a partir de 1930 en que se alternan políticas restrictivas, de libertad y por último de monopolio Estatal a partir de 1966, encuentra que la Legislación en estas tres etapas ha "determinado las facultades de la Oficina de Control de Cambios y del Banco de la República como depositarios de las divisas internacionales en la autorización de licencias y en procedimiento de compra del oro físico", señala cómo toda legislación sobre control de oro, se encamina primordialmente a obtener un saldo aprovechable de cambio internacional originado en la industria de dicho metal, a fin de que ella genere divisas utilizables en otros campos de la actividad económica. Todos los beneficios tendientes a estimular la extracción, en últimas persiguen el control de las divisas."

. . . . .

" Pues bien; el recuento de los fallos que acaba de hacerse y la transcripción de criterios de las dos altas corporaciones, aún a fuerza de hacerse extensa esta providencia y untanto tediosa su lectura, lo único que busca es dar claridad sobre el carácter eminentemente público que tienen todas las actividades del Banco de la República en tratándose del comercio de oro. Este metal, extraído de minas, cuya propiedad es de la Nación, representa un patrón importante para la política económica y cambiaria del país. En su industria, como lo puntualiza la Honorable Corte, está envuelta la soberanía Estatal. Y consecuencialmente se rige por normas de derecho público, las cuales colocan al Banco de la República en una situación preeminente con respecto al particular que debe, una vez extraído el oro hacerle entrega del mismo, *so pena* de incurrir en conductas sancionables.

" Lo anterior permite concluír, que es ésta la jurisdicción competente para dirimir la controversia originada en la pérdida del oro, cuya indemnización persiguen los actores, conforme a lo dispuesto por el decreto Autónomo 386

de 1982 y por la Resolución Nº 105 del mismo año, contentiva de sus ESTATUTOS."

También comparte la sala la argumentación del a-*quo* en torno a la acción intentada. A este respecto sostuvo el tribunal :

" Estima la Sala, que la adquisición del oro por parte del BANCO DE LA REPUBLICA -ya se dijo- bien puede calificarse como un servicio que debe asumir por mandato legal, al cual, debe someterse también el propietario del metal pagando los gastos que se efectúen en la fundición, análisis, afinación etc. -bajo la denominación de tarifas- según lo previsto por Resolución 029 de 1974, expedida por la Junta Monetaria. En estas condiciones, la acción indicada para reclamar por los perjuicios sufridos ante la pérdida del oro es la de reparación directa. Porque el hecho de depositar el metal en la Zona Minera, tampoco tiene las características de contrato. Bien lo anotan las demandas; el oro se entregó para ser recibido por el BANCO DE LA REPUBLICA, porque así lo dispone la ley. No existe en este caso opción diferente para el propietario del metal. La entrega es apenas una diligencia más de las que debe cumplir quien posee oro para ser vendido al Banco de la República, a ella, anteceden las licencias para extraerlo, comerciarlo, transportarlo y sucederán el envío del boletín al Banco, para culminar con el pago a los mineros, en el que, debe incluírse las bonificaciones previstas por el gobierno. Ya se había advertido, se presenta una situación parecida a la que regulan los Decretos 630/42 Art. 26 y la ley 79 de 1931, artículo 55 sobre el depósito de mercancía en las bodegas de Puertos de Colombia " Colpuertos"; el H. Consejo de Estado en fallo del, catorce (14) de junio de mil novecientos ochenta y ocho, con ponencia del H. Consejero Carlos Betancur Jaramillo, puntualizó los siguiente sobre la acción adecuada ante los perjuicios sufridos por los propietarios de las mercancías :

" " La norma trascrita es clara en cuanto a la índole de esa responsabilidad y despeja las dudas suscitadas por algunos fallos de esta jurisdicción que la acercan a la responsabilidad contractual derivada de un contrato de depósito necesario; en un esfuerzo innecesario de privatización.

" " El hecho de que para facilitar los trámites de exportación e importación de mercancía deba ingresar forzosamente a una bodega oficial o autorizada, no crea una situación contractual de depósito entre la entidad pública y la persona interesada en la misma, ni tampoco significa que la situación jurídica deba gobernarse por el derecho privado." " (Jurisprudencia y Doctrina agosto 1988 pags.682a 690).

Asimismo comparte la sala el análisis que el tribunal hizo del acervo probatorio y su conclusión final.

Descontentas las partes con la decisión interpusieron el recurso de apelación. Cumplido el trámite de la segunda instancia', es oportuno decidir. Para ello, se considera :

Para la fiscalía octava de la corporación, la sentencia recurrida merece confirmación. De su vista de 28 de febrero de 1991, (a folios 306 y siguientes) se destaca :

" El Tribunal acumuló los procesos por petición del Banco de la República mediante providencia del 19 de Noviembre de 1985 y 3 de Junio de 1987 (Expediente N° 4501 folio 85 y 5024 folio 41). Procedía la acumulación, por darse las condiciones previstas en el art. 149 del C.P. C.

" El hecho que fuera improcedente la acumulación y el que el Tribunal no hubiera acumulado el proceso 5024, no da lugar a la nulidad planteada por no estar señalados como Causal de Nulidad en el art. 152 (Hoy 140). Además, no encaja en el numeral 4° de esta norma como lo argumenta el recurrente, porque éste se refiere a que se siga un procedimiento distinto al que legalmente corresponda, que solo se configura como ha sido constantemente reiterado por Jurisprudencia y Doctrina, cuando a un proceso se le da un trámite distinto al previsto en la ley.

" Considera además la Fiscalía, que no se estructura la nulidad establecida en el numeral 9° por no haberse citado y emplazado a la Nación- Nación - Cuenta Especial de Cambios-, porque no era imperativo hacerlo, pues mediante el Decreto Ley N° 444 de 1967 (Artículos 37 a 42) se revistió al Banco de la República de facultades especiales distintas al manejo de la Cuenta Especial de Cambios para manejar exclusivamente el comercio del oro, actividad en la cual es un ente que realiza actos administrativos que en un momento dado, pueden afectar a los particulares, como ha sucedido en este caso según la demanda, razón por la cual se encaminaron en su contra las pretensiones de los actores.

"Esta muy claro en este asunto, pues así lo aceptan las entidades demandadas, en que los actores entregaron con destino al Banco de la República las cantidades de gramo oro que se señalan en la demanda en la Zona Minera de Bucaramanga y que esas cantidades fueron sustraídas de sus instalaciones el día 12 de Diciembre de 1984.

" De conformidad con lo dispuesto en el art. 41 del Decreto Ley N° 444 de 1967 el Banco de la República celebró con el Ministerio de Minas y Energía con fecha 19 de Diciembre de 1967 un contrato, mediante el cual el Banco autoriza al Ministerio para que por intermedio de su dependencia denominada Zona Minera en las ciudades de Ibagué, Bucaramanga y Pasto reciba directamente el oro de las personas dedicadas a su extracción y que están obligados a venderle.

" Este contrato en sus cláusulas es muy claro, estableciendo en el parágrafo de la cláusula primera y en la cláusula décima-tercera, la responsabilidad que tiene la Zona Minera -Ministerio de Minas y Energía de responder por los minerales o metales preciosos desde el momento en que los reciba hasta cuando se le haga entrega de las barras sin afinar al banco, respondiendo directamente por el ciento por ciento de su valor; obligándose el Ministerio a mantener una póliza de seguro de cumplimiento, en la que se estipule que en caso de pérdida total o parcial, la indemnización será igual al ciento por ciento del valor del metal perdido, más el valor de los incentivos.

" De otro lado, el Banco de la República se obliga a presentar su colaboración para el retiro del oro dentro de las 48 horas a su recibo.

" Se encuentra demostrado en el proceso, que la Zona Minera envió al Banco de la República los boletines para su remisión, que éstos fueron firmados y no hay prueba que tuvieran errores que obligaran a su devolución a la Zona Minera. Igualmente estos boletines los envió la Zona Minera al Banco de la República en horas de la tarde del 12 de Diciembre de 1984, haciendo las gestiones para que éste dispusiera de los medios de seguridad para el traslado del oro, lo que no hizo, motivando que no trasladara en esa fecha.

" En estas circunstancias, considera la Fiscalía que tanto el Banco de la República como el Ministerio de Minas y Energía -Zona Minera-, están llamados a responder por la pérdida del oro, que no es imputable sólo a esta entidad, compartiendo la responsabilidd con aquél por haberla autorizado para recibirlo en su nombre y porque debió haber sido previsivo en recogerlo en la oportunidad que estipuló el Ministerio de Minas y Energía pues no comprobó los motivos de fuerza mayor que adujo para no hacerlo, como también por la omisión en que incurrió como lo advierte el Tribunal, de no exigirle al Ministerio el cumplimiento de la cláusula décima tercera, que le obliga a constituír una póliza de seguro, para responder de la totalidad del oro, lo que no hubiera originado la presentación de estas demandas.

" Se considera igualmente acertado por parte del Tribunal, el no haber decretado el pago de intereses moratorios como los solicitan los actores, porque es una modalidad de reajuste de la condena como lo indica, que no está prevista en esta juridicción. "

Aparecen dentro del proceso también los escritos de lo recurrentes en apelación, así : a folios 222 y siguiente la sustentación de los señores Andrés Serrano Prada y Numa Andelfo Guerrero L. ; a folios 230 y siguientes la sustentación de Gabriel Anchicoque, Jairo Acevedo, Andela Pinilla, Sociedad La Elsy Ltda, y Trompeteros Ltda; a folios 238 y siguientes la sustentación del Banco de la República. Además, dentro del traslado para alegar hicieron uso de ese derecho, el mismo Banco (a folios 290 y siguientes) y los demandantes Serrano Prada y Guerrero L.

Para la sala la sentencia deberá confirmarse.

Estima sí que sobra repetir o hacer otras reflexiones en torno a la legitimación pasiva del Banco de la República en el presente conflicto y en relación con la índole de la acción de reparación directa intentada en cada uno de los procesos acumulados. Aspectos estos que fueron muy bien analizados por el *a-quo;* para quien el Banco es una entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, que cumple por un lado funciones públicas que" constituyen verdaderas manifestaciones de soberanía de la nación; " y por el otro, actividades industriales o comerciales; estando las primeras sometidas al derecho público y las segundas al derecho privado. Agrega, además, el *a-quo* que la actividad que cumple" cuando adquiere el oro en desarrollo del mandato contenido en el artículo 37 del decreto 444 de 1967, es una actividad administrativa (el manejo de las divisas) que compete con exclusividad al Estado y que por ende, está sujeta al control de la jurisdicción administrativa, tal como lo disponen los artículos 82 y 83 del c.c.a.

Tampoco merece objeción alguna la calificación que de la acción propuesta hizo el tribunal. Es una clara acción de reparación directa por hechos u omisiones de la administración y no un conflicto derivado de un contrato de compraventa de oro que aún no se había celebrado. Baste recordar que el oro debía entregarse por los mineros a la Zona para su fundición y ensaye y que esta debía entregarlo luego al Banco para la celebración del respecrtivo contrato.

Se corrobora la afirmación precedente con el hecho, probado, que el oro se perdió en la primera etapa, ante una dependencia oficial (la Zona Minera), que en el fondo, era una simple mandataria para esos efectos de la entidad bancaria, en virtud del contrato interadministrativo celebrado entre el citado Banco y el Ministerio de Minas. En otros términos, el oro se perdió cuando estaba depositado en la Zona, lugar en el cual, por el convenio aludido, debía entregarse forzosamente para cumplir en relación con dicho metal unos requisitos previos (fundición y ensaye) antes de que fuera comprado por el Banco.

Le asiste la razón al tribunal cuando en el manejo del asunto afirma que la entrega en la Zona crea una situación similar a la que se da cuando la mercancía de importación o exportación debe ingresar a una bodega oficial para los efectos consiguientes. Situación que, como lo ha dicho en forma reiterada la jurisprudencia, responsabiliza objetivamente a la administración ante la pérdida o el deterioro de la mercancía. Responsabilidad que no surge de un presunto contrato de depósito, sino de la misma ley que impone la entrega de la mercancía para facilitar los trámites dichos de exportación e importación.

Fuera de lo anotado, entonces, la presente motivación tocará los siguientes aspectos para dar respuesta a los distintos argumentos de las partes : a) Las partes demandadas y los distintos procesos acumulados ; b) La relación contractual existente entre el banco y el Ministerio de Minas; c) La responsabilidad de las entidades demandadas y su prueba; d) La sentencia del tribunal y la conclusión.

Siguiendo este derrotero, se anota :

Las partes y la acumulación.

Inicialmente se presentaron ocho demandas y se siguieron sendos procesos; procesos que fueron acumulados en la oportunidad indicada por el a-quo. Se observa que seis de ellos tienen como parte demandada únicamente el Banco de la República (ver expediente Nos. 4511, 4498,4510, 4512, 4499 y 4501) y como actores, en su orden, La Elsy Ltda. , Jairo Acevedo Guarín, Los Trompeteros Ltda, Adela Pinilla viuda de Castellanos y Gabriel Anchicoque Ardila. Y en los dos restantes, distinguidos con los Nos. 5024y 4484 demandan Numa Andelfo Guerrero y Andrés Serrano Prada al mismo Banco y a la Nación- Ministerio de Minas- en forma solidaria.

Estima la Sala que la acumulación decretada con este supuesto no está afectada de nulidad, máxime teniendo en cuenta que, en el fondo, los dos últimos procesos muestran un litisconsorcio facultativo por pasiva, posible por la solidaridad alegada. Acumulación, como es obvio, que permite que las pruebas obrantes en cualquiera de los procesos puedan estimarse para todos, en razón del principio de la comunidad de la prueba. Sobre la nulidad por indebida acumulación propuesta por el Banco, sobra hacer mayores reflexiones por lo ya explicado. Baste pensar que la cuestión litigiosa así planteada en relación con las dos entidades demandadas no imponía por fuerza una decisión uniforme. El hecho de que hayan resultado comprometidas las dos en la sentencia de primera y que vayan a resultar en ésta, no varía el enfoque, porque esta coincidencia no se da por efecto de ese litisconsorcio, sino porque se demostró que tanto el Banco como el Ministerio fallaron en la prestación del servicio que se les había encomendado. Cabe, para responder la alegación de nulidad recordar que el Banco al ser notificado de las distintas demandas omitió hacer en esa oportunidad algo que le habría evitado la propuesta anulatoria de la última hora, o sea hacer el llamamiento en garantía a aquellas personas que según su parecer debían responder en juicio lo demandado. En esta apreciación comparte la sala lo alegado por el apoderado sustituto de los demandantes Serrano Prada y Guerrero Laguado.

La relación contractual Banco- Ministerio de Minas.

A través de estos procesos, el Banco ha hecho hincapié en el convenio interadministrativo que celebró con el Ministerio de Minas para oponerse a las pretensiones de las demandas, en virtud de lo pactado en la cláusula décima tercera, que le impone al mencionado Ministerio la responsabilidad directa, en el 100% del valor del oro entregado a la Zona.

Pues bien. El contrato interadministrativo mencionado (folios 53 y siguientes del cuaderno principal proceso 4501) sí dispone tal cosa, pero él regula, como todo contrato, unas relaciones interpartes no oponibles a terceros, para el caso los mineros demandantes. A este respecto la sala comparte la apreciación del apoderado de los demandantes Serrano Prada y Guerrero L. cuando escribe :

" Creo, que la naturaleza jurídica de la relación minero-zona minera Nación-Ministerio de Minas- Banco de la República, surge nítida si se sigue el hilo conductor que nos lleva a la ley y la Constitución. Creo, también, que los estudios que se han realizado durante el debate, del contrato Banco de la República- Ministerio de Minas de diciembre 19 de 1977, son una cortina de humo que oculta la verdad. Y lo más preocupante, es que le sirve de comodín a los sujetos de la relación para evadir una responsabilida innegable. Las cláusulas que los atan y establecen los procedimientos encaminados al desarrollo del objeto contractual producen efectos interparte. La intención que se tuvo al establecerse el convenio interadministrativo no ofrece dudas: el Banco para cumplir el cometido constitucional y legal del monopolio del comercio del oro, se aprovechó de una infraestructura ya existente como las zonas mineras creadas, para efectos de la división del trabajo, por el Ministerio de Minas. O sea, que en lugar de establecerse unas oficinas por parte del banco se aprovechó lo existente. Los pasos, ritos y obligaciones establecidos en dicho convenio tienen connotaciones técnicas y de habilidades y destrezas para el tratamiento de metales preciosos. Estos estudios contractuales y el elenco de responsabilidades son oponibles entre quienes suscribieron el documento. Por lo tanto, las pautas contractuales no se pueden esgrimir ante los administrados con la fuerza propia de la ley, ni con la potencia de una decisión *erga omnes.*

" El convenio interadministrativo, por las razones de Estado en juego, implica solidaridad funcional entre el Banco de la República y la Nación- Ministerio de Minas-"

Para la sala la cláusula décimo tercera implica en el fondo una exoneración de responsabilidad a favor del Banco. Y frente al alcance de este tipo de cláusula en relación con terceros tiene jurisprudencia reiterada. A este respecto puede verse, entre otras, la sentencia de octubre 9 de 1985 (Proceso 4556 Gladys Mamby de Delgado) que aunque referida a un contrato de obra pública tiene la aplicación en el caso subjudice.

De ese fallo se destaca :

" Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o

ejecución de una servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

" En otros términos : El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servicio público, en principio, el Estado es responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismos, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.

" Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administación no responda frente a éstos. Es quizás esta creencia la que produjo la desviación del tribunal en el fallo que se revisa y en el concepto de la fiscalía.

" En primer término, debe observarse que la cláusula así concebida (la vigésima cuarta o de indemnidad) no puede interpretarse como exonerante de responsabilidad para la Empresa. Si así lo fuera sería absolutamente nula. La cláusula vale entre las partes, pero no es oponible a los terceros. Cualquier convención que suprima la responsabilidad extracontractual (la de los contratantes frente a los terceros lo es) es por consiguiente ilícita en todos los campos, o sea por actos personales o ajenos, por obra de las cosas o de los animales.

" Aunque la cláusula esté pactada contractualmente, la responsabilidad frente a terceros sigue siendo extracontractual: es una responsabilidad de esta índole reglamentada por un contrato y descartada para una de las partes por una cláusula de no reponsabilidad.

" La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es, *"res inter alios acta"* frente a los terceros. Por ese motivo, la demandante al accionar contra la Empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar

sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la Empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido."

En conclusión de lo expuesto, significa lo anterior que en el caso concreto una es la obligación que contrajo la Nación- Ministerio de Minas- con el Banco y que le permitía a éste repetir contra aquélla por la indemnización resultante de este fallo y otra la relación de estas entidades con los terceros, dada la concurrencia de sus culpas en la ocurrencia de los hechos y que las obliga solidariamente a la indemnización, en los procesos números 5024 y 4484.

La responsabilidad de las entidades y su prueba.

Del acervo probatorio se desprende : a) Que los mineros, obligados por la ley a vender el oro al Banco de la República, lo entregaron a la Zona Minera (dependencia del Ministerio de Minas); b) Que el oro entregado a la dependencia oficial, con destino al Banco, fué sustraído de aquélla; c) Que dicha sustracción se produjo por la concurrencia de dos fallas igualmente determinantes: la falta de una adecuada y segura edificación para el manejo de un bien tan precisado y perseguido como el oro por parte de la Zona y por la demora que el mismo Banco tuvo para reiterar el metal de ese lugar, pese a conocer la poca seguridad que brindaba el edificio, lo precario de su vigilancia y la inseguridad reinante en la ciudad.

Sobre estos aspectos, la sala comparte la apreciación del a-*quo* cuando observa :

" Según la inspección judicial practicada a las oficinas de la Zona Minera donde ocurrieron los hechos referidos, pudo constarse que la mencionada edificación carece de las debidas seguridades. En el mismo sentido se pronunciaron los peritos designados para el efecto, quienes dictaminaron que la casa situada en la calle 28 N° 23-75, es inadecuada para la destinación que se le había dado. Que carecía de rejas de seguridad y que el sistema de alarma no contaba con normal funcionamiento. Que la Caja Fuerte estaba en un sitio de fácil acceso y que un solo celador sin mayores recursos, constituía el personal de seguridad; pero advirtieron, que dada la forma como los delincuentes penetraron al inmueble, cualquier sistema de seguridad habría resultado ineficaz. Expediente N° 4.484, folios 109 a 111 y 121 a 122.

" Las circunstancias antes reseñadas llevan a concluír que, por partes de la Zona Minera no hubo el debido celo y cuidado en la custodia del oro. Que estas irregularidades pueden presumirse conocidas y consentidas por el Banco de la República, que no obstante, mantenía el contrato que le permitía a la Zona Minera recibir el oro. Y, que, el Banco observó una conducta omisiva, porque si hubiera exigido al Ministerio el cumplimiento de la clausula décimo

tercera, que le obligaba a constituir una póliza para responder por la totalidad del valor del oro, diferente habría sido la situación de los actores.

"En resumen : el BANCO DE LA REPUBLICA, a pesar de la existencia del contrato que autorizó a la Zona Minera para recibir el oro, siguió siendo por ley el responsable y las fallas en que incurrió esta dependencia no tienen por qué redundar en perjuicio de los propietarios del metal, quienes en nada contribuyeron voluntariamente ya que como se ha repetido, por mandato legal debían depositar el oro en la oficina escogida por el Banco mediante contrato.

"A lo anterior debe agregarse, que hubo también fallas por parte del Banco al demorar el envío del vehículo que debía transportar el oro de la Zona Minera a sus dependencia. Sobre este punto declara el señor Luis Carlos Peña, quien afirma que el día de los hechos no se podía efectuar el transporte, porque los vehículos destinados al efecto estaban dedicados a otras labores. (Expediente N° 4.484 folio 106). El señor Gerente del Banco de la República en informe rendido al Tribunal, manifiesta que el 12 de diciembre de 1984 no se retiró el oro de la Zona Minera, porque en la misma fecha un asalto cometido contra el Banco Colpatria situado cerca del Banco de la República, obligó a mantener en esta entidad el máximo de seguridades, lo que hizo inconveniente el transporte de valores. Proceso número 4.484, folio 85."

La sala estima que aún extremando las cosas y dado el cometido estatal que tiene que cumplir el Banco en relación con el manejo del oro, podría sostenerse, de no mediar el convenio interadministrativo citado atrás, que ni siquiera la Nación resulta comprometida. El Banco debe recibir directamente el oro que tiene que comprar. Si por razones de infraestructura no puede hacerlo y debe contratar con otras personas o entidades, es el responsable del resultado final de la operación frente a los mineros obligados a negociar su oro. Cosa diferente es que, producido el daño a éstos, pueda repetir contra los que contrataron la recepción y el manejo del metal.

No encuentra la sala, en suma nada que objetar al análisis probatorio hecho por el tribunal.

La sentencia del tribunal y la conclusión

El *a-quo* decidió la controversia en la forma indicada atrás y reconoció las cantidades de plata y oro que los demandantes entregaron a la Zona. Sobre este extremo no existe discrepancia alguna ni las entidades demandadas las objetan.

El tribunal hizo el reconocimiento de la indemnización con referencia del valor del metal al momento de la ejecutoria de la sentencia.

La sala estima que esta decisión es justa y determinable cuantitativamente, porque la pedida, al día en que se cancele la obligación, pone un factor de

incertidumbre no fácil de precisar. El valor a la fecha de esa ejecutoria actualiza el valor del metal precioso e impone que a los demandantes se les pague su indemnización con moneda actual.

Hizo bien el tribunal al no condenar al pago de perjuicios moratorios solicitados, ya que la condena se impuso debidamente actualizada. No otro sentido tiene ordenar su pago a los valores actuales del metal.

Pero no hizo bien el a-q*uo* al negar en forma absoluta el pago de intereses técnicos o efectivos, equivalentes al 6% anual, sobre los valores históricos, tal como lo ha señalado esta sala en forma reiterada, en asuntos similares. Se ha considerado que ese interés representa el mínimo de ganancia a que puede aspirar su dueño, desprovisto de toda corrección monetaria. Par a efecto de liquidar tales intereses se tomará el valor del metal recibido por la Zona en la fecha de su entrega, teniendo el cuidado de no liquidar intereses de intereses.

Sobre la negativa al reconocimiento de perjuicios morales nada tiene la sala que objetar. Nada hace presumir que los demandantes los sufrieron y ninguna prueba estuvo orientada a demostrarlos.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 11 julio de 1989, dictada por el Tribunal administrativo de Santander en sus ordinales, primero, segundo, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo.

Revócase el ordinal tercero, el que quedará así :

Los valores históricos de las cantidades de oro y plata entregadas a la Zona Minera, por los señores Andrés Serrano Prada, Numa Andelfo Guerrero Laguado, Gabriel Anchicoque Ardila, Trompeteros Ltda. , La Elsy Ltda, Adela Pinilla viuda de Castellanos y Jairo Acevedo Guarín devengarán intereses a la tasa del 6% anual desde la fecha de la entrega hasta la ejecutoria de esta sentencia.

Adiciónase el fallo recurrido así :

a) La condena impuesta devengará intereses comerciales a partir de la ejecutoria de esta sentencia y por el término de seis meses, fenecidos éstos, el interés será moratorio.

COPIESE, NOTIFIQUE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 12 de septiembre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NULIDAD PROCESAL-Improcedencia/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**

La variación de la jurisprudencia de la Corporación hecha- sin competencia- por una de las secciones ha sido prevista de manera expresa, en el C.C.A. como causal que desencadena el recurso extraordinario de súplica. En este caso, en consecuencia, no es aplicable la declaración de nulidad con apoyo en el C. de P.C.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez y nueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia : Expediente N° 5494. Actor : María Odilia Muñoz y Otros.

Resuelve la Sala el recurso de súplica ordinario propuesto por el señor apoderado judicial de los demandantes en contra del auto proferido por el Señor Consejero Ponente, Doctor GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, el 4 de noviembre de 1989 por medio del cual se negó la nulidad de la sentencia de segunda instancia, fechada el 22 de julio del mismo año.

El recurrente sustenta la censura con las razones siguientes :

" a) La providencia recurrida afirma que el suscrito fundamentó la nulidad impetrada, con base en una confusión. Que la sentencia al hablar de la cosa juzgada se refirió a la sentencia dictada el 21 de abril de 1987 dictada por el mismo Tribunal de instancia, INHIBITORIA y no a la dictada en el proceso penal adelantado al agente de la policía Fernando Antonio Angel Correa en la cual se le absolvió por haber actuado en legítima defensa.

" b) Lo anterior NO ES CIERTO. Basta la simple lectura de la sentencia cuya nulidad impetro, para llegar a la CONCLUSION clara e irreflagable, de que fueron DOS LAS CONSIDERACIONES DETERMINANTES DE LA PARTE RESOLUTIVA :

" 1) Que la sentencia CLARAMENTE INHIBITORIA , dictada el 21 de abril de 1987 por el mismo Tribunal de instancia, HACE TRANSITO A COSA JUZGADA.

" 2) Que la sentencia penal que absolvió al agente de la policía Angel Correa, HACE TRANSITO A COSA JUZGADA en los procesos contencioso administrativo que se adelantan contra el Estado por responsabilidad extracontractual basada en la falla del servicio.

" c) Y ambas consideraciones o afirmaciones de la sentencia atacada, fundamentos únicos de la decisón adoptada, violan las jurisprudencias de la Sección Tercera sobre tales fenómenos jurídicos, según quedó ampliamente demostrado en el memorial en que propuse el incidente de nulidad, que hasta el presente no han sido estudiadas." (fls. 312 y 313 C.1).

Luego de transcribir parcialmente la parte considerativa del auto impugnado, el recurrente prosigue :

" e) Conforme al C. de C. P. vigente (D.L.0050 de 1987), Capítulo II, 'ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL', es potestativo de los perjuicios con el delito o de sus herederos, ejercer la acción indemnizatoria dentro del mismo proceso penal o en juicio civil separado (art.37) contra el responsable penalmente o contra quienes *' de acuerdo con la ley están obligados a reparar"* (art.38).

" f) Es decir, el penalmente responsable, conforme al artículo 2341 del C.C., responsabilidad por el hecho propio, los padres del delincuente, los tutores o curadores, los directores de colegios por su pupilos y discípulos, los empresarios o patronos por sus dependientes, conforme a los artículos 2347 y 2349 del mismo código es decir, por el hecho ajeno.

" Estas son las personas contra las cuales se puede ejercer la acción civil, no contra el Estado, el cual, según jurisprudencia que ya tiene más de 40 años, responde con la responsabilidad directa y objetiva por la falla del servicio y no por la responsabilidad subjetiva que se deriva del dolo o de la culpa de sus agentes, mandada a recoger.

" Y es por ello que el artículo 55 del mismo Capítulo II, "de la acción civil", dice :

" " Art. 55.- *Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria.*- La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no

se realizó o que el sindicato no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa".

" g) La norma anterior no puede aplicarse sino en el proceso indemnizatorio que en ejercicio de la acción civil y con base en el delito, se adelanta contra el penalmente responsable o contra quienes deben civilmente responder por él.

" Sólo en ese caso, hay identidad de objeto y de causa y de personas, requisitos necesarios para que opere la cosa juzgada en cualquier proceso. (arts. 332 y 333, ord. 4° C. de P.C.).

" Como el Estado no responde por el hecho de sus agentes sino por su propia falla, jamás puede operar la cosa juzgada derivada de la sentencia penal, por cuanto ni fue parte en el proceso penal, ni hay identidad de causa ni de objeto.

" Y ésta ha sido la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera, según tuve oportunidad de demostrarlo en el memorial en que propuse el incidente de nulidad, por lo que se impone la nulidad de la citada sentencia.

" h) Bastaba, entonces que la sentencia impugnada trajera como fundamento de la decisión la afirmación contenida en el literal c) del ordinal 5°, sobre el valor de las copias de las sentencias penales en los procesos de responsabilidad administrativa, reconociéndole fuerza de cosa juzgada en los extremos allí señalados, para que la jurisprudencia de la misma sección resulte violada, como se demostró en la formulación de indicente y deba, por lo mismo, declararse su nulidad.

" i) Y es que no sólo es la jurisprudencia la contrariada sino la ley, cuando señala las identidades jurídicas para que proceda la cosa juzgada y la lógica elemental, que es siempre derecho.

" En efecto :

" La sentencia penal puede declarar que el agente obró en legítima defensa y tal decisión carece de relievancia, por las razones vistas, dentro del proceo contencioso administrativo, en el cual nunca se juzga la responsabilidad subjetiva (culpa o dolo) del agente sino la responsabilidad directa y objetiva de la Administración.

" Piénsese , si no, en el caso en que un solo agente de policía o un solo soldado es enviado a debelar una sedición, rebelión o asonada y en el cumplimiento de la misión se ve en eminente peligro de perder su vida y para salvarla da muerte a uno o varios revoltosos. No hay duda que obró en legítima defensa y así debe declararlo la justicia penal.

" Pero, enervará tal sentencia la pretensión indemnizatoria contra el Estado?

" Jamás: La falla de la administración al enviar a uno solo de sus agentes a debelar una rebelión, es ostensible, inmensa y la indemnización debe prosperar razón en caso de legítima defensa subjetiva.

" Una es la conducta del agente (objeto del proceso penal) y otra la conducta del Estado del proceso contencioso-administrativo de responsabilidad).

" 1) La contrariedad, entonces, entre la jurisprudencia contenida en la sentencia cuya nulidad solicito a la reiterada jurisprudencia de la Sección es EVIDENTE y la nulidad debe ser decretada." (fls.315 a 317 C.1).

Finalmente, deja en claro que no ha interpuesto el recurso extraordinario de súplica en subsidio del incidente de nulidad, como lo interpreta la providencia suplicada; la proposición consta en escrito separado y así aparece en el expediente.

Para resolver,

SE CONSIDERA :

La causal de nulidad invocada por el recurrente consistió en la " falta de competencia de la sección para cambiar su propia jurisprudencia" (fls.266 C.1). Sobre el particular, estima que, con fundamento en los artículos 24 del Decreto-Ley 528 de 1964 y 13 del Reglamento del Consejo de Estado "... la Sección Tercera carece de competencia para modificar por sí sola, su propia jurisprudencia. Y, obviamente, la falta de competencia es causal de nulidad por mandato expreso del artículo 152, ord.2° del C. de P.C." (Subraya en el texto original).

Quien presenta esta ponencia ha mantenido un pensamiento cercano al que expresa el suplicante; en efecto, salvando el voto en la Sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de nueve (9) de agosto de 1991, expediente N° S-013, Actor: NAVEMAR LTDA. , dijo:

" El legislador, por medio del Decreto-Ley 528 de 1964, en su artículo 24, creó la necesidad procesal de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado proveniente de las diferentes Secciones o Salas. Este procedimiento, que se sepa, jamás tuvo operancia, a pesar de que esta Corporación, en ejercicio de la atribución constitucional prevista en el artículo 141-4, expidió el Acuerdo N° 2 de 1971, complementado por el Acuerdo N° 1 de 1978, por medio de los cuales adoptó su propio reglamento en cuyo artículo 13 definió qué se entiende por jurisprudencia. Sobre el particular precisó : ' Para los efectos del artículo 24 del Decreto Ley 528 de 1964 se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones' ; y además señaló el procedimiento para variarla : 'Todo cambio jurisprudencial corresponde hacerlo a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto' (fl.1 Salvamento).

Se comparte, pues, la premisa que sirve de punto de partida a la solicitud de nulidad y al recurso difiere sin embargo, la Sala respecto del remedio que debe aplicarse, cuando- a pesar de la prohibición legal-, una de las Secciones, " sin la aprobación de la Sala Plena, acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación" (artículo 130 del C. C. A.).

En efecto, la figura aplicable en este caso no es la declaración de nulidad con apoyo en el ordinal 2° del antigüo artículo 152 o del actual 140 del C. de P. C., sino la utilización del recurso extraordinario de súplica para ante la Sala Plena, conducta que de manera oportuna y correcta asumió el señor judicial de los actores.

La conclusión anterior se funda en este razonamiento :

Regula el artículo 267 del C.C.A. que " *En los aspectos no completados en este código,* se seguirá el Código de Procedimiento Civil..." (Se subraya); pues bien la variación de la jurisprudencia de la Corporación hecha- sin competencia- por una de las Secciones, ha sido prevista, de *manera expresa,* en el C.C.A., como la causal que descencadena el recurso extraordinario de súplica. Así lo dispone hoy el art. 130 de dicho código (artículo 21 del Decreto-Ley N°2304 de 1989) y los consagraba, de antes, el artículo 2° de la Ley 11 de 1975.

Frente a esta realidad legal, no es posible aplicar, por remisión, el C. de P. C. , dado que no existe vacío qué llenar en el C.C.A. ; lo apropiado es guiarse por el procedimiento previsto en éste último.

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

RESUELVE :

No prospera el recurso ordinario de súplica.

Concédese el recurso extraordinario de súplica. Remítase el expediente a la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez y nueve de septiembre de mil novecientos de mil novecientos noventa y uno. (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

BALDIOS-Adjudicación/ **PRUEBAS/ TESTIMONIO/ INSPECCION JUDICIAL/ INCORA**

Las colindantes son la mejor fuente de información imparcial que puede tener el Incora, a veces la única, para hacer la adjudición a quien realmente lo merezca por haber vinculado su actividad explotadora en un bien baldío, sin atropellar los derechos de los demás. Esos colindantes son así terceros que deben citarse a la diligencia de inspección ocular, forzosamente, para que rindan declaración testimonial, de oficio o a petición de parte. Ante el fracaso en la justicia ordinaria para obtener el otorgamiento de escritura del inmueble, todo da a entender que en el *"sub-lite"* se buscó la vía de la adjudicación del bien como baldío.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitres (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia : Expediente Nº 5907. Actor : Antonio Habeich Guzmán. Incora.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el tribunal administrativo del Cesar el 28 de junio de 1989, mediante el cual se dispuso :

" PRIMERO.- Declarar que no prosperan las excepciones propuestas por la apoderada del Incora.

" SEGUNDO.- Denegar las súplicas de la demanda.

" TERCERO.- Condenar en costas al actor, señor Antonio Habeich Guzmán, Tásense."

En el libelo inicial la parte actora pidió :

" Primero .- Que es nula la Resolución N° 00050 del 4 de febrero de 1987, proferida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), por medio de la cual el Gerente Regional del mismo Instituto en el Cesar, adjudicó al señor Orlando Gutiérrez Céspedes, como si se tratara de un baldío, la finca " El Destino", con una extensión superficiaria de cien (100) hectáreas, ubicada en el Municipio de El Copey (Cesar), la cual es propiedad del señor Antonio Habeich Guzmán, mi mandante, como se acredita.

" Segundo.- Como resultado de la declaración contenida en el punto primero de estas manifestaciones, y a guisa del restablecimiento del derecho, ordenar que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Regional del Cesar, acorde con lo previsto en las normas del C. C. A. que regulan la materia, declare la nulidad de la Resolución N° 00050 del 4 de febrero de 1987, restableciendo el derecho de propiedad plena y posesión material que ejercía mi poderdante, Antonio Habeich Guzmán, en el predio " El Destino", antes especificado.

" Igualmente se le retribuyan los daños y perjuicios ocasionados al ser privado del disfrute y beneficio de su predio, condenando en costas y demás compensaciones a que tenga derecho, desde la fecha de la usurpación ilegalmente urdida, hasta la entrega real y material a mi mandante, del predio de la litis, restableciendo así, su derecho."

Como hechos se narraron, en síntesis:

1) Que el señor Antonio Habeich Guzmán es propietario del predio "El Destino" ubicado en el Copey (Cesar), según reza en la escritura #169 de 29 de junio de 1963 del circulo notarial de Fundación (Magdalena) con un área de 100 hectáreas; escritura registrada y con matrícula inmobiliaria #190-0010687.

2) Que el predio fue adquirido en la forma indicada en el hecho segundo de la demanda y no ha salido de la propiedad de su titular el señor Habeich G.

3) Que el Incora mediante la resolución #00050 de 4 de febrero de 1987 le adjudicó ese predio como baldío al señor Orlando Antonio Gutiérrez C.

4) Que la actitud del señor Gutiérrez fue de mala fe, la que se desprende de los documentos que aportó y de los testimonios recepcionados.

5) Que el señor Habeich G. nunca se percató del procedimiento adelantado por el Incora, el que debió someterse a lo mandado por el decreto 389 de 1974.

En la demanda se citaron como violados los siguientes artículos: literal a) del artículo 3° de la ley 135 de 1961; literal b) del artículo 3° del Decreto 389 de 1974; inciso 2° del artículo 6° ibídem; literales C y D y numeral 2° del artículo 8 y el

artículo 12 del citado decreto; artículo 315 del Código de Procedimiento Civil; artículo 16 y 30 de la Constitución Nacional y el artículo 669 del Código Civil Colombiano.

El tribunal, luego de cumplido el trámite, decidió el litigio en la forma indicada atrás, luego de desechar las excepciones propuestas de falta de jurisdicción (a folio 89), ineptitud de demanda por indebida acumulación de pretensiones (a folio 90), indebida integración del litisconsorcio necesario (a folio 91) y carencia de acción (a folio 92).

Descontenta la parte actora con la decisión interpuso el recurso de apelación. Cumplido el procedimiento de instancia y lugo de ser evacuadas las pruebas decretadas de oficio, es oportuno decidir. Para ello, se considera :

Para la señora fiscal segunda de la corporación, la sentencia apelada merece ser confirmada. Así, en su vista de 16 de mayo de 1990 (a folios 132 y siguientes) opina :

" Como quien alega propiedad privada frente al Estado, debe ceñirse a los requisitos de la Ley 200 de 1936 y las normas que la reglamentan y en el presente caso, el actor no presentó los títulos a que se refiere esa ley, o sea los títulos originarios del Estado o títulos inscritos otorgados con anterioridad a la Ley 200 de 1936 en donde consten tradiciones de dominio por más de 20 años, debe concluírse que el predio adjudicado era baldío, como lo afirma la Resolución demandada.

" En relación con el carácter de poseedor que menciona el actor, este extremo del litigio tampoco fué probado. Por el contrario las pruebas allegadas, como el acta de visita practicada por el INCORA en el trámite de adjudicación indican que el único poseedor y explotador del predio "El Destino" era el señor Orlando Antonio Gutiérrez Céspedes, quien fue beneficiado con la adjudicación.

" En relación con los vicios de procedimiento en la expedición de la Resolución N° 00050 de 4 de febrero de 1987 a que se refiere la demanda, esta fiscalía encuentra que la sentencia se ocupó de manera pormenorizada de cada uno de ellos y las razones se expusieron en la sentencia para desecharlos, se ajustan a las pruebas y a las normas del derecho agrario aplicables al caso. Como este despacho comparte plenamente lo dicho al respecto en la sentencia, encuentra que sería repetitivo referirse al tema nuevamente.

Refiréndonos a otros aspectos del recurso, y en especial a la apreciación de la prueba que hizo el Tribunal cuando se refirió al auto del Juzgado Primero Civil del Círculo, esta fiscalía considera que las resultas del proceso civil, ya sea que éste haya terminado por un desistimiento o por haberse decretado la nulidad del proceso, en realidad no es cuestión determinante, ni que incida en este proceso contencioso administrativo.

" También lo estimó así el Tribunal, pues en relación con la inspección judicial en donde se cita el auto del 27 de abril de 1988 a que alude el recurrente, la sentencia solamente se refiere a esta inspección para decir: " En la diligencia de inspección judicial practicada por el Tribundal, se pudo establecer que en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, existe un proceso ordinario promovido por Orlando Gutiérrez Céspedes, contra Antonio Habeich Guzmán y allí aparece un contrato de promesa de compraventa del inmueble "El Destino" ubicado en el Copey suscrito por Antonio Habeich Guzmán y Orlando Gutiérrez Céspedes.

" Lo anotado como cargo 2° en contra de la sentencia, carece de fuerza como argumento para revocarla, pues como ya se explicó, la cita del auto que se hizo en el Acta de diligencia, en nada incidió ni resultó ser de importancia para la decisión sobre la condición de baldío del predio."

Para la sala la sentencia deberá revocarse. Se observa sí que le asiste la razón al tribunal en cuanto a la denegación de las excecpciones propuestas y en este campo no tiene nada que objetar. Pero en cuanto al fondo no sucede lo mismo, no solo porque el procedimiento seguido por el Incora de defectos por la serie de informalidades que se observan en su trámite, sino también porque la información suministrada por el adjudicatario y no constatada bien por el Instituto, no corresponde a la realidad y por lo mismo deja sin piso la presunción de derecho que se dice ampara la adjudicación hecha, por no haberse demostrado que el adjudicatario venía explotando el predio desde hacia 20 años (artículo 2° de la resolución 00050), de conformidad con la ley 97 de 1946. Además, porque el expediente pone de presente que se utilizó el procedimiento de adjudicación de bien baldío no para cumplir con los fines de la reforma agraria sino para lograr, de una vez por todas, por un camino inadecuado, la satisfacción de un fin último que sólo se podía buscar o pretender ante la justicia ordinaria y por su procedimiento propio.

En este orden de ideas, se observa :

Informalidades en el trámite de adjudicación.

Muestra el expediente administrativo ciertas irregularidades violatorias del debido proceso. En primer término se observan anomalías en la notificaciones hechas a los colindantes y en la práctica de la inspección ocular; y en segundo, en cuanto a la prueba del tiempo que llevaba explotando el señor Orlando Antonio Gutiérrez en el predio en cuestión.

Se observa en el cuaderno de antecedentes que el auto que aceptó la solicitud del señor Gutiérrez C. , dictado el 4 de febrero de 1986 (a folio 4), sólo vino a notificarse personalmente al agente del mismo ministerio público el 28 de julio siguiente y aquél el día 21.

No existe explicación alguna para esta demora. Pero además el aviso ordenado en el mencionado auto fué modificado durante su proceso de publicidad,

como se desprende del cuaderno mismo. Así, el fijado en la comisión de baldíos (a folio 6) y el que se fijo en la alcaldía del Copey (a folio 7) presentaron colindantes del lindero sur diferentes a los indicados en la publicación radial (a folio 8 vuelto); mientras en los dos primeros figuran Antonio Habeich Guzmán y Manuel Francisco Gamez, en el último aparece Eliécer Barrios y desaparece éste.

Pero este último aviso, publicado los días 10 y 18 de octubre de 1986 (a folio 8 vuelto), aparece con ese cambio de nombre, curiosamente con antelación al memorial de folios 9, en donde el apoderado del Doctor Gutiérrez C. el día 7 de noviembre de 1986 pide al jefe de titulación de baldíos que no se le notifique a Habeich sino a Eliécer Barrios, aunque agrega que éste se negó a notificarse. Se negó ante quién? Acaso el señor apoderado podía hacer esa notificación?

Aquí se pregunta la sala : cómo hicieron para publicar en la emisora Ecos del Copey un aviso los días 10 y 18 de octubre con la corrección pedida por el interesado sólo el 7 de noviembre siguiente?

Pero las anomalías no terminaron allí. Se constató en la diligencia de inspección ocular que los colindantes no eran exactamente los mismos. Baste observar que en ella aparecen, en el lindero norte. Guillermo López y Hugo Villalobos, no comprendidos ni en la solicitud inicial ni en los avisos posteriores; en el costado oriental figura Luis Alberto Restrepo cuando venía citado desde un principio Adriano de la Cruz; en el oeste ya no es Manuel Antonio Gámez sino Miguel Antonio.

Las anomalías anotadas muestran el desgreño con que el Incora maneja estos asuntos y dan a entender que las cosas se hacen de esa misma manera para evitar que las personas que puedan resultar afectadas intervengan en el proceso para defendar sus derechos o en el peor de los casos para favorecer a toda consta al interesado en la adjudicación.

La sala insiste en destacar las anomalías en la citación de los colindantes. Este punto, pese a que no ha sido estudiado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, merece especial consideración. Y la merece porque esos colindantes son la mejor fuente de información imparcial que puede tener el Incora, a veces la única, para hacer adjudicación a quien realmente lo merezca por haber vinculado su actividad explotadora en un bien baldío, sin atropellar los derechos de los demás. Esos colindantes son así terceros que deben citarse a la diligencia de inspección ocular, forzosamente, para que rindan declaración testimonial, citación que debe hacerse de oficio o a petición de parte; pero no se puede dejar al arbitrio de éstos su asistencia o no a la inspección.

El artículo 8° del decreto 389 de 1984 es perentorio a ese respecto, porque según él se deben durante la inspección ocular recibir los testimonios de los colindantes o aceptar, si lo cree conveniente el responsable de la misma los documentos que se presenten teniendo en cuenta que las pruebas sólo deben versar sobre hechos objeto de la diligencia.

Esta es una opción legal y en el caso subjudice no existe prueba de que se hubiera optado por la segunda. No existe constancia alguna que muestre que durante la inspección se hubiera acompañado algún documento que hiciera innecesaria la prueba testimonial.

La importancia del testimonio de los colindantes es clara. Mediante esa prueba se puede establecer si la persona que está pidiendo la adjudicación es la misma que está explotando, en los términos de la ley agraria, en forma pacífica, el predio en cuestión; se puede asimismo establecer durante cuánto tiempo y si existen o no otros colonos o exploradores dentro del mismo que puedan resultar afectados en sus derechos.

La falta de esa prueba se pone de relieve en el presente caso. No existe ningún otro medio probatorio que demuestre quién estaba explotando el predio y menos durante cuánto tiempo. Obsérvese que en esto no puede ser prueba lo manifestado por el mismo interesado en su solicitud de adjudicación. Como tampoco es prueba suficiente de tales extremos lo anotado en la inspección ocular, porque ésta sólo demuestra que se encontraron unas mejoras (no quién las puso) y que esas mejoras permitían inferir una explotación de 20 años, pero no que ese lapso hubiera sido con la actividad del solicitante.

Por esta razón no es cierta la afirmación hecha dentro de la resolución de adjudicación, para ampararla con la presunción de derecho de la ley 97 de 1946, que el señor Gutiérrez C. había demostrado su explotación por más de 20 años.

Pero no sólo no se probó ese lapso sino que se acreditó dentro del proceso que la vinculación del mencionado señor al inmueble empezó en 1983 (octubre 25) o sea durante 2 años y 3 meses y eso a partir de la suscripción del contrato de promesa de compraventa que obra a folio 210 del expediente . A este respecto es bastante elocuente este contrato, el que sirvió de fundamento a la acción instaurada por el señor Gutiérrez C. ante la justicia ordinaria para la suscripción de la escritura de venta y que en últimas se quedó en "tablas" porque hubo de anularse todo lo actuado, por el procedimiento inadecuado que el juez competente le imprimió al asunto (ver sentencia del Tribunal Superior de Valledupar a folios 68 y siguientes).

Da cuenta ese contrato que la posesión material del predio sólo la recibió en la mencionada fecha, como también que en la misma el prometiente comprador (Gutiérrez C.) pagó el precio convenido ($1.000.000.oo)

La vía de la adjudicación y su desviación

El legislador reguló la adjudicación de los baldíos de propiedad del Estado con miras a otorgar tierras a aquellas personas que vinculen su capacidad de trabajo a la actividad explotadora de las mismas. Quiso así el legislador estimular el esfuerzo productivo de los sin tierra, y facilitar por ese medio la paz social. Con ello pretende contribuír a la armonía entre los colombianos, al mejoramiento de sus

condiciones de vida, mediante una adecuada explotación económica de las tierras incultas o deficientemente utilizadas.

Pero esa finalidad se ha venido desvirtuando, en parte, por culpa del mismo Estado. Parece que al Incora le ha faltado conciencia agraria, hasta el punto que debiendo ser un factor, el más importante de todos, para morigerar los conflictos sociales del campo, con conductas como ésta fácilmente se desvirtúa su misión.

Y se ha prestado para que los interesados de derechos en conflicto vinculados a la propiedad rural, zanjen sus diferencias por la vía rápida de la adjudicación de los inmuebles como baldíos. Así, es más cómodo y expedito evitar un juicio reivindicatorio o de dominio o uno de sucesión por la vía de la adjudicación, que acudir a la justicia ordinaria mediante un proceso de nunca acabar.

Y esto aunque parezca imposible se volvió práctica común. Basta solicitar la adjudicación del predio en litigio ante el Incora con la seguridad de que nadie se enterara de lo que está sucediendo hasta que el procedimiento de adjudición culmine. Los mismos formatos elaborados por el Incora, con el pretexto de agilizar sus trámites, se prestan a esos fáciles logros. Y si a eso se suma que los funcionarios del Instituto la mas de las veces ni siquiera pisan el terreno que está en vía de adjudicación sino que se atienen a la información, obviamente interesada, que les suministra el solicitante y que tampoco se preocupan por notificar a los posibles interesados y menos a los colindantes, se entiende el porqué lo que se ideó como un mecanismo serio para estimular el trabajo del campo y para darle tierra al que la explota, haya llegado a ser en muchos casos una herramienta "habilidosa" en manos de personas inescrupulosas.

Y algo pareció a lo dicho, sucedió aquí. Muestran los autos que entre el señor Habeich Guzmán y Orlando Gutiérrez C. se celebró el contrato de promesa de compraventa del predio " El Destino", precisamente el que le fue adjudicado mediante la resolución impugnada al señor Gutiérrez C. Y esos mismos autos muestran que el contrato fue incumplido por las partes. Aquí la Sala no puede tomar partido porque el asunto, desde esa perspectiva, no le compete.

Pero sí puede destacar que el señor Gutiérrez C. acudió primero ante la justicia ordinaria para obtener el otorgamiento de la escritura en la forma convenida en la promesa; y que ante su fracaso (el proceso fue anulado por el Tribunal Superior de Valledupar por trámite inadecuado), todo da a entender que buscó la vía de la adjudicación del bien como baldío, con lo que, por un lado, obtenía un título de propiedad de condiciones inmejorables, y por otro, diluía la exigibilidad de la obligación de pagar el precio convenido de $1.000.000.oo el que, aunque el documento (contrato de promesa) afirme que se pagó, aparece cuestionado por los mismos testigos que suscribieron como tales la mencionada promesa, los que declaran que precisamente el señor Habeich Guzmán no compareció a la notaría en la fecha señalada, porque Gutiérrez (según los mismos testigos abogado de aquél) se negaba a pagar el precio de la negociación.

Lo precedente está indicatoriamente probado dentro del expediente y resulta corroborado con la prueba que se decretó de oficio por la sala en esta segunda instancia. Aunque los testimonios que obran a folios 109 y siguientes del cuaderno principal no constituyen, por sí solos, plena prueba, sí tienen el carácter de prueba sumaria, en los términos del artículo 299 del c. de p.c. vigente a la fecha de su recepción. Prueba que sumada a los otros medios que obran dentro del acervo probatorio dan certeza a este despacho para hacer las inferencias que deja anotadas.

Lo expuesto da a entender que la sentencia será revocada. Pero en su lugar solo se declarará la nulidad del acto cuestionado, sin las condenas consecuenciales de pago de perjuicios (no existe prueba alguna de este extremo) ni la de ordenar la entrega del predio al señor Habeich Guzmán, porque esto está por fuera de la competencia de la sala y está íntimamente vinculado con el contrato de promesa celebrado entre éste y el señor Gutiérrez C.

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

FALLA :

Revócase la sentencia de 28 de junio de 1989 dictada por el tribunal administrativo del Cesar. En su lugar :

Declárase la nulidad de la resolución # 00050 de 4 de febrero de 1987 dictada por el Incora y mediante la cual se adjudicó el predio "El Destino" al señor Orlando Antonio Gutiérrez Céspedes.

Deniégase la pretensión de indemnización de perjuicios.

Inhíbese en cuanto a la prestación de ordenar la entrega del inmueble al demandante.

Costas a cargo del señor Orlando Antonio Gutiérrez Céspedes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada en la sala en su sesión celebrada el día 20 de septiembre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MORALES-Improcedencia.

El juez no puede deducir afecto, cariño, amor, de donde no fluye. Es muy difícil, por no decir imposible, sostener que el padre quería al hijo cuando lo privó de su compañía y lo dejó solo para que atendiera la carga familiar que a él correspondía. Muerto el hijo, se presume el afecto hacia él de los padres demandantes. Pero esta presunción es de hecho y no de derecho. Esta verdad jurídica explica que cuando el sentenciador se encuentra frente a circunstancias como las que se dejan estudiadas, no esté obligado a hacer condena alguna por concepto de perjuicios morales.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Arma oficial

Resulta imposible aceptar que una patrulla de policía no hubiese podido controlar la conducta del señor Polo haciendo uso de los medios normales, esto es, sin acudir a disparar las armas. Un revoltoso desarmado, logra poner en serias dificultades a dos agentes de la policía, que se suponen educados y preparados para hacerle frente a situaciones de éste género, que no tienen el universo de la asonada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia : Expediente N° 6620. Actor : Anibal Zapata y Otro. 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 grado de consulta de la sentencia

calendada el día primero (1°) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva, *DISPUSO :*

" 1°. Declárase que la Nación Colombiana es responsable de la muerte de Luis Enrique Zapata Franco ocurrida el 7 de agosto de 1987, como consecuencia de las lesiones recibidas accidentalmente de manos del Agente de la Policía Nacional, Juan Bautista Quiroz Franco, cuando al estar en servicio con otro compañero hizo uso de su arma de dotación oficial en hechos sucedidos en la fecha indicada en el Municipio de Amagá (antioquia).

" 2°. En consecuencia condénase a la Nación Colombiana a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES a ANIBAL ZAPATA MUNERA y a CRUZ MARINA FRANCO el valor de MIL (1.000) gramos de oro y QUINIENTOS (500) en favor de GERMAN y SILVIA ZAPATA FRANCO, para cada uno, al precio que tenga dicho metal en la fecha de ejecutoria de este fallo, según certificación del Banco de la República.

" 2°. (sic) La Nación pagará también PERJUICIOS MATERIALES así: A CRUZ MARINA FRANCO la suma de SEIS MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M.L. ($6' 541.944); GERMAN ZAPATA FRANCO la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M.l. ($655.642) y a SILVIA ZAPATA FRANCO la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS PESOS M. L. ($246.156).

" 3° Las cantidades señaladas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

" 4°. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

" 5° Dése aplicación al artículo 177 del C.C.A. ". (fls.353-354 Cdno. #1).

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

" Aníbal Zapata Múnera y Silvia Zapata Franco, cónyuges entre sí separados de hecho, actuando para así y como representantes legales de sus hijos menores Germán y Silvia Zapata Franco, Darío, Aníbal y Fabián Zapata Franco, mayores de edad con domicilio en Amagá (Ant.) demandan en ejercicio de la acción de reparación directa a la Nación Colombiana, Policía Nacional, representada por el Ministerio de Defensa, el Director de la Policía y el fiscal de la Corporación a fin de que en sentencia de mérito que haga tránsito de cosa juzgada se declare:

" Que, la Nación Colombiana es responsable de los perjuicios de todo orden sufridos por los actores con ocasión de la muerte trágica de Enrique Zapata Franco de manos del Agente de la Policía Nacional JUAN QUIROZ FRANCO, "...cuando estando de servicicio con otro compañero hizo uso de su arma de dotación, en hechos sucedidos la noche del 7 de agosto de 1987, en el Municipio de Amagá, Antioquia.

" Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Nación Colombiana a pagar en favor de cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales al valor de mil (1.000) gramos de oro puro al precio de cotización del Banco de la República al momento de hacerse la respectiva tasación.

" Que, además, se condene a la Nación a pagar en favor de la señora Marina Franco de Zapata y de sus hijos menores de edad Germán y Silvia Zapata Franco los perjuicios materiales, para Marina Franco de Zapata por concepto de gastos exequiales -daño emergente, la suma de cien mil pesos m.l. ($100.000). Por concepto de lucro cesante para ella y para los menores ayuda económica consolidada y futura que dejaron de percibir por la muerte de su hijo y hermano Enrique Zapata Franco y de acuerdo con las fórmulas utilizadas por la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

$$\text{" S : } \frac{R(1-i)^n}{i} \quad \text{CONSOLIDADA (sic)}$$

$$\text{" P : } \frac{R(1+1)^n-1}{1(1+i)^n} \quad \text{FUTURA}$$

" Subsidiariamente, que el monto de dichos perjuicios se fije conforme lo prescrito en el artículo 107 del D. 100 de 1983, teniendo en cuenta el valor de cuatro mil gramos (4.000 grs.) de oro puro en moneda legal colombiana según lo certifique al respecto el Banco de la República.

" Que se dé aplicación a los artículo 177-178 del C.C.A.

" HECHOS: Se contrae al siguiente resumen:

" A las nueve y media de la nocha del 7 de agosto de 1987, cuando dos agentes del orden conducían a un ciudadano al Comando de Policía se presentó una algarabía en la plaza principal de Amagá, lo que congregó a muchos curiosos.

Entre ellos Enrique Zapata Franco que observaba desde el atrio. "De un momento a otro, uno de los Agentes llamado Juan Quiroz Franco, sin motivo alguno ...al pie del atrio, empezó a disparar su carabina, ladiado y con ella en la mano".

" Uno de los disparos hizo blanco en la humanidad del señor Enrique Zapata Franco y otro en el señor Héctor Correa.

"El proyectil interesó el corazón y el pulmón de Zapata provocándole anemia aguda a causa de lo cual murió.

" Enrique, de 20 años de edad, era hijo de Anibal Zapata Múnera y Marina Franco de Zapata y hermano de Darío, Aníbal, Fabián, Germán y Silvia Zapata Franco.

" Con los ingresos que mensualmente percibía de su trabajo consistente "...en cultivos de yuca, tomate y otros en fincas ajenas" y de la venta de chance que hacía por las noches, ayudaba a su madre que vivía separada de su padre y a sus hermanos menores Germán y Silvia. Su muerte afectó económicamente a su madre y hermanos menores y dejó sumida en profundo dolor moral a toda la familia.

" Los gastos del entierro fueron pagados por su madre.

" Contra el Agente Quiroz, a quien se le vió desde tempranas horas consumiendo bebidas alcohólicas, se adelantó proceso disciplinario y penal por homicidio y lesiones por el juzgado Sesenta y tres de Instrucción Penal Militar del Departamento de Policía Antioquia." .....

" CONSIDERACIONES :

" Desarrollo de los hechos :

" Conforme a la demanda, hecho 6 "El día 7 de agosto de 1987, día festivo, siendo aproximadamente las nueve y media de la noche hubo en la plaza principal un alboroto y se reunió mucha gente pendientes del problema, cuando estando observando el Señor Enrique Zapata Franco en el atrio de la plaza que dos agentes conducían a un ciudadano. De un momento a otro, uno de los Agentes, llamado Juan Quiroz Franco, sin motivo alguno, estando como se dijo, al pié del atrio, empezó a disparar su carabina, ladiado y con ella en la mano...".

" Como había mucha gente en la parte alta del atrio, uno de los disparos hizo blanco en la humanidad del señor Enrique Zapata Franco...interesándole el corazón y el pulmón a consecuencia de lo cual murió". La causa del daño fue según el hecho 14 "...la conducta irreflexiva del Agente...".

" De acuerdo a la versión anterior se presentó una falla en el servicio policial por acción que compromete la responsabilidad de la Nación creando la obligación de reparar el daño.

" Según el apoderado de la entidad demandada "...el fallecimiento del ciudadano de nombre ENRIQUE ZAPATA FRANCO, fue como consecuencia de una caso fortuito aunado al hecho de responsabilidad de un tercero, pero jamás a una FALLA o FALTA del servicio...".

" De la prueba que obra en el expediente surge esta realidad histórica :

" 1° Que, Aníbal Zapata Múnera y Marina Franco se unieron en matrimonio católico en el municipio de Amagá el 4 de mayo de 1956, tal como consta en el Acta notarial inscrita a folios 6 del expediente.

" 2° Que, procrearon seis hijos, según se desprende de los registros civiles de nacimiento que obran en el proceso -fls. 7 a 12.

" 3° Que, el 7 de agosto de 1987 falleció el señor Enrique Zapata Franco, hijo del matrimonio, anunciado en el numeral 1°, a raíz de una anemia aguda por "...lesiones de tejidos blandos corazón pericardio y pulmones...consecuencia natural y directa de heridas recibidas con arma de fuego-fs.14 y 15-.

" 4° Que, su muerte fue ocasionada accidentalmente por un miembro de la policía nacional en servicio y con arma de dotación oficial, en momento en que observaba una trifulca que Polo Laverde y otros ciudadanos de Amagá armaron contra los agentes cuando conducían a Laverde al comando de la policía -fs. 43, 52, 113 a 115, 139 y 239 a 244.

" Las deponencias rendidas, en términos generales coinciden en señalar que los Agentes Quiroz Franco y Giraldo Giraldo le solicitaron a Polo Laverde, de buenas maneras, que los acompañara al Comando, éste se enojó y los insultó, luego agredió al Agente Giraldo, lo desarmó y quebró la carabina de dotación tirándola contra el suelo; Quiroz, una vez que vió a su compañero desarmado montó la suya y en la lucha que sostuvo con Laverde y otras personas que quisieron desarmarlo, se le disparó el arma, causándole la muerte a Luis Enrique Zapata Franco y lesiones a los señores Jesús Salvador Román y Héctor Correa Mejía, que curiosiaban (sic) en el atrio.

" El Instructor del proceso disciplinario al rendir su concepto solicitó al Comando de Policía Antioquia, exonerar de toda responsabilidad a los Agentes Quiroz y Giraldo, porque en la investigación se comprobó plenamente que los uniformados actuaron de acuerdo a lo establecido en los reglamentos, y lo ocurrido se presentó accidentalmente; eran personas curiosas que no tenían que ver con el procedimiento.

" Esa dependencia Militar, en proveído de enero cuatro de mil novecientos ochenta y ocho -folios 109- decidió acoger el concepto y exoneró de toda responsabilidad disciplinaria a los implicados en la investigación.

" Si bien en la demanda se deduce responsabilidad contra la Nación con el cargo de haber incurrido en falla del servicio, en su noción común de falta objetiva, lo que resultó probado en el curso del proceso enseña que el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable al asunto se acomoda más al concepto de la falla presunta, que el juez puede considerar para decidir con acierto, prevalido de la facultad de escoger el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto en virtud del principio *"inra (sic) novit curia"*.

" Se considera que este caso encaja dentro del concepto de falta presunta y no de falla objetiva porque el hecho dañoso representado en la muerte de Enrique Zapata Franco, se llevó a cabo con arma de dotación oficial cuyo manejo comporta el riesgo que el ejercicio de toda actividad peligrosa apareja.

" Así las cosas, el servir de nexo instrumental en la causación del perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás pudo existir...". Sent. 995 de julio 31 de 1989, Pon. : Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo.

" Las características del régimen de responsabilidad surgidas de la falla presunta en que el perjuicio deviene como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa como la conducción de automotores o uso de arma de dotación oficial, fueron destacadas de la siguiente manera :

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

" 2. El perjuicio causado con arma de dotación oficial, hace presumir la falla del servicio, puesto que, al ser el mecanismo de la presunción una técnica probatoria que sólo exonera al actor del aporte de la prueba de la falta, no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es pues, un régimen en el cual la falla del servicio sí está presente, lo que implica que se excluye, por denifición 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 fué de tal manera prudente y diligente, que el perjucio ocasionado con arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya. Ello es apenas obvio, en la medida en que, como lo ha dicho la Sala, "pesa sobre las Fuerzas armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de las armas" (sentencia de 27 de abril de 1989, precitada), debiendo por tanto, acreditar esa extrema prudencia y diligencia en las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, para dar por establecida la ausencia de falta de la administración.

" 5. El hecho o la culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad exonera o atenúa, según el caso, la responsabilidad estatal.

" En efecto, dicha causal implica que el hecho causante del daño no es imputable al ente demandado, sino que, por el contrario, lo es a un comportamiento de la víctima. Sin embargo, estima la Sala oportuno recordar que no puede confundirse para dicho efecto, el nexo de causalidad con el de simultaneidad. Bien es sabido que en múltiples ocasiones, puede ocurrir que simultáneamente al hecho causante del perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva la exoneración de la administración. Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma y extrema prudencia y diligencia en el porte y uso de armas, la culpa de la víctima jugaría un papel eximente sólo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio, a punto tal que constate que la administración fué obligada a utilizar, legítimamente, dicha arma.

" 6. El hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose claramente la ruptura de la relación causal.

" 7. La fuerza mayor exonera igualmente a la administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna, y ello porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la administración, sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuestamente causó el perjuicio.

" 8. El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna *iusadministrativa de causa desconocida,* no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios. Al decir del profesor Paul Amselek, "todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad

de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio" (citado por F. Lorens-Fraysse, *"La presomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité"*, L.G.D.J., París, 1985, p. 147), puesto que, precisamente, la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino al perjuicio.

" Estima la sala, de acuerdo con el profesor Amselek, que en el evento de presentarse un caso fortuito, en su acepción ya dicha, es a la administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa, y que consiste en determinar a priori, y dada la peligrosidad de las armas, que un perjuicio causa falla del servicio". (Sent.995 de julio 31 de 1989. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo. Exp. 2852 Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez).

" En el caso que nos ocupa está acreditado plenamente que Luis Enrique Zapata Franco, falleció a consecuencia de la anemia aguda resultante de la lesión de corazón, pericardio y pulmones que le ocasionó un proyectíl de arma de fuego de carga única de uso oficial que accidentalmente se le disparó al Agente de la Policía Nacional Juan Quiroz Franco el día 7 de agosto de 1987, cuando en compañía del Agente Giraldo efectuaron un procedimiento en la plaza principal de Amagá.

" Del hecho de la muerte nos dan cuenta el Acta de levantamiento del cadáver -fs. 14-, la necropsia realizada en el Hospital Sub-regional San Fernando de Amagá -fs. 15- y el Registro de Defunción de Enrique Zapata Franco, de la Notaría del Círculo de Amagá -fs.13-.

" La forma como se produjo la muerte de Luis Enrique la cuentan los Agentes de Policía que intervinieron en el procedimiento contra Polo Laverde y testigos presenciales del suceso, como Rodrigo Salazar Marín, Alfonso Granada Puerta, Narciza González, Marleny Echavarría Betancur, Alberto Suárez Grajales, Joseph Nabin Adbulassis López y Adolfo León Sánchez Zuluaga -fs.43 a 51-; Héctor Fabio Correa Mejía y Nelson Salas Atehortúa -fs. 114 a 115-, los que si bien declaran en términos similares a los demás, son más desenvueltos en sus exposiciones, y por tanto se tomarán apartes de sus versiones :

" RUBIEL ALBERTO SUAREZ GRAJALES - folios 48- :

"...Yo presencié cuando los Agentes Quiroz Franco y Giraldo Giraldo llamaban la atención al señor Polo Laverde que los acompañara al Comando y éste se enojó insultando a los Agentes con palabras soeces, y luego agredió al Agente Giraldo dándole golpes de puño para luego desarmarlo y quebrarle

la carabina contra el suelo, luego el Agente Quiroz al ver que habían desarmado al compañero éste montó la carabina y unos tipos se le lanzaron encima tratando de quitarle la carabina y en el forsejeo -sic- se les disparó la carabina (sic) una vez y resultaron unos heridos, luego condujeron al señor Polo Laverde al Comando y llevaron los heridos al hospital".

" JUAN BAUTISTA QUIROZ FRANCO -fs. 52-declara :

"...Fuimos atacados por el sujeto Polo Laverde el cual le pegó un puño al Agente Giraldo Giraldo Edison; tirándolo al suelo lográndolo desarmar y dañando totalmente la caja, yo viendo ya esta situación hice un disparo al aire a ver si la gente dejaba proceder, ya que se fueron todos encima contra nosotros, al desarmar al agente Giraldo todos se vinieron en contra mía, al rato de mucho forcejeo bergándomen -sic- a quitar la carabina sonó un disparo no sé si sería yo o alguno de los que estaban en el forcejeo le pudieron haber metido el dedo al disparador, efectuándose así el disparo donde resultó muerto LUIS ENRIQUE ZAPATA FRANCO primo mío y heridos JESUS SALVADOR ROMAN y HECTOR CORREA MEJIA".

"AICARDO EDISON GIRALDO GIRALDO -fs. 55- por su parte expresa:

" El individuo al notar nuestra presencia, ya que yo iba adelante me atacó, propinándome un fuerte golpe en el pómulo izquierdo con el que me caí al suelo, acción seguida me quitó la carbina (sic) procediendo a destruirla, mi compañero Quiroz Franco al ver la situación procedió a cargar la carabina, de inmediato varios individuos se le arrojaron encima protagonizándose un forcejeo, el cual salieron dos disparos. Luego ya como el individuo es un tipo bastante grande y acuerpado se nos fue difícil conducirlo al Comando, ya que unos civiles nos ayudaron a llevarlo y nos colaboraron ya que vieron el procedimiento porque nosotros éramos los afectados".

" Estas declaraciones contestes en circunstancias de tiempo lugar y modo, en términos generales similares a las otras recepcionadas dentro del proceso disciplinario y trasladadas a éste, dan cuenta exacta de que la muerte de Luis Enrique Zapata Franco fué producto de un accidentado procedimiento en el que tuvieron que ver agentes del orden y civiles. Que el lamentable accidente se produjo con arma de dotación oficial en ejecución de un procedimiento regular de policía.

" Frente a esa realidad procesal no puede decirse que el hecho dañoso se hubiera producido como consecuencia de una fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima. La ingerencia de terceros en su producción conlleva necesariamente solidaridad en el pago de la obligación reparadora, pero no exención de responsabilidad frente al daño. La responsabilidad es mancomunada, cabe tanto a la Nación como a los terceros. De la Nación porque el arma que sirvió de nexo instrumental en la causación del perjuicio era de dotación oficial y de los terceros porque con ocasión del forcejeo que

suscitaron con los agentes del orden se produjo el accidente fatal que segó la vida a Zapata Franco.

" Es entonces del caso aplicar la tesis de la falla presunta pues quedó probado que :

" a) La muerte de Luis Enrique Zapata Franco fue producto del accidente ocasionado con arma de dotación oficial, cuando dos agentes de policía forcejeaban con unos civiles que buscaban impedir que se condujeran al Comando de la Policía a un sujeto que perturbaba la paz pública en la población de Amagá.

" b) Un perjuicio como resultado de la situación anterior.

" En relación con los perjuicios la petición se encamina a obtener el reconocimiento de perjuicios morales para los padres y los hermanos y materiales para la madre en los dos conceptos de daño emergente y lucro cesante, mientras que los hermanos menores aspiran a que se les reconozca el valor del lucro cesante consolidado y futuro que por el hecho de la muerte de su hermano dejaron de percibir.

" En cuanto a los perjuicios morales se reconocerán en favor del padre y la madre, en razón de mil (1.000) gramos de oro para cada uno, y a los hermanos menores del occiso, quinientos (500) gramos de oro para cada uno, al precio que tenga en la fecha de ejecutoria de este sentencia, pues su relación con la víctima aparece debidamente demostrada con los Regisros de matrimonio y nacimiento - folios 6 y 13- y porque según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, la sola demostración de la condición de padres y hermanos menores presume el daño moral. No ocurre lo mismo con relación a los hermanos mayores que deben demostrar que la ruptura de ese lazo fraterno ciertamente, los afectó. Como tal circunstancia no se demostró no habrá condena en favor de ellos por ese concepto.

" La condena de perjuicios morales en favor del padre se hace con abstracción de la separación de los cónyuges declarada en la demanda porque esa circunstancia afecta el vínculo matrimonial pero no el lazo afectivo que se presume que normalmente ata a padres e hijos. Como esa presunción no fué desvirtuado el daño moral debe repararse en toda su extensión.

" *Perjuicios materiales :*

" Con relación a ese item en la pretensión III. 3 a) Se hace la siguiente solicitud: "La Nación Colombiana cubrirá a la demandante Marina Franco de Zapata por concepto de daño emergente la suma de cien mil pesos, por gastos exequiales, transportes y otros que hizo por la muerte de su hijo Enrique Zapata Franco".

" Como simplemente se pidió pero no se probó que la actora hizo los gastos de entierro no hay lugar a su reconocimiento y condena.

" *Lucro cesante :*

" En la demanda -fs. 19-, IV. 5 . se afirma que "Los cónyuges estaban haciendo vida separada y la esposa Marina Franco vivía con los dos menores de edad y Enrique Zapata, quien ayudaba al sostenimiento mensual de la madre y los dos hijos menores".

" Héctor Fabío Correa Mejía -fs.114- y Nelson Salas Atehórtua -fs. 115-, informan que el occiso trabajaba en agricultura y como vendedor de chance y sobre la ayuda económica que brindaba a la madre y hermanos menores. NO conocieron el monto de lo devengado ni el de la ayuda que daba a su familia.

" En tales condiciones se considera para efectos de la condena el salario mínimo legal vigente a la fecha de la muerte de Luis Enrique Zapata Franco, incrementando en un 25% por concepto de prestaciones y, descontándole el 25% que supónese empleaba el occiso para sus propios gastos. El 75% restante se distribuira entre la madre y los dos hermanos menores, hasta cuando éstos lleguen a los 18 años; la madre por su parte, tendrá derecho a una renta por todo el tiempo que las tablas de mortalidad señalen como vida probable en el porcentaje enunciado.

" Para efectos de liquidar la indemnización consolidada y futura que corresponde a cada uno de los beneficiados se tendrán en cuenta las fórmulas empleadas por el H. Consejo de Estado representadas de la siguiente manera:

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

" De donde : S = Indemnización vencida

i = Interés técnico legal del 6% anual o 0.004867 mensual

n = Tiempo para liquidar.

" Indemnización futura :

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

" Teniendo en cuenta, además, que la renta se actualiza aplicando la siguiente fórmula :

$$\text{" Ra} = S\frac{IF}{Ii}$$

" Donde : IF = Indice final
Ii = Indice inicial

" 1. *BASES*

"NOMBRE DEL OCCISO :	ENRIQUE DE JESUS (sic) ZAPATA FRANCO
FECHA DE LA MUERTE :	Agosto 7/87 (F. 13)
VIDA PROBABLE :	43 años (fs. 16, necropsia)
NOMBRE DE LA MADRE :	Cruz Marina Franco Cano
FECHA DE NACIMIENTO :	Mayo 2 de 1931 (Fs. 5)
EDAD A LA MUERTE DEL HIJO :	56 años, 3 meses
VIDA PROBABLE :	20 años (Fs. 121)
FECHA DE NACIMIENTO DE HERMANOS :	Germán, febrero 20 de 1974 (Fs.8)
	Silvia, Mayo 16 de 1971 (Fs.7)
SALARIO MINIMO 1987 :	$20.510 -Dcto 3732 de dic. 23/86
SALARIO INTEGRAL (+25%) :	$25.637. 50
SALARIO BASE (-25%) :	$19.228
PERIODO A INDEMNIZAR :	240 meses (vida probable madre)
PERIODO INDEM. VENCIDA :	Agosto 7/87 a dic. 30/90, osea, 3 años, 5 meses = 41 meses
PERIODO INDEM. FUTURA :	199 meses (240- 41)
INDICE DE PRECIOS JULIO 1987 :	72.42 (Fs.334)
INDICE PRECIOS DIC. 1990 :	168.16 (Fs. 334)

" 2. *ACTUALIZACION SALARIO*

" FORMULA : $Ra = S \frac{IF}{Ii}$

" $Ra = 19.228 \times \frac{168.16}{72.42}$

" Ra = 19.228 x 2.322

" Ra = $ 44.647

" IND*EMNIZACION VENCIDA*

" 3.1. CRUZ MARINA FRANCO CANO, Desde la muerte de su hijo hasta la fecha del último índice conocido por esta Corporación han transcurrido 41 meses.

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

$Ra = \frac{44.647}{2} = 22.323$

" i = 0.004867 interés técnico mensual

" n = 41 meses

" Luego : $S = 22.323 \frac{(1.004867)^n - 1}{0.004867}$

" $S = 22.323 \times \frac{0.2202}{0.004867}$

" S = 22. 323 x 45.243

" S = $1' 009.959

" 3.2. GERMAN ZAPATA FRANCO

" Las variables de la fórmula son :

" $Ra = \frac{22.324}{2} = 11.162$

" i = 0.004867 interés técnico mensual

" n = 41 meses

" Luego :

" $S = 11.162 \frac{(1.004867)^{41} - 1}{0.004867}$

" S = 11.162 x 45.243

"S = $505.002

" 3.3. SILVIA ZAPATA FRANCO : Cumplió la mayoría de edad en mayo 16/89 desde agosto 7/87 transcurrieron 1 año y 9 meses = 21 meses

" $S = 11.162 \frac{(1.004867)^{21} - 1}{0.04867}$

" $S = 11.162 \times \frac{0.10733}{0.004867}$

" S = 11.162 x 22053

" S = $246.156

" *INDEMNIZACION FUTURA*

" 4.1. GERMAN ZAPATA FRANCO: Cumplirá la mayoría de edad en febrero 20/92. Desde diciembre 30 de 1990 pasará 1 año, 2 meses = 14 meses.

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

" Donde :

" Ra = $ 11.162

" n = 14 meses

" i = 0.004867 interés técnico mensual

" Luego,

$$\text{" } S = 11.162 \; \frac{(1.004867)^{14} - 1}{0.004867\,(1.004867)^{14}}$$

$$\text{" } S = 11.162 \times \frac{0.0703}{0.005209}$$

" S= 11.162 x 13.4958

" S = $150.640

"4.2. CRUZ MARINA FRANCO : Se calcula su vida probable en 240 meses, 41 de los cuales se incluyeron en la indemnización vencida. Por reconocer sólo quedan 199 meses, que se liquidarán con base en los ingresos totales y a ese resultado se le restará lo reconocido a Germán Zapata Franco.

" Las variables de la fórmula son :

" Ra = $44.647

" n = 199 meses

" i = 0.004867 interés técnico mensual

" Luego,

$$\text{" } S = 44.647 \; \frac{(1.004867)^{199} - 1}{0.004867\,(1.004867)^{199}}$$

$$\text{" } S = 44.647 \times \frac{1.6279}{0.01279}$$

" S = 44.647 X 127.279

" S = $5'682.625

"La indemnización futura de la señora Cruz Marina Franco es de $ 5'531.985 ($5'682. 625 menos $150.640).

" 5. *RESUMEN :*

" BENEFICIARIO	INDEM. VENCIDA	INDEM. FUTURA	TOTALES
" CRUZ MARINA FRANCO	$1'009.959	$ 5'531.985	$6.541.944
" GERMAN ZAPATA F.	505.002	150.640	655.642
" SILVIA ZAPATA F.	246.156		246.156
" TOTALES"	$1'761.117	$5'682.625	$7'443.742"

(folios 335-354 Cdno # 1).

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

A folios 359 y siguiente del cuaderno Nº 1, aparece el escrito en que el mandatario judicial de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional- hace sus valorizaciones 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 :

" 1. Está perfectamente claro que la muerte del señor LUIS ENRIQUE ZAPATA FRANCO, fue ocasionada accidentalmente en el desarrollo de un procedimiento policial.

" En la sentencia del *a-quo* se insinúa que en este insuceso también cabe la responsabilidad de un tercero, completamente ajeno a la administración, POLO LAVERDE, quien al oponerse a su conducción al Comando de Policía causó el forcejeo que terminó con el disparo cuya bala perdida cegó la vida del señor ZAPATA, por lo cual se debe imputar una parte de la responsabilidad y por ende esa misma proporción de la indemnización al mencionado tercero, lo anterior en el entendido que no se trata con esto de exonerar a la Nación en lo que a ella cabe.

" 2. Tampoco es claro que independientemente de la condición de separados, de los padres de la víctima, percistieran (sic) los lazos de afecto y mutua ayuda, ya que es obvio que la convivencia desapareció, con el padre demandante, y si bien dentro de la concepción de la falta presunta la prueba de la falla del servicio no es necesaria, si lo es la prueba del daño causado, lo cual no se dá en el proceso, toda vez que de alguna manera el Honorable Tribunal de Antioquia, partiendo de la presunción, traslada la responsabilidad de esa prueba a la demandada, la cual se entiende por el hecho que la víctima fuera quien respondía económicamente por la madre y los hermanos menores, encontrándose inconsecuente que el Honorable Tribunal condene en perjuicios materiales para ellos y además en perjuicios morales para el padre, quien por lo anotado parecería que no atendía a su famlia incluido LUIS ENRIQUE, ni afectiva, ni moral, ni económicamente.

"Por las anteriores consideraciones, respetuosamente solicito a los Honorables Consejeros, revocar la sentencia del *a-quo.*".

-III-

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo *OBSERVA :*

" Estuadiado el expediente, esta Agencia del Ministerio Público comparte los planteamientos hechos por el Tribunal, que lo condujeron a declarar la responsabilidad del ente oficial y la condena al pago de los perjuicios morales y materiales.

" No está de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal, referente a no reconocer perjuicios morales a los hermanos mayores de la víctima, toda vez que los lazos de afecto no desaparecen por el sólo hecho de vivir en sitios diferentes. Pero como el apoderado de los Actores no interpuso recurso de apelación para que se reconociera tal derecho, al venir el fallo en grado de consulta, no puede ser modificado en favor de los intereses de la parte demandante.

" Por lo expuesto, la Fiscalía conceptúa que el fallo consultado debe ser confirmado en su totalidad.". (fl.364 Cdno N° 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será confirmada, aunque con algunos ajustes de orden económico, por las razones que más adelante se precisarán.

La realidad fáctica permite patrocinar la perspectiva jurídica que manejó el sentenciador de instancia, cuando llegó a la conclusión de que en el *sub-lite* está demostrada la falla presunta del servicio. Al folio 53 del Cuaderno N° 1, obra el

informe que el Comandante de la Segunda Estación de Policía de Amagá rindió al Comandante del Distrito N° 13 de Fredonia, el día diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987), en el cual, y en lo pertinente, se lee :

> " El día 7 de agosto en el Folio "250" a las 21:45 horas aparece la siguiente anotación. NOVEDAD. Después de llamar al AG. QUIROZ FRANCO, el cual se encontraba reposando para prestar el primer turno y de varias llamadas de que el individuo POLO LAVERDE se encontraba amenazando a varias personas las cuales se encontraban en el Claro de Luna (Heladería) el antes mencionado al llegar la Patrulla la atacó, quitándole la carabinal al AG. GIRALDO y se la destrozó y el AG. QUIROZ, s*e vió en la obligación de hacer uso de su carabina DE DOTACION OFICIAL haciendo un tiro al aire para aullentar (sic) el tipo y varios civiles* los cuales le estaban colaborando al tipo agrediendo a los Agentes antes mencionados y quebrando una carabina..."

La anterior realidad fáctica se describe también en el informe que el día 8 de agosto de 1987 el mismo Comandante de la Estación de Amagá dirigió al Comandante del Distrito Trece, en el cual se lee :

> " Del Bar Claro de Luna llamaron que un individuo llamado Polo Laverde, estaba colocando problemas, una patrulla conformada por los Agentes GIRALDO GIRALDO EDINSON y QUIROZ FRANCO JUAN BAUTISTA, se desplazaron al lugar de los hechos, el individuo al notar la presencia de los uniformados arremetió contra ellos despojando al Agente GIRALDO GIRALDO EDINSON despojándolo (sic) y partiéndola contra el suelo, posteriormente atacó al otro Agente cogiéndole la carabina y partiéndosela en menor proporción, en el *forcejeo el arma se disparó por dos ocasiones disparos estos que al parecer dieron muerte al Señor LUIS ENRIQUE ZAPATA FRANCO,* 20 años, soltero, hijo de Aníbal de Jesús y Cruz Marina, ...Igualmente resultaron heridos los Señores JESUS SALVADOR ROMAN... quien presenta un impacto en la pierna derecha. HECTOR CORREA MEJIA... quien presenta un impacto en la pierna derecha.

La valoración probatoria que de los testimonios rendidos por RUBIEL ALBERTO SUAREZ GRAJALES, JUAN BAUTISTA QUIROZ FRANCO y RICARDO EDISON GIRALDO GIRALDO, hizo el fallador de instancia, la patrocina el ad-quem, quien también concluye que en el *sub-lite* no puede predicarse que el hecho se hubiese producido como consecuencia en una fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima. Esta no participaba de los hechos ni había agredido a la autoridad. Su curiosidad, normal en nuestro medio, la llevó a verificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los hechos, y ella le costó la vida. Esta verdad la describe muy bien el declarante Señor HECTOR FABIO CORREA MEJIA, quien en lo sustancial de su testimonio depone dentro del siguiente universo :

"Yo esa noche estaba en la heladería llamada la Familiar y estaba precisamente con ENRIQUE ZAPATA y con un hermano de él de nombre Darío, estábamos tomándonos unas cervezas, de un momento a otro la gente corriendo para los lados, entonces como nosotros estábamos para adentro, salimos a ver qué sucedía, entonces vimos que había una pelea ahí, de un policía con un muchacho "Polo Laverde", entonces ahí el agente *Juan Quiroz hizo unos disparos y con ellos me dió a mí y entonces también le pegó a Enrique Zapata quien cayó el lado mío"* (Subrayas de la Sala).

Dentro del marco probatorio que se deja transcrito, resulta imposible para el sentenciador aceptar que una patrulla de policía no hubiese podido controlar la conducta del Señor " POLO" haciendo uso de los medios normales, esto es, sin acudir a disparar las armas. En el caso en comento, un revoltoso desarmado, logra poner en serias dificultades a dos agentes de la policía, que se supone educados y preparados para hacerle frente a situaciones de éste género, que no tienen el universo de una asonada. Aún aceptando que el tiro hubiese sido el producto del forcejeo, como lo dijo el agente JUAN BAUTISTA QUIROZ, en sus descargos, y lo destaca el apoderado de la Nación- Ministerio de Defensa, en su alegato ante el *a-quo*, tampoco tendría entrada la fuerza mayor, pues si hay conducta previsible, es precisamente la que se registró en el caso en comento. Si la fuerza policiva, armada, le hace frente a situaciones como la que se deja registrada, es porque se siente capaz de controlar el armamento, o de hacer uso de él en circunstancias verdaderamente excepcionales. Por lo demás, los hechos ocurrieron en el casco urbano del Municipio de Amagá, donde era posible solicitar el auxilio de más agentes de la policía, si era que las circunstancias particulares del caso hacían imposible el control de la situación con sólo dos agentes del orden. Por todo lo que se deja expuesto, la falla del servicio se vivencia con todo su universo.

" B) La Sala confirmará la condena que el *a-quo* hizo, al pago de perjuicios morales, por un mil (1.000) gramos de oro fino, en favor de la madre del occiso señora CRUZ MARINA FRANCO y de quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de los hermanos de Luis Enrique Zapata, GERMAN Y SILVIA ZAPATA FRANCO, pues dentro del informatrivo se demostró el afecto que existía entre éstos y la víctima. El declarante Fabio Correa Mejía, en su declaración, afirma que el occiso los sostenía, por ser menores. Dentro del mismo temperamento depuso el señor GUILLERMO LEON MONTOYA MUNERA (C. 1, fol.117).

Se revocará la condena que el sentenciador de instancia hizo en favor del padre señor ANIBAL ZAPATA MUNERA, pues el a*d-quem* no hace suya la perspectiva que manejó en este particular. Bajo el rubro IV.5. el demandante confiesa que "Los cónyuges estaba haciendo vida separada y la esposa Marina Franco vivía con los dos menores de edad y Enrique Zapata Franco, quien ayudaba al sostenimiento mensual de la madre y de los dos hijos menores". Es decir, que el padre de la víctima no sólo se había alejado del hogar, dejando a todos sus hijos menores al cuidado de la madre, sino que el occiso tuvo que dedicarse a vender chance, siendo todavía muy joven, para ayudar a su madre y a sus dos hermanos menores. Ninguno de los declarantes afirma que el padre demandante, señor

ANIBAL ZAPATA MUNERA, no obstante estar separado, cumpliera con el deber legal de alimentar a sus pequeños hijos, tarea que tuvo que asumir la madre y el hijo fallecido. Es decir, que el padre demandante no sólo no cumplía con las obligaciones que son impuestas por la ley sino que aparece, en los testimonios recepcionados, como extraño al manejo de actitudes anteriores, a las verdaderas relaciones de persona a persona, de padre a hijo, que emanan de la sumisión de la persona humana a una ley escrita en el corazón del hombre que asegura, no la justicia legal, pero sí el amor. Por ello se enseña que ningún código ha llegado a persuadir a un padre para que ame a sus hijos, ni a ningún marido para que muestre afecto hacia su mujer. Pero siendo ésto cierto, no lo es menos que el juez, al interpretar la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, no puede deducir AFECTO, CARIÑO, AMOR, de donde no fluye. Es muy difícil, por no decir imposible, sostener que el padre quería al hijo fallecido cuando lo privó de su compañía y los dejó solo para que atendiera la carga familiar que a él correspondía.

Con lo que se deja expuesto la Sala no pretende cuestionar la separación de los esposos. Estos, al definir de hecho o de derecho su problemática matrimonial, deben continuar atendiendo a sus deberes jurídicos. Si así no ocurre, no están autorizados para impetrar el pago de perjuicios morales por la muerte del ser con el cual no fue posible, en vida, una verdadera comunión de amor.

La Sala ha dicho, y lo reitera ahora, que muerto el hijo se presume el afecto hacia él de los padres demandantes. Pero ésta presunción es de hecho y no de derecho. 'Esta verdad jurídica explica que cuando el sentenciador se encuentre frente a circunstancias como las que se dejan estudiadas, no esté obligado a hacer condena alguna por concepto de perjuicios morales, pues ésta, como lo enseñan los hermanos Mazeaud, no se orienta a borrar lo que es imborrable, sino a "...procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruído..." Así las cosas, si desde en vida todo estaba acabado, ninguna compensación monetaria se explica. Por ello algo enseña KIERKEGAARD que: Si dos seres no son capaces de amarse eternamente, su amor no merece que se hable de él, mucho menos que se lo cante".

" C) La Sala patrocina la condena que al pago de perjuicios materiales hizo el tribunal en favor de la señora CRUZ MARINA FRANCO, (madre) y de GERMAN Y SILVIA ZAPATA FRANCO, pero no está de acuerdo con las pautas que se siguieron para llegar a las sumas que en el fallo consultado se indican. Así, por ejemplo, la madre, de acuerdo con las pautas jurisprudenciales fijadas por la Corporación no tiene derecho a ellos "...por todo el tiempo que las tablas de mortalidad le señalan como vida probable en el porcentaje anunciado...", sino hasta el momento en el tiempo físico en que el hijo fallecido hubiera cumplido los veinticinco (25) años, época en la cual se considera que habría formado su propio hogar. Por lo demás, el salario mínimo que sirvió de base para la liquidación no puede incrementarse con el veinticinco por ciento (25%) por concepto de prestaciones, pues esta pretensión no fluye de la demanda. Por ello la condena se hará en abstracto, para que se liquide siguiendo las siguientes pautas:

PRIMERA : Se tendrá como salario mensual el mínimo vigente para el año de mil novecientos ochenta y siete (1987);

*SEGUNDA :*Del ingreso mensual se descontará un veinticinco (25%) por ciento, que es la suma que se presume que la víctima destinaba para atender a sus propias necesidades. El setenta y cinco (75%) por ciento restante se dividirá en dos partes iguales. Una que correspondería a los padres de la víctima Señor Aníbal Zapata Múnera y Señora CRUZ MARINA FRANCO, pero el primero como no demandó el pago de perjuicios materiales, ésta última sólo tiene derecho a su parte, esto es, a la mitad de esa mitad, pero sólo hasta el momento en que el occiso habría cumplido los veinticinco (25) años de edad. La otra mitad se repartirá por partes iguales entre los hermanos GERMAN y SILVIA ZAPATA FRANCO, pero sólo hasta el momento en que cumplan dieciocho (18) años.

TERCERA : Se actualizará la condena, tal como se pidió en la demanda, con la fórmula aceptada por la jurisprudencia de la Corporación, tomando como base los I.P.C. certificados por el DANE por el período comprendido entre el siete (7) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987) - día de la muerte- y ejecutoria de este fallo, como lo dispuso el *a-quo*. En este particular no se hace adición alguna, porque el a*d-quem*, conoce del fallo en el grado de consulta, y no puede hacer más onerosa la condena. Para efecto indicado se aplicará la siguiente fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{Indice Final (Fecha de ejecutoria del fallo}}{\text{Indice Inicial (Agosto de 1987).}}$$

Donde :

Ra= Valor que se busca

R = Setenta y cinco por ciento (75%) del salario mínimo.

CUARTA : La indemnización comprenderá dos períodos así : a) Uno v*encido, consolidado o causado, que transcurre* desde el momento de la muerte de LUIS ENRIQUE ZAPATA FRANCO (Agosto de 1987), hasta la ejecutoria del fallo con aplicación de la siguiente fórmula :

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

Donde :

S = Suma o indemnización que se busca

Ra = Setenta y cinco por ciento (75%), actualizado, del salario mínimo, según la fórmula enlistada en el numeral anterior.

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

n = Mensualidades que comprende el período indemnizatorio.

b) El segundo período, o sea el futuro o anticipado, corre desde el primero de Enero de 1991 y va para la señora CRUZ MARINA FRANCO, hasta el momento en que LUIS ENRIQUE ZAPATA FRANCO hubiese cumplido veinticinco (25) años de edad. Para los hermanos GERMAN y SILVIA ZAPATA FRANCO va hasta que cumplan los dieciocho (18) años. Se aplicará la siguiente fórmula:

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

Donde :

S = Valor indemnización

Ra = Renta actualizada

i = Interés del 6% anual ó 0.4867 mensual. Como se trabaja con uno y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867, cuando se liquida con meses. Si la liquidación se hace con año, el interés es del 0.06

n = Número de meses o años que se liquidan.

QUINTA : EL Término para la formulación del incidente se señala en sesenta (60) días que se contarán a partir de la notificación del auto que dicte el *a-quo* ordenando cumplir lo dipuesto por el *ad-quem.* La condena deberá liquidarse con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 137 del C. de P. Civil.

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,

F A L L A

PRIMERO : CONFIRMANSE los numerales primero (1°), tercero (3°), cuarto (4°) y quinto (5°) del fallo consultado, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO : REVOCASE el numeral segundo (2°) de la sentencia consultada, el cual quedará así:

2°- En consecuencia condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES a CRUZ MARINA FRANCO el valor de un mil (1.000) gramos de oro fino y QUINIENTOS (500) gramos de oro fino en favor de GERMAN y SILVIA ZAPATA FRANCO, para cada uno, al precio que tenga dicho metal en la fecha de ejecutoria de este fallo, según certificación del Banco de la República. Esta condena se hace en concreto.

Condénase en abstracto a la Nación -Ministerio de Defensa- Policía Nacional- a pagar los PERJUICIOS MATERIALES causados a CRUZ MARINA FRANCO, GERMAN y SILVIA FRANCO, los cuales se deberán liquidar siguiendo el trámite incidental establecido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, y tomando en consideración las pautas fijadas en esta sentencia. El incidente se deberá formular dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que dicte el a-quo ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad-quem* en este fallo.

TERCERO : Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Requisitos/ **VIA GUBERNATIVA**-Agotamiento/ **ACTO ADMINISTRATIVO**-Firmeza

En firme el acto administrativo, no le es posible al administrado pretender, a través de la acción de revocatoria directa configurar una nueva vía gubernativa, con la pretensión de que sobre la decisión que recaiga se concedan nuevamente los recursos ordinarios de reposición y apelación para tener acceso a la jurisdicción contenciosa porque tal procedimiento no está autorizado por la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3573. Actor: Ferretería Surtiniples Ltda/ La Nación. Apelación Auto del 22 de Marzo de 1991 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.
Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
Derechos de Aduana
AUTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el Auto del 22 de Marzo de 1991, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, inadmitió la demanda de restablecimiento del derecho, instaurada por la sociedad FERRETERIA SURTINIPLES LTDA, contra las Resoluciones Nos. 0502 del 31 de Mayo y 963 del 17 de Octubre de 1990, mediante las cuales la Administración de Aduana Nacional de Buenaventura formuló cuenta adicional por valor de $5.581.654 en contra de la sociedad y a favor del fisco nacional por concepto de derechos de importación.

ANTECEDENTES

Mediante la Resolución #0502 de Mayo 31 de 1990, la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura, formuló a la sociedad demandante cuenta adicional por un mayor valor de $5.581.654, por concepto de derechos de importación relacionados con la declaración de despacho para consumo No. 7687 del 22 de Junio de 1989, que se liquidó por valor de $620.183.

Acto administrativo contra el cual la demandante no interpuso los recursos correspondientes por la vía gubernativa.

Posteriormente, en escrito presentado el 10 de Julio de 1990, el apoderado de la actora solicitó la revocatoria directa de la Resolución #0502 del 31 de Mayo de 1990. Dicha petición fue resuelta mediante la Resolución # 963 de Octubre 17 de 1990, que confirmó el acto administrativo objeto de la revocatoria pedida.

Contra la actuación administrativa anterior el apoderado de la sociedad pretendió ejercitar el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, al considerar que con él se puso fin a una actuación administrativa y se violaron normas de superior jerarquía.

EL AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, consideró que de acuerdo con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, era requisito indispensable para acudir en demanda de restablecimiento de derecho, el previo agotamiento de la vía gubernativa, trámite que no cumplió la demandante, e inadmitió la demanda.

LA APELACION

El actor al apelar insiste en los hechos y considera que con la Resolución #0963 de Octubre 17 de 1990, en la que arbitrariamente no se le concedió la apelación interpuesta, se agotó la vía gubernativa y afirma que agotada ésta, comenzaron a correr entonces los términos de caducidad de la acción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, al tratar sobre la caducidad de las acciones, preceptúa:

" Posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto será necesario:

1. Que se haya agotado la vía gubernativa, o

2. Que las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes, o

3. Que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos."

En el caso de autos la actora no ejercitó contra la Resolución 0502 de Mayo 31 de 1990, los recursos pertinentes por la vía gubernativa, sino que, vencido el término de los diez días solicitó su revocatoria directa, ante la misma administración.

La revocatoria directa si bien se ejercita ante las mismas autoridades administrativas que expidieron el acto, o ante su inmediato superior, no conlleva un agotamiento de la vía gubernativa, ya que ella por disposición de la ley, procede sobre actos administrativos ejecutoriados, siempre que el peticionario no haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa. Fue precisamente este acaecer el que permitió a la Administración conocer del acto por la vía extraordinaria de la revocatoria directa ante la ausencia del recurso gubernativo por la vía ordinaria.

En firme el acto administrativo de acuerdo con el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, no le es posible al administrado pretender, a través de la acción de revocatoria directa configurar una nueva vía gubernativa, con la pretensión de que sobre la decisión que recaiga se concedan nuevamente los recursos ordinarios de reposición y apelación para tener acceso a la jurisdicción contenciosa porque tal procedimiento no está autorizado por la ley. Por el contrario es claro el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo, cuando al establecer los efectos de la revocatoria, precisa:

" Efectos. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo."

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

RESUELVE

CONFIRMASE el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

COSTO PRESUNTIVO-Procedencia

Lo confesado por la contribuyente ofrece credibilidad en relación con que los ingresos no declarados provienen de préstamos de dinero, que provienen de la enajenación de activos varios, actividad ésta que claramente debió causar un costo, en virtud del principio económico, consistente en que a todo ingreso corresponde un costo correlativo. Por lo anterior, no se encuentra de recibo el que la Administración, aduciendo que dedicándose la contribuyente " prioritariamente " a actividades de préstamos de dinero, no pueda calcularse el costo presuntivo, por los ingresos adicionados, por cuanto en su criterio no los puede producir, siendo además que la mayor parte de los mismos parecen provenir de otro tipo de actividades (ejercicio fiscal de 1983).

SANCION TRIBUTARIA-Improcedencia/ **SANCION POR INEXACTITUD**

En relación con la sanción por falta de identificación de ingresos, lo que se presentó fue omisión de la declaración de los ingresos adicionados, motivo de la sanción por parte de la Administración, conducta que constituye inexactitud sancionable al tenor del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 (vigente en ese momento), pero no falta de identificación de los mismos, por cuanto esto supone necesariamente una carencia de información respecto de su procedencia, pero en todo caso, su efectiva inclusión en la declaración tributaria, conducta que claramente no es aquella en que se halla incursa la contribuyente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E. julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3430. Actor: Felisa Amado de Díaz. Apelación sentencia de 14 de diciembre de 1990 del Tribunal Administrativo de Santander. Nulidad y restablecimiento del derecho.

Imporrenta 1983.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Dirección de Impuestos Nacionales contra la sentencia de 14 de diciembre de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada contra los actos administrativos de determinación del impuesto sobre la renta por el período gravable de 1983 a cargo de Felisa Amado de Díaz, C.C. 28.424.659 de Suaita, Santander.

A- ANTECEDENTES

1. La liquidación de Impuestos Nacionales de Bucaramanga profirió liquidación de revisión No. 042483000519 de 15 de agosto de 1986 incrementando los ingresos declarados en $36.073.547 y aplicando sanciones por libros de contabilidad ($86.000), inexactitud ($35.330.792) y no identificación de ingresos ($721.471) (fl. 2).

2. La Administración confirmó en su totalidad la anterior liquidación al decidir el recurso de reconsideración interpuesto. Resolución 0488 de 1 de diciembre de 1987 (fl. 7).

3. La contribuyente presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos mencionados aduciendo:

a. Procedencia del beneficio de auditoría contemplado en el Decreto 3410 de 1983, dado que en la corrección a la declaración tributaria inicial se cumplen los requisitos para el efecto, sin que obste para ello el que haya sido presentada extemporaneamente (fl. 52).

b. Improcedencia de tasar el tributo sólo con base en datos obtenidos del registro de los depósitos bancarios (fl. 56).

c. Obligación de determinar el costo presuntivo, según el artículo 31 Decreto 2053 de 1984 (fl. 57).

d. Improcedencia de aplicar la sanción por no identificación de ingresos, por cuanto sí identificó los declarados aun cuando por otro lado no estaba obligada a ello (fl. 58).

e. Improcedencia de la sanción por libros por cuanto no está obligada a llevarlos (fl. 59).

f. Improcedencia de la sanción por inexactitud por cuanto la base para aplicarla no existe (fl. 59).

4. El Tribunal en providencia de 14 de diciembre de 1990 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, aplicando el costo presuntivo con base en el principio económico que predica que " la adquisición de los bienes tiene un costo y que lícitamente no es posible obtener un ingreso sin haber incurrido previamente en un costo " (fl. 178) y declarando improcedente la sanción por falta de identificación de ingresos, al considerar que al aplicarla simultáneamente por unos mismos ingresos con la sanción por inexactitud, se viola el principio " *non bis in idem* " (fl. 174).

Practica en consecuencia, nueva liquidación, después de rechazar los demás cargos (fl. 180).

5. La Administración interpone recurso de apelación contra la anterior providencia aduciendo que:

a. La Administración no ha sancionado dos veces el mismo hecho, sino que "se trata de los hechos totalmente diferentes, el uno *la omisión de ingresos* (subrayo) que tipifica inexactitud a las luces del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 y el otro, *no identificación de las personas de las cuales se recibieron ingresos,* (subrayo) mandato contenido en el numeral 4 del artículo 2o. del Decreto 3410 de 1983, cuya penalización la establece el inciso 2o. del Parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto 3803 de 1982"(fl. 207).

b. No era procedente aplicar el costo presunto dado que " la contribuyente no se ha dedicado prioritariamente a compra venta de muebles o semovientes, sino que cambia cheques, presta dinero y tomando como ejemplo esta última actividad de prestamista, en lugar de costos lo que produce es rendimiento (intereses) " (fl.207).

6. La Fiscalía Tercera de la Corporación representada por el doctor Jaime Ossa Arbeláez solicita la confirmación de la sentencia recurrida por considerar que:

a. La sanción por no identificar los ingresos estuvo mal aplicada porque la contribuyente no incurrió en omisión de información respecto de ingresos, sino que la sociedad no informó dichos ingresos (fl. 213).

b. Hubo correcta aplicación por parte del *a-quo* del principio económico que supone unos costos para todo ingreso que se obtenga (fl. 213).

B- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Impugna la apelante la sentencia del Tribunal por dos aspectos:

El relativo a la aplicación del costo presuntivo y el referente a la sanción por no identificar los ingresos.

1. El costo presunto. En cuanto a este punto, ha sido sostenido por esta Corporación en otras ocasiones, la posibilidad de admitir la aplicación del costo presunto a que alude el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974 cuando quiera que ello es solicitado en el escrito de la demanda (Sentencias de 5 de octubre de 1990, Consejero Ponente Guillermo Chahín Lizcano, Exp. 2910; 5 de agosto de 1986, Consejero Ponente Jaime Abella Zárate, Exp. 0452). El demandante así lo aduce en el escrito de la demanda (fl. 57), por lo que por este aspecto sería procedente, si además se cumplen las exigencias del artículo 31 del decreto en mención, lo cual se analizará a continuación.

Al tenor de la norma mencionada, procede la aplicación del costo presuntivo " cuando no se conoce el costo de los activos enajenados ni sea posible su determinación mediante pruebas directas...". En el caso de autos, la Administración determinó oficiosamente los ingresos no declarados basicamente a través del método indirecto de consignaciones bancarias y de la confesión de la declarante, según actuación administrativa que comenzo a raíz de los datos consignados en los libros de contabilidad de la sociedad Tejidos Baby Doll Amado y Cía. Ltda., según se desprende de las afirmaciones de la misma administración (cfr. fl. 205), por lo cual no se conocen los costos respectivos, de modo que en aplicación de la norma mencionada, lo procedente era hacer la estimación presuntiva de los costos por el mecanismo del inciso 3o. del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974.

Ahora bien, alega la Administración que por cuanto no se ha dedicado la contribuyente exclusivamente a la compra y venta de muebles y semovientes sino también a préstamos de dinero, lo cual en su criterio no requiere costo alguno, sino por el contrario produce rendimientos, no es aplicable el costo presuntivo.

Al respecto se considera que igual credibilidad ofrece lo confesado por la contribuyente en relación con que los ingresos no declarados provienen de préstamos de dinero, que provienen de la enajenación de activos varios, actividad ésta que claramente debió causar un costo, sin que se esté afirmando que la actividad primeramente mencionada no sea susceptible de causarlos igualmente, en virtud del principio económico enunciado por el *a-quo,* consistente en que a todo ingreso corresponde un costo correlativo.

Por lo anterior, no se encuentra de recibo el que la Administración, aduciendo que dedicándose la contribuyente 'prioritariamente' (lo cual por demás tampoco está demostrado, existiendo indicios de lo contrario), a actividades de préstamo de dinero, no pueda calcularse el costo presuntivo, por los ingresos adicionados, por cuanto en su criterio no los puede producir, siendo además que la mayor parte de los mismos parecen provenir de otro tipo de actividades.

Dado lo anterior, el Tribunal en coincidencia con la posición de esta Superioridad determinó el costo presuntivo sobre los ingresos adicionados, proceder que se estima de recibo, por lo cual se habrá de confirmar su decisión.

2. La sanción por falta de identificación de ingresos. En relación con este punto, se coincide con el concepto fiscal en cuanto a que lo que se presentó fue omisión de la declaración de los ingresos adicionados, motivo de la sanción por parte de la Administración, conducta que constituye inexactitud sancionable al tenor del artículo 49 Decreto 3803 de 1982, (vigente en ese momento), pero no falta de identificación de los mismos, por cuanto esto supone necesariamente una carencia de información respecto de su procedencia, pero en todo caso, su efectiva inclusión en la declaración tributaria, conducta que claramente no es aquélla en que se halla incursa la contribuyente.

De modo que, procede también, por este aspecto, la confirmación de la sentencia 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 14 de diciembre de 1990 proferida en el proceso 5.657, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Reconócese personería a la doctora Luz Elizabeth Quintana de Palomino (fl. 199).

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 Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

LIBROS DE CONTABILIDAD/ SANCION POR LIBROS/ COMERCIANTE-Obligaciones

Aunque el Código de Comercio no establece fecha para el Registro de los asientos contables, sí impone la obligación de que todo comerciante elabore por lo menos una vez al año un inventario y un balance general, o sea a más tardar, a 31 de diciembre de cada año; pero aún así la ley da un término de tres (3) meses más, para que la sociedad actualice sus libros, y no incurrir en la sanción a que hace referencia el Decreto 3803 de 1982. Según afirmación de la actora los libros a 31 de marzo de 1984 no se encontraban al día, razón por la cual se impuso la sanción. Caso distinto sería si realizada la visita dentro de los tres primeros meses del año, la sociedad se hubiera puesto al día en sus libros de contabilidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., Julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2728. Actor: Generoso Mancini & Cía Ltda. Impuestos
FALLO

Se decide el Recurso de Apelación interpuesto por la parte actora " Generoso Mancini & Cía Ltda ", contra la sentencia de 11 de septiembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en juicio de restablecimiento del derecho para que se revoque la sanción por libros que le fue impuesta por resoluciones Nrs. 000033 de 30 de octubre de 1984, y 000022 de 15 de febrero de 1985.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales dictó auto comisorio Nro. 0064 de 29 de junio de 1984, en el cual facultó a un funcionario de la Sección de Auditoría

para que llevara a cabo una inspección contable a la sociedad " GENEROSO MANCINI & CIA LTDA," con el fin de establecer los valores que para efectos del impuesto sobre las ventas debió declarar por los bimestres y semestres de 1984 y *anteriores* ". (La subraya es de la Sala).

Con base en la visita ordenada en el auto comisorio anterior la Administración de Impuestos-Sección de Auditoría Externa profirió la Resolución Nro. 000033 de 30 de octubre de 1984, en la cual resolvió sancionar por atraso en libros de contabilidad a la sociedad actora, por el año gravable de 1983 en la suma de $4.839.696, con base en los ingresos netos y patrimonio líquido declarados por el año gravable de 1982.

La vista practicada dio como resultado que la sociedad presentaba atraso en sus libros de contabilidad por el año de 1983, así (fl. 13).

" INVENTARIO Y BALANCES " Folio # 309-Balance General Dic. 13/82 ".

" DIARIO : Folio # 18 con el mes de Nov./83"

" MAYOR Y BALANCES: Folio #12 con el mes de Nov. /83 ".

La actora interpuso recurso de reposición contra la resolución Nro. 000033 (fls. 16/18), el cual fue decidido mediante resolución Nro. 000022 de 15 de febrero de 1985, en el cual se resolvió negar la solicitud de nulidad propuesta y en cuanto a la apelación, expresó que: " este recurso no tiene aplicación en procedimiento Tributario especial que se aplica en la vía gubernativa ante las autoridades de la Dirección General de Impuestos Nacionales, de tal manera que por sustracción de materia no se le puede conceder".

LA DEMANDA ANTE EL TRIBUNAL

Considera como normas violadas los artículos 1o. y 4o. del Decreto 138 de 1979 por falta de competencia del funcionario visitador para investigar el atraso de los libros de contabilidad en el año gravable de 1983. Agrega el demandante que: " su competencia se limitó claramente al impuesto de ventas del 1o. trimestre de 1984 y bimestres anteriores. Establece concordancia de las normas anteriores con la nulidad por falta de competencia en el ordinal 5o, artículo 57 Ley 52 de 1977. En esta disposición se establece que los actos proferidos por la Administración de Impuestos son nulos, cuando adolecen de vicios procedimentales señalados en la ley como causal de nulidad.

En cuanto a la violación del artículo 56 del Decreto Legislativo 3803 de 1982, que se refiere a la sanción que se debe aplicar cuando exista atraso en los libros de contabilidad por mas de 3 meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones, el actor expresa que no tenía atraso en sus libros de contabilidad. En efecto, según aparece en la misma acta de visita, el Balance General en diciembre 31 de 1983 estaba cerrado y totalmente al día todos los libros auxiliares.

LA SENTENCIA APELADA

La sentencia apelada (11 de septiembre de 1989), no accedió a las súplicas de la demanda por considerar que el auto comisorio V-0064 de 29 de junio de 1984, se ajusta a la preceptiva del artículo 4o. del Decreto 138 de 1979, ya que al disponerse en él que se investigara a la sociedad demandante " con el fin de establecer los valores que para efectos del impuesto sobre las ventas debió declarar por los bimestres y semestres de 1984 y *anteriores*", necesariamente dichos valores solo podían encontrarse en los libros de contabilidad. (lo subrayado es de la Sala).

La sentencia en cuanto a la violación del artículo 56 del Decreto Legislativo 3803 de 1982, manifestó, acogiendo lo expuesto por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla en la Resolución Nro. 000022 de 15 de febrero de 1985, que " de acuerdo a las conclusiones del acta de visita transcrita anteriormente, se encuentra demostrado que " el libro de inventario y balance a folio 309 sólo encontró el Balance General a Diciembre 31 de 1982, faltando contabilizar el del ejercicio fiscal de 1983, el libro diario a folio 18, se encontró cortadas las operaciones del mes de noviembre de 1983, al igual que las operaciones sentadas en los libros de mayor y balances ", en consecuencia está visto que el atraso de los libros no es menor de tres meses como lo conceptúa el actor, sino de más y que el no tener al día el mes de diciembre de 1983, y no estar registrado el inventario y balance del año gravable de 1982, ya es mérito suficiente para aplicar la sanción de rigor".

EL RECURSO DE APELACION

Argumenta que no se incluyó en el auto comisorio Nro. V-0064, *la facultad para investigar atraso en los libros de contabilidad de la sociedad*; pero no obstante este hecho el funcionario visitador manifestó en su acta de visita de julio 12 de 1984 que la sociedad se hacía acreedora a la sanción por libros contemplada en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982.

Reiteró su desacuerdo con el Tribunal ya que considera que hay nulidad por falta de competencia, consagrada en el ordinal 5 del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, pues considera que el funcionario sí tenía competencia pero sólo, para establecer factores del impuesto de Ventas de los bimestres y semestres de 1984 y anteriores y no para investigar el atraso en los libros de contabilidad de la sociedad, por lo que si el funcionario que practicó la visita estima que habría atraso en los libros debió solicitar a la Administración la ampliación de sus facultades.

PARTE OPOSITORA

En uno de sus apartes expresa que " dentro de la redacción del auto comisorio Nro. V-0064 de junio 29 de 1984, sí estaba contemplada la facultad para el investigador de indagar sobre el estado contable de la Compañía y, por lo tanto, la actividad de la Administración estuvo ajustada a derecho, es decir, dentro de la competencia legal que señalan las normas...".

En relación con la falta de competencia expone que el auto comisorio sí autorizaba al Auditor para analizar y pronunciarse acerca del estado contable de la empresa; pero tampoco incurriría en causal de nulidad ya que son amplias las facultades que tiene la Administración para llevar a cabo su cometido, contemplado en el artículo *30 de la Ley 52 de 1977,* en concordancia con los artículos 63 y 65 del Código de Comercio.

Agrega que el contenido del artículo 56 inciso 3o, del Decreto 3803 de 1982, se refiere a los 3 meses pero es sin solución de continuidad.

" El artículo 84 de la Ley 09 de 1983, en ningún momento establece que la sanción se aplicará en cada año gravable, y por ende los tres (3) meses de atraso, no necesariamente deben contemplarse dentro del año gravable en el cual se impone la sanción".

CONCEPTO FISCAL

En cuanto a la causal de nulidad referente a la falta de competencia, no del funcionario que expidió y suscribió los actos acusados, sino del funcionario que investigó el atraso de los libros de contabilidad, el Señor Fiscal Tercero Doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, conceptúa que " la demanda se refiere a un hecho que no está consagrado por la Ley como causal de nulidad de los actos de liquidación de impuestos y Resolución de recursos".

En relación con el atraso en los libros de contabilidad de la sociedad expresó que el artículo 56, inciso 3o. del decreto 3803 de 1982, dispone que " para efectos de la sanción por libros " se considera que los libros de contabilidad deben estar al día, a más tardar, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala observa que en el caso *sub-lite* hay dos puntos que debe dilucidar referente a la competencia del funcionario visitador y el relativo al atraso en los libros de contabilidad por más de tres meses, constatada en la visita del funcionario de la Administración Tributaria.

En cuanto al primer punto, la Sala considera que el funcionario visitador de la Administración tenía competencia para revisar los libros de años anteriores, no sólo porque el auto comisorio Nro. V-0064, al contener la expresión" *y anteriores* facultaba al funcionario visitador para adelantar la investigación en los libros de contabilidad no sólo del año 1984 sino también del año inmediatamente anterior 1983, porque la comisión implicaba el estudio de la contabilidad que se supone debe estar al día, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones; además el artículo 30 de la Ley 52 de 1977 dota a la Administración de amplias facultades investigativas, que también están consagradas en el artículo 63 # 1 del Código de Comercio que expresa:

"..."

" Los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público, solamente podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles de comerciante en los casos siguientes:

" 1) Para la tasación de los impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones".

En lo relacionado al segundo punto, consistente en el atraso de los libros de contabilidad correspondiente al mes de Diciembre de 1983, la Sala estima que teniendo facultades para investigar los libros de años anteriores podía la Administración imponer la sanción por atraso en los libros tal como se desprende de la lectura anterior. Además el artículo 56 inciso 3o. del decreto 3803 de 1982, es claro al determinar que para aplicar la referida sanción por atraso, es necesario que se presente por más de tres (3) meses. Además, la sociedad no ha probado en 1984 ante la Administración de Impuestos Nacionales, ni ante la Jurisdicción Contenciosa que los libros sobre los cuales se impuso la sanción se encontraban al día a 31 de marzo de 1984, luego la Administración actuó en derecho al imponer la sanción por atraso a que hace referencia el mencionado artículo 56 del decreto 3803 de 1982.

Vale la pena aclarar que aunque el Código de Comercio no establece fecha para el Registro de los asientos contables, sí impone la obligación, de que "por lo menos una vez al año todo comerciante elaborará un inventario y un balance general que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio" (Artículo 52 C. de Co.). De la lectura de este artículo se concluye que toda sociedad debe a más tardar a 31 de diciembre de cada año, realizar un inventario y un balance general; pero aún sí, la Ley da un término de tres (3) meses mas, para que la sociedad actualice sus libros, y no incurrir en la sanción a que hace referencia el artículo 56 inciso 3o. del decreto 3803 de 1982.

El apoderado de la sociedad apelante afirma a folio 68 del expediente que " en efecto, *según aparece en la misma acta de visita,* el balance general en diciembre 31 de 1983 estaba cerrado y totalmente al día todos los libros auxiliares. El balance general en diciembre 31 de 1983, lo mismo que el Estado de Pérdidas y Ganancias en diciembre 31 de 1983, se transcriben debidamente cerrados, en las páginas 4, 5 y 6 del acta. Ella muestra que en la fecha de iniciación de la visita (3 de julio de 1984) faltaba anotar en los libros registrados los citados balances general y estado de pérdidas y ganancias en diciembre 31 de 1983, pero en la fecha de la terminación de la visita (12 de julio de 1984), los libros registrados estaban ya totalmente al día".

La anterior afirmación de la parte actora que se transcribe, indica que los libros a 31 de marzo no se encontraban al día, razón por la cual se impuso la sanción. Caso distinto sería si realizada la visita dentro de los 3 primeros meses del año, la sociedad se hubiera puesto al día en sus libros de contabilidad, tal como lo expresó esta Sala en la sentencia de 14 de septiembre de 1990, expediente Nro, 2722, actor

Pastas el Dorado Ltda ", Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano, pero este caso es distinto.

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

F A L L A :

CONFIRMASE EN TODAS SUS PARTES LA SENTENCIA APELADA.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de orígen. 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 Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* ausente.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/ **MONEDA EXTRANJERA/ LIQUIDACION DE OPERACIONES/ ACREEDOR EXTRANJERO/ CIRCULAR EXTERNA/ CREDITO EN MONEDA EXTRANJERA**

Mientras los Decretos 2216 y 2217 de 1982, excluyen de la masa de la liquidación la totalidad de los créditos en moneda extranjera afectados a una finalidad específica de los proveedores del exterior, sin limitación alguna, la circular los limita sólo a lo que se pueda recaudar, debiendo por lo tanto concurrir el saldo en la masa con las demás acreencias sujetos a la contingencia de los procesos de quiebra, cuando por virtud de la ley, artículo 7o. Decreto 2216 y 2217/82 tales créditos no concurrían a la masa de la liquidación y deberá cancelarse de preferencia por fuera de la masa de la liquidación.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Instrucción 3 de la Circular D-020 (marzo 9 de 1983) de la Superintendencia Bancaria, en el aparte que dice " hasta la cuantía de la cual dicha masa permite satisfacerlos".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., Julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3025. Actor: Ignacio Chiappe Lemos y Consuelo Aguirre Silva.
Autoridades Nacionales
AUTO

El apoderado judicial de la Nación-Superintendencia Bancaria interpone recurso de reposición contra el auto de fecha 22 de febrero del año en curso, mediante el cual se suspendió provisionalmente la expresión " hasta cuantía de la cual dicha masa permite satisfacerlos ", por cuanto sólo excluye de la masa de la liquidación las cantidades que se recauden y no toda la obligación contraída en divisas y que se encuentran afectas a una finalidad específica y corresponden a obligaciones contraídas por cuenta de un tercero.

El recurrente alega que " el instructivo acusado no se refiere a los bienes que integran o no la masa de la liquidación, sino el procedimiento de pago de demandas a acreedores en moneda extranjera, por operaciones de importación y exportación, el cual tiene que versar necesariamente sobre el dinero efectivamente recibido, porque el recaudo de lo que se debe es contingente en cuanto puede presentarse incumplimiento por parte del deudor. Y es de manera lógica que si las sumas adeudadas son recaudadas no entran a formar parte de la masa de la liquidación, debiendo ser canceladas al acreedor en moneda extranjera o al beneficiario de la obligación contraída por la *intervenida por cuenta de un tercero.*" Enseguida agrega: "Planteado el caso en que dicho tercero no cancela lo "adeudado" o lo cancele parcialmente, la totalidad de esa obligación o los saldos insolutos de ella no podrán pagarse al corresponsal, en cuanto que como sumas excluídas de la masa de la liquidación por ella no debe responder la intervenida con su patrimonio. De ahí porque el aparte 3o. del instructivo acusado entiende que si las sumas adeudadas a la entidad intervenida, que correspondan a obligaciones contenidas por ella por cuenta de un tercero afectar a una finalidad específica, no son recaudadas, no existen y por lo tanto no pueden ser incluidas dentro de la masa de la liquidación, ni excluídas de ésta, entendiendo a su vez que la entidad intervenida en cuanto contrajo obligaciones por cuenta de un tercero, es también obligada directa, aunque no en todos los casos, situación en la cual ya no nos referimos a las "cantidades adeudadas a la intervenida", sino que serían sumas adeudadas por la intervenida, debiendo por ende concurrir con los demás créditos a cargo de ésta, considerar lo contrario conlleva a pensar que si las sumas adeudadas a la intervenida logran recaudarse, la entidad quedaría exonerada de responsabilidad para con el acreedor en el extranjero".

Para ilustrar su argumento presentó el siguiente ejemplo:

" A manera de ejemplo ilustrativo tomemos el caso de las obligaciones redescontables en el Banco de la República, en el sentido de que si las sumas que se adeudan a la intervenida por dicha cartera lográn recaudarse se le van entregando al Banco. No obstante, si no se recupera esa cartera, por circunstancias legales o prácticas, la institución figura ante el Banco como deudora de esos dineros, resultando así obligada directa, pero en tal caso ya no se cubriría dicha obligación con dineros no incluidos en la masa de la liquidación, pues estos al no recuperarse no existen, sino que deberán cancelarse con la masa de la liquidación ".

" De lo anterior se colige que se está ante situaciones diferentes por tanto la circular en los términos en que está concedida, no implica relación de los numerales 3o. de los artículos 7o. de los Decretos 2216 y 2217 de 1982, pues debe entenderse que si los dineros son recaudados deberán entregarse en su totalidad a los corresponsales acreedores, pero si no se recuperan la entidad responderá por ellos con los bienes que integran la masa de la liquidación, siguiendo para ello las normas legales establecidas. Pero resulta imposible que si dicha masa no alcanza realmente para cubrir los créditos en su totalidad, la

intervenida deba cancelarlos sin sujeción a la cuantía en que aquella permita satisfacerlos".

" En otros términos, los decretos 2216 y 2217, artículos 7o., numerales se refieren al tratamiento que debe darse a los créditos que al momento de la intervención aparecen como activos de la intervenida cuando en realidad no ostenta tal condición, pues responde a obligaciones asumidas por ella por cuenta de un tercero. Por eso disponer acertadamente que la entidad no puede incluir es obligaciones actor-cartera-dentro de la masa de la liquidación- como prenda general de los acreedores- sino con que dichos activos se destinen a pagar las obligaciones contraidas por ella por cuenta de un tercero y no a responder a todos los acreedores a la liquidación".

"Por el contrario la Circular D-020 de 1983 contempla el tratamiento que deben dar las intervenidas no a la cartera, sino a las obligaciones que resultarían a su cargo en el evento en que esta no hubiere sido recaudado, razón por la cual advierte, si se me permite la expresión que estos dineros " no podrán incorporarse a la no Masa".

" Ahora bien, cabe advertir que en el numeral 3o. de la Circular Externa D-020 de 1983 de la Superintendencia Bancaria tiene como presupuesto lo previsto en el numeral 2o. de mismo instructivo, en el sentido de que para los acreedores en moneda extranjera por operaciones de importación y exportación pueda concurrir a la masa de bienes de la liquidación es necesario que la cuenta para cubrir esas deudas se haya agotado".

A su turno los demandantes, al responder el alegato de la Superintendencia Bancaria solicitan que se mantenga la suspensión provisional y se considere nuevamente la suspensión provisional de la totalidad del artículo 3o. de la circular D-020 de 1983 expedida por la Superintendencia Bancaria. Fundamentan su exposición diciendo que la circular demandada imparte instrucciones sobre los trámites para la devolución de los depósitos y bienes que no integran la masa de la liquidación de un establecimiento bancario intervenido por la Superintendencia conforme a las disposiciones del artículo 7o. numeral 3o. del Decreto 2216/82, el cual dispone que la totalidad de las deudas con la entidad intervenida correspondientes a obligaciones contraídas por la cuenta de terceros, se excluye de la masa de la liquidación, "lo cual implica que antes de formar la masa deben ser cubiertas las respectivas acreencias, afectando si es preciso la totalidad de los bienes de la entidad intervenida", carácter prioritario al cual se refieren los numerales 3o. de los artículos 7o, de los Decretos 2216 y 2217/82 que limitó la circular D-020 al limitar o excluir de la masa de la liquidación, " solamente a las sumas que hubieren sido recaudadas", dejando los saldos insolutos para ser atendido, junto con las de más obligaciones de la masa de la liquidación y dentro del orden de prelación que establezca la Superintendencia Bancaria conforme a las disposiciones legales.

Transcribe algunos apartes del artículo de la Sala de 22 de febrero del año en curso mediante la cual se decretó la suspensión provisional de la frase, "hasta la

cuantía de la cual dicha masa permite satisfacerlos", para concluir que los fundamentos de dicha providencia dán para decretar la suspensión provisional de la totalidad de la instrucción Tercera de la Circular Externa D-020 de 9 de Marzo de 1983. Agrega que la responsabilidad de la entidad intervenida es total, porque es ella la que selecciona al cliente para efectuar el préstamo con los recursos de un tercero.

SE CONSIDERA

Los artículos 7o, numeral 3o. de los Decretos 2216 de julio 29 de 1982 y 2217 de la misma fecha son precisos al declarar que no formarán parte de la masa de la liquidación, " Las cantidades que se adeudan a la entidad intervenida y se encuentran afectas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraídas por ella por cuenta de un tercero, si de ello hubiere por lo menos un principio de prueba, escrito, y, los documentos que obren en su poder, aunque no estén otorgados a favor del comitente, siempre que se compruebe que la obligación proviene de una comisión o fideicomiso y que los tiene por cuenta del comitente o fidecomitente ".

La instrucción 3o. de la Circular D-020 (Marzo 9 de 1.983) dice:

" Que si los recaudos obtenidos de los deudores en moneda extranjera por operaciones de importación y exportación no identificados con un determinado activo en moneda extranjera no fueron suficientes para cubrir la totalidad de los pasivos a favor de los acreedores del exterior, estos acreedores podrán concurrir, por el valor de los saldos insolutos, conjuntamente con los demás acreedores para ser atendidos en sus reclamos con cargo a la masa de bienes de la liquidación en moneda extranjera".

La previsión del artículo 152 del Código Administrativo, Decreto 01 de 1984 para que sea posible la suspensión provisional, se da previamente en el caso *sub-lite,* toda vez que mientras el numeral 3o. del artículo 7o. de los decretos 2216 y 2217 ambos de julio de 1982, excluye de la masa de la liquidación, " las cantidades que se adeudan a la entidad intervenida y estén afectas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraídas por ella por cuenta de un tercero", la circular demandada en el numeral tercero, instruye a los representantes en Colombia de organismos financieros del exterior, que si los recaudos obtenidos de los deudores en moneda extranjera por operaciones de importación y exportación, no identificados con un determinado activo en moneda extranjera, no fuesen suficientes para cubrir la totalidad de los pasivos a favor de los acreedores del exterior", estos acreedores podrán concurrir, por el valor de los saldos insolutos, conjuntamente con los demás acreedores para ser atendidos en sus reclamos con cargo a la masa de bienes de la liquidación.

La contrariedad es evidente; en efecto, mientras los decretos 2216 y 2217 de 1982, excluyen de la masa de la liquidación la totalidad de los créditos en moneda extranjera afectados a una finalidad específica de los proveedores del exterior, sin

limitación alguna, la circular los limita sólo a lo que se pueda recaudar, debiendo por lo tanto concurrir el saldo en la masa con las demás acreencias sujetos a la contingencia de los procesos de quiebra, cuando por virtud de la Ley, artículo 7o. Decretos 2216 y 2217/82 tales créditos no concurrían a la masa de la liquidación y deberá cancelarse de preferencia por fuera de la masa de la liquidación.

Y, en relación con el pedido de los demandantes para que se considere decretar la suspensión provisional de toda la instrucción tercera, ello no será posible por cuanto de atenderla sería a través del recurso de reposición que no se interpuso por los demandantes. Las consideraciones que anteceden llevan a la Sala a confirmar el auto recurrido.

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.

RESUELVE :

CONFIRMASE el auto recurrido

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/PRUEBA CONTABLE/CERTIFICADO BIMESTRAL/ SANCION POR INEXACTITUD

Cuando la Administración de Impuestos verifica sobre la contabilidad la realidad de los datos consignados en el certificado bimestral está obligada a observar tanto los errores cometidos por el contribuyente en contra de la Administración como los incurridos en favor de aquélla. Pues evidentemente, vista la incongruencia de los datos de las declaraciones tributarias frente a la contabilidad, ha de proferirse sanción por inexactitud. No podía la Administración tomar como cierta la contabilidad para configurar hechos en contra del contribuyente y desconocerla para tener como probados los hechos a su favor, porque o bien da valor al certificado, o da valor al registro contable (Bimestres I a V de 1985).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., Julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3242. Actor: Royantas Ltda. Apelación de la sentencia del 21 de Agosto de 1990 Tribunal Administrativo de Antioquia.
Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
Ventas Bimestres I a V de 1985.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada, contra la sentencia del 21 de Agosto de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las súplicas de la demanda dentro del juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad " ROYANTAS LTDA " contra el acto administrativo que le determinó inexactitud por concepto de los certificados del impuesto sobre las ventas por los cinco primeros bimestres de 1985 y le impuso una multa.

ANTECEDENTES

Mediante auto No. 107 de Noviembre 20 de 1985, la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín ordenó la práctica de una visita contable a la sociedad contribuyente con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones correspondientes al impuesto sobre las ventas.

Como resultado de la misma, la Administración encontró irregularidades con relación a los cinco primeros bimestres del año 1985, consistentes en que el valor contabilizado de las operaciones gravables no coincidía con el denunciado por la contribuyente en los certificados bimestrales. Inconsistencias que puso de manifiesto en pliego de cargos que con fecha 3 de Noviembre de 1986 remitió a la contribuyente.

Posteriormente, con fecha 11 de Abril de 1986, reitera el pliego de cargos proponiéndole la imposición de multa por inexactitud.

La contribuyente dio respuesta al pliego de cargos indicando que la comisión visitadora determinó la diferencia del impuesto generado e impuesto descontable tomando indistintamente siempre el mayor valor entre el correctamente contabilizado y el erróneamente registrado en el certificado bimestral, cuando siempre se debe tomar el valor correctamente contabilizado a no ser que la contabilidad se repute falsa.

La Administración de Impuestos, mediante resolución 435 del 21 de Mayo de 1986, impuso a la sociedad contribuyente una multa equivalente al 200% del valor de la inexactitud de los certificados mencionados.

Contra dicha resolución interpuso la sociedad el recurso de reposición que fue fallado con la Resolución 0658 de Julio 10 de 1986, contrariamente a las peticiones del recurrente.

Inconforme la contribuyente acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, alegando violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional; 48 y 68 del Código de Comercio; 40 del Decreto 2821 de 1974; 15 y 49 del Decreto 3803 de 1982; 18, 19, 22, 24, 30 y 55 del Decreto 3541 de 1983 y 14 del Decreto 3139 de 1984.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia con base en el dictamen pericial practicado a solicitud de la actora sobre sus libros de contabilidad, consideró que sólo con relación al certificado del primer bimestre de 1985 se presentó inexactitud en los términos definidos por el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983, por valor de $303.328. En consecuencia mantuvo la sanción del 200% sobre dicho período y revocó la multa por los bimestres restantes.

LA APELACION

La entidad demandada mediante su apoderado judicial apela la sentencia manifestando que la sociedad incurrió en la conducta tipificada en el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983, porque los funcionarios encontraron " que aunque la contabilidad registraba unos valores por impuestos generados, esos valores eran superiores y por ello debía informar en el certificado de pago bimestral el monto total de sus operaciones o demostrar que se trataba de valores erroneamente registrados, lo que en ningún momento procesal se logró. Y en cuanto a los descuentos, su inclusión requería de la previa contabilización que al no contenerse en el certificado de pago bimestral, dio como resultado la inexactitud a que hace referencia el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983."

Luego afirma, que si la sociedad compensó el valor dejado de pagar en los bimestres II y III, el hecho resultaba irrelevante porque la visita no pretendía establecer oficialmente el impuesto, sino determinar las posibles diferencias en los bimestres e imponer las correspondientes sanciones.

Con ocasión del alegato de conclusión, manifiesta que fue la contabilidad de la contribuyente la que permitió detectar las irregularidades de los certificados de pago y que la contabilidad constituye plena prueba de los movimientos comerciales y por lo tanto prima sobre otros documentos.

Concluye que es de tal magnitud la importancia que la ley tributaria da a la contabilidad que el artículo 78 del Decreto 1651 de 1961 señala que " cuando haya desacuerdo entre la declaración de renta y patrimonio y los asientos de contabilidad de un mismo contribuyente, prevalecen estos". Por último considera improcedente el peritazgo ordenado por el Tribunal.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta del Consejo de Estado, solicita la confirmación de la sentencia, en razón de que las diferencias tomadas en cuenta para aplicar la sanción legal resultan al parecer, de un simple cotejo de números, los unos traídos de la contabilidad y los otros del certificado bimestral, pero con absoluta indiferencia del concepto fiscal que representan. Es así como en algunos bimestres se castigan diferencias numéricas correspondientes a impuestos causados y en otros a impuestos descontables, sin que pueda afirmarse que la irregularidad objeto de la sanción responda en últimas a sumas debidas y no pagadas a la Administración.

Comparte la actuación del *a-quo* en relación al experticio practicado y señala que del hecho de la práctica de la prueba, fue debidamente informada la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, que dio tácita aceptación a su práctica y luego a sus resultados pues no formuló en tiempo objeción alguna postura que resulta coherente con la afirmación que hace su apoderado, de no ser los libros de contabilidad de la empresa los puestos en tela de juicio por la

Administración. Y que así las cosas, atendiendo a la estrecha relación que existe entre lo registrado en los libros de contabilidad y lo informado en los certificados de pago, era a estos documentos a los que debía acudirse como en efecto se hizo para extraer del informe pericial la evidente inexactitud que afecta el certificado de pago del bimestre Enero- Febrero de 1985 y que está constituída entre lo realmente contabilizado y lo efectivamente certificado con relación a los impuestos causados y descontables del período.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983, norma especial para el impuesto sobre las ventas:

> " Cuando los datos de la certificación a que hace referencia el artículo 23 del presente decreto fueren inexactos, se incurrirá en una multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del *impuesto correspondiente a la suma* inexacta, la cual se impondrá por el Administrador de Impuestos o su delegado". (Subraya la Sala).

Los datos que señala el artículo 23 ibídem, hacen relación al valor del impuesto generado por las operaciones gravadas correspondientes al bimestre, el valor de las deducciones e impuestos descontables, el saldo a favor o a cargo por el período respectivo y en su caso, los saldos a favor de períodos anteriores.

A juicio de la Sala, cuando la Administración de Impuestos verifica sobre la contabilidad la realidad de los datos consignados en el certificado bimestral está obligada a observar tanto los errores cometidos por el contribuyente en contra de la Administración como los incurridos en favor de aquella.

Pues evidentemente como lo manifiesta la apoderada judicial de la demandada, vista la incongruencia de los datos de las declaraciones tributarias frente a la contabilidad, ha de proferirse ésta. Máxime cuando la contabilidad fue el documento que sirvió de base para confrontar las cifras consignadas en el certificado, tomándola como prueba, que la misma Administración no controvirtió.

En este orden de ideas no podía la Administración tomar como cierta la contabilidad para configurar hechos en contra del contribuyente y desconocerla para tener como probados los hechos a su favor, proque o bien da valor al certificado, o da valor al registro contable.

Considera la Sala acertada la actuación del *a-quo,* cuando para determinar el valor real de las cifras consignadas en los certificados cuestionados por la Administración, decretó la práctica de la prueba pericial sobre la contabilidad de la actora, que como acertadamente manifiesta la colaboradora fiscal, no fue objetada en su oportunidad por la Administración de Impuestos, resultando improcedente el cuestionamiento que con ocasión de la apelación pretende la apoderada judicial de la demandada.

Ya que, precisamente del auto que ordena la prueba se corre traslado a las partes para que se opongan e intervengan en su práctica y presenten sus objeciones dentro de la etapa procesal correspondiente.

El experticio, es claro en cuanto consigna los verdaderos valores contabilizados por conceptos de ventas gravables e impuestos descontables y que permitieron determinar al juez de primera instancia que sólo por el primer bimestre se presentó una diferencia en contra del Estado por concepto del impuesto consignado, que generó la imposición de la sanción respectiva, quedando así ésta bien liquidada.

En consecuencia, no existiendo elemento probatorio que contrarreste la prueba práctica, la decisión tomada por el *a-quo* con base en la misma, merece ser confirmada.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo de Antioquia el 21 de Agosto de 1990 en el juicio #21.647.

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 Corn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/CONTABILIDAD POR CAUSACION/ DEDUCCION POR INTERES-Procedencia

Si el gasto se había causado pero no había sido pagado, no era viable exigir de la sociedad acreedora un certificado sobre intereses pagados, pues la beneficiaria no recibió suma alguna. En ningún momento la Administración rechazó por inexacta la manifestación hecha por la contribuyente de llevar su contabilidad por el sistema de causación y este evento no podía para efectos de rechazar el costo exigir la certificación sobre pago de intereses porque para la contribuyente bastaba que el gasto se hubiera causado, máxime cuando la misma administración manifiesta que no se discute la existencia del crédito sino el reconocimiento de los intereses. (Ejercicio Fiscal de 1983).

DEDUCCION POR INTERESES/ CONTABILIDAD POR CAUSACION (Aclaración de voto)

Los pagos a entidades vigiladas por la Superintendencia son deducibles en la cuantía sólo causada, siempre que ésta se maneje por cuentas del diferido que permitan controlarla.

MEDIOS PROBATORIOS/ PRUEBAS

Tratándose de las pruebas en el proceso contencioso, debe recordarse que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo al remitirse al Código de Procedimiento Civil, en lo tocante a la admisibilidad de medios de prueba, forma de practicarlos y criterios de valoración, amplió de manera considerable lo dispuesto en la ley 167 de 1941 y en especial, derogó la restricción probatoria que surgía del artículo 278 del mismo ordenamiento jurídico; hasta tal punto se amplió la posibilidad de pruebas, que el artículo 159 del Decreto 01 de 1984 autoriza inclusive, al conductor del proceso para que las declare de oficio, y es que el nuevo ordenamiento

jurídico del Código Contencioso Administrativo permite la libertad probatoria en búsqueda de una verdad real antes que de una verdad formal.

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: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3094. Actor: Hilanderas S.A. Apelación de la Sentencia del 4 de Mayo de 1990. Tribunal Administrativo de Antioquia.
Juicio de restablecimiento de carácter fiscal.
Impuesto de renta 1983.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 4 de Mayo de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad " HILANDERAS S.A. " NIT 90912013, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, le determinó el impuesto sobre la renta y complementarios a cargo por el año gravable de 1983.

ANTECEDENTES

El día 5 de Mayo de 1984, la sociedad HILANDERAS S.A., presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondiente al año gravable de 1983, en la que solicitó entre otras deducciones el reconocimiento de intereses pagados en cuantía de $7.689.122.

Mediante requerimiento especial #41273 del 28 de Mayo de 1985, la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, propuso al contribuyente la modificación de su liquidación privada como consecuencia del desconocimiento de las deducciones por concepto de intereses, honorarios y comisiones. Los primeros por no haber acompañado el certificado expedido por las entidades beneficiarias de los mismos, exigido por los artículos 47 del Decreto Ley 2053 de 1974; 54 de la Ley 09 de 1983; 2 y 16 del Decreto 80 de 1984, y los segundos por no acreditar la retención en la fuente.

Con ocasión de la respuesta al requerimiento la sociedad contribuyente acompañó certificado de contador público en donde hace constar la retención oportuna sobre los honorarios pagados, las relaciones de retención y los recibos de consignación de las mismas, pero no envió los certificados de las entidades beneficiarias de los pagos por concepto de intereses, aduciendo que habían sido intervenidas y se negaban a expedir el certificado solicitado. Para probar pasivos e intereses la sociedad acompañó certificado del contador público en donde consta la contabilización de los pasivos e intereses pagados.

La Administración de Impuestos Nacionales, mediante liquidación de revisión #0994 de Julio 7 de 1986, modificó la liquidación privada del contribuyente, como consecuencia del rechazo de los intereses pagados, por no haber dado la contribuyente cumplimiento a los requisitos probatorios exigidos en la ley.

La sociedad contribuyente interpuso recurso de reconsideración por la vía gubernativa, que fue fallado mediante Resolución 0246 del 4 de Agosto de 1988, con confirmación del acto recurrido.

Inconforme la sociedad HILANDERAS S.A., acude en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, alegando violación de las siguientes normas: del Decreto 3410 de 1983, sus artículos 1o. numeral 3o, y 2o. numeral 3o; de la Ley 52 de 1977, su artículo 46; del Decreto 825 de 1978 el artículo 47; del Decreto 187 de 1975, el artículo 55 y del Decreto 1651 de 1961 su artículo 66.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda, al estimar que la sociedad no incluyó en su declaración tributaria las informaciones exigidas por el artículo 55 del Decreto 187 de 1975, ya que no era suficiente, para suplir la omisión, la tardía relación firmada por contador público, con ocasión del requerimiento. Que además, en la misma no se hace ningún esfuerzo para demostrar la relación de causalidad entre el pago y la actividad productora de renta; ni se demostró la tasa más alta autorizada a los establecimientos bancarios en el año gravable discutido, y que de acuerdo con el concepto del fiscal, si no existían las certificaciones de las beneficiarias de los pagos por concepto de intereses, necesariamente la Administración debió rechazar el pago. Aún más, cuando la Superintendencia Bancaria certifica que a ninguna de las entidades por ella intervenidas HILANDERAS S.A. abonó suma alguna.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia, reitera los cargos por desestimación de intereses pagados a personas no vigiladas por la Superintendencia Bancaria, manifestando que en la declaración tributaria dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el Decreto 3410 de 1983 en su artículo 1o. numeral 3o, artículo 2o. numeral 3o. y artículo 2o. del Decreto 80 de 1984, que con relación a ellos la administración en el requerimiento, no formuló la objeción que indica con ocasión de la liquidación de revisión. En el memorando explicativo, al rechazar los intereses pagados en el país en cuantía de $7.684.963, cuando dice: " que los intereses pagados a entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, son deducibles en su totalidad siempre que estén certificados por la entidad beneficiaria del pago y cumplan los requisitos legales para su aceptación, artículo 47 Decreto 2053 de 1974 y 5o. y 6o. del Decreto 80 de 1984. Y que los intereses que se paguen a otras personas o entidades, unicamente son deducibles en la parte que no excedan de la tasa mas alta que se haya autorizado cobrar a los

establecimientos bancarios durante el respectivo año o período gravable". Fundamento este último que no advirtió en el requerimiento y que en consecuencia la cantidad de $91.949 solicitada como deducción por intereses, a personas distintas a las vigiladas por la Superintendencia Bancaria, debieron aceptarse.

En relación con el rechazo de los intereses pagados a las entidades sujetas a vigilancia del Estado, insiste en la procedencia de la prueba contable para su demostración afianza con los certificados expedidos por los agentes especiales de la Superintendencia Bancaria en el Banco Nacional, Seguros Colombia, Financiera Colpatria, Financiera Furatena y Financiera de Inversiones, todas intervenidas y en liquidación en donde constan los intereses causados a su favor en la mencionada vigilancia fiscal.

Considera que al haber negado la prueba contable y la práctica de inspección sobre libros de comercio solicitada ante la Administración, implica por parte de ésta la violación del artículo 66 del Decreto 1651 de 1961. Y que al reiterar el Tribunal la misma exigencia de prueba específica, viola la Ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que la omisión de requisitos se puede subsanar hasta en la etapa de los recursos, y que son admisibles, para demostrar los hechos alegados todos los medios probatorios señalados en las leyes tributarias y en el Código de Procedimiento Civil.

Reitera su petición de nulidad del acto acusado y la confirmación de la liquidación privada presentada por el año gravable de 1983.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada por conducto de apoderado judicial, se opone a las pretensiones de la apelación, argumentando que la intervención por parte de la Superintendencia Bancaria de las entidades acreedoras de la sociedad contribuyente, permitio inferir el carácter ficticio de las operaciones crediticias de la contribuyente con aquellas en razón de que los oficios 02784, de Abril 28; 023405 de Abril 14; 027644 de Abril 28 y 025907 de Abril 22 fueron de carácter negativo en virtud de la relievada intervención contable adelantada por la Superintendencia. Y que la argumentación de la parte actora en el sentido de dar prioridad a la causación del gasto no es de recibo, porque las circunstancias formales que rodearon la situación financiera de las sociedades intervenidas, desnaturaliza cualquier registro en los libros de contabilidad y que por lo tanto el valor probatorio de credibilidad de que están investidos por la ley, *ipso jure,* dejan de corresponder a la seriedad que pudieran revestir sus certificaciones y que dichas certificaciones son post-constituidas.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, estima que la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar acceder al reconocimiento de los intereses pagados a personas distintas de las sujetas a la vigilancia de la

Superintendencia Bancaria, y negar el reconocimiento de intereses pagados éstas últimas, porque con relación a los primeros, si el contribuyente hubiere solicitado la deducción de intereses en porcentaje superior a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Bancaria, el liquidador no ha debido rechazar todo lo solicitado, sino unicamente el exceso y que por otra parte el contribuyente había manifestado que la tasa correspondía a la máxima autorizada; pero luego la Administración inexplicablemente para mantener el rechazo adujo razones distintas.

Que con relación a los intereses pagados a entidades sujetas al control de la Superintendencia Bancaria, debe mantenerse el rechazo porque el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974, inciso 2o, exige para efectos de la deducibilidad la existencia del certificado de la entidad beneficiaria del pago y que es indiscutible que la ley condiciona la aceptación de estos intereses al cumplimiento de un requisito, cual es la presentación de la certificación expedida por la beneficiaria del pago en donde conste el hecho y que como la contribuyente no aporta tal prueba en el proceso gubernativo la decisión administrativa se ajusta plenamente a las disposiciones del artículo 47 inciso 1o. del Decreto 2053 de 1974.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala son dos los aspectos fundamentales de la controversia:

a) La deducción de intereses.

b) Los medios de prueba.

A) *Deducción de intereses*

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974, los intereses que se paguen a entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, son deducibles en su totalidad siempre que estén certificados por la entidad beneficiaria del pago y cumplan con las condiciones legales para su aceptación.

En el caso de la sociedad HILANDERAS S.A. ésta solicitó deducción por intereses pagados en el país por valor de $7.689.122, que fueron desconocidos por la Administración aduciendo la falta del certificado mencionado.

De conformidad con el artículo 16 del mismo Decreto 2053 de 1974.

" Se entienden realizados...

" 2. Los costos y deducciones legalmente aceptables, cuando se paguen efectivamente en dinero o en especie o cuando su exigibilidad termine por cualquier otro medio que equivalga legalmente a un pago.

Por consiguiente los costos y deducciones incurridos por anticipado solo se deducen en el año o período gravable en que se caucen.

Se exceptúa de la norma anterior los costos y deducciones incurridos por contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación, los cuales se entienden realizados en el año o período en que se caucen, aun cuando no se hayan pagado todavía..." (Subraya la Sala).

Esta norma de excepción es claramente aplicable a la sociedad actora, pues de acuerdo con su declaración tributaria, lleva la contabilidad por el sistema de causación y en tal evento los gastos por intereses causados eran deducibles si se habían contabilizado.

Ahora bien si el gasto se había causado, pero no había sido pagado, no era viable exigir de la sociedad acreedora un certificado sobre intereses pagados, pues la beneficiaria no recibio suma alguna.

Es de anotar que en ningún momento la Administración rechazó por inexacta la manifestación hecha por la contribuyente de llevar su contabilidad por el sistema de causación y en este evento no podía para efectos de rechazar el costo exigir la certificación sobre PAGO de intereses, porque para la contribuyente bastaba que el gasto se hubiera causado, máxime cuando la misma administración manifiesta que no se discute la existencia del crédito sino el reconocimiento de los intereses.

A juicio de la Sala, para el reconocimiento de intereses causados bastaba como prueba la contabilidad de la sociedad acreedora, cuyo valor probatorio, contrariamente a lo afirmado por el representante judicial de la entidad demandada, no ha sido cuestionado en el proceso. En este orden de ideas, el certificado expedido por el revisor fiscal tiene valor suficiente para probar el gasto causado.

Así mismo, la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria en el sentido de que la actora no pagó durante la vigencia de 1983 suma alguna por concepto de intereses a favor de sus acreedores intervenidos no contradice en manera alguna la causación aludida por la contribuyente. Causación que por el contrario se reitera con las certificaciones expedidas por los agentes especiales de la Superintendencia Bancaria para fines de la intervención económica por parte del Estado, en las entidades acreedoras en donde hacen constar que la sociedad contribuyente, adeudaba a las intervenidas en la liquidación: Banco Nacional, Seguros Colombia, Financiera Colombia, Financiera Furatena y Financiera de Inversiones S.A. sumas por concepto de principal e intereses a Diciembre 31 de 1983.

Entonces demostrada la existencia jurídica del gasto (causación de intereses) deberán aceptarse por encontrarse probados en el proceso.

Con relación a los intereses pagados a personas distintas de las entidades sujetas a la vigilancia del Estado, comparte la Sala el criterio de su colaborador

fiscal, en el sentido de que no podía la Administración rechazarlos, en primer lugar, porque no contradijo la aseveración hecha por el contribuyente de no exceder la tasa autorizada por la Superintendencia, y en segundo lugar porque no podía con ocasión de la liquidación de revisión, aducir un motivo distinto al inicialmente formulado con miras al rechazo, razón por la cual los intereses solicitados por este concepto deberán aceptarse.

B) *Medios de prueba*

Aun cuando ya analizada la procedencia del reconocimiento de los intereses causados como gasto, en la contabilidad de la actora resultaría innecesario consideraciones adicionales, estima la Sala que es preciso reiterar que tratándose de las pruebas en el proceso contencioso, debe recordarse que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo al remitirse al Código de Procedimiento Civil, en lo tocante a la admisibilidad de medios de prueba, forma de practicarlos y criterios de valoración, amplió de manera considerable lo dispuesto en la Ley 167 de 1941, y en especial, derogó la restricción probatoria que surgía del artículo 278 de mismo ordenamiento jurídico; hasta tal punto se amplió la posibilidad de pruebas, que el artículo 159 del Decreto 01 de 1984 autoriza inclusive, al conductor del proceso para que las declare de oficio, y es que el nuevo ordenamiento jurídico del Código Contencioso Administrativo permite la libertad probatoria en búsqueda de una verdad real antes que de una verdad formal.

En consecuencia habrá de revocarse la sentencia apelada y declarar en firme la liquidación privada presentada por la sociedad HILANDERAS S.A. NIT 90912013 que consta de los siguientes factores:

CONCEPTO	**BASE**	**TARIFA**	**IMPUESTO**
RENTA			
Renta bruta ordinaria	$ 33.554.071		
Menos deducciones realizadas	$ 31.585.603		
Renta líquida	$ 1.968.468		
Renta líquida presunta	$ 2.104.256	40%	$ 841.702

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: la liquidación de Revisión No. 0994 de Julio 7 de 1986 y la Resolución 0246 del 4 de Agosto de 1988, proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, mediante las cuales se determinó el impuesto de renta a cargo de HILANDERAS S.A. NIT 909122013 para el año de 1983.

3) FIJASE en la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETENCIENTOS DOS PESOS ($841.702) el valor total del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1983, corresponde pagar a la sociedad HILANDERAS S.A. NIT 90912013 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 Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido puede consultarse la sentencia de junio 7 de 1991, Expediente No. 2919, Dra. Consuelo Sarria Olcos. Actor: General de Equipos de Colombia.

ACLARACION DE VOTO

Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3094. Actor: Hilanderas S.A.
Fallo del 28 de junio/91.

Por no compartir algunos párrafos de la sentencia, respetuosamente aclaro mi voto en el siguiente punto:

He aceptado la tesis de la deducción de los intereses causados por aplicación del artículo 16 del Decreto 2053/74, que considera como realizados los gastos causados de los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación. Y la he aceptado en el entendido de que el manejo contable se lleve permanente y claramente por cuentas del diferido, que permitan mostrar individualmente en cada crédito el saldo que viene del año anterior, los intereses causados (que deben coincidir con los solicitados), los pagados en el año (que deben ser los certificados para la entidad financiera) y el saldo que pasa al ejercicio siguiente (que debe figurar en el activo).

En esta forma la deducción solicitada por el valor causado, no riñe con la exigencia legal de presentar certificado de la entidad bancaria por el valor "pagado".

El valor probatorio que tiene la contabilidad no puede extremarse hasta olvidar por completo el texto del artículo 47 del Decreto 2053/74 (hoy art. 117 E.T.), según el cual los intereses pagados a entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria " son deducibles en su totalidad... siempre que estén certificados por la entidad bancaria beneficiaria del pago". Por ello no creo que la contabilidad sea suficiente prueba.

Jaime Abella Zárate.

Santafé de Bogotá D.C., Julio 10/91.

DEMANDA-Corrección/DEMANDA-Rechazo/RECURSO DE REPOSICION/ RECURSO DE APELACION

Como no corrigió la demandante en el término legal la totalidad de los defectos formales expuestos en el auto que ordenó la corrección de la demanda, pero tampoco controvirtió ante el Ponente su existencia aduciendo el ajuste de la demanda a las normas aplicables -a través del recurso de reposición-, no pueden considerarse las argumentaciones en este sentido ahora aducidas por la actora, con motivo del recurso de apelación interpuesto contra otro auto, el que rechazó la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3583. Actor: Mazco Bogotá S.A. C/ D.E. de Bogotá. Apelación auto de 1 de febrero de 1991 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Impuesto de Industria y Comercio año 1986.
AUTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Mazco Bogotá S.A., contra el auto de 1 de febrero de 1991 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda instaurada contra los actos administrativos a través de los cuales se liquidó el impuesto de industria y comercio a cargo por el año gravable de 1986.

A- ANTECEDENTES

1. La sociedad contribuyente presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Liquidación Oficial No. 1604 de 1989 y las Resoluciones Nos. 749 de 1989 y 087 de 1990 mediante las cuales se determinó el impuesto de

industria y comercio a cargo por el año gravable de 1986 adjuntando entre otros documentos fotocopias de copias de los actos demandados según consta en el sello notarial impuesto a las mismas (fls. 2 a 19 y 24 a 47).

2. El Magistrado Ponente, mediante auto de 9 de noviembre de 1990, no dio curso a la demanda por considerar que presentaba dos errores de forma: Falta de presentación personal del poder y la demanda en los términos del C.C.A. y copias indebidamente aportadas obrantes a folios 24, 25, 28 vueltos a 47; dispuso por tanto, un plazo de cinco (5) días para la respectiva corrección.

3. La demandante, corrigió el primer defecto mencionado, pero no dijo nada respecto del segundo, ni lo corrigió, según se desprende de la correspondiente constancia secretarial (fl. 235).

4. El Tribunal, en auto de 1 de febrero de 1991, rechazó la demanda por cuanto no se hizo la corrección señalada en el auto de Sala Unitaria respecto de las copias indebidamente aportadas (fls. 236 a 238).

5. La actora interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia fundamentándolo en que los documentos aportados y rechazados por el Tribunal, son fotocopias de las copias al carbón de los actos administrativos respectivos, las cuales deben surtir el mismo efecto que las fotocopias de los originales, dado que de las copias al carbón también se deduce la autenticidad de los respectivos documentos (fls. 244 y 264 y ss.).

B- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El artículo 143 del C.C.A., modificado por el artículo 26 Decreto 2304 de 1989 determinó el trámite para la inadmisión y corrección de la demanda así:

a) Se inadmitirá aquélla demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstas en el mismo C.C.A.

b) Sin embargo, si la demanda se presenta dentro del término de caducidad y presenta errores simplemente formales, mediante auto que admite reposición, el ponente expondrá tales defectos concediendo un plazo de cinco días a fin que el demandante los corrija.

c) Si no se corrigieren en el término indicado, se rechazará la demanda.

2. Pues bien, en el caso presente, el Magistrado Ponente, al considerar que se trataba de errores simplemente formales, los relacionó y ordenó un plazo de cinco días para la respectiva corrección. Entre los errores relacionados estaba el referente con que " las copias que obran a folios 24, 25, 28 vuelto a 47 no están debidamente aportadas (arts. 252, 254, 74 Decreto 960 de 1970, 36 Decreto 2148 de 1983)" (fl. 233). Tales copias corresponden precisamente, a los actos administrativos que son objeto de la demanda.

3. La parte demandante y su apoderada dieron cumplimiento a lo atinente a la presentación personal del poder y la demanda, pero no presentaron las copias según la exposición del Ponente, ni tampoco se opusieron a lo manifestado por éste al respecto, a través de la interposición del recurso procedente, (reposición) sino que guardaron silencio, controvirtiendo ese punto apenas con ocasión del presente recurso de apelación interpuesto contra otro auto, el que rechazó la demanda.

4. Por otro lado, independientemente de la validez de los argumentos esgrimidos por la demandante en el presente recurso no procede en esta oportunidad procesal su análisis toda vez que con su silencio, sólo quedaba a la actora corregir la demanda de acuerdo con la totalidad de los defectos expuestos por el *a-quo,* de modo que al hacerlo sólo parcialmente, la consecuencia era precisamente el rechazo de la demanda, como lo hizo el Tribunal, la cual procede, según el claro tenor del artículo 143 ibídem inciso 2o. si no se corrigieren los defectos así considerados por el Ponente.

5. De otra parte, si bien pudo considerar evidente la demandante el hecho que las fotocopias procedían de copias auténticas, estimando por tanto que se trataba de un error del Ponente el indicar que faltaba la prueba de autenticidad de los documentos por ellas reproducidos, precisamente por ese hecho, no debió guardar silencio, sino emplear el mecanismo jurídico que efectivamente existe para impugnar en su momento, por tal tipo de errores, la referida providencia, esto es, el recurso de reposición. De lo contrario, al quedar ejecutoriada, sin haber sido controvertida, deberá presumirse su adecuación a la legalidad y a los hechos que le sirven de fundamento, no siendo ya este momento el procedente para suplir tal omisión, pues lo que se trata es de verificar si dio o no cumplimiento la actora a la corrección de la demanda.

6. Por lo anterior, como no corrigió la demandante en el término legal la totalidad de los defectos formales expuestos por el *a-quo,* pero tampoco controvirtió ante el Ponente su existencia aduciendo el ajuste de la demanda a las normas aplicables, y por tanto no pueden considerarse las argumentaciones en ese sentido ahora aducidas por la actora, no tiene la sustentación de la apelación la virtualidad de desestimar la providencia impugnada y por ende habrá de confirmarse.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

RESUELVE :

CONFIRMASE el auto de 1 de febrero de 1991 proferido en el proceso No. 7.884, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó 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 Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

JUICIO EJECUTIVO/ EXCEPCIONES/ PRESCRIPCION-Improcedencia/ **TITULO EJECUTIVO/ JURISDICCION COACTIVA**

La tesis de la no aplicación del término de dos años de que trata el art. 1081 del Código de Comercio sino de cinco años del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 como término válido para el ejercicio de la acción ejecutiva por parte de las entidades públicas, en los casos de cobro de garantías mediante Pólizas de Seguros, fue adoptada como Jurisprudencia de la Corporación en fallos de Sala Plena. El término de cinco (5) años también fue adoptado por el artículo 9o. del Decreto 2304 de 1989 de suerte que cualquiera que hubiere sido la duración o existencia de esta norma, no alteró el término de caducidad de las acciones ejecutivas los iniciados a partir del 1o. de marzo/84 sigue siendo de cinco (5) años.

EXCEPCION/ PAGO-Improcedencia/ **JURISDICCION COACTIVA**

Practicamente todas las circunstancias expuestas por la Aseguradora tendientes a demostrar la entrega oportuna del documento original del conocimiento de embarque no son posteriores a la expedición de la providencia de cuyo cobro se trata conforme a la clara previsión que establece el segundo inciso del artículo 509 del C. de P.C. como condición para que sea procedente la excepción de pago. Como con el documento analizado se pretendió acreditar la entrega del original del conocimiento de embarque y como de ello no resulta probada, ni lo está por otro medio en el expediente, no se acepta esta excepción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2641. Actor: La Nación C/Seguros del Estado (Hilos Cadena S.A.). Jurisdicción Coactiva.
FALLO

Corresponde a la Sala decidir las excepciones propuestas por el apoderado judicial de la compañía SEGUROS DEL ESTADO, contra el mandamiento de pago de $5.570.122. por concepto de cancelación de la garantía contenida en la póliza No. 64686 de febrero 19 de 1985, impuesta por la Aduana de Buenaventura.

El señor abogado propone las siguientes excepciones:

1. PRESCRIPCION

Afirma el opositor con fundamento en el Artículo 1081 del Código de Comercio en síntesis, que la acción que se adelanta contra su representada está prescrita como quiera que han transcurrido en exceso los dos años de que trata la citada disposición. Bien sea que se interprete que este término se cuenta a partir del momento en que la Aduana conoció del incumplimiento de la obligación por parte del afianzado (HILOS CADENA S.A.), o de la ejecutoria del acto administrativo que declara el incumplimiento de aquélla y ordena hacer efectiva la garantía a la Aseguradora.

En el primer caso porque la vigencia de la póliza fue establecida del 19 de febrero de 1985 al 19 de julio del mismo año, prorrogada por el Certificado de Modificación No. 26780 hasta septiembre de 1985 y el mandamiento de pago se notificó el 17 de enero de 1989, y en el segundo, en razón a que la Resolución Administrativa No. 000955 fue proferida el 6 de agosto de 1986 notificada por edicto que se desfijó el 2 de septiembre del mismo año.

En el alegato de conclusión (Abril de 1991) el señor apoderado se refiere a la jurisprudencia de la Sección según la cual el término de prescripción de la acción es de cinco (5) años con base en el Artículo 66 del Decreto 01 de 1984 para afirmar la improcedencia de esta tesis en el caso presente, habida consideración de que el citado Artículo fue derogado por el Artículo 9o. del Decreto 2304 de 1989 el cual, a su turno, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 80 de junio 20 de 1990 de donde concluye (con cita del Art.14 de la Ley 153 de 1887) que "...por ello no hay actualmente norma vigente que regule lo referente a la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos y por tanto no se puede hablar de prescripción de cinco (5) años ".

Como conclusión, reitera que por aplicación del Artículo 1081 del C. de Co. y haber transcurrido más de dos años entre la expedición del acto administrativo (que materializó el siniestro) y la notificación del mandamiento de pago, ésta se produjo fuera del término permitido por la ley.

2. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION AFIANZADA

Sostiene el apoderado judicial que lo que se garantizó mediante la Póliza de Cumplimiento No. 64686 fue la presentación ante la Aduana de Buenaventura del conocimiento de embarque de unas mercancías claramente determinadas por el afianzado y beneficiario y el citado documento fue presentado por el afianzado

HILOS CADENA S.A., ante la Aduana de Buenaventura oportunamente, y "no es distinto al que le fue entregado por el naviero, que es quien lo expide al momento de embarcar las mercancías con fines de exportación".

No entiende porqué la Aduana de Buenaventura admite que la motonave Bo Johnson V-505 Bum, 040285 y las mercancías descritas en el conocimiento de embarque presentado, coinciden con la importación que se autorizó, pero desestima el documento porque no es auténtico, no obstante que está suscrito por el funcionario de la línea marítima.

En el alegato de conclusión, reitera que en el expediente existe fotocopia del original del "conocimiento de embarque" en la que el funcionario competente de la Dirección de Aduanas de Buenaventura certifica que es una reproducción del original, por lo que la obligación se cumplió y con ello se extinguió la fianza que lo garantizaba.

Aunque estas dos fueron las excepciones planteadas oportunamente en el memorial del 26 de enero de 1989, se observa que con ocasión del traslado para presentar alegatos de conclusión el señor apoderado incluyó como una nueva excepción la de " inexistencia del título ejecutivo ".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En primer lugar es necesario descartar de posibles consideraciones la excepción incluida en el alegato de conclusión como " inexistencia de título ejecutivo " por varias razones: primero, por ser extemporánea, ésto es, propuesta fuera del término de los diez (10) días que al efecto consagra el Artículo 509 del Código de Procedimiento Civil y segundo, porque el mismo tema fue planteado en el recurso de apelación contra el auto del mandamiento de pago el cual fue resuelto desfavorablemente por esta Sala mediante Auto del 10 de mayo de 1990.

En consecuencia se proceden a analizar las dos excepciones inicialmente expuestas:

1. PRESCRIPCION

La tesis de la no aplicación del término de dos años de que trata el Artículo 1081 del Código de Comercio sino de cinco años del Artículo 66 del Decreto 01 de 1984 como término válido para el ejercicio de la acción ejecutiva por parte de las entidades públicas, en los casos de cobro de garantías mediante Pólizas de Seguros, fue adoptada como jurisprudencia de la Corporación en fallos de Sala Plena de fechas 5 de septiembre de 1990 (exp. A-050 y R-087 mayo 7/91.

Por este motivo la Sección se limita a reiterar su criterio varias veces expuesto en este sentido y de conformidad con el cual no se configura la caducidad de la acción ejecutiva en el caso que se analiza puesto que el mandamiento de pago se

notificó antes de los cinco años de quedar ejecutoriada la Resolución 955 de 1986 de la Dirección General de Aduanas, lo cual se produjo el 2 de septiembre de 1986.

Para la Sala tampoco es aceptable el razonamiento del defensor de la ejecutada consistente en la desaparición de dicho término como consecuencia de la derogatoria del Artículo 66 del Decreto 01 de 1984 por el Artículo 9o. del Decreto 2304 de 1989 y la subsiguiente inexequibilidad de este último, por dos consideraciones elementales:

a) En primer lugar porque el término de cinco (5) años también fue adoptado por el Artículo 9o. del Decreto 2304 de 1989 de suerte que cualquiera que hubiere sido la duración o existencia de esta norma, no alteró el término de caducidad de las acciones ejecutivas: los iniciados a partir del 1o. de marzo de 1984 fecha de entrada en vigencia el Decreto 01 de 1984, ha sido y sigue siendo en la actualidad el mismo de cinco (5) años y

b) Porque sabido es que los efectos de los fallos de inexequibilidad que profiere la Corte Suprema de Justicia no son iguales a los de la derogatoria de las leyes. La jurisprudencia tanto de la misma Corte como la del Consejo de Estado ha sido concordante en esta materia en el sentido de que la declaratoria de inexequibilidad de una ley derogatoria de otra, hace revivir a ésta última, o mejor, significa y aclara que la norma inconstitucional no tuvo nunca la virtud de derogar la primera y por esa razón ésta recobra su pleno vigor. Es por ello que la declaratoria de inexequibilidad del Artículo 9o. del Decreto 2304 de 1989 no produjo el vacío que pretende llenar el señor apoderado con el Artículo 1081 del Código de Comercio porque la que recobró vigencia fue el Artículo 66 del Decreto 01 de 1984, o sea, el término de caducidad de cinco (5) años que por lo demás, como se dijo anteriormente, había sido también de 5 años en el Decreto 2304 de 1989.

En consecuencia, no prospera la alega
da excepción de prescripción.

2. EXCEPCION DE PAGO O CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION

Practicamente todas las circunstancias expuestas por la Aseguradora tendientes a demostrar la entrega oportuna del documento original del conocimiento de embarque no son posteriores a la expedición de la providencia de cuyo cobro se trata (Res.955 de 1986) conforme a la clara previsión que establece el segundo inciso del Artículo 509 del C.P.C. como condición para que sea procedente la excepción de pago.

La pretendida presentación del citado documento en original, en lo cual radicaba la obligación garantizada, precisamente fue el motivo de análisis y expedición de la Resolución 955 de agosto 6 de 1986 por parte de la Aduana para lo cual " la obligación no ha sido satisfecha hasta el momento a pesar de los requerimientos hechos...". En consecuencia el tema fué materia de aclaración en su oportunidad a través de los recursos gubernativos contra dicha providencia que la Compañía Aseguradora dejó ejecutoriar sin interponerlos.

En este proceso no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa " dispone en forma perentoria el Artículo 561 del C.P.C. pero además, sucede que la única prueba invocada por el excepcionante no produjo el resultado apetecido por éste. En efecto el testimonio provocado del señor Eduardo Gerlein o del Representante Legal de la firma"Eduardo Gerlein S.A." según diligencia practicada por el comisionado Tribunal Administrativo del Atlántico el 1o. de octubre de 1990 condujo a que el Gerente, señor Luis Eduardo Pérez Vives expresara: " No reconozco ni el contenido ni la firma que aparece en el documento que se me ha puesto de presente porque no son de mi autoría. Parece ser que por la fecha correspondería a la de Luis Ernesto Durier ya que él a esa fecha era quien manejaba certificados y reclamaciones que hicieran a Aduanas-Transportes-Vapores Eduardo Gerlein S.A. en la ciudad de Bogotá por ser la principal de la firma ".

Como con el documento analizado se pretendió acreditar la entrega del ORIGINAL del conocimiento de embarque y como de ello no resulta probada, ni lo está por otro medio en el expediente, tampoco es aceptable esta excepción.

En consecuencia, 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. No prosperan las excepciones propuestas por la ejecutada.

2o. Continúe la ejecución.

3o. Costas a cargo del excepcionante, las que serán tasadas con la liquidación del crédito.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE A LA OFICINA DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS-Efectos/**PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

El cumplimiento de la Administración al remitir los antecedentes no puede perjudicar probatoriamente al contribuyente. La prueba por excelencia en materia de comparación de patrimonios, está constituida por las declaraciones y sus anexos explicativos. Desde este punto de vista resulta aceptable que ante la imposibilidad de la Administración para remitir los antecedentes completos, pueden admitirse los presentados por el actor (copia de su archivo autenticada ante Notario), porque es de aquellos casos en que no pudieran aducirse en la primera instancia "...por obra de la parte contraria..." y no pueden calificarse como prueba nueva. La omisión o incumplimiento del deber de remitir los antecedentes por cualquier causa que ello suceda, no puede erigirse en una causal que la favorece sino al contrario, la perjudica.

COMPARACION DE PATRIMONIOS

Evidentemente en el anexo de la declaración de renta de 1982 y en el que se depuró el valor patrimonial declarado en aquella, se partió del costo ajustado en 1981, sin tener en cuenta que éste había sido afectado en el mismo año con la depreciación solicitada por el período. Al comparar esta cifra con la declarada en 1982 en la cual no se descontó, lógicamente quedó aumentando la diferencia en la misma cifra de la depreciación, pero viéndose claramente esta situación era aceptable como explicación, pues mal podía tomarse como una "renta capitalizada". Esto que fue explicado desde un principio por la empresa en la respuesta al requerimiento ha debido aceptarse por estar comprobado con los mismos anexos de las declaraciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., Julio quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3086. Actor: Malterías de Techo S.A.
Impuesto (Renta)
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la apoderada judicial de la sociedad MALTERIAS DE TECHO S.A., contra la sentencia del 23 de marzo de 1990, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las peticiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el período gravable de 1982.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previo requerimiento especial No. 053 de junio 5 de 1985, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la liquidación de Revisión No. 0451 del 17 de septiembre del mismo año. Determinó la renta por el sistema especial de comparación patrimonial previsto por los artículos 74 del Decreto 2053 de 1974 y su reglamentario art. 91 del Decreto 187 de 1975, porque la contribuyente no justificó el incremento de activos originado entre el año gravable declarado y el inmediatamente anterior.

No demostró dice, por medio de la contabilidad o con copia o fotocopia autenticada de la declaración de renta del año de 1981, que la diferencia patrimonial determinada obedeció a que la depreciación de los bienes raíces no fue tenida en cuenta para establecer el costo fiscal de los mismos en 1982, como lo afirmó en la respuesta al requerimiento la sociedad.

Interpuesto el recurso de reconsideración contra la decisión gubernamental, la agencia fiscal la confirmó por medio de la Resolución No. 0254 del 12 de mayo de 1987. No admitió como desvirtuado el incremento de activos, porque la depreciación de los bienes raíces según su entender sí tuvo en cuenta al depurar el costo de los mismos tanto en el año de 1981 como en el período de 1982.

Agotada la vía gubernativa, demandó la actora ante la jurisdicción, la nulidad de los actos administrativos determinantes del impuesto de renta líquido a su cargo por el año de 1982 y que como consecuencia se ordene que solamente está obligada a cancelar el tributo determinado en su liquidación privada.

Insiste la reclamante en que el incremento del activo en 1982 lo originó el procedimiento que se utilizó para determinar el VALOR patrimonial de los bienes raíces. Mientras que para el año de 1981, la depreciación solicitada se descontó del activo, para el año 1982 se partió del costo determinado con base en lo dispuesto por los artículos 54 del Decreto 2247 de 1974, Parágrafo 1o. de la Ley 20 de 1979 y 5o. del Decreto 2595 de 1979, sin descontar la depreciación solicitada en 1981. Citó como disposiciones violadas las siguientes:

- Art. 74 del Decreto 2053 de 1974

- Inciso 2o. artículo 91 del Decreto 187 de 1975

- artículo 54 del Decreto 2247 de 1974

- Parágrafo del art. 1o. de la Ley 20 de 1979 y

- Art. 5o. del Decreto Reglamentario 2595 de 1979.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo denegó las súplicas de la demanda. No encontró probadas las aseveraciones de la sociedad, puesto que aun cuando la contribuyente explicó el incremento del activo con el análisis que hizo de las informaciones suministradas en los anexos 7.2 de la declaración de renta 1981 y 6.2 de la correspondiente a 1982, los cuales califica de plena prueba por formar parte de aquellas, no los aportó al proceso.

LA APELACION

La apoderada de la sociedad recurrente insiste en que los elementos de juicio necesarios para desvirtuar la diferencia patrimonial, son declaraciones de renta 1981 y 1982 que junto con los anexos deben reposar en los archivos de la Administración, como quiera que fueron éstos el fundamento de la actuación oficial que se discute y los aporta en la apelación en fotocopia autenticada ante Notario.

Solicita que se revoque la sentencia apelada con los mismos argumentos expuestos tanto en la vía gubernativa como en la contenciosa.

PARTE OPOSITORA

La apoderada judicial de la Dirección General de Impuestos se opone a las pretensiones de la sociedad.

Admite que los documentos probatorios allegados por la apelante, fueron los que sirvieron de sustento al fallo que profirió la Oficina de Recursos Tributarios de la Administración y con base en los mismos concluye que " Si bien es cierto que la sociedad al determinar el valor patrimonial del inmueble ubicado en la Avenida Galán No. 12B-98 Puente Aranda Techo Malta, Bogotá, partió de un valor diferente al declarado como costo fiscal, ese hecho no es justificativo de la diferencia patrimonial, porque como ha quedado demostrado, las depreciaciones jugaron en los respectivos años gravables 1981 y 1982. En consecuencia, pide que se nieguen las peticiones y se confirme la sentencia apelada.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de la Corporación Dra. Margarita Olaya de Obando, en su concepto de fondo adhiere a lo expuesto por el *a-quo.* El punto objeto del debate dice, es eminentemente probatorio " desvirtuada la presunción de veracidad de la declaración por medio del requerimiento especial, estaba obligada la sociedad a probar los elementos justificativos de la diferencia patrimonial".

Por otra parte agrega, que los documentos presentados con motivo de la apelación (fotocopia autenticada de la declaración de renta de 1981 y fotocopias de unos anexos de las declaraciones 1981 y 1982) deben considerarse improcedentes por no configurarse ninguna de las causales previstas por el artículo 214 del C.C.A. y si bien en el inciso 3 de la norma se establece la posibilidad de allegar "documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria" tales circunstancias no están probadas, ni a la Administración puede exigírsele aportar documentos que igualmente deben reposar en los archivos de la sociedad.

Por último, tampoco el Ministerio Público admite como idóneas estas pruebas para desvirtuar el incremento patrimonial, porque a mas de que carecen de la constancia de presentación oportuna ante las autoridades de impuestos, no demuestran que el aumento del valor de los bienes raíces declarados en 1981 y 1982 se haya originado en idénticos inmuebles.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

1a. LA FALTA DE ENVIO DE LOS ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO PUEDE PERJUDICAR AL ACTOR

Es cierto como lo observa la señora Fiscal Sexta y así lo ha expresado esta Sección, que el artículo 214 del C.C.A. estableció una restricción probatoria en la segunda instancia en el sentido de que solamente son aceptables las que se presentan cuando se configura alguno de los cuatro casos previstos en dicha norma.

Para el recurso que se atiende, la Sala considera que precisamente se está en la situación prevista en el No. 3 " cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o *por obra de la parte contraria"* (se subraya).

En la demanda la actora solicitó como pruebas " los antecedentes administrativos " y por tratarse de un problema de comparación de patrimonios fueron requeridas las declaraciones de renta de los años 1981 y 1982 en forma reiterada por el Magistrado sustanciador, pues fue necesario repetir los oficios, enviarlos a otras oficinas según respuestas de funcionarios de la Administración, hasta que al fin de varios intentos en febrero de 1989 el Archivo manifestó haber encontrado solamente el formulario original de la declaración de renta de 1982 y copia de la contestación al requerimiento especial por el mismo ejercicio.

El criterio de la Sala ha sido el de que el incumplimiento de la Administración al remitir los antecedentes no puede perjudicar probatoriamente al contribuyente. En providencia del 14 de julio de 1977 (Expediente No. 4480 C.P. Dr. Bernardo Ortiz Amaya) expresó la Sección:

" Los hechos anteriores están suficientemente demostrados en el expediente: la decisión del Tribunal se halla ajustada a derecho y como el mismo Tribunal manifiesta que por el incumplimiento de la Dirección General de Impuestos al no remitir los antecedentes administrativos reiterativamente solicitados por él, hay que hacer fe de los documentos que en fotocopia y en copias autenticadas presentó el actor, de los cuales se desprende que su reclamo buscaba que se declarara en firme su liquidación privada y esta obra en fotocopia, procedió bien al dejar en firme esta liquidación."

"...". (Anales 2o. semestre 1977, página 766).

Mal puede la Administración pedir fallo adverso con base en una " falta de prueba " que ella misma ha causado y que está establecida en varias piezas del proceso, máxime cuando en casos como el que se estudia, las únicas pruebas como lo entendió la demandante, son las declaraciones de renta y sus anexos, puesto que se trata de establecer una situación fiscal con base en los patrimonios líquidos declarados, en los que la contabilidad esporadicamente sirve para aclarar la cuantía o factores tenidos en cuenta al declarar. La prueba por excelencia en esta materia, está constituida por las declaraciones y sus anexos explicativos porque de la comparación de las cifras que arrojen, se establece si hay o no lugar a determinar la renta por la diferencia no justificada.

Desde este punto de vista resulta aceptable para la Sala que ante la imposibilidad de la Administración para remitir los antecedentes completos, pueden admitirse los presentados por el actor (copia de su archivo autenticada ante Notario) porque es de aquellos casos en que no pudieron aducirse en la primera instancia "... por obra de la parte contraria..." y no pueden calificarse como prueba nueva.

La condición de parte que el C.C.A. le atribuyó a la Administración en el proceso contencioso administrativo, implica la consagración de iguales derechos y obligaciones que deben ejercerse con lealtad. La omisión o incumplimiento del deber de remitir los antecedentes, por cualquier causa que ello suceda, no puede erigirse en una causal que la favorece sino al contrario, la perjudica.

2o. LAS DECLARACIONES DE RENTA COMO PRUEBA EN LA COMPARACION PATRIMONIAL

Analizada la fotocopia auténtica de la declaración de renta 1981 y su anexo número 7.2, la Sala encuentra que en la primera, en el renglón número 22 " Bienes raíces " la sociedad relacionó la suma de $222.041.529, resultado que se obtuvo en la depuración del valor patrimonial del bien urbano distinguido con la ficha

catastral No. 11.720 localizado en la Avenida Galán No. 12B-98 Puente Aranda Techo Malta Bogotá, que se registró en el anexo número 7.2.

En éste, al costo fiscal declarado en 1980 de $189.551.369 le adicionó la suma de $52.600.505 correspondiente al incremento del 27.75%, previsto para el año gravable de 1981, y a la suma resultante, esto es, a $242.151.874 le restó la depreciación solicitada por el período fiscal, $20.110.345 para llegar al valor patrimonial declarado en el renglón No. 22 de $222.041.529.

En el denuncio fiscal 1982, el mismo bien urbano relacionado en el anterior fue declarado en el formulario con la modificación que se hizo en este año, así:

Renglón 25 Terrenos ...	$ 28.994.384
Renglón 28 Edificios...	$269.990.535
Suman...	$298.984.918
Menos renglón 29- Depreciaciones acumuladas Edificios	$ 12.451.045
Valor patrimonial neto no declarado...	$286.533.874

Del anterior análisis la Sala establece, que como lo ha venido argumentando la actora desde la respuesta al requerimiento especial, la diferencia patrimonial determinada, la explica la depreciación solicitada por el año gravable de 1981 en cuantía de 20.110.345 y que no se tuvo en cuenta por la misma contribuyente al presentar el valor patrimonial en la declaración de renta de 1982, ni por los funcionarios de impuestos, al practicar el requerimiento especial, la liquidación de Revisión, ni al fallar el recurso de reconsideración.

Evidentemente en el anexo número 6.2 de la declaración de renta 1982 y en el que se depuró el valor patrimonial declarado en aquélla, se partió del costo ajustado en 1981 ($242.151.874), sin tener en cuenta que éste había sido afectado en el mismo año con la depreciacion solicitada por el período ($20.110.345) y por eso declaró en 1981 por $222.041.529. Al comparar esta cifra con la declarada en 1982 en la cual no se descontó, lógicamente quedó aumentando la diferencia en los mismos 20.110.345, pero viéndose claramente esta situación, era aceptable como explicación, pues mal podía tomarse como una "renta capitalizada".

Esto que fue explicado desde un principio por la empresa en la respuesta al requerimiento ha debido aceptarse por estar comprobado con los mismos anexos de las declaraciones.

Como con lo anterior y tenida en cuenta la utilidad comercial del año de $600.504, queda desvirtuada la aplicación del sistema especial de comparación de

patrimonios y no habiéndose formulado ninguna otra glosa a la liquidación privada, es del caso confirmar ésta.

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,

F A L L A :

1- Revócase la sentencia apelada.

2- CONFIRMASE LA LIQUIDACION PRIVADA PRESENTADA POR LA SOCIEDAD MALTERIAS DE TECHO S.A. NIT. 60.024.958 y en la cual se fijó un impuesto de renta a su cargo por la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y TRES PESOS ($394.173) correspondiente al período gravable 1982.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/ SALDO A FAVOR-Imputación

Admitida la existencia del saldo crédito para el segundo semestre de 1979, para llevarlo a la primera declaración del período de 1984, no se requería la autorización de la Administración de Impuestos para imputar el saldo a favor, pues la norma sólo la exigió para los responsables cuyo período fiscal es anual, que en su declaración de ventas por el trimestre enero-febrero y marzo de 1984 presenten saldo a su favor, y no podía aplicarse a la actora por sustracción de materia; no era responsable y no tenía declaración. De otra parte no existía norma que le prohibiera llevar el saldo a favor de su declaración tributaria de 1979 a "su siguiente declaración" (1984) y éste era el único camino viable ante la imposibilidad jurídica de obtener su devolución, hecho con el cual las situaciones del interesado se consolidan en aras de la seguridad de las relaciones jurídicas fisco contribuyente. (Abril-Diciembre 1984)

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Quince (15) de Julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3502. Actor: Almacenes Paguemenos Ltda y Cía. S.C.A. Apelación de la Sentencia del 8 de Marzo de 1991. Tribunal Administrativo de Antioquia.
Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
Ventas - período gravable Abril-Diciembre de 1984.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 8 de Marzo de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las súplicas de la demanda en

el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad " ALMACENES PAGUEMENOS LTDA Y CIA S.C.A. " NIT 90918054, contra el acto administrativo que le determinó el impuesto sobre las ventas a cargo por el período correspondiente de Abril a Diciembre de 1984.

ANTECEDENTES

La sociedad ALMACENES PAGUEMENOS LTDA Y CIA S.C.A., al presentar la declaración de ventas por el período comprendido del 1o. de Abril al 31 de Diciembre de 1984, determinó un total de impuestos por $15.905.435 y declaró impuestos descontables por $17.198.049, para un saldo neto a favor por $1.293.114.

La Administración de Impuestos Nacionales de Medellín practicó inspección contable a la actora y encontró que el monto del impuesto descontable por compras, durante el período fue sólo de $15.378.409, en consecuencia mediante requerimiento AEV-123 de Mayo 12 de 1987, propuso a la contribuyente la modificación de su liquidación privada y la imposición de sanción, debido al rechazo de la suma de $1.820.140, que no correspondía a impuestos descontables del período, sino a un saldo a favor generado en la declaración de ventas por el segundo semestre de 1979. Manifestando que el rechazo era procedente de conformidad con lo dispuesto por los artículos 15 del Decreto 3541 de 1983 y 34 del Decreto 1813 de 1984.

Propuesta que concretó en la liquidación de revisión # 067045 del 13 de Agosto de 1987 en la cual determinó un mayor valor por $527.026 por concepto de impuestos y sanción por inexactitud de $3.640.280.

Inconforme la contribuyente recurrió en reconsideración ante la misma Administración, quien mediante Resolución # 0025 del 19 de Abril de 1988, confirmó el acto recurrido.

Acudió la contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia alegando violación de los artículos 27 del Decreto 3541 de 1983; 34 del Decreto 1813 de 1984; 21 del Decreto 1494 de 1978 y 49 y 50 del Decreto 3803 de 1982.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, accedió a las súplicas de la demanda considerando que jamás se discutió por la Administración la existencia del saldo sino el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 34 del Decreto ley (sic) 1813 de 1984, que si la actora no fue contribuyente del impuesto sobre las ventas por el período correspondiente al primer trimestre de 1984 no entiende como puede cobijarse su situación por el artículo 34 del Decreto 1813 de 1984 y exigírsele la previa autorización de la Administración de Impuestos, para imputar un saldo a favor que tenía en la declaración semestral de 1979.

Concluye el Tribunal, que si la sociedad tenía derecho al saldo, no puede haber inexactitud.

LA APELACION

La entidad demandada a través de apoderado judicial apela la sentencia, alegando que de acuerdo con el artículo 27 del Decreto 3541 de 1984 (sic), no siendo el responsable ni productor de bienes exentos ni exportador, no tenía derecho a devolución del impuesto sobre las ventas y solamente en los casos de saldo a favor debió trasladarlos al siguiente período fiscal, y que el saldo a favor de Diciembre de 1979 es el mismo saldo a favor a Marzo 30 de 1984 que la demandante debe arrastrar período a período hasta que sea absorbido por un nuevo impuesto y que fue exactamente lo que el contribuyente hizo en el período de Mayo-Junio de 1984, pero que con la expedición del Decreto 1813 de 1984, estaba obligado a solicitar previa autorización de la Administración de Impuestos correspondientes para el efecto.

Con ocasión del traslado a las partes, la apoderada judicial de la entidad demandada luego de hacer disquisiciones sobre el Decreto 3541 de 1983, concluye que a la actora no le asiste ningún derecho para llevar unos impuestos descontables causados en el año de 1979 a su declaración de Abril-Diciembre de 1984 sin fundamento jurídico y que además en cuanto a la causación de los impuestos descontables, es clara la norma al exigir que deben hacerse en el período fiscal correspondiente a la causación, o a más tardar en uno de los segundos períodos venideros.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez Fiscal Tercero de la Corporación, solicita la confirmación de la sentencia apelada, porque si la sociedad no era responsable del impuesto sobre las ventas por el año de 1983, es desacertado que se le obligue a la autorización de la Administración, previa solicitud en los términos del artículo 34 del mencionado decreto.

Considera, que como lo afirma acertadamente el *a-quo,* si la sociedad tenía derecho a descontar el saldo a su favor, consecuencialmente no puede haber inexactitud.

Concluye que bastaba la sola presentación de la declaración de ventas correspondiente sin que mediara autorización, para el reconocimiento del saldo solicitado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el motivo de la apelación no es otro que la pretensión de la entidad demandada de que no se reconozca el saldo que a favor de la actora arrojó su declaración de impuestos sobre las ventas correspondiente al segundo semestre de 1979 y que ésta aplicó en su declaración del período Abril-Diciembre de 1984,

vigencia en la cual manifiesta, vuelve a ser responsable del impuesto en virtud del Decreto 3541 de 1983.

Resulta conveniente precisar tres hechos:

1) Que la Administración en ningún momento discute ni desconoce la existencia del saldo a favor del período correspondiente al segundo semestre de 1979, teniendo la oportunidad de hacerlo, en las etapas de fiscalización y determinación del impuesto por dicho período.

2) Que la manifestación hecha por la demandante, de no haber sido responsable del impuesto por los años de 1980 a 1984 (primer trimestre), tampoco es controvertida por la Administración.

3) Que no siendo responsable del impuesto por el primer trimestre de 1984, la sociedad ALMACENES PAGUEMENOS LTDA Y CIA S.C.A., no estuvo obligada a presentar declaración por este período.

Bajo la existencia de estos hechos, debe determinarse la aplicación de las normas contenidas en los Decretos 3541 de 1983 y 1813 de 1984 en los cuales fundamentan las partes sus pretensiones, atendiendo a su vigencia.

El artículo 94 del Decreto 3541 de 1983, dice claramente:

> " El presente decreto rige a partir del 1o. de Abril de 1984 salvo lo previsto en los artículos 40, 46, 81, 86, 87, 88, 89 y 91 con relación a los cuales rige a partir de la fecha de su expedición ". (Diciembre 29 de 1983).

Los artículos 40 y 46, se refieren a la obligación del registro de los responsables del regimen simplificado y común, en el mes de Marzo de 1984; el 81 prevé una amnistía tributaria para responsables no inscritos, siempre que cumplan determinadas exigencias antes del 31 de Enero de 1984, el 86 y 87 se refieren a las tareas de sistematización, y el 91 (transitorio, establece períodos para pago del impuesto) es decir que en todo lo demás y especialmente en materia de impuestos descontables y aplicación de saldos a favor rige el decreto a partir del 1o. de Abril de 1984, sin que sea dable pretender darle vigencia retroactiva ni retrospectiva contrariamente a lo dispuesto en la misma ley, y menos aún aplicarla a personas que si bien fueran responsables del impuesto, al momento de entrada en vigencia de la nueva ley no lo eran.

En este orden de ideas, admitida la existencia del saldo crédito por el segundo semestre de 1979, para llevarlo a la primera declaración del período 1984, no se requerida la mencionada autorización pues el decreto reglamentario 1813 de 1984 artículo 34, solo la exigió para los responsables cuyo período fiscal es anual, que en su declaración de ventas por el trimestre Enero-Febrero y Marzo de 1984 presenten saldo a su favor, y no podía aplicarse a la actora por sustracción de materia; no era responsable y no tenía declaración.

De otra parte como lo alega la actora no existía norma que le prohibiera llevar el saldo a favor de su declaración tributaria de 1979 a " su siguiente declaración " (1984) y este era el único camino viable ante la imposibilidad jurídica de obtener su devolución, hecho con el cual las situaciones del interesado se consolidan en aras de la seguridad de las relaciones jurídicas fisco contribuyente.

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,

F A L L A :

1) CONFIRMASE la sentencia apelada

2) RECONOCESE a la doctora MELBA CECILIA CADAVID YEPES como apoderada de la entidad demandada en los términos del poder que obra a folio 90 del cuaderno principal.

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

Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento/ **RECURSO DE APELACION**-Oportunidad/ **IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Para acudir ante esta jurisdicción es presupuesto previo el agotamiento de la vía gubernativa (art. 135 del C.C.A.) y éste debe hacerse de acuerdo con el procedimiento vigente ante las autoridades gubernamentales. No puede interponerse primero el recurso de reposición y esperar a que éste se falle para formular el de apelación, porque de proceder así el recurso resulta extemporáneo porque éste procede contra el acto liquidatorio y no contra la resolución que decide el recurso. No obstante está demostrado dentro del proceso que la compañía sólo hizo uso del primero de los recursos, pero dejó de interponer como subsidiario en este caso, el de apelación que resultaba imperioso para agotar la vía gubernativa. (Ejercicio fiscal de 1984)

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., Julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3223. Actor: Vimodernas S.A. Impuestos (Industria y Comercio)
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la sociedad "VIMODERNAS S.A.", contra la sentencia del 15 de junio de 1990, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se declaró inhibido para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, dirigida contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de Industria y Comercio correspondiente al período gravable de 1984.

Con los mismos argumentos consignados en la demanda, solicita se acceda a su pretensión principalmente dirigida a obtener la exclusión de los ingresos en cuantía de $57.697.929 en razón de provenir de la enajenación de activos fijos y que la Administración no aceptó.

Con fundamento en el artículo 20 del Decreto 2053 de 1974, art. 12 del Decreto 3211 de 1979 y el art. 5o. del los estatutos de la sociedad, el apoderado insiste en que la enajenación de unas acciones que se efectuó durante el período gravable no puede calificarse como venta de activos movibles, sino de activos fijos y por ende el producto de la operación debe excluirse de la base gravable del impuesto de Industria y Comercio, al tenor de los arts. 196 del Decreto 1333 de 1986 y 16 numeral 2 del Acuerdo 21 de 1983.

El apoderado del Distrito Especial de Bogotá, se opone a la apelación y solicita se confirme la sentencia apelada.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de esta Corporación, Dra. Olga Lucía Zuluaga Vásquez, en su concepto de fondo adhiere a lo expuesto por el *a-quo*. Al comentar el procedimiento vigente en el Distrito Especial de Bogotá en esta materia, el recurso de apelación se puede interponer de manera subsidiaria en el recurso de reposición o directamente, pero siempre dentro del mes siguiente a la fecha de notificación del acto impugnado. En el caso que se cuestiona la sociedad no lo interpuso ni de una ni de otra manera, de donde se infiere que la reclamante no cumplió con el presupuesto de agotamiento de la vía gubernativa establecido en el art. 135 del C.C.A. para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativo.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION :

La Sala está de acuerdo con el *a-quo* y con el Ministerio Público. Para acudir ante esta jurisdicción es presupuesto previo el agotamiento de la vía gubernativa (art. 135 del C.C.A.) y éste debe hacerse de acuerdo al procedimiento vigente ante las autoridades gubernamentales. Para el caso era el previsto en el Acuerdo 21 de 1983 por ser norma especial de preferente aplicación (y no las del Decreto 2733 de 1959 o del Decreto 01 de 1984).

De conformidad con los arts. 59 y 62 del Acuerdo 21 de 1983, contra los actos de liquidación del impuesto de Industria, Comercio y Avisos expedidos por la Dirección Distrital de Impuestos, proceden por la vía gubernativa los recursos de reposición y el subsidiario de apelación. Este podrá interponerse también directamente, pero en ambos casos dentro de un plazo máximo de un mes calendario contado a partir de la fecha de notificación del acto que se pretende impugnar.

No puede interponerse primero el de reposición y esperar a que éste se falle para formular el de apelación, porque de proceder así el recurso resulta extemporáneo porque éste procede contra el acto liquidatorio y no contra la resolución que decide el recurso.

En el anverso de la liquidación oficial No.842046 notificada el 2 de marzo de 1987, acto por medio del cual la Dirección de Impuestos Distritales fijó el tributo de Industria, Comercio y Avisos, a cargo de la sociedad por el período gravable 1984, se le advirtió que contra aquélla eran procedentes los recursos de reposición y apelación y el término legal que disponía para interponerlos era de un mes calendario a partir de la fecha de introducción al correo.

No obstante está demostrado dentro del proceso que la Compañía sólo hizo uso del primero de los recursos en memorial que radicó el 2 de abril del mismo año, pero dejó de interponer como subsidiario, en este caso, el de apelación que resultaba imperioso para agotar la vía gubernativa. La interpretación de los artículos 59 y 62 del Acuerdo 21 de 1983 expresada por la Fiscal 2a. ante el Tribunal de Cundinamarca y en la cual basó el *a-quo* su fallo (folios 5 y 6) es con la cual está de acuerdo esta Sala y que resume también la vista fiscal en esta instancia, así:

> " Queda así suficientemente claro que el recurso de apelación es indispensable para agotar la vía gubernativa en el procedimiento consagrado para el manejo del Impuesto de Industria y Comercio. Que puede interponer de manera subsidiaria con el recurso de reposición o directamente, pero siempre dentro del mes siguiente a la fecha del acto impugnado y que sólo procede contra el acto de liquidación del impuesto".
>
> "...".

Esto es, no se dio en el presente caso el agotamiento de la vía gubernativa y sin éste no es posible entrar a considerar el fondo de la controversia sobre la liquidación como lo pretende el apelante.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de junio de 1990.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PASIVOS-Rechazo/ LIBROS DE CONTABILIDAD/ PRUEBA CONTABLE

Si bien relacionó la actora en su declaración tributaria el pasivo, practicada inspección contable por la Administración, se encontró que la contribuyente no llevaba contabilidad conforme con las normas comerciales y tributarias y que además no existían documentos que permitieran evidenciar la existencia real del mismo. Practicada la prueba contable, ordenada por el *a-quo* a los libros de la acreedora, se encontró que ésta tampoco tenía su contabilidad de conformidad con las normas legales ni sanas prácticas contables, y que el registro del crédito se hizo por fuera de cierre y con ausencia de soportes. Como se evidencia ni la contribuyente ni la sociedad acreedora llevaban su contabilidad de acuerdo con la ley, razón por la cual sus libros de comercio carecen de fuerza probatoria en materia fiscal (Ejercicio fiscal de 1985).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá D.E., Julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3162. Actor: Ricardo Tovar y Cía Ltda. Apelación sentencia del 18 de Julio de 1990. Tribunal Administrativo del Tolima.
Juicio de restablecimiento de carácter fiscal. Renta de 1985.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora, contra la sentencia del 18 de Julio de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "RICARDO TOVAR Y CIA LTDA", contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos de Ibagué, le determinó el impuesto de renta a cargo por la vigencia fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó su declaración de impuesto de renta por el año gravable de 1985, en la cual informó un pasivo de $10.257.234 a favor de Central de Construcciones Ltda, NIT 90701644 y Ricardo Tovar Díaz.

La Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, mediante liquidación 002 de Febrero 23 de 1988, previo requerimiento, modificó la liquidación privada presentada por la contribuyente. Como consecuencia de la inclusión dentro del patrimonio líquido del valor del pasivo glosado y desconocido, determinó la renta líquida gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios.

Dentro de la oportunidad legal prevista, la sociedad contribuyente interpuso el recurso de reconsideración el que fue resuelto en la vía gubernativa con reconocimiento del pasivo a favor de Ricardo Tovar Díaz unicamente, mediante la Resolución 007, notificada personalmente al representante legal el 17 de Marzo de 1989.

Inconforme acude la contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Tolima, alegando violación de los artículos 5o. del Código de Comercio, 31 de la Ley 52 de 1977; 124 del Decreto 2053 de 1974; 98 de la Ley 09 de 1983 y del Decreto 624 de Marzo 30 de 1989.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, no accedió a las súplicas de la demanda al considerar que fue correcta la actuación administrativa, en razón de que el pasivo rechazado en la vía gubernativa no se acreditó con la plenitud de las formalidades contables legales, y hace el recuento de la prueba contable en los Decretos 1651 de 1961, artículo 77; 1366 de 1967, artículos 58 y 59; 2821 de 1974, artículos 33 y 34, para concluir que el valor de plena prueba que se da a los libros de contabilidad en materia tributaria está sometido a dos condiciones:

a) que los libros se lleven debidamente y que estén registrados, y

b) que los asientos tengan el respaldo de los comprobantes internos y externos.

Concluye que adoleciendo de dichos comprobantes la contabilidad, la certificación extendida por Fernando Osorio Bonilla sobre el registro del crédito a cargo de la actora en la contabilidad de la sociedad acreedora: Central de Construcciones Ltda, Nit 90701644, no es prueba suficiente de hechos contrarios a los que la Administración de Impuestos constató tanto sobre la contabilidad de la actora, como los verificados por inspección practicada a la sociedad acreedora.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora alega, al apelar, que el Tribunal, no tuvo en cuenta hechos y pruebas tan importantes, como el relativo a que su poderdante no

llevaba registrados los libros de contabilidad (hecho que es como si no llevan libros de contabilidad) en el año gravable de 1985, motivo por el cual aceptó la sanción impuesta en la liquidación oficial de revisión; y que por esta razón la contabilidad no puede tenerse como prueba ni en favor ni en contra de la actora, y que en tal evento ésta tiene derecho al reconocimiento de los pasivos por haber cumplido con las exigencias del artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, al relacionar el crédito a favor de Central de Construcciones Ltda, crédito informado, dentro de su activo, por esta sociedad en su declaración tributaria presentada en la Administración de Impuestos de Ibagué el 11 de Abril de 1986 - 1079 DIN.

Que además aportó como prueba la certificación expedida por el doctor Fernando Osorio Bonilla, sobre la existencia contable del crédito en la sociedad Central de Construcciones Ltda, y que si el experticio practicado a ésta, da cuenta de la presencia de irregularidades contables, debe sancionarse a la infractora pero no rechazar el pasivo a la sociedad deudora.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada, a través de apoderado judicial, se opone a las pretensiones del apelante, exponiendo que el rechazo del pasivo a cargo de la recurrente y a favor de la sociedad Central de Construcciones Ltda, se debió a la falta de comprobantes y registro de los libros de contabilidad, que restaron capacidad y eficacia probatoria al certificado suscrito por el contador Arroyo Navarro, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, y que por lo tanto de conformidad con dicha norma debe desconocerse el pasivo glosado por la Administración.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación solicita la confirmación de la sentencia apelada, pues en su concepto, siguiendo la sucesión de normas Tributarias que cita la sentencia apelada, el reconocimiento fiscal de los pasivos está condicionado a la conservación por el término de revisión oficiosa de los documentos de fecha cierta cancelados, en que conste la existencia de la deuda cuya aceptación se pide a la Administración.

Agrega que el incumplimiento de las exigencias legales, implica que la certificación expedida por el contador público, sobre la contabilización del pasivo efectuada en los términos del acreedor de la demandante quede disminuida en su valor probatorio frente al dictamen pericial ordenado por el *a-quo,* por cuanto en él se hace constar que el registro de la cuenta deudores que incluye la suma de $6.792.304.91 fue con ajuste al libro mayor y balance, hecho por fuera de cierre, y que resalta la presencia de enmendaduras en los registros de dicha cuenta en el libro de caja diario, y puntualiza que durante la inspección brillaron por su ausencia los soportes contables de los registros objeto de la visita.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, el punto fundamental de la *litis* no es otro que el relacionado con la prueba sobre la existencia del pasivo solicitado por la actora, por valor de $6.792.304.91 en su declaración tributaria del impuesto sobre la renta, a favor de la sociedad Central de Construcciones Ltda.

Es de anotar en primer término que si bien la actora relacionó en su declaración tributaria dicho pasivo, practicada inspección contable por la Administración, se encontró que la contribuyente no llevaba contabilidad conforme con las normas comerciales y tributarias y que además no existían documentos que permitieran evidenciar la existencia real del mismo.

En segundo término se precisa que la actora, pretendió probar con documentos distintos a su contabilidad, consistentes en la certificación contable expedida por el revisor fiscal de la sociedad acreedora y copia de su declaración tributaria en donde se consigna el crédito activo.

No obstante, a la certificación aportada se le restó mérito probatorio para demostrar la existencia del crédito a su favor y a cargo de la actora, en razón de que practicada la prueba contable, ordenada por el *a-quo* a los libros de la acreedora, se encontró que ésta tampoco tenía su contabilidad de conformidad con las normas legales ni sanas prácticas contables, y que el registro del crédito se hizo por fuera de cierre y con ausencia de soportes.

En materia probatoria se acepta el principio legal, conforme con el cual los libros de comercio se catalogan en la categoría de documentos privados, que gozan de presunción de veracidad y hacen plena prueba entre comerciantes, siempre que estén debidamente registrados y sean llevados en la forma señalada por la ley y la práctica contable.

Para efectos fiscales, tanto para los comerciantes, como para quienes no estando legalmente obligados, lleven libros de contabilidad, éstos serán prueba suficiente de los hechos en ellos consignados, siempre que entre otros requisitos:

1) Están registrados en la Cámara de Comercio.

2) Que los asientos estén respaldados con comprobantes de orden interno y externo.

3) No haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos no prohibidos por la ley.

Como se evidencia tanto de la inspección contable practicada por la Administración, como del experticio rendido por los peritos, ni la contribuyente ni la sociedad acreedora llevaban su contabilidad de acuerdo con la ley, razón por la cual sus libros de comercio carecen de fuerza probatoria en materia fiscal.

Como consecuencia lógica, la certificación expedida con base en libros irregulares (enmendaduras, asientos fuera de cierre y ausencia de comprobantes) no puede tener valor probatorio superior a los libros sobre los cuales certifica, ni la virtud de legalizar por este medio los hechos irregulares contables cometidos con violación específica de los artículos 48 a 55 del Código de Comercio y 33 del Decreto 2821 de 1974.

Así mismo el anexo " deudores" de la declaración tributaria la sociedad acreedora, cuya fotocopia de copia, presenta la contribuyente, carece de credibilidad en el proceso en razón de corresponder a un documento falto de autenticidad por no existir constancia de fidelidad con el original.

De otra parte, de acuerdo con el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974 numeral 2o, para que proceda el reconocimiento de las deudas el contribuyente está obligado a conservar los documentos correspondientes a su cancelación por el término de la revisión oficiosa. Documento que ha debido exhibir la contribuyente para demostrar la existencia de una deuda, cuyo origen o causa de la misma se desconoce en el proceso.

No demostrada entonces dentro del juicio la existencia de la deuda, único motivo de la apelación, la sentencia recurrida merece confirmación.

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

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento/ **PUNTO NUEVO/ LIQUIDACION OFICIAL/ NULIDAD**-Improcedencia

Como en el debate ante la Administración la sociedad no planteó ni discutió la nulidad de la liquidación oficial que en esta oportunidad invoca (por haberse notificado extemporáneamente, en los términos del artículo 75 de la Ley 9a. de 1983) como ha debido hacerse de acuerdo con las consideraciones anteriores, y en atención a lo estatuido por el artículo 56 de la Ley 52 de 1977 es preciso concluir que respecto a este punto no se agotó la vía gubernativa, motivo por el cual es improcedente su estudio por la jurisdicción.

RENTA PRESUNTIVA-Disminución/ **INGRESO NETO**-Cálculo

Sin el cumplimiento de la condición de aportar al proceso la prueba sobre la reducción proporcional de la renta presuntiva por estar la actividad afectada por disposiciones legales relativas a control de precios, no podía la empresa sin incurrir en inexactitud en el denuncio fiscal, excluir de los ingresos obtenidos por el año gravable, los originados en desarrollo de la actividad sometida a la regulación de precios, como evidentemente lo hizo en el renglón 114 del formulario rentístico sin haber intentado siquiera obtener la autorización del Ministro. A la solicitud de que se determinara el " ingreso neto " base del cálculo de la renta presuntiva, restando del valor de los ingresos declarados los impuestos vial, de ventas a la gasolina (subsidio) y al consumo, tal petición no es procedente, no porque la disminución no la autorice la ley, sino porque en el reglón respectivo del formulario de la declaración se incluyeron equivocadamente los tributos en comento y además porque la certificación del Contador allegada no reúne los requisitos que para el efecto se requiere (Ejercicio fiscal de 1985).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3240. Actor: Servimotor Ltda. Impuesto Renta.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad SERVIMOTOR LTDA., contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta a su cargo por el período gravable de 1985.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previa inspección contable decretada por Auto 064-RG de fecha marzo 17 de 1988 primero, Requerimiento Especial 010 de mayo 19 de 1988 y ampliación a éste No. 005 de octubre 7 del mismo año, después, la Administración de Impuestos Nacionales practicó la Liquidación de Revisión 009 de marzo 10 de 1989. Incrementó la renta presuntiva porque a los ingresos netos declarados por la sociedad ($5.605.007 renglón 115), le adicionó los que la contribuyente excluyó por valor de $197.032.993 (renglón 114) y aplicó sanción por inexactitud.

Interpuesto el recurso de reconsideración contra la decisión oficial, ésta fue confirmada por Resolución 035 de julio 31 de 1989. Mantuvo el fallador el procedimiento utilizado en la determinación del rendimiento presuntivo, porque estando la actividad de la sociedad afectada por disposiciones legales o administrativas a control de precios, la reducción proporcional debía autorizarse por el Ministerio de Hacienda y la sociedad no aportó la Resolución Ministerial como lo establece el Artículo 50 de la Ley 55 de 1985.

Agotada la vía gubernativa demandó la actora ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos en cita y en consecuencia se declare que no está obligada a pagar las sumas determinadas en aquéllos.

Estima la firma en síntesis que, la liquidación de revisión es nula porque:

a) Se notificó después de los dos años siguientes a la presentación de la declaración de renta. Como ésta se radicó el 15 de abril de 1986, dice, el término para la práctica de la liquidación de revisión venció el 16 de abril de 1988.

b) Se tomó como base gravable para determinar el ingreso neto para efectos de la renta presuntiva, el total de los ingresos brutos, sin descontar las devoluciones, rebajas y descuentos, en el caso, los tributos correspondientes a impuestos Vial, de Ventas, a la gasolina (subsidio) y al consumo. Se apoya en el concepto número 013515 emitido por la delegada del Subdirector Jurídico en la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Citó como disposiciones violadas:

- Artículo 40 Ley 153 de 1887

- Artículo 75 Ley 9a. de 1983

- Artículo 57 Ley 52 de 1977

- Artículos 45 y 53 del Decreto 2503 de 1987

- Artículo 15 Ley 9a. de 1983, y su reglamentario Artículo 3o. Parágrafo 1o. del Decreto 353 de 1984.

- Artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 y 31 de la Ley 52 de 1977

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Risaralda en sentencia proferida el 31 de agosto de 1990, declaró la nulidad de la operación administrativa impugnada.

Considera el *a-quo* que como el proceso de determinación de la obligación tributaria se inicia con la presentación de la declaración de renta que incluye la liquidación privada (cuando se radicó el denuncio fiscal de 1985, el día 15 de abril de 1986), empezó a correr el término de dos años que tenía la Administración para practicar válidamente la liquidación de revisión (Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983) de donde infiere que no era aplicable el Decreto 2503 de 1987 porque éste solo empezó a regir el 29 de diciembre de 1987, ésto es, cuando ya estaba corriendo el plazo concedido por aquélla.

De suerte que como el término previsto por el Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983 sufrió dos suspensiones mientras se practicó la inspección contable (marzo 17 a abril 22 de 1988) y durante el plazo de respuesta al requerimiento especial (mayo 19 a agosto 19 de 1988), los dos años de que disponía la Agencia Gubernamental para modificar la liquidación privada vencían el 25 de agosto de 1988, siendo extemporánea la liquidación del 10 de marzo de 1989.

DE LA APELACION

La apoderada judicial de la Administración Tributaria no está de acuerdo con la sentencia porque, según su entender la Liquidación de Revisión 009 de marzo 10 de 1989, se notificó dentro de la oportunidad legal, no siendo extemporánea.

Distingue en el proceso fiscal dos etapas: la declaratoria y la de discusión del tributo. Mientras que en la primera dice, se aplican normas sustantivas, en la segunda se observan normas procesales, las que ponen en funcionamiento las formas y trámites, las que miran la competencia, los términos, las notificaciones y es a éstas a las que se refiere el Artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Así que como en el caso que se debate, la etapa de controversia se inició en el mes de marzo de 1988 (Auto 064-RG marzo 17 de 1988) el estatuto procedimental aplicable era el Decreto 2503 de 1987, no el Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, como afirma el *a-quo,* en cuyo caso el término de revisión precluía el 7 de julio de 1989.

El apoderado de la Dirección de Impuestos, por otra parte solicita se revoque la sentencia y se declare inhibido para un pronunciamiento de fondo sobre la extemporaneidad en la notificación de la liquidación de revisión como quiera que esta nulidad sólo se formuló ante la jurisdicción, y se denieguen las demás pretensiones de la demanda porque la sociedad no aportó el pronunciamiento previo del señor Ministro de Hacienda autorizando la reducción del rendimiento presuntivo.

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Tercero de la Corporación, Doctor Jaime Ossa Arbeláez, en su concepto de fondo solicita se confirme la sentencia apelada.

Adhiere a lo expuesto por el *a-quo.* La revisión de la declaración de renta de la sociedad anota, debía sujetarse al término previsto por la norma que regía en el momento de la presentación de aquélla, de conformidad con lo establecido por el Artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual:

> " Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Como el denuncio fiscal se radicó el 15 de abril de 1986, la norma aplicable entonces era el Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

1. PUNTO NUEVO EN EL DEBATE

La Sala no está de acuerdo con la sentencia apelada y por tanto también discrepa con el Ministerio Público.

Una de las más notorias características del proceso contencioso administrativo que lo distinguen del judicial ordinario, es la exigencia de la discusión previa con la Administración.

Este presupuesto requerido para viabilidad de la denominada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, está consagrado en el Código vigente en el Artículo 135, hoy modificado por el Artículo 22 del Decreto 2304 de 1989 que dispone:

" La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo".

La necesidad de esta previa discusión ya estaba anunciada desde antes en el mismo Código en cuyo Artículo 82 al definir el objeto de esta jurisdicción dispone que " está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad..." de la Administración Pública, de manera que, en principio, de no existir previa controversia o litigio con ella, no se puede promover la actividad jurisdiccional.

El mismo Código en la parte inicial define que el agotamiento de la vía gubernativa acontece cuando los recursos interpuestos hayan sido decididos o denegados por silencio administrativo (Art.63 C.C.A.).

Así las cosas, como en el debate ante la Administración la sociedad no planteó ni discutió la nulidad de la liquidación oficial que en esta oportunidad invoca (por haberse notificado extemporaneamente, en los términos del Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983) como ha debido hacerse de acuerdo con las consideraciones anteriores y en atención a lo estatuido por el Artículo 56 de la Ley 52 de 1977 es preciso concluir que respecto a este punto no se agotó la vía gubernativa, motivo por el cual es improcedente su estudio por la jurisdicción.

REDUCCION DE LA RENTA PRESUNTIVA

El Artículo 15 de la Ley 9a. de 1983 reglamentado por los Artículos 2 a 16 del Decreto 353 de 1984, establecen en general los parámetros que se deben tener en cuenta para depurar el patrimonio líquido y los ingresos netos, a los cuales se les aplica el porcentaje previsto por la ley para determinar el mínimo de productividad rentística que debe declarar el contribuyente.

Renta presuntiva ésta que se reducirá proporcionalmente sobre aquella parte de los ingresos netos y patrimonio líquido vinculados a empresas en período improductivo o afectado por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, siempre que se demuestre la existencia de estos hechos y la proporción en que influyeron en la determinación de una renta líquida inferior. Esta disminución también es procedente, entre otros casos, " cuando la actividad económica del contribuyente se encuentre afectada por disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios o conservación de sitios históricos o de recursos naturales".

El Artículo 50 de la Ley 55 de 1985 completamente el régimen presuntivo anterior. Prescribe éste:

" Cuando la actividad económica del contribuyente se encuentre afectada por disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios, la

reducción proporcional de la renta presuntiva a que se refiere el Artículo 15 de la Ley 9a. de 1983 se efectuará por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

En el caso que se decide no se discute que la actividad de la empresa se encuentra afectada por disposiciones legales de control de precios, como quiera que es distribuidora minorista de combustibles, pero sucede que la sociedad no aportó al proceso la prueba específica de que trata la disposición antes transcrita indispensable para tener derecho al beneficio fiscal de la reducción del rendimiento presuntivo.

Sin el cumplimiento de esta condición legal no podía la empresa, sin incurrir en inexactitud en el denuncio fiscal, excluir de los ingresos obtenidos por el año gravable, los originados en desarrollo de la actividad sometida a la regulación oficial de precios, como evidentemente lo hizo en el renglón 114 del formulario rentístico sin haber intentado siquiera obtener la autorización del Ministro.

De otra parte en las respuestas a los requerimientos números 10 y 5 de mayo y octubre de 1988 respectivamente, con el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial, y ante la jurisdicción la sociedad con base en el concepto No. 013515 de julio 8 de 1988, de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales (fls. 71 y 110 Ant. Ad.) solicitó se le determinara el "ingreso neto" base del cálculo de la renta presuntiva, restando del valor de los ingresos declarados, los impuestos Vial, de Ventas a la gasolina (subsidio) y al consumo, que según certificado del Contador ascendió a la suma de $143.175.600, petición que no fue procedente ni es viable ante la jurisdicción, no porque la disminución no la autorice la ley, puesto que de acuerdo con el inciso segundo del Artículo 15 de la Ley 9a. de 1983 " en la base del cálculo de los ingresos netos, no se incluirán los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional" y los tributos citados no lo son, sino por las siguientes razones:

a) Si en el renglón número 114 del formulario de la declaración 1985 se incluyeron equivocadamente los tributos en comento, la sociedad ha podido corregir oportunamente la declaración y.

b) La certificación del Contador allegada para probar la afirmación de la recurrente no reúne los requisitos que para el efecto se requiere, pues no se encuentra en él referencia alguna a los comprobantes que contengan la liquidación y pago de tales impuestos, ni a los detalles de su contabilización. Se trata de una constancia sobre los posibles valores correspondientes a tales impuestos aplicando los porcentajes a los volúmenes de venta de gasolina corriente, extra y A.C.P.M.

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,

F A L L A :

1. Revócase la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo de Risaralda el 31 de agosto de 1990 en el juicio No. 1302.

2. En su lugar, declárase inhibido para pronunciarse sobre la nulidad del acto por extemporaneidad y deniéganse las demás 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; *Guillermo Chahín Lizcano,* Salva Voto; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: El Salvamento de Voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano aparece publicado en este mismo tomo de anales y corresponde a la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. S0145, agosto 6 de 1991; Ponente: Dra. Clara Forero de Castro. Actora: Financiera Colpatria S.A.).

LIQUIDACION DE CORRECCION-Improcedencia/**ERROR ARITMETICO**

Si el contribuyente no declaró correctamente los valores en su denuncio rentístico, falla uno de los supuestos básicos establecidos en la norma (D. 3803 de 1982 art. 24) para hacer viable la liquidación de corrección. No podía en este evento la Administración proceder a su práctica sin hacer previamente un análisis que le permitiera establecer la realidad de la información suministrada, máxime cuando tenía antecedentes del error. No existe norma dentro de la legislación impositiva que determine que el error del contribuyente sea un hecho generador del tributo, y por lo tanto no puede arbitrariamente tomarse como base de imposición. Sólo en la medida que la cuantificación de los hechos económicos, generadores del tributo sean consignados correctamente pero resulte una equivocación en las operaciones aritméticas, habrá lugar a la liquidación de corrección (Ejercicio fiscal de 1985)

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., Julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3195. Actor: Guillermo Arango y Sucesores Ltda. Apelación de la sentencia del 25 de Julio de 1990. Tribunal Administrativo de Risaralda.
Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
Renta 1985.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la entidad demandada, contra la sentencia del 25 de Julio de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda, accedió a las súplicas de la demanda,

en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad " GUILLERMO ARANGO Y SUCESORES LTDA", contra el acto administrativo que le determinó el impuesto a cargo para la vigencia fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al período fiscal de 1985, el 5 de Mayo de 1986, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, declarando en el renglón 194, el guarismo de $6.271.201, correspondiente al inventario inicial del ejercicio; en el renglón 195, la suma de $15.991.042, por concepto de compras en el año y en el 197, declaró como inventario final el valor de $6.646.866, para determinar un costo por juego de inventarios de $15.615.337, que consignó en el renglón 198 de la declaración tributaria.

Posteriormente el 7 de Julio de 1986, presentó la sociedad corrección de su declaración tributaria, y en los mismos renglones consigna cantidades diferentes empezando por el renglón 194 en el cual declara como inventario inicial, la suma de CERO; en el 195, compras de mercancías por valor idéntico al consignado inicialmente como inventario final; en el renglón 196, retiros para consumo y propaganda, la suma de $15.615.337, es decir, idéntico al valor que como costo por juego de inventarios había consignado en la declaración inicialmente presentada. También en la cuenta corriente efectuó modificaciones, como consecuencia en el cambio de la cantidad correspondiente a retenciones en la fuente que le fueron practicadas por concepto de servicios prestados.

La Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, determinó que de la sumatoria realizada para la determinación del costo por juego de inventarios, de acuerdo a las cantidades consignadas en la corrección de la declaración tributaria, no arrojaba como resultado la cantidad señalada por el contribuyente. Procedió entonces a corregir la declaración presentada en el renglón 205, determinando una diferencia de $9.719.841 y como consecuencia, el renglón 210, señala la misma diferencia que necesariamente incidió en la determinación de la renta bruta, renglón 249; la renta líquida del renglón 257 y el cálculo del impuesto básico de renta, renglón 263; el impuesto neto de renta; el impuesto a cargo del ejercicio, y anticipo para el año de 1986. Liquidado así, un mayor valor por concepto de renta líquida y por ende del impuesto a cargo y anticipó, e impuso sanción por corrección.

Acude la contribuyente en recurso de reconsideración por la vía gubernativa, alegando que todo se debio a un error de tipo mecanográfico, consistente en la corrida de un renglón en el formulario, al consignar los valores, y acompañó certificado expedido por contador público para demostrar las compras del ejercicio discriminando las sujetas al impuesto sobre las ventas, y las compras sin IVA.

Mediante la Resolución 057 de Noviembre 30 de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, falló el recurso, con confirmación del acto recurrido.

Inconforme la sociedad contribuyente acudió en juicio de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, alegando violación de los artículos 30, 31 y 42 de la Ley 52 de 1977; 24 y 26 del Decreto 3803 de 1982; 76 de la Ley 9a. de 1983 y 26 de la Constitución Nacional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Risaralda, luego de ordenar dictamen pericial a los libros de la actora, accedió a las súplicas de la demanda por estar plenamente demostrados sus ingresos, costos y gastos que le permitió concluir que el cálculo efectuado en la liquidación de corrección no correspondía a la realidad fiscal de la contribuyente.

LA APELACION

La entidad demandada a través de apoderado judicial apela la sentencia al considerar, que para la práctica de la liquidación de corrección no se requiere el aviso previo al contribuyente y que el artículo 24 del Decreto 3803 de 1982, al igual que las normas posteriores que consagran la figura del error aritmético, no entran a calificar si los factores son reales, si es justo o no, sino que la norma se limita a evaluar un comportamiento a nivel de los datos que el contribuyente agrupa y que, antes de examinar la certeza de las informaciones consignadas por éste, castiga la negligencia en la ubicación de las bases gravables y en el caso del contribuyente, se dan las tres causales consagradas en el artículo 24 del Decreto 3803 de 1982 que configuran el error aritmético.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse, porque quedó demostrado en el proceso que los valores sobre los hechos imponibles, que la sociedad informó son correctos y que, si se aplica a ellos su denominación correcta y no la que por equivocación les dio la sociedad, y se determinan las operaciones aritméticas pertinentes, dirigidas a establecer las bases gravables y el monto de los impuestos, se observará que el resultado que se obtiene es igual al que se consigna en la declaración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dispone el artículo 24 del Decreto 3803 de 1982:

" Se presenta error aritmético cuando:

A) El contribuyente, a pesar de haber declarado correctamente los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, anota como valor resultante un dato equivocado.

B) Cuando al aplicar las tarifas respectivas, anota un valor diferente 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." (Subraya la Sala)

La simple lectura de la norma transcrita permite deducir: que para que exista error aritmético es requisito legal que el contribuyente haya declarado CORRECTAMENTE LOS VALORES correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, factores que deben evidenciarse de la declaración tributaria incluidos los anexos presentada en el ejercicio gravable, como de los demás antecedentes que tenga la Administración.

Alega el contribuyente que incurrió en error mecanográfico al consignar en el renglón 294 del formulario de corrección el guarismo de Cero, como inventario inicial, cuando lo cierto es que su valor qué era de $6.271.203 se consignó en el renglón subsiguiente, lo que representó" una corrida en la consignación de las cifras restantes en los renglones siguientes.

Observa la Sala que efectivamente en la declaración tributaria inicialmente presentada, el contribuyente coloca como inventario inicial el valor mencionado en el renglón 194; pero en la corrección de la declaración tributaria, lo lleva al renglón 195 por equivocación. De donde resulta evidente, que la sociedad incurrió en error al consignar los datos correspondientes para calcular, mediante el juego de inventarios el costo de la mercancía vendida, en la determinación de la base gravable. Error que fácilmente pudo constatar la Administración verificando simplemente el inventario final de mercancías, consignado por la actora en la declaración del año anterior, dada su calidad de comerciante que determina su utilidad por juego de inventarios.

Entonces si el contribuyente no declaró correctamente los valores en su denuncio tributario, falla uno de los supuestos básicos establecidos en la norma transcrita para hacer viable la liquidación de corrección.

No podía en este evento la Administración proceder a su práctica sin hacer previamente un análisis que le permitiera establecer la realidad de la información suministrada, máxime cuando tenía antecedentes del error, (declaración inicial y declaración del año anterior cuya radicación y fecha de presentación se señala específicamente en el formulario oficial de 1985.

Así mismo observa la Sala que dentro del proceso de discusión gubernativa la sociedad contribuyente, presentó prueba contable tendiente a demostrar la realidad de sus operaciones y por ende el error cometido, sin que la Administración las hubiera admitido; considerando erradamente que cualquier negligencia en la consignación de datos es causal de corrección aritmética y que releva a ésta de efectuar la más mínima diligencia tendiente a verificar la realidad económica del contribuyente, y su capacidad contributiva, único factor determinado por la ley para la tasación del tributo.

No existe norma dentro de la legislación impositiva que determine que el error del contribuyente sea un hecho generador del tributo, y por lo tanto no puede arbitrariamente tomarse como base de imposición.

Solo en la medida que la cuantificación de los hechos económicos, generadores del tributo sean consignados correctamente pero resulte una equivocación en las operaciones aritméticas, habrá lugar a la liquidación de corrección. Pues el legislador al consagrar esta figura y la imposición de la mención, lejos de atenerse a un rigorismo formal, castigó la conducta de los contribuyentes que siendo exactos en la consignación numérica de los hechos imponibles, no tengan la debida diligencia al anotar los resultados de las operaciones matemáticas o apliquen tarifas diferentes y perjudiquen de esta manera los intereses del Estado. Pero de ninguna manera, pretende desconocer la realidad tributaria del contribuyente, ni la consagración de un hecho imponible distinto a los enunciados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1977, pues es inadmisible jurídicamente, formular dos enunciaciones contradictorias sobre un mismo hecho, con el fin de hacerle producir efectos igualmente contradictorios. Por el contrario, la ley busca la realidad de los hechos y que la verdad real prevalezca sobre aspectos formales de una declaración.

Ahora bien, si de los antecedentes administrativos que reposaban en poder de la Administración, la certificación contable y la prueba pericial practicada por el *a-quo,* se obtiene la certeza sobre la realidad de las operaciones de la sociedad contribuyente, tal como lo consigna la sentencia apelada y lo reitera el señor fiscal, no hay la menor duda sobre la procedencia de la confirmación de la providencia apelada.

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

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y 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.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/ SUSPENSION PROVISIONAL- Procedencia

Se presenta en el caso *sub examine* manifiesta violación de los artículos 172 y ss. del C.R.M. por parte del acuerdo acusado, por cuanto no hay autorización alguna en dichas normas para la creación de un gravamen a la actividad empacadora de banano, como es el establecido en el acto municipal que se demanda, siendo ello preciso, pues la facultad impositiva asignada en los concejos es derivada, debiendo por tanto tener fundamento en una ley.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo primero del Acuerdo 016 de 9 de septiembre de 1990 del Concejo Municipal de Chigorodó, Antioquia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3685. Actor: Juan Diego Vélez Maya. Apelación auto de 8 de febrero de 1991 del Tribunal Administrativo de Antioquia.
Nulidad y suspensión provisional del Acuerdo 016 de 9 de septiembre de 1990 del Concejo Municipal de Chigorodó.
AUTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por Juan Diego Vélez Maya contra el auto de 8 de febrero de 1991 admisorio de la demanda, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia no decreta la suspensión provisional solicitada respecto del Acuerdo 016 de 9 de septiembre de 1990, por el cual el Concejo Municipal de Chigorodó establece un impuesto a las empacadoras de banano.

A- ANTECEDENTES

1. El señor Juan Diego Vélez Maya demandó ante el Tribunal la nulidad del artículo 1o. del Acuerdo mencionado, solicitando su suspensión provisional por considerar que viola ostensiblemente las siguientes normas:

a. Los artículos 43 y 197 numeral 2o. de la C.N. (vigente entonces) en cuanto que no existe para el municipio la autonomía necesaria para crear impuestos no autorizados por la ley (fls. 17/18).

b. Los artículos 172 y ss. del Decreto 1333 de 1986 en cuanto que dichas normas " señalan y reglamentan las diferentes clases de Impuestos que pueden imponer los Municipios del país, ninguno de los cuales coincide con el que pretende establecer el Concejo Municipal de Chigorodó, Antioquia, a las empacadoras de banano." (fl. 18)

c. El artículo 259 del Decreto 1333 de 1986 en cuanto que tal norma prohibe gravar la producción agrícola primaria y con el acuerdo impugnado " el Concejo Municipal de Chigorodó gravó con un impuesto ilegal un producto AGRICOLA PRIMARIO." (fl. 20), que además está destinado exclusivamente a la exportación.

2. El Tribunal en auto de 8 de febrero de 1991 admite la demanda y niega la suspensión provisional solicitada por cuanto estima que no se presenta en este caso la violación ostensible y flagrante que exige la ley para la prosperidad de la medida (fl. 25).

3. El actor interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia en cuanto negó la medida provisional solicitada aduciendo que " la violación de las disposiciones citadas es posible constatarla con el solo cotejo de la norma impugnada y las normas violadas, sin necesidad de practicar prueba alguna." (fl. 30), transcribiendo a continuación las argumentaciones esbozadas al respecto en la demanda.

B. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aduce el recurrente que no tiene el municipio la autonomía necesaria para crear tributos no autorizados por la ley, por lo cual se configura violación manifiesta de las normas municipales que relacionan los gravámenes que pueden crear dichas entidades territoriales.

Al respecto estima la Sala que efectivamente se presenta en el caso *sub-examine* manifiesta violación de los artículos 172 y ss. C.R.M., por parte del acuerdo acusado, por cuanto no hay autorización alguna en dichas normas para la creación de un gravamen a la actividad empacadora de banano, como es el establecido en el acto municipal que se demanda, siendo ello preciso, pues la facultad impositiva asignada en los concejos es derivada, debiendo por tanto tener fundamento en una ley, y no sólo el estatuto municipal referido, sino ninguna de las

normas invocadas en el encabezamiento del acuerdo 016 de 1990 no contemplan el tributo mencionado, acompañando por tanto la razón al recurrente cuando indica que "un simple cotejo con ese catálogo de gravámenes pone de manifiesto la violación alegada" (fl. 18).

Lo anterior es suficiente, a la luz del artículo 152 del C.C.A., para que sea procedente la suspensión provisional solicitada, por tanto, se revocará en este punto, la providencia apelada.

De otra parte dada la necesaria conexidad entre la demanda y su petición y la solicitud de suspensión provisional que nos ocupa, toda vez que la acción de nulidad se dirige exclusivamente contra el artículo 1o. del Acuerdo 016 de 1990, a él se deberá entender limitada la solicitud de la medida cautelar, no obstante que el peticionario se haya referido en este caso a todo el acuerdo sin limitarse en sus frases al susodicho artículo primero, por tanto la decisión sólo se referirá al mismo.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

RESUELVE :

REVOCASE el numeral 5o. de la parte resolutiva del auto de 8 de febrero de 1991 proferido en el proceso No. 905356 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó la suspensión provisional solicitada.

En su lugar, decrétase la suspensión provisional del artículo primero del Acuerdo No. 016 de 9 de septiembre de 1990 del Concejo Municipal de Chigorodó, Antioquia.

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 Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

PRESUNCION DE VERACIDAD/ DECLARACION TRIBUTARIA

Lejos de instituir una atribución de competencia discrecional en los funcionarios impositivos, lo que hizo la Ley 52/77 fue deferir al reglamento la eventual fijación de otras hipótesis -sobre presunción-, diferentes de las originalmente establecidas o que regían a tiempo de su promulgación, que hicieron viable la solicitud de la "comprobación especial". El rechazo de la partida "compras de materia prima", sin prueba contraria que desvirtuara la presunción de ser verídica la información detallada, violó los arts. 33 de la Ley 52/77 y 22 del D.R. 825/78. (Ejercicio fiscal de 1984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3137. Actor: Cajas Plásticas S.A. Apelación sentencia de 27 de abril de 1990, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por la sociedad CAJAS PLASTICAS, S.A., la actora, contra la sentencia de primer grado, de 27 de abril de 1990, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del juicio de restablecimiento en materia del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1984, promovido respecto del requerimiento especial No. 32 de 30 de enero de 1987, la liquidación de revisión No. 473 de 3 de julio del mismo año y la resolución No. 566 de 27 de julio de 1988, actos expedidos por las unidades de auditoría, liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, respectivamente.

ANTECEDENTES

El acto liquidatorio impugnado, cumplida la formalidad del requerimiento, varió la liquidación privada, por el rechazo de "compras de materia prima" a proveedores nacionales y extranjeros, en cifra acumulada de $87.768.159, en razón de no haberse explicado y comprobado las mismas, conforme a lo exigido por el funcionario auditor, acto que, en la providencia que desató el recurso de reconsideración, se confirmó integramente, sobre el supuesto de que, " una vez requerida la sociedad, desaparece la presunción legal de veracidad que ampara la declaración, teniendo el contribuyente la obligación de comprobar todos aquellos hechos por los que fué requerido...", en contradicción de los argumentos fundamentales entonces presentados por la reclamante.

LA DEMANDA

En la demanda se reiteran los planteamientos hechos en la vía gubernativa y se cuestiona principalmente el hecho de que, para el reconocimiento fiscal de la compra e importación de materias primas, se hubiera exigido probar, " el valor de la mercancía, la diferencia en cambios, pagos arancelarios, fletes, seguros y comisiones", en contra de lo dispuesto en los artículos 33 de la ley 52 de 1977 y 22 del decreto 825 de 1978, que consagran la presunción de veracidad de los hechos consignados en la declaración de renta, salvo norma legal sobre comprobaciones especiales a cargo del contribuyente que, para el caso, no existía.

Se citan como violados igualmente, los artículos 30, de la citada ley 52 de 1977 y 25 del mismo decreto 825 de 1978, por aplicación indebida, pues los poderes de fiscalización de la administración, se tendrían que haber ejercido sin perjuicio de la aludida presunción y sin pretender revertir la carga de la prueba en el contribuyente.

Y también, los artículos 2o., num. 3o., 3o. y 16, letra A), del decreto 3410 de 1983 y 16 del decreto 80 de 1984, por haberse ignorado, las discriminaciones y anexos de la declaración del período, referentes a la debida identificación de los beneficiarios de pagos constitutivos de costo o deducción; y la firma del revisor fiscal de la sociedad, en el formulario de declaración, que haría fe del registro y correcto manejo de la contabilidad, del asiento en ésta de la totalidad de las transacciones del ejercicio y de que las cifras de los estados financieros presentados en la declaración se habían extraído fielmente de libros y efectos de comercio.

Finalmente, se alega la violación del ordinal 2o. del artículo 5o. de la ley 57 de 1887, por cuanto, de los artículos 30 y 33 de la ley 52 de 1977, contenidos en una misma norma, se preferiría el segundo, en el sentido de que éste limitaría la función fiscalizadora de la administración para exigir comprobantes que la ley no contempla.

Relacionadas con el tema de la eficacia de la presunción y las restricciones en el requerimiento de la prueba, se citan las sentencias de la Sala, de 9 de diciembre de 1986 y 11 de abril de 1988, anulatoria, ésta, de algunos de los numerales del artículo 16 del decreto reglamentario 80 de 1984.

LA SENTENCIA APELADA

Sostiene en primer término, que la presunción planteada por la demandante, "admite prueba en contrario sobre la base de que se solicite comprobación especial o la ley la exija, norma (el artículo 33 de la ley 52 de 1977) en todo caso de mayor jerarquía que su decreto reglamentario ...", de donde, requerida la prueba, no cabría cuestionar la facultad fiscalizadora de la administración, en cuanto a la verificación de la exactitud de la declaración, con el expediente de que primara la presunción, ya que además, las compras e importaciones se declararon en partidas globales y algunas de ellas implicaron pagos sujetos a retención, susceptibles de objeción o rechazo por no acreditarse ésta.

Por otra parte, resta idoneidad al certificado del revisor fiscal de la compañía, aducido en juicio, por falta de discriminación, tanto del ítem en cuestión como de los proveedores, aparte de no indicar los comprobantes contables que soportaban las respectivas transacciones, ni hacer siquiera alusión a la glosa sobre retenciones en la fuente.

LA APELACION

Con referencia a la proposición, según la cual, bastaría el requerimiento de la prueba para que cesara la presunción y revirtiera la carga procesal en el contribuyente, que el *a-quo* sostuvo, la actora encuentra " desconcertante " dicho criterio, fundado como se dijo en la jurisprudencia, en frente de las sentencias de la Sala a que había remitido en la demanda y sobre las que no hizo mención alguna el fallo apelado, preguntándose, en qué consistiría, entonces, la cuestionada presunción, si por un simple requerimiento desapareciera.

Sobre la afirmación en cuanto a que el artículo 33 de la ley 52 de 1977, fuera " de mayor jerarquía que su decreto reglamentario", expresa que el tribunal de instancia no ha descubierto nada, pero sí abusado de su facultad para negar la aplicación del artículo 22 del decreto 825 de 1978, porque, mientras éste no se suspenda o anule, obliga al juez o funcionario del conocimiento, " *so* pena de incurrir en la violación del artículo 20 de la Carta ..."

Al respecto, transcribe apartes de la mencionada sentencia de 9 de diciembre de 1986.

Se opone, asímismo, a que el problema de la retención se traslade a la totalidad de la partida materia de controversia, sin consideración a que, " dentro de ésta está incluído (...) el valor de la materia prima importada, la cual no es objeto de retención en la fuente y, además, representa una suma muy importante ..."

Por último, en defecto del certificado del revisor fiscal, desestimado en la sentencia, acompaña uno nuevo, que reuniría todos los requisitos descritos en aquélla, con indicación de las retenciones en la fuente que cabía efectuar, y solicita,

adicionalmente, la práctica de inspección judicial de carácter contable, con intervención de peritos, a fin de establecer la certeza de lo ahora certificado.

ALEGATOS

La oposición de la parte demandada, coincidente en los argumentos esenciales del fallo recurrido, se afirma en la legalidad de la exigencia de prueba de la " compra de materia prima y su nacionalización (...) (y) del pago de retención en la fuente a que estaban sometidas algunas partidas ...", por virtud de las facultades de fiscalización previstas en el artículo 30 de la ley 52 de 1977.

Del mismo modo, en que la presunción del artículo 33 ib. admite prueba en contrario, "porque la misma disposición estipula que tiene validez tal presunción mientras no se solicite una comprobación especial, ni la ley la exija ...". Además, porque el derecho individual, "no prima sobre el general y estimar que por el solo hecho de presentarse la declaración de renta, la Administración pierde el derecho a la fiscalización para determinar si ésta se encuentra ajustada a la ley, se convertiría en nugatoria toda la actividad tributaria ..."

Por lo demás, se niega cualquier efecto tanto al certificado de revisor fiscal anexo a la demanda, como al aportado con el escrito de apelación, este último, en particular, por no reunir los requisitos del artículo 98 de la ley 9a. de 1983 y porque, apreciarlo, " se traduciría en dejar al arbitrio de los contribuyentes el momento para demostrar lo que se le exige, en detrimento de los intereses de la Nación y de los mismos procesos que se alargarían innecesariamente, aparte (sic) que no se han demostrado razones de fuerza mayor o caso fortuito para su no presentación en el momento adecuado ..."

En lo que respecta a la presunción discutida, se citan las sentencias de la Sala, de 4 de mayo y 8 de junio de 1990, expedientes 2434 y 2236.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Dice el señor Fiscal Tercero de la Corporación que, por años, la Sección Cuarta sostuvo siempre que el artículo 33 de la ley 52 de 1977 consagraba una presunción "un tanto especial", pues subordinaba la operancia de ésta a que la administración tributaria, con amplias facultades de fiscalización e investigación, no pidiera una comprobación especial, ni la ley la exigiera, como se desprendería de lo resuelto, entre otras, en las sentencias de 28 de junio de 1985 y 29 de abril de 1988, dictadas, respectivamente, en los procesos 9847 y 0812, con ponencias de los señores Consejeros Enrique Low Murtra y Jaime Abella Zárate.

Pero que la sentencia de 7 de abril de 1989, expediente 0463, varió dicho criterio y "practicamente" dijo que las denotadas facultades de la administración se debían limitar "exclusivamente" a verificar si, en cuanto a " ingresos, costos, deducciones, etc.", las declaraciones tributarias cumplían los requisitos formales, y en caso afirmativo, a confirmarlas, no obstante lo expresado en concepto de fondo

suyo, emitido, en el mismo proceso, que se habría conformado, no solo " al tenor literal" del precitado artículo 33, sino al " examen integral" del mismo en frente de otras disposiciones y a la propia tesis mantenida entonces por la Sala.

Dentro de otras consideraciones, reproducidos algunos apartes de la sentencia en cuestión, afirma que, de conformidad con el artículo 27 del Código Civil, no era razonable " ampararse en una supuesta ' defectuosa redacción' de la misma norma (el artículo 33 en cita), para darle una interpretación diferente de la que su propio texto indica ...", pues la expresión " cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija ", algún sentido debía tener.

También se pregunta si realmente el artículo 33 establece una presunción, si se "acomoda" a las reglas legales, doctrinales y jurisprudenciales que rigen las presunciones, porque, en su entender, cuando la norma dice " se consideran ciertas los hechos consignados en las declaraciones tributarias ...", lo que " sugiere " es una "presunción a medias", o una "presunción especial", no adecuadas a la índole de las presunciones, ya que su aplicación, eficacia o existencia aparecen condicionadas a que la administración no solicite una comprobación ni la ley la exija.

La norma, pues, no solamente no restringiría las " amplias facultades" que el artículo 30 otorga a la administración, sino que armonizaría con éste, en el sentido de que, ejercidas tales facultades y requerido de prueba el contribuyente, desaparece la presunción.

En cuanto al fallo de 7 de abril de 1989, agrega que lo dicho en éste, en relación con el hecho de que la forma e instrumentación de las declaraciones tributarias fueran susceptibles de satisfacerse con tales declaraciones, su corrección o la contestación de los requerimientos administrativos, no demuestra " que sea cierta la afirmación que hace la sentencia, en el sentido de que la administración tributaria no puede exigirle a los contribuyentes pruebas acerca de los hechos declarados con el lleno de las formalidades legales (...) (pues) los artículos 34 y 43 que dicta (sic) la sentencia, y 41 y 42 de la ley 52 de 1977, demuestran precisamente todo lo contrario ..."

Lo anterior, porque si esas disposiciones dicen simplemente que los requisitos y pruebas deben obrar en las declaraciones o sus adiciones, " cuando la ley lo exija", o con la respuesta a los requerimientos, " si no existe tal exigencia ", lo cual sería elemental, y ordenan, asimismo, que antes de practicar la liquidación de revisión, se requiera, por una vez, al contribuyente, en relación con los puntos que la administración se propone modificar, para que, en el plazo de tres meses, " formule por escrito sus objeciones, *presente pruebas,* solicite las que requieran ser practicadas por la Administración y cumpla los requisitos formales omitidos ...", se concluiría que la administración sí " puede solicitar pruebas de los hechos declarados, aún de aquéllos declarados con el lleno de requisitos ' meramente formales ' ...", pues, de otro modo, " como se deduce del fallo", constreñida la administración a una actividad " meramente mecánica" de verificación de requisitos formales, y forzada a confirmar las declaraciones que reúnan éstos, sin cuestionamiento alguno, no se

justificaría " la enorme y compleja organización administrativa encargada, por la ley, del recaudo y liquidación de los impuestos nacionales ..." (subrayas en el texto).

Considera "inadmisible" el argumento de que el artículo 22 del decreto reglamentario 825 de 1978, despeje cualquier duda en torno de lo dispuesto por el 33 de la ley 52 de 1977 y de "las supuestas limitaciones que tiene la Administración para solicitar pruebas de los hechos declarados ...", puesto que el reglamentador habría excedido la potestad reglamentaria al " modificar " dicho artículo 33, en cuanto limitó su alcance, o suprimió " una de sus disposiciones o de sus condiciones ...", evento en el que preferiría la ley al reglamento.

Concluye, que la sentencia recurrida se debe confirmar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aunque, el concepto fiscal no se contrae propiamente al examen de los extremos específicos de la controversia, se deben precisar ciertos aspectos de alguna relevancia.

Ninguna providencia de la Sala ha relegado los poderes de fiscalización e investigación de la administración tributaria, a la condición de ejercicio de confrontación de requisitos formales.

Contrariamente, se ha insistido en numerosos fallos, incluso el citado de 7 de abril de 1989, en que el aparato fiscalizador no se puede atener, por definición, a la insignificante tarea de enviar a los contribuyentes, por correo además, un oficio requisitorio que, no solamente no evidencia el desempeño de las trascendentales funciones impuestas por la Constitución y la ley de auditar o investigar la naturaleza de la materia imponible y la estructura, caracteres y proyecciones, en situaciones individuales y concretas, del hecho generador, sino que es poco lo que prueba la hipótesis tan precariamente " averiguadas ".

De tales poderes se dijo, en el fallo citado, haberse instituido, "no para 'crear' requisitos, ni para excusarse de cargas probatorias o eludir el '*thema probandum*', sino, justamente, para demostrar fehacientemente, a través de medios rigurosamente subordinados a los principios de publicidad y contradicción, que la declaración tributaria es inexacta, o falso el hecho presumido, o inexistente el supuesto que hace presumir éste...", con lo cual no se hizo otra cosa que dejar enunciados determinados principios inmutables de la ley sustancial, relacionado con la apreciación de la prueba en juicio, cuya ignorancia no releva de su aplicación inmediata.

Una presunción se puede decir de hombre, de ley o de derecho, de acuerdo con la ley y los postulados jurisprudenciales o doctrinarios. No existen, en cambio, hasta donde se sabe, presunciones " sugeridas", " a medias", o " un tanto especiales".

Una presunción legal, no se identifica por locuciones rituarias de la norma, sino porque, del contexto de ésta fluya, " *prima facie*", el entendimiento de haber un hecho o presupuesto determinado por la ley, del que se colige otro.

En la presunción de la declaración tributaria, es claro que los presupuestos son los requisitos formales y las *pruebas* de que se deba dotar la misma, y el hecho presumido, obviamente, la certeza de los datos consignados en tal declaración. En otros términos, los presupuestos son " condiciones " del hecho presumido en toda presunción, luego, no se ve qué pueda tener de " especial" la presunción del artículo 33 de la ley 52 de 1977, solo porque una de sus " condiciones", sea la de que se acompañen a la declaración las *pruebas* requeridas por la ley. Lo que aquí está en juego, no es la existencia de la presunción, nítida como aparece en un texto legal, sino, como en toda presunción, la subsistencia de los presupuestos o condiciones, cuya ausencia daría al traste con el hecho presumido, o la falsedad material probada de éste, que haría inócua la prueba de los presupuestos.

Que la redacción del artículo 33 dicho fuera equívoca y el artículo 22 del decreto reglamentario 825 de 1978 hiciera claridad en ella, no es tesis novedosa, como que fue propugnada en la sentencia de la Sala, de 9 de diciembre de 1986, expediente 1323, con ponencia del señor Consejero Jaime Abella Zárate, que cita la demandante.

En cuanto a que el reglamento y la ley reglamentada forman un todo, el Consejo de Estado ha dicho:

> " El significado de la ley no se reduce al acto que expida el congreso nacional con ese nombre, sino que comprende todos los preceptos de las autoridades y corporaciones que tienen la facultad de dictar normas sobre determinadas materias, como los reglamentos que expide el gobierno ..." (Cfr. sent. dic. 4/ 44).
>
> " Si, desde el punto de vista formal, estos reglamentos (los dictados por el presidente de la República) son actos administrativos, esto no impide que, desde el punto de vista material o de fondo, ellos se consideren de naturaleza legislativa ..." (Cfr. sent. oct. 17/50).
>
> " Si, conforme a la doctrina, el decreto reglamentario está encaminado en su finalidad a hacer práctica y posible la aplicación de la ley en sus naturales desarrollos, una vez expedidos se entiende incorporado a la ley misma, forma con ella un todo jurídico y le basta, por tanto, para regir, la sanción del presidente de la república y la firma del ministro o ministros correspondiente ..." (Cfr. sent. marzo 5/62).

Escrita en forma impersonal la expresión del artículo 33, " cuando no *se* haya solicitado una comprobación especial", además, dentro del silogismo de una presunción, es claro que, lejos de instituir una atribución de competencia discrecional en los funcionarios impositivos, lo que hizo fue deferir al reglamento la eventual

fijación de otras hipótesis, diferentes de las originalmente establecidas o que regían a tiempo de la promulgación de la ley 52, que hicieron viable la solicitud de la " comprobación especial" (subrayas fuera del texto).

Esto se desprende, primero, del hecho de que, si aquélla y no ésta, hubiera sido la intención del legislador, así lo habría expresado, pues es bien sabido que ninguna función pública se ejerce sin norma legal preexistente que la autorice; segundo, de que una disposición, en el primer sentido, haría inoficiosa la totalidad del artículo 33, supuesto inaceptable, ya que por regla hermenéutica el legislador no da normas inútiles, o que se destruyan entre sí; y tercero, de que una previsión en el mismo sentido, no encuentre símil en ninguna parte del articulado de la ley 52, ni siquiera en el mentado artículo 30 ib. (como no sea el literal d), relativo exclusivamente a comprobantes contables), toda vez que las actividades aquí descritas son propias de una función fiscalizadora que debe tener por fin el examen y comprobación de la verdad material de las declaraciones y demás informes, o de la inexactitud de éstos, con base en pruebas reunidas por la administración, único medio de desvirtuar la presunción que ampara dichas declaraciones e informes.

Por lo demás, los artículos 34 y 43 ib., reafirman estos asertos, puesto que las pruebas de que ahí se trata, son unicamente las que se deban presentar, " cuando la ley lo exija", no " cuando la administración tributaria lo solicite", pues así no rezan, ni estas disposiciones, ni la del artículo 33 ib.

Ahora bien, dado que, en el caso en consideración, las normas tributarias vigentes no contemplaban, como requisitos formales, la descripción sobre los géneros o mercancías comprados o importados, ni, como pruebas, los documentos atinentes a la adquisición e importación o nacionalización de tales bienes, sino que remitían a la mera relación de beneficiarios o proveedores, con identificación de éstos y la expresión sobre el concepto y cuantía de cada pago, formalidades cumplidas en el anexo No. 38 de la declaración (fl. 82, cuaderno de antecedentes), es manifiesto que el rechazo de la controvertida partida de "compras de materia prima", sin prueba contraria que desvirtuara la presunción de ser verídica la información detallada, violó los artículos 33 de la ley 52 de 1977 y 22 del decreto reglamentario 825 de 1978.

Por otra parte, ni el requerimiento o la liquidación de revisión precisan cúales son las cantidades que ameritarían el desconocimiento por falta de retención en la fuente. Dichos actos se limitan a afirmar que hay pagos sujetos a retención, " como el transporte de carga y las comisiones", de donde se infiere que la ausencia del aducido requisito, es apenas una suposición de los respectivos funcionarios.

Del hecho de que, con respecto a cada uno de los siete proveedores cuestionados, se hubieran relacionado sendas partidas "globales" de compras, tampoco se deduce irregularidad, ya que no existe norma alguna que imponga la relación discriminada de cada una de las transacciones realizadas durante el año, con un mismo proveedor o beneficiario del pago.

En conclusión, con prescindencia del examen de la prueba contable esgrimida por la demandante en la vía gubernativa y las instancias del juicio, el recurso propuesto por la misma está llamado a prosperar, debiendo revocarse en todas sus partes el fallo acusado.

Se advierte, sin embargo, que el reconocimiento de la partida de costos en compras, por $87.768.159, que es la cantidad discutida, conduce, necesariamente, a que la renta gravable se determine por presunción, tal como fue establecida por la demandante en su liquidación privada, en razón de que ésta había acusado, en depuración ordinaria, una pérdida operacional en cuantía de $13.599.092

El siguiente es el movimiento de cifras y conceptos registrados en las liquidaciones oficial y privada, por métodos ordinarios:

RENGL.	**CONCEPTOS Y**	**CUANTIAS**
	L. OFICIAL	*L. PRIVADA*
(179) Ingresos netos	$162.722.818	$162.722.818
Menos: (205)Costo activos movibles	43.311.336	131.079.495
(249) RENTA BRUTA ORDINARIA...	$119.411.482	$ 31.643.323
Menos: (251) Deducciones 45.242.415	45.242.415	
(257) RENTA LIQUIDA ...	$ 74.169.067	-0-
(258) PERDIDA LIQUIDA...	-0-	($ 13.599.092)
Menos: Costos aceptados en este fallo	87.768.159	
PERDIDA LIQUIDA	($ 13.599.092)	

Procede, por tanto, la práctica de la siguiente nueva liquidación:

CAJAS PLASTICAS S.A.

NIT: 60.030.888

AÑO GRAVABLE: 1984

CONCEPTO	BASE IMPONIBLE	IMPUESTO
RENTA		
Presuntiva, según liquidación privada No. 0885, julio 10/85	$3.254.456	
Menos: Renta exenta, según liquidación de revisión No. 0473, julio 3/87	2.088	
RENTA GRAVABLE, tasa del 40%...	$3.252.368	
		$1.300.947
DESCUENTOS TRIBUTARIOS		
Reconocidos, liquidación oficial citada		7.154
Impuesto Neto de renta...		$1.293.793
TOTAL A CARGO...		$1.293.793

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,

F A L L A :

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, modifícase la liquidación del impuesto sobre la renta a cargo de la sociedad CAJAS PLASTICAS, S.A. NIT: 60.030.888, por el año gravable de 1984.

Como consecuencia, fíjase en la suma de UN MILLON DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS ($1.293.793), el valor total que, por el concepto y ejercicio fiscal precitados, debe la mencionada sociedad.

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.

LEY PROCESAL-Aplicabilidad/ **TRANSITO DE LEGISLACION/ LIQUIDACION DE REVISION**-Término

Es cierto que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, dispone que las leyes concernientes a ritualidades y sustanciaciones son de aplicación inmediata y por tanto, en el momento en que entra a regir la nueva ley procesal, todos los procedimientos quedan afectados por ella. Pero la misma norma contiene una excepción que no ha sido contemplada por la Administración y es la que hace referencia a que los términos que ya hubieren empezado a correr y que no se hubieren vencido, se deben regir por la ley aplicable al momento de su iniciación. Con base en el cómputo de términos para proferir la liquidación de revisión, no existe duda que cuando entró en vigencia el nuevo procedimiento tributario, para la Administración, de acuerdo con las normas aplicables en el momento de la presentación de la declaración, estaba "corriendo" un término y en consecuencia, por vía de excepción, no eran aplicables las nuevas normas al procedimiento ya iniciado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3294. Actor: Pereira Motors S.A. Apelación sentencia de 18 de septiembre de 1990, Proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de la operación administrativa de determinación del impuesto de renta y complementarios de la vigencia fiscal de 1985.

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada - Ministerio de Hacienda y Crédito Público- contra la sentencia de 18 de septiembre de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió a las súplicas de la demanda en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la sociedad PEREIRA MOTORS S.A., con respecto a los actos de determinación del impuesto de renta y complementarios a su cargo, correspondientes a la vigencia fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento especial, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, produjo la liquidación oficial No. 0027 de 1o. de diciembre de 1988, mediante la cual se determinó la renta gravable del ejercicio de 1985 a cargo de la sociedad actora, por el sistema especial de renta presuntiva, por cuanto ésta no logró demostrar satisfactoriamente los requisitos que llevaran a eximirla de esta forma de determinación. Se le aplicó igualmente sanciones por inexactitud y por no enviar información.

En el recurso gubernativo la sociedad discutió no sólo los aspectos de fondo, sino, principalmente, la inoportunidad de la actuación administrativa, por cuanto el pronunciamiento oficial de liquidación se realizó después de vencido el plazo consagrado desde la ley 52 de 1977 y reiterado en la ley 9a. de 1983, para modificar las liquidaciones privadas de los contribuyentes.

En la Resolución No. 030 de junio de 1989, mediante la cual se agotó la vía gubernativa, la División de Recursos Tributarios de la Administración de Bogotá, mantuvo en su integridad la liquidación oficial, desechando el argumento de la inoportunidad de la actuación, con base en la aplicación de las nuevas normas de procedimiento consagradas en el decreto 2503 de 1987, que ampliaron los plazos para la actuación de la Administración y que comenzaron a regir antes de efectuarse la liquidación oficial del impuesto.

LA DEMANDA

Se afirma que la Administración Tributaria incurrió en violación de normas constitucionales y legales y contrarió abiertamente los principios generales del derecho, cuando aplicó a un procedimiento ya iniciado bajo unas determinadas normas de procedimiento, los nuevos plazos que para la administración introdujo el decreto 2503 de 1987.

Sostiene que es la misma administración la que, en la resolución que conoció del recurso gubernativo, de manera por demás ingenua, interpreta y aplica erradamente las normas sobre aplicación de la ley en el tiempo, para acomodar su actuación a un plazo de fiscalización y determinación que no era aplicable a una declaración tributaria presentada bajo la vigencia de normas procedimentales diferentes.

Centralizando todo el debate a éste aspecto, solicita la declaratoria de nulidad de la operación administrativa, para restablecer el derecho como normatividad y a la demandante en sus derechos subjetivos.

EL FALLO APELADO

Para el *a-quo,* primeramente debía dilucidarse la posible violación del artículo 40 de la ley 153 de 1887, pues dependiendo de lo resuelto sobre éste aspecto, se haría procedente o no el estudio de los demás puntos debatidos.

Acerca de las normas vigentes al momento de la presentación de la declaración tributaria de la sociedad correspondiente a la vigencia de 1985, no tiene dudas de que eran aquellas que concedían a la Administración un término de dos años, a partir de la presentación de la declaración, para efectuar la liquidación oficial. Por consiguiente, el nuevo plazo que consagró el decreto 2503 de 1987, que concedió los dos años pero para practicar el requerimiento especial, aunque entró a regir en fecha anterior a la de la liquidación oficial, no podía ser aplicado por la administración, a un procedimiento ya iniciado bajo la ley anterior.

El Tribunal efectuó los computos pertinentes, incluídos las suspensiones de términos por la Inspección Ocular y el Requerimiento Especial y concluyó que la liquidación oficial de 1o. de diciembre de 1988, fue expedida por fuera del término legal, lo que conlleva a su nulidad, la cual procedió a declarar y a manera de restablecimiento del derecho, confirmó la liquidación privada del impuesto presentada por la demandante, con su declaración de renta de 1985.

EL RECURSO DE APELACION

El representante judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, insiste en que fue correcta la aplicación que hizo la Administración de la norma de procedimiento.

Presentada la declaración bajo la vigencia de la ley 9a. de 1983, en las actuaciones iniciales de fiscalización, se respetaron los términos consagrados en dicha ley. Cuando entró a regir el decreto 2503 de 1987, se había cumplido el término de la Inspección Contable, pero las nuevas diligencias y actuaciones que en adelante efectuara la administración, sobre la declaración de renta de la sociedad, debían someterse a la nueva ley procedimental, conforme al principio de que las normas de procedimiento son de aplicación inmediata.

La actuación administrativa fue así plenamente válida, incluidos los rechazos fiscales contemplados en la liquidación oficial, la cual debe restituirse juridicamente, previa la revocación de la sentencia objeto del recurso contencioso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Para el Fiscal Tercero de la Corporación, el pronunciamiento de la Administración no fué oportuno. La norma aplicable para el presente caso, era sin lugar a duda, la que regía en el momento de la presentación de la declaración de renta de la sociedad, es decir, el artículo 75 de la ley 9a. de 1983, de acuerdo con la cual, la facultad de revisión de la Administración, comprendía hasta los dos años siguientes a la presentación del denuncio rentístico y una liquidación oficial practicada por fuera de este término, es nula.

Efectuados los correspondientes computos de términos, incluidas las suspensiones del mismo, manifiesta acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda y con los planteamientos del *a-quo*. Solicita así la confirmación de la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Lo que en síntesis se discute, es el procedimiento aplicable a la declaración de renta que con respecto al año gravable de 1985, presentó la sociedad PEREIRA MOTORS S.A., el 2 de mayo de 1986, a fin de determinar si fue oportuno o no, el acto de liquidación oficial del impuesto de dicho ejercicio.

Antes de la vigencia del decreto 2503 de 1987, la administración de impuestos contaba con un término de dos años para practicar una liquidación de revisión, previa la correspondiente fiscalización, contados a partir de la presentación de la declaración de renta. La consecuencia del incumplimiento del plazo era la confirmación de la liquidación privada; los actos proferidos con posterioridad al plazo legal, eran nulos. Por su parte, el artículo 22 del decreto 3803 de 1982, informaba sobre los eventos y tiempo, durante los cuales se presentaba la "suspensión" de este término de revisión oficial.

Pero el Decreto 2503 de 29 de diciembre de 1987, estableció en su artículo 45, que el requerimiento especial previo a la liquidación de revisión, se debe notificar "a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha de vencimiento del plazo para declarar", modificando así el plazo, que se mantuvo en dos años, pero no ya para practicar el acto oficial de determinación del tributo, sino para el proceso de fiscalización que culmina en el requerimiento especial. En cuanto al plazo para efectuar la liquidación oficial, según el artículo 51 del mismo estatuto, es de seis (6) meses, a partir de "... la fecha del vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial o su ampliación ..."

Cuál era entonces, el plazo con que contaba la Administración de Impuestos de Pereira, para efectuar la liquidación de revisión, si cuando entró a regir el nuevo procedimiento, aún no se había notificado el requerimiento especial ?

La Administración de Impuestos de Pereira sostiene, basada en el principio de la aplicación inmediata de las normas de procedimiento, que no se permite la

subsistencia de la ley antigua para las actuaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía, produciendo la nueva ley procedimental sus efectos desde su promulgación y que por tanto, el requerimiento especial enviado el 26 de abril, quedó cobijado por las nuevas disposiciones, dando como consecuencia que la liquidación de revisión, que fue notificada dentro de los seis meses siguientes, contados a partir del vencimiento del término para contestar el requerimiento especial, conforme a la nueva ley, fue oportuna.

Para la Sala es evidente que la interpretación planteada por la Administración, obedece a una visión parcial del principio que informa la aplicación de la ley procedimental en el tiempo.

Es cierto que el artículo 40 de la ley 153 de 1887, dispone que las leyes concernientes a ritualidades y sustanciaciones son de aplicación inmediata y por tanto, en el momento en que entra a regir la nueva ley procesal, todos los procedimientos quedan afectados por ella, debiendo acomodarse a la nueva forma establecida y asumiendo las consecuencias que el cambio introducido pueda representar para las partes.

Pero la misma norma -artículo 40- contiene una excepción, que no ha sido contemplada por la Administración y es la que hace referencia a que los términos que ya hubieren empezado a correr y que no se hubieren vencido, se deben regir por la ley aplicable al momento de su iniciación.

Y para dilucidar el alcance de la anterior excepción en el presente caso, es preciso establecer qué actuaciones o diligencias habían empezado a correr cuando entró en vigencia el decreto 2503 de 1987, por cuanto con respecto a ellos habrá de respetarse las normas de procedimiento vigentes al momento de su iniciación.

El artículo 75 de la ley 9a. de 1983, que regía al momento de la presentación de la declaración de renta de la demandante, establecía que éstas quedarían en firme si " dentro de los dos años siguientes " a su presentación, no se notificaba la liquidación de revisión. Era así como, presentado el denuncio, se iniciaba un término para que la Administración realizara no solo la fiscalización, sino también la determinación del tributo.

Con base en el cómputo de términos que reiteradamente se ha efectuado en las diferentes etapas de este proceso y que no es del caso repetir, por cuanto hay coincidencia entre las partes sobre él, no existe duda que cuando entró en vigencia el nuevo procedimiento tributario, para la administración, de acuerdo con las normas aplicables en el momento de la presentación de la declaración, estaba " corriendo " un término y en consecuencia, por vía de excepción, no eran aplicables las nuevas normas al procedimiento ya iniciado, las cuales solo operarían para las actuaciones surtidas a partir del vencimiento de éste plazo.

Practicada la liquidación de revisión No.0027 de 1o. de diciembre de 1988, que determinó oficialmente el impuesto a cargo de la sociedad por el ejercicio de 1985,

por fuera de los dos años concedidos para la determinación del tributo, incluida la suspensión del término por el tiempo durante el cual se surtió tanto la Inspección Contable como el requerimiento Especial, hizo bien el Tribunal al declarar la nulidad de dicha actuación, con la consecuente confirmación de la liquidación privada del impuesto.

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.

CADUCIDAD-Iniciación/ **ACTO ADMINISTRATIVO/ NOTIFICACION/ COMUNICACION**

La caducidad como término dentro del cual puede validamente ejercerse el derecho a accionar, debe establecerse y aclararse plenamente en la etapa de la admisión de la demanda y no postergarse para el momento de fallar. El comienzo o iniciación del término de caducidad depende de la clase de acto. La expresión "según el caso" utilizada en la ley hace referencia a la naturaleza o clase de acto, según sea de aquellos que requieran publicación en algún órgano de publicidad, notificación (caso en el cual son aplicables las normas de los artículos 44 y ss. del C.C.A.), o de aquellos actos de simple ejecución mediante los cuales la Administración ejecuta una determinación legal previamente adoptada. En conclusión, comunicación y notificación son dos fenómenos diferentes, aunque con ambos se pretende informar al interesado la existencia de una actuación o de una decisión, en un acto mediante una diligencia rodeada de formalidades y en el otro no.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/ ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/ CIRCULAR DE SERVICIO

Son circulares de servicio las dirigidas a todos o a un grupo de funcionarios sobre la forma de prestar un servicio, esto es, sobre la manera de aplicar las leyes que les corresponde en el ejercicio de sus funciones, o a los particulares sobre la misma materia. Los oficios demandados, aunque reiterativos de una misma instrucción, no alcanzan a tener la categoría de " circulares de servicio ", ni de "acto" susceptible de notificación. Según la reforma del 2304/89, son susceptibles de acción de nulidad las circulares de servicio, pero no los oficios de carácter individual, y es posible demandar directamente los actos cuando "las autoridades administrativas no hubieren dado oportunidad de interponer los recursos procedentes", o sea, a "*contrario sensu* ", que esta posibilidad de accionar no se concreta cuando no procede recurso.

FALLO INHIBITORIO-Improcedencia/ **PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL** (Aclaración de Voto)

Si al admitirse la demanda no se advierte que ella no es posible respecto de algunos actos, pero que sí lo es respecto de otros, y el proceso se adelanta sin pronunciamiento a este respecto, el juez al llegar al estado de dictar sentencia, no puede inhibirse de fallar en el fondo alegando que no todos los actos son demandables, sino que debe hacer pronunciamiento respecto de aquellos actos que son demandables y abstenerse respecto de los que no lo son, entre otras cosas, por economía procesal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., Julio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3156. Actor: Instituto de Financiamiento y Desarrollo Cooperativo de Colombia " Financiacoop ". Autoridades Nacionales
AUTO

Se decide el recurso ordinario de súplica interpuesto oportunamente por el apoderado de la actora, contra el auto del 31 de mayo de 1991, mediante el cual la Sala Unitaria rechazó la demanda. Tiende el recurso a lograr la revocatoria del proveído y, en su lugar, a que se disponga admitir la demanda y adoptar las medidas pertinentes.

1. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES Y DE LA CONTROVERSIA

El día 15 de agosto de 1990, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se instauró demanda en la cual se pidió la nulidad de cuatro oficios y una resolución dictados por la Superintendencia Bancaria mediante los cuales la

Superintendencia se dirigió a la demandante FINANCIACOOP dando instrucción primero y luego ordenando el desmonte de las captaciones de dinero mediante Certificados de Depósito a Término- C.D.T.- por considerar que debía hacerlo mediante Certificados de Depósito de Ahorro a Término C.D.A.T., por ser los adecuados a la naturaleza cooperativa de la entidad; demandó también y como consecuencia de lo anterior que quedara en vigor la autorización que le había dado la Superintendencia mediante Oficio # DB-1074 del 19 de abril de 1979.

Los documentos impugnados y a los cuales habrá de referirse la Sala más adelante, fueron:

1- El Oficio # 250-003 del 12 de enero de 1988

2- Oficio # 250-091 del 15 de marzo de 1988

3- Oficio de julio 21 de 1988 sobre observaciones a balances de enero-mayo/ 88.

4- Oficio # 250-054283 del 6 de diciembre de 1988 y,

5- La Resolución 1215 de abril 10 de 1990.

El auto suplicado analizó el contenido de cada uno de los documentos y consideró que los dos primeros oficios remisorios de un tercero "con el objeto de que se acaten las instrucciones impartidas" y para "su cabal cumplimiento" constituian actos administrativos independientes entre sí, frente de los demás actos demandados y por tanto impugnables ante la jurisdicción pero dentro del término de caducidad, lo cual no se cumple respecto a tales oficios por ser del 12 de enero y 15 de marzo de 1988 y la demanda de agosto de 1990.

En cuanto al tercer oficio contentivo de las observaciones a los balances de los cinco primeros meses de 1988, no lo consideró contentivo de una determinación administrativa susceptible de acción contenciosa, toda vez que la Superintendencia se limitó a pedir explicaciones ante la falta de acatamiento de las instrucciones dadas con relación a los C.D.T..

Con relación al Oficio del 6 de diciembre de 1988 (el 4o. de la relación anterior) en el cual reconoce que se hicieron precisiones sobre el tema y se concedió un plazo para cumplir las instrucciones, la demanda presentada en agosto de 1990, resulta extemporánea por haberse presentado fuera de término de caducidad y por último, en cuanto a la Resolución # 1215 de abril 10-90 aunque en principio podría ser objeto de demanda..." no es posible admitirla contra ella y rechazarla en cuanto a los demás actos controvertidos, por cuanto el libelo es un instrumento jurídico unitario e inescindible, respecto de cuya admisibilidad se debe proveer en conjunto; con mayor razón en este caso, en el cual la petición para que se disponga el restablecimiento del derecho tiene por fundamento que se declare la nulidad de *todos* los actos demandados". (subraya el texto).

2. EL RECURSO DE SUPLICA

El impugnador del auto anteriormente resumido, expone sus razones en tres apartes que titula así:

I- El contenido y los fundamentos del auto recurrido.

II- Los actos demandados, sus efectos vinculantes sobre la actora, la falta de notificación de los mismos y la consiguiente vigencia de la acción y,

III- Efectos de las anteriores circunstancias, no observadas en el proveído recurrido, sobre este mismo y la procedencia de la admisión de la demanda.

Las glosas al auto recurrido las hace consistir sinteticamente en lo siguiente:..." los dos actos primeramente acusados, nunca fueron notificados en debida forma, que el tercero es un acto administrativo, el cual tampoco fue notificado nunca, aunque sobre este aspecto, obviamente, el proveído atacado no discierne comentario alguno, el cuarto acto acusado sólo vino a ser notificado el 19 de abril de 1990, y la Resolución 1215 de 1990 aunque se refiere a los actos anteriores y hace parte de todo el proceso desarrollado por la Superintendencia para revocarle a aquella derechos reconocidos anteriormente, aún en el supuesto de que aquellos actos acusados no pudieran ser anulados, ella sí puede serlo y, en todo caso, es susceptible de control judicial por la vía procesal elegida".

"..."

En el desarrollo de tales razonamientos critica el auto por haber omitido establecer si los actos acusados habían sido o no notificados, pues dedujo la caducidad de la fecha de su expedición; afirma que el oficio del 6 de diciembre de 1988 vino a ser notificado, aunque irregularmente, con la Resolución de abril de 1990 desapareciendo así la presentación extemporánea que se atribuye a la demanda.

También critica la improcedencia de la demanda deducida en el auto impugnado de la conexidad de los actos, pues a su juicio si un acto puede ser anulado por conexidad con otro es cuestión del fallo y no del auto admisorio de la demanda, y además ese hecho no está erigido en causal de inadmisión en ninguna norma.

Considera que el auto le dio equivocadamente al conjunto de actos el tratamiento procesal del control de los actos complejos, con olvido de que se trata de actos individualizados, ligados por su objeto o contenido, la finalidad de la acción, el procedimiento, las pruebas, etc., sin que haya norma alguna que prohiba la demanda conjunta.

Analiza individualmente el contenido de cada uno de los oficios y actos demandados y respecto a los dos primeros concluye que mediante ellos la

Administración ordenó a la demandante cumplir disposiciones que, aunque dirigidas a otras entidades, estima y dispone que también le son aplicables a ella. Esta orden implicó una revocatoria de la autorización otorgada el 19 de abril de 1979 y siendo una revocatoria no se notificó en debida forma, ni se indicó la procedencia de recursos.

Un aspecto fundamental procesalmente, es que los citados oficios, sea que se consideren concepto de aplicación general o decisiones individuales, debieron ser notificados para computar la caducidad de la acción a partir de esa diligencia y como no lo fueron, es válida la demanda interpuesta posteriormente.

Y, en cuanto a los oficios de enero y marzo de 1988 por contener revocatoria de derechos otorgados en el pasado debían notificarse personalmente y al faltar ésta, tampoco se configura la caducidad como lo hace el auto.

No comparte el concepto expresado en la misma providencia en el sentido de que el oficio de julio 21 de 1988 (# 250-0223) no es un acto administrativo, pues además de las explicaciones allí solicitadas, en el mismo se ratifican las órdenes e instrucciones sobre desmonte de los C.D.T..

Sobre la falta de oportunidad de la demanda en cuanto al oficio de diciembre 6 de 1988, observa que hasta abril de 1990, al expedirse la Resolución 1215 se le hizo saber a su representada que contra tal acto no procedía recurso alguno, luego no podía correr el término de caducidad de la acción sino a partir del 19 de abril/ 90 cuando fue notificada ésta y por tal motivo la demanda está en tiempo.

Finalmente, critica la actuación de la agencia gubernamental por haber sido ambigua con la expedición de los actos acusados, sin consideración con los derechos procesales y de fondo de los particulares.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

A- La CADUCIDAD como término legal dentro del cual puede válidamente ejercerse el derecho a accionar, debe establecerse y aclararse plenamente en la etapa de la admisión de la demanda y no postergarse para el momento de fallar.

En el estudio de este aspecto debe tenerse en cuenta que practicamente todos o casi todos los hechos que configuran las llamadas excepciones previas, así como dan derecho al demandado a invocarlos para oponerse a la admisión de la demanda, permiten al juez invocarlos para inadmitirla, como causales que son de vicios formales, algunos de ellos no saneables, la caducidad está consagrada como hecho que configura excepción previa al final del art. 97 del C.P.C. que dispone: "también podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y *caducidad de la acción"* (la subraya no es del texto).

Esta consideración introductoria es necesaria para justificar el análisis de algunos aspectos que aparentemente son materia de la sentencia, pero que en

realidad son indispensables para establecer correctamente si la demanda fué oportunamente presentada y en consecuencia, válida por este aspecto, para generar la relación jurídico-procesal.

El comienzo o iniciación del término de caducidad depende de la clase de acto, según lo tiene establecido de tiempo atrás nuestro estatuto procesal contencioso administrativo y plasmado hoy en el art. 136 del C.C.A. (con las modificaciones hechas por el art. 23 del Decreto 2304 de 1989) respecto a la acción de restablecimiento del derecho cuando dice que "...caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso...". La expresión "según el caso" utilizada hace referencia a la naturaleza o clase del acto, según sea de aquellos que requieran *publicación* en algún órgano de publicidad, *notificación* (caso en el cual son aplicables las normas sobre la personal o por edicto de los arts. 44 y siguientes del Decreto 01/84), o de aquellos actos de simple *ejecución* mediante los cuales la Administración ejecuta una determinación legal previamente adoptada.

Sobre este tema la Sala Plena en sentencia del 7 de marzo de 1988 (Exp. R-018, Actor: Luis B. Uribe) precisó que: " no se puede decir que la *comunicación* y la *notificación* son lo mismo, aunque procuran parecidos pero no idénticos fínes; y por lo tanto, el sentido de la norma no puede ampliarse hasta el punto de entender como sinónimos "comunicación" y "notificación" para aplicarla, indistintamente, en uno u otro caso". Más adelante en la misma providencia se afirmó: "En conclusión, comunicación y notificación son dos fenómenos diferentes, aunque con ambos se pretende informar al interesado la existencia de una actuación o de una decisión; en un acto mediante una diligencia rodeada de formalidades y en el otro no".

En criterio expuesto en dicha providencia fue reiterado en la del 20 de septiembre de 1988 (Expediente R-083 actor: Luis Ramón Castañeda).

B- ACTOS DE LA SUPERINTENDENCIA

Sabido es que la Superintendencia Bancaria desarrolla los objetivos y funciones señalados en el Decreto Extraordinario 1939 de 1986 (reemplazado hoy por el Decreto Extraordinario 1033 de abril de 1991), mediante la expedición de diversa clase de documentos dentro de los cuales se destacan: las resoluciones, la circulares externas y cartas externas que son de contenido general; las resoluciones y los oficios de contenido particular y las certificaciones.

Dentro de la gama de posibles maneras de desarrollar los objetivos y funciones señalados en el Decreto Extraordinario 1939 de 1986, el artículo 3o. de este estatuto, entre otras menciona los dos siguientes, que tienen que ver con el caso debatido:

" g) Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos

que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación;

" k) Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizada e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento, cuando la Superintendencia considere que alguna institución financiera sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizadas o insegura ".

(En el Estatuto vigente - Decreto 1033 de 1991, se conservan estas mismas funciones en los números 13 y 18 del artículo 3o.).

C- LOS ACTOS ACUSADOS

1. Los oficios de 1988 en los que se instruyó sobre la necesidad de cambiar la captaciones de C.D.T. por C.D.A.T. pueden considerarse simples oficios mediant los cuales el Superintendente imparte instrucciones y da a conocer las modificacione legales a las cuales deben ajustarse las entidades vigiladas. No se trata de act administrativos propiamente dichos pues mediante ellos simplemente ejerce función pedagógica de divulgación de la ley e incita a su cumplimiento.

Por esa razón no están sometidos al requisito de la " notificación ", con todo e ritual prescrito por los artículos 44 y ss. del Decreto 01/84, ni son susceptibles d recursos ante la misma Superintendencia porque no son tales oficios o concepto los que crean el efecto jurídico: éste ya está creado por la ley o la norma que aquellos simplemente divulgan y recuerdan a los particulares la obligación de acatarla. Esa misma naturaleza implica que tampoco sean susceptibles de acción contencioso administrativa.

En efecto, el último inciso del artículo 84 del Decreto 01 de 1984 en su versión original, previó la posibilidad de que fueran objeto de acción de nulidad " los conceptos y circulares que la administración quiera aplicar de modo general ", aspecto que la jurisprudencia precisó en el sentido de que el oficio individual contentivo de un simple *concepto* sobre la manera de interpretar o aplicar una ley, no podía ser objeto de demanda contenciosa, sino solamente cuando se pretendía darle alcance "general". Concordante con esta posibilidad el art. 136 inciso segundo, incluía la "comunicación" como punto de partida del término de caducidad, forma de notificación que se adecuaba precisamente a los conceptos y circulares que no se notifican sino que simplemente, se comunican.

La reforma del Decreto 2304 de 1989 fue más drástica, en el sentido de eliminar esta posibilidad y la sustituyó en el último inciso del artículo 14, a " las circulares de servicio". Sin que haya definición legal de éstas, por simple sentido natural y obvio de las palabras, por esta clase de documentos deben entenderse las dirigidas a todos o a un grupo de funcionarios sobre la forma de prestar un servicio, ésto es,

sobre la manera de aplicar las leyes que les corresponde en el ejercicio de sus funciones, o a los particulares sobre la misma materia.

Por otra parte, del artículo 136 se eliminó la " comunicación" como inicio del término de caducidad, pues el art. 23 del Decreto 2304/89 lo redujo al " día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso".

Pero los oficios demandados, aunque reiterativos de una misma instrucción, no alcanzan a tener la categoría de " circulares de servicio" dentro del criterio expuesto, ni de " acto" susceptible de notificación.

La falta de notificación de éstos, la carencia de recursos por la vía gubernativa y de acción, ante la jurisdicción, justifican la inadmisión de la demanda dirigida a obtener la nulidad de éstos. Mas aun, frente a la evidente pretensión incongruente, consistente en que al ser "anulados" éstos en forma consecuente adquirirá *vigor* el oficio, también instructivo, dirigido a la misma empresa diez años atrás, cuando el régimen legal era distinto.

2. El Oficio del 6 de diciembre de 1988 considerado por el actor como un verdadero acto administrativo, si se observa bien, contiene una conminación para que en el término de diez días acredite el acatamiento definitivo a las instrucciones reiteradas de la Superintendencia, sin perjuicio de las sanciones a que pudiera haber lugar por su incumplimiento.

Esta comunicación no era susceptible de " notificación", ni de los recursos y por ello la reacción de la entidad particular al interponer recurso de reposición desvió la atención de la Superintendencia, que ciertamente se demoró más de un año para definir que era improcedente tal recurso (lo que hubiera podido contestar rapidamente en un oficio y no en una Resolución); pero también enervó y entrabó el procedimiento legal que le correspondía a la Superintendencia, pues ella, en virtud de sus funciones de policía administrativa frente a la renuencia de acatar sus instrucciones, estaba en capacidad y motivada, para que una vez cumplido el plazo otorgado, hasta el 16 de diciembre (de 1988), ha podido dictar una Resolución sancionatoria, está sí sujeta a notificación, recurso gubernativo y eventualmente, objeto de acción contenciosa.

De manera que la incorrecta actuación de la entidad particular al interponer un " recurso de reposición" contra un oficio que carecía de él, no sólo desvió el procedimiento que correspondía cumplir a la Superintendencia, sino que ahora, una vez establecida por ésta, la improcedencia de tal recurso, trata de encajar esta actuación como un verdadero acto administrativo.

De ser cierta la perspectiva de la empresa de que la comunicación del 6 de diciembre de 1988 era un verdadero acto administrativo, contra el cual no estaba dando oportunidad de agotar la vía gubernativa al no ser notificado, ni advertido de los recursos del caso, la vía contenciosa le estaba abierta según el ordinal 2o. del art. 135 del Decreto 01/84, que permitía ejercerla dentro de los cuatro meses a partir

de dicha " comunicación ", como lo tenía previsto en aquella época el segundo inciso del art. 136 original del Decreto 01/84.

Es decir, de acuerdo a la legislación vigente hasta abril de 1989 le habría sido válido al actor ejercer la acción dentro de su propia perspectiva de tratatarse de un acto susceptible de acción de restablecimiento del derecho y obrando dentro de la permisión para ocurrir ante la jurisdicción cuando " las autoridades no hubieren dado oportunidad de interponer los recursos procedentes " según el art. 135 del C.C.A., ordinal 2o.

Pero las modificaciones que al Decreto 01 de 1984 introdujo el Decreto 2304/ 89 a partir de octubre 2 de 1989, implican:

a) Que según el artículo 84 son susceptibles de acción de nulidad las "circulares de servicio" pero no los oficios de carácter individual, habiéndose suprimido esta posibilidad que permitía el estatuto antes de la reforma.

b) Que consecuentemente, la " comunicación " no quedó enumerada dentro de los medios de información de los actos, precisamente porque los "actos" son objeto de notificación o de publicación y gozan de acción a partir de ésta, según el caso.

c) Que según el artículo 135 (modificado) es posible demandar directamente los correspondientes actos cuando " las autoridades administrativas no hubieren dado oportunidad de interponer los recursos procedentes", o sea, a contrario *sensu,* que esta posibilidad de accionar no se concreta cuando no procede recurso, como sucedió en el caso del oficio del 6 de diciembre que ni se dio al cumunicarlo, ni se concedió ante la petición formal para que así se hiciera, tal como se expresó en la Resolución 1215/90.

Por las consideraciones que anteceden la Sala no estima desvirtuadas las razones expuestas en el auto suplicado para inadmitir la demanda y por el contrario, en un esfuerzo por comprenderla, encuentra una inconsistencia entre las pretensiones planteadas y la alegada naturaleza de los " actos administrativos" atribuido al conjunto de comunicaciones de la Superintendencia aún considerándolas con el mismo criterio del actor.

En efecto, las pretensiones planteadas en la 2a. página de la demanda consistieron primero en que se declare " que son nulos los actos administrativos que se contienen..." en todos los oficios mencionados y en la Resolución 1215/90 y segundo,..."que en *consecuencia* (se subraya) queda en su fuerza y vigor la autorización dada a la actora..." en abril de 1979. Pero refiriéndose, como se refiere la parte resolutiva de la Resolución 1215 al rechazo de un recurso por improcedente y los oficios a la instrucción sobre las capacidades mediante C.D.A.T. según la nueva legislación, aplicable a entidades cooperativas y cajas de ahorro, no se ve como de la hipotética anulación de los citados oficios y Resolución, pudiera surgir como consecuencia y en forma automática y a título de restablecimiento del derecho, el oficio de 1979 en toda su fuerza y vigor, siendo que éste en ningún

momento fue anulado, revocado o ' derogado ' por la Superintendencia, que como bien lo explicó, en su momento estuvo acorde con la legislación vigente, tan sólo que después ésta fue la modificada.

De manera que, no estando identificado o concretado el *acto* administrativo que decretó la anulación o revocatoria de la autorización dada en 1979, no puede establecerse el término de caducidad de la demanda que pretende mediante la anulación del primero que resuelva necesariamente la segunda.

En tales condiciones no es posible atender las peticiones del recurrente.

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

RESUELVE :

CONFIRMASE el auto del 31 de mayo de 1991, que rechazó la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Con aclaración de Voto.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN CONSEJERO DE ESTADO.- Santafé de Bogotá D.C., primero (1o) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 3156. Actor: Instituto de Financiamiento y Desarrollo Cooperativo de Colombia " Financiacoop".

La aclaración que debo hacer se refiere a los conceptos emitidos en el auto suplicado y se transcriben a folio 3, del auto de julio 26 del año en curso de 1991, conforme al cual la demanda es un instrumento jurídico único e inescindible, respecto de cuya admisibilidad se debe proveer en conjunto, de suerte que, " No es posible admitirla contra ella (se refiere a la resolución 1215 de abril 10 de 1990) y rechazarla en cuanto a los demás actos controvertidos". Mi pensamiento es casualmente contrario ya que como es de todos conocido, el juez tiene facultades de dirección del proceso, de suerte que, si encuentra al admitir la demanda que ella es posible respecto de algunos actos y no respecto de otros, por cuanto estos, por ejemplo, no son actos administrativos, y en cambio sí lo son los restantes, es lo lógico que admíta la demanda respecto de los actos demandables y que no lo haga respecto de los que no lo son, para enderezar desde el comienzo el proceso.

Así mismo, si al admitirse la demanda no se advierte que ella no es posible respecto de algunos actos, pero que sí lo es respecto de otros, y el proceso se adelanta sin pronunciamiento a éste respecto, el juez al llegar al estado de dictar sentencia, no puede inhibirse de fallar en el fondo alegando que no todos los actos son demandables, sino que, como lo tiene prescrito la doctrina, el juez debe hacer pronunciamiento respecto de aquellos actos que son demandables y abstenerse respecto de los que no lo son, entre otras cosas, por economía procesal. La tesis de la cual me aparto llevaría a la conclusión de que el juez debería pronunciar sentencia inhibitoria, lo que es injusto.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS/ CADUCIDAD/ TRANSITO DE LEGISLACION/ ADMINISTRACION TRIBUTARIA

Con la perspectiva del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 puede afirmarse que el término iniciado bajo la vigencia del artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 no se podía ser modificado por una ley nueva como el Decreto 2503 de 1987, puesto que los términos que hubieren empezado a correr se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Además, el Decreto 2503 de 1987 en esta materia de la caducidad debe considerarse como una nueva regulación que rige solamente a partir de su vigencia y el mismo legislador extraordinario tuvo cuidado de establecerlo así.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3291. Actor: Great Lakes Dredge & Dock Company. Impuesto Renta.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Administración de Impuestos Nacionales, contra la sentencia proferida el 27 de julio de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad GREAT LAKES DREDGE & DOCK COMPANY contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta a su cargo por el período gravable de 1983.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previa inspección a los libros de contabilidad y Requerimiento Especial 120 de marzo 25 de 1986, la Administración Tributaria practicó la Liquidación de

Revisión 958 de agosto 21 de 1986. Adicionó a la renta declarada ingresos virtualmente omitidos por valor de $23.196.936. y desestimó de las deducciones propuestas, la suma de $52.231 correspondiente a la diferencia resultante entre el valor contabilizado y el pagado por concepto de aportes al SENA y la partida de $2.038.347.552. solicitada como subcontrato de dragado, porque en la visita contable se estableció que correspondían a *arrendamientos pagados,* sobre los cuales era procedente la retención por Impuesto de Remesas que la sociedad no efectuó. Aplicó también sanción por inexactitud por la omisión de ingresos.

Interpuesto el recurso de reconsideración contra la decisión oficial ésta fue confirmada por Resolución 038 de noviembre 15 de 1988, notificada por edicto que se desfijó el 15 de diciembre del mismo mes y año.

Agotada la vía gubernativa, la actora solicita ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos en cuestión y se restablezca el derecho lesionado mediante la confirmación de la liquidación privada, determinando como único impuesto a cargo la suma de $32.722.264.

Estima el apoderado de la recurrente en síntesis:

1. Que la Resolución 038 de noviembre 15 de 1988 fue notificada por fuera del término legal previsto por el Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 y del Artículo 83 del Decreto 2503 de 1987 que ratificó el plazo de dos años establecido para decidir los recursos interpuestos con anterioridad a 1987, razón por la cual, dice, se tipificó la figura del " silencio administrativo con efectos positivos", consagrada por el Artículo 41 del Decreto 01 de 1984.

2. Con fundamento en el Artículo 46 de la Ley 9a. de 1983, considera ilegal el rechazo que de la suma de $2.038.347.552. le efectuaron las Oficinas de Impuestos en aplicación del inciso 2o. del Artículo 3o. del Decreto Reglamentario 2579 de 1983 norma que, observa, está acusada de nulidad ante la jurisdicción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia proferida el 27 de julio de 1990, declaró la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

Como la sociedad interpuso el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial correspondiente al período gravable de 1983, el 20 de octubre de 1986, cuando para entonces estaba vigente el Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, el plazo de que disponía la Administración para fallarlo era el de dos años previsto en aquélla, máxime cuando el Artículo 154 del Decreto 2503 en cuanto hacía referencia a la derogatoria de la Ley 8a. en cita, fue declarado inexequible. (Sentencia de julio 28 de 1988, Exp.1810, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz). No podía, la Administración aplicar el Artículo 54 del Decreto 2503 de 1987 que autorizaba suspender los términos, porque ésta era una norma posterior.

DE LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad gubernamental solicita se revoque la sentencia apelada y se confirmen los actos administrativos impugnados.

Afirma el apelante que el Decreto 2503 de 1987 por ser norma de procedimiento, es de aplicación obligatoria e inmediata, de donde infiere que la Resolución 038 de noviembre 15 de 1988 se notificó dentro del término legal.

A su juicio considera que los Artículos 83 y 54 del citado estatuto se deben interpretar en forma integral. De suerte que si bien es cierto que de acuerdo con el parágrafo primero, cuando el término para resolver el recurso venciera en 1988 no se alterará aquél, también lo es que el mandato es sin perjuicio de la suspensión de términos que prevé el Artículo 54.

Y en cuanto al punto de fondo, la deducción por concepto de servicios en cuantía de $2.038.347.552., y que la reclamante sustenta afirmando que el inciso 2o. del Artículo 3o. del Decreto 2579 de 1983 se encuentra acusada de nulidad, la pretensión resulta igualmente adversa como quiera que esta Corporación la denegó (Exp.1971, abril 27/90 Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano).

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 el Ministerio Público está muy claro que de acuerdo con lo previsto por el Artículo 83 del Decreto 2503 de 1987, si el término para resolver los recursos se inició en vigencia de la ley anterior y debe completarse en 1988, aquél no sufrirá ninguna modificación. Esto es, precluirá en la fecha inicialmente prevista. En el caso materia de controversia el plazo para la Administración venció el 20 de octubre de 1988.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Así como para el *a-quo* y para el Agente Fiscal, para la Sala también es evidente que se profirió extemporaneamente la Resolución 038 de 1988 que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto el 20 de octubre de 1986, contra la liquidación de revisión, puesto que se notificó el 15 de diciembre de 1988 es decir, cuando habían transcurrido los dos años que consideró el Artículo 8o. de la Ley 9a. de 1970 para fallar definitivamente las reclamaciones fiscales.

La tesis de la Administración consiste en que a pesar de haberse iniciado el término de caducidad para fallar, al recurso interpuesto por la Compañía, venía a serle aplicable el sistema establecido en el Artículo 54 del Decreto 2503 de 1987 (diciembre 29) en cuanto a que el término para fallar se suspende durante el tiempo que dure una inspección tributaria solicitada por el contribuyente y hasta por tres

(3) meses cuando se practique de oficio, y como ésta es una norma de índole procedimental, por ser de aplicación inmediata, (Art. 40 Ley 153 de 1887) también cobijaba al proceso que se estaba tramitando con la empresa demandante.

Para la Sala no es aceptable esta tesis por estas consideraciones:

a) Con la misma perspectiva del Artículo 40 de la Ley 153 de 1887 puede afirmarse que el término iniciado bajo la vigencia del Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 no podía ser modificado por una ley nueva como el Decreto 2503 de 1987, puesto que los términos que hubieren empezado a correr se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

b) Porque el Decreto 2503 de 1987 en cuanto derogó al Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 28 de julio de 1988 (Exp.1810, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz) por no estar habilitado el Gobierno Nacional para referirse a materias inscritas en el campo del procedimiento de lo contencioso administrativo.

Como puede verse, si en algún momento pudo pensarse en la inaplicabilidad del Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 por haber sido derogado expresamente por el Artículo 154 del Decreto 2503 de 1987, no puede perdurar esta posición al haber declarado la Corte inexequible dicha derogatoria. El conocido efecto de los fallos de inexequibilidad permite concluir que el citado Artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 no sufrió eclipse ninguno durante este proceso.

c) Además, el Decreto 2503 de 1987 en esta materia debe considerarse como una nueva regulación que rige solamente a partir de su vigencia y el mismo legislador extraordinario tuvo cuidado de establecerlo así. En efecto, el Artículo 83 dispuso que sin perjuicio de los casos de suspensión establecidos en el Artículo 54, la Administración tendrá un (1) año de plazo para resolver los recursos de reconsideración o reposición, con lo cual redujo el de dos años que venía desde 1970. Pero, a continuación en el parágrafo estableció como norma de transición de legislación, lo siguiente:

> " Para los recursos interpuestos con anterioridad a la vigencia del presente decreto, el término empezará a correr a partir del 1o. de enero de 1988, *salvo cuando el término para resolver establecido en las normas anteriores venciere durante 1988, caso en el cual no se modificará este último*". (Subraya la Sala).

De acuerdo con esta norma especial es absolutamente claro que por haber presentado el recurso el 20 de octubre de 1986, el término establecido " en las normas anteriores ", que era de dos años, vencía en octubre de 1988 y por esta razón de vencer en 1988, " no se modificará este último ". Es evidente pues, que la Resolución dictada el 15 de noviembre y notificada el 15 de diciembre de 1988 fue posterior al vencimiento del término que gozaba la Administración y esa es la razón para decretar su nulidad, como lo hizo el *a-quo*.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de julio de 1990 en el juicio No. 6924.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

RENTA EXENTA-Improcedencia/ **EMPRESA EDITORIAL**-Requisitos

La razón fundamental que tuvo la Administración de Impuestos para negar la exención, fue la de haber constatado la no exclusividad de la empresa a la " edición de libros, revistas o folletos de carácter científico o cultural", por cuanto de la primera prueba se estableció que además de ser editora, es inversionista, de cuya actividad obtiene importantes rentas de capital. Significa que la exención es sólo para la industria editorial, quedando excluida toda actividad distinta así sea complementaria, a menos que tal actividad se ejerza por la misma empresa editorial como es la venta y distribución de su propia producción. Lo anterior, porque la finalidad perseguida por el legislador es la de abaratar los medios que conllevan un mayor nivel cultural accesible al mayor número de personas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2672. Actor: Editorial Mercurio S.A. Impuestos.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad EDITORIAL MERCURIO S.A., en Liquidación, contra la sentencia de fecha 23 de junio de 1989 originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se emite fallo inhibitorio a la demanda de restablecimiento del derecho intentada contra la operación administrativa que determinó los impuestos de renta y complementarios por la vigencia fiscal de 1982, a cargo de su representada.

ANTECEDENTES :

La sociedad EDITORIAL MERCURIO S.A., presentó su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1982, el día 21 de junio de 1983 radicada bajo el Nro. 002221-559-DIN ante la Administración de Impuestos

Nacionales de Bogotá, denunciando en élla con carácter de exenta, la totalidad de la renta líquida.

Teniendo en cuenta esta declaración, se le practicó inspección contable y con fundamento en los resultados obtenidos se libró el requerimiento especial Nro. 000106 del 4 de diciembre de 1984 mediante el cual se plantea la modificación de la liquidación privada al desestimarse como renta exenta la totalidad de la renta líquida declarada en cuantía de $27.719.844, por cuanto no tiene derecho a la exención de impuestos de que trata el artículo 9o. de la Ley 34 de 1973, toda vez que la sociedad no se dedica de manera exclusiva a la actividad editorial de libros y revistas de carácter cultural y científico.

En respuesta a dicho requerimiento, la sociedad expuso argumentos encaminados a desvirtuar la glosa, los cuales no fueron aceptados, y como consecuencia se practicó la Liquidación de Revisión Nro. 000195 del 20 de junio de 1985 fijando los impuestos de renta a cargo en la suma de $11.241.167. Contra esta liquidación se presentó recurso de reconsideración, resuelta en la Resolución Nro: A-000104-P del 17 de abril de 1986 que confirma dicho acto administrativo, quedando en esta forma agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA :

La apoderada judicial de la sociedad demandante en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho solicita con fundamento en el Decreto 01 de 1984, que se modifiquen los impuestos determinados en los actos administrativos acusados y que en su lugar se confirme la liquidación privada presentada por su representada; no pidió que se decretara la nulidad de la actuación administrativa y consecuencialmente el restablecimiento del derecho, tampoco indicó la persona jurídica de derecho público contra la cual dirige su pretensión.

Cita como normas violadas, el artículo 31 de la Ley 52 de 1977, por cuanto las oficinas de impuestos desatendieron el espíritu de esta disposición al desconocer la exención que afecta la situación económica de la sociedad. Así mismo el artículo 9o. de la Ley 34 de 1979, en razón de que la sociedad sí esta constituida como una empresa editorial dedicada exclusivamente a la edición de libros y revistas, de acuerdo con lo establecido en su objeto social y de acuerdo también con lo que aparece consignado en la correspondiente declaración de renta.

LA SENTENCIA APELADA :

El Tribunal de instancia, profirió sentencia de carácter inhibitorio, sustentando su decisión en los siguientes hechos:

1o. Porque la sociedad actora otorgó poder a la Dra. Cecilia Acevedo de Molano, para que instaurara y llevara hasta su culminación una acción de revisión de impuestos, que no existe actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

2o. Porque la accionante al pretender ejercitar la acción de restablecimiento del derecho consagradas por el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, omitió solicitar la anulación de los actos administrativos que se demandan transgrediendo los artículos 85 y 137 del C.C.A., por cuanto lo que se demanda no está correctamente impetrado, por lo cual no hizo pronunciamiento de mérito.

LA APELACION:

La apoderada de la sociedad actora en el memorial de alzada, aduce, que si bien es cierto que el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 en su inciso 1o. vincula el restablecimiento del derecho a la anulación del acto, en el inciso 2o. dispone que la misma acción tendrá quien pretenda que se le modifique una obligación fiscal.

Trae a colación sentencias del H. Consejo de Estado proferidas en demandas instauradas por el City Bank Oveerseas y Representaciones Financieras S.A.

Para subsanar la deficiencia del poder, acompaña en esta oportunidad procesal ratificación y aclaración del poder inicialmente conferido por el representante de la sociedad.

El representante del Ministerio de Hacienda se opone a las anteriores argumentaciones.

EL MINISTERIO PUBLICO :

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, emite su concepto el cual obra al folio 126, manifestando su desacuerdo con el Tribunal en lo relacionado con el poder y observa, que el hecho de que la sociedad hubiera expresado que ejercía la acción de restablecimiento del derecho, que es la que legalmente corresponde a este asunto, en vez de la que señaló su poderdante, no constituye ineptitud de la demanda que impida un pronunciamiento de fondo. En cambio, respecto al segundo argumento esbozado por el Tribunal, comparte su punto de vista, reiterando su posición en el sentido de que no es procedente recurrir a la interpretación de la demanda cuando en el libelo introductorio se omite la pretensión anulatoria del acto administrativo correspondiente.

Con base en estos argumentos y en otros conceptos de la Fiscalía, conceptúa que la sentencia recurrida debe ser confirmada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

La decisión inhibitoria tuvo los siguientes fundamentos:

1o. Deficiencia del poder: La circunstancia de que el representante legal de la sociedad no hubiere indicado de manera precisa la clase de acción que debía ejercer la doctora Cecilia Acevedo de Molano, mediante el mandato otorgado en el mismo no constituye causal que amerite calificar la demanda de inepta,

toda vez, que cuando el poder es deficiente procede poner tal circunstancia en conocimiento del demandante para que exprese si ratifica lo actuado por el apoderado, y en caso de que no ratifique la actuación o guarde silencio, procede declarar la nulidad de todo lo actuado, pero no inhibirse porque esta figura procesal solo cabe cuando por ausencia de algún presupuesto procesal no se traba la relación jurídica del proceso y, en cuanto a las pretensiones de la demanda, se indicó que se instauraba, para que en nombre y representación de la sociedad instaure y lleve hasta su culminación la demanda de revisión de impuestos (sic) contra los actos administrativos por medio de los cuales se determinó el impuesto a cargo de la sociedad por el año gravable de 1982 ". No se pidió, la previa anulación del o actos demandados.

En esta forma, considera la Sala que la circunstancia anterior no es determinante para calificar la demanda como *inepta,* y por ende inhibirse para pronunciamiento de fondo, criterio que la Sala no comparte y procede al estudio por cuanto están los presupuestos procesales.

2o. *ESTUDIO DE FONDO:* Como se observó en el acápite de los antecedentes, las oficinas de Impuestos desestimaron la exención solicitada por la sociedad actora sobre la totalidad de la renta declarada equivalente a la suma de $27.719.844.oo por cuanto no tiene derecho a la misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9o. de la Ley 34 de 1973, según lo comprobado mediante la visita contable, diligencia en la cual se constató que la empresa no se dedica de manera exclusiva a la edición de libros, revistas y folletos de carácter científico y cultural, sino que percibe rentas de capital.

De conformidad con el artículo 9o. de la Ley 34 de 1973, " las empresas editoriales constituídas como personas jurídicas, cuya actividad económica u objeto social sea *exclusivamente la edición de libros, revistas o folletos, de carácter científico o cultural,* gozarán de la exención de los impuestos sobre la renta y complementarios, durante diez años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, cuando la impresión de dichos libros, revistas o folletos se realice en Colombia".

PARAGRAFO: Se entiende por empresa editorial, la persona jurídica responsable económico y legalmente de la edición de libros, revistas o folletos, de carácter científico o cultural, aunque el proceso productivo se realice total o parcialmente en talleres propios o de terceros. La exención mencionada cobijará a la empresa editorial aún en el caso de que dicha empresa se ocupe de la distribución y venta de los mismos".

La razón fundamental que tuvo la Administración de Impuestos para negar la exención, fue la de haber constatado en el Certificado de Constitución y Gerencia expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, y de los libros de contabilidad, la no exclusividad de la empresa a la "edición de libros, revistas o folletos, de carácter científico o cultural ", por cuanto de la primera prueba se estableció que además de ser editora, es inversionista, de cuya actividad obtiene importantes rentas de capital,

o sea, que en su objeto social se encuentra previsto no solamente la actividad editorial sino también la de asociarse con otras empresas, y de hecho se demostró que lo es de las siguientes firmas:

Distribuidoras El Dorado Ltda. Con aportes por valor de	$15.940.000
Distribuidoras Unidas Ltda. Aportes por valor de	$ 10.446.710
Dinavisión Ltda. Aportes por valor de	$ 2.000.000
R.T.I. Acciones por valor de	$ 19.800.000

Así mismo conforme a los antecedentes administrativos la sociedad actora recibió en el ejercicio fiscal en *litis,* por concepto de dividendos en razón a las inversiones anteriores, la suma de $15.040.000.oo, y, por concepto de participaciones la cantidad de $4.020.384.oo.

Arguye la actora, que tales empresas desarrollan actividades relacionadas con la explotación de los medios publicitarios, ya que esta actividad es indispensable como complemento de la actividad editora, sin los cuales a su juicio no se podría desarrollar tal actividad, y que su vinculación a R.T.I. obedece a la necesidad de anunciar el producto que vende a través de un medio de tan amplia cobertura como lo es la televisión y que a través de las otras empresas distribuye y vende sus publicaciones, lo que a su juicio está permitido por el artículo 9. de la Ley 34 de 1973, que no impone limitaciones ni señala ninguna condición para ejercer la actividad de distribución y venta y que el editor está facultado para hacerlo en la forma que considere más conveniente a los intereses y necesidades de la empresa, ya sea distribuyendo directamente o a través de un tercero.

En acuerdo con el texto de la norma anteriormente citada, se puede observar que el legislador estableció limitaciones para tener derecho a la exención tributaria establecida para la industria editorial y entre ella señaló:

- Actividad económica u objeto social, *dedicado exclusivamente a la edición o impresión de libros, revistas o folletos de carácter científico o cultural.* Significa que la exención es solo para la industria editorial, quedando excluida toda actividad distinta así sea complementaria, a menos que tal actividad se ejerza por la misma empresa editorial, como es la venta y distribución de su propia producción.

Lo anterior, porque la finalidad perseguida por el legislador es la de abaratar los medios que conllevan un mayor nivel cultural accesible al mayor número de personas.

En el caso *sub-lite,* según se pudo constatar de la correspondiente certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá, declaración de renta y acta de inspección contable, la Empresa Editorial Mercurio S.A., no se dedica de manera exclusiva a la " edición de libros, revistas o folletos de carácter científico o cultural", como lo

exige la norma, sino que además, registra otras actividades dentro de su objeto social, las que de hecho realiza como inversionista en otras sociedades, de las cuales obtiene la mayor parte de la renta líquida gravable declarada (Dividendos por $15.040.000 y participaciones por $4.020.384) por lo cual la sociedad pierde el beneficio de la exención tributaria establecida en el artículo 9o. de la ley 34 de 1973, para la Industria Editorial.

Así las cosas, la Sala conceptúa que no se han configurado las violaciones legales señaladas por la parte actora en la demanda inicialmente presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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 súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado; Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO-Improcedencia/ **CONSULTA/ CADUCIDAD**-Cómputo

El recurso fue fallado de manera extraordinaria por la misma ley mediante el artículo 152 transitorio, del Decreto 2503 de 1987, que dispuso que los recursos pendientes en grado de consulta, inferiores a $10.000.000 no se resolverían entendiendo confirmado el fallo de primera instancia, decisión que se concretó por parte de la Administración dentro del término de los dos años previstos en la Ley 8a. de 1970, ya que de conformidad con el artículo 62 de la Ley 153 de 1887, no hay duda que el término empezó a correr el día de la presentación del recurso en debida forma, 6 de agosto de 1986; venció el mismo día del mismo mes del año 1988, y en consecuencia, no se dio en favor del contribuyente el silencio positivo alegado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Veintiséis (26) de Julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3437. Actor: Mao's Phisical Fintess Club Ltda. Apelación de la sentencia del 26 de Octubre de 1990. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Juicio de restablecimiento de carácter fiscal. Renta 1982.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la actora contra la sentencia del 26 de Octubre de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para conocer de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "MAO'S PHISICAL FINTESS CLUB LTDA" NIT 60036244, contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta a cargo para la vigencia fiscal de 1982.

ANTECEDENTES

Con el fin de verificar los valores suministrados en la declaración tributaria del impuesto sobre la renta, y tasar el impuesto ante la falta de similitud con las cifras consignadas en la declaración de industria y comercio, la Administración de Impuestos Nacionales ordenó inspección sobre la contabilidad de la actora. Inspección que solo pudo efectuarse sobre el libro diario en razón de que el libro de inventarios y balances según consta en el acta de visita, no fue presentado a la comisión visitadora por haberse extraviado.

Con base en los datos consignados en las hojas de trabajo anexas al acta de visita, la Administración formuló requerimiento a la sociedad actora, proponiéndole la modificación de los impuestos como consecuencia de la adición a sus ingresos, de la diferencia entre los valores consignados en la declaración de industria y comercio y la declaración de renta, de ingresos recibidos y diferidos en la declaración de renta de 1981, el desconocimiento de costos y deducciones solicitados, en razón de no estar contabilizados ni cumplir los requisitos formales exigidos por la ley, y la imposición de las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

La sociedad al dar respuesta al requerimiento manifiesta que el auto comisorio fue mal notificado y que por lo tanto está viciado de nulidad y así mismo todas las actuaciones que de él se deriven.

Ante la respuesta dada, la Administración de Impuestos Nacionales procedió a practicar la liquidación de revisión #000128 de Abril 15 de 1986, en la cual determinó los impuestos conforme con las adiciones al ingreso, los rechazos de costos y deducciones y la imposición de sanciones propuestas en el requerimiento.

Contra dicha liquidación la sociedad contribuyente interpuesto el recurso de reconsideración el día 16 de Junio de 1986. Recurso que fue inadmitido mediante Auto 000041 de Julio 17 de 1986, debido a que el recurrente no comprobó su calidad de representante legal de la sociedad. Acto administrativo que fue objeto de recurso de reposición por parte de la actora el día 6 de Agosto de 1986 con el fin de subsanar la falla procesal.

Admitido el recurso gubernativo por auto de Septiembre 4 de 1986 fue fallado mediante la Resolución 00239 del 29 de Octubre de 1987 con reconocimiento de deducciones por valor adicional de $1.149.191, que representó un menor valor por impuestos del orden de $395.755. Providencia que notificada se envió a la Dirección General de Impuestos Nacionales en grado de consulta, instancia que no se surtió en virtud del nuevo ordenamiento señalado por el Decreto 2503 de 1987 cuyo artículo 152, ordena que los recursos pendientes en grado de consulta, de cuantía inferior a $10.000.000, no se resolvieran entendiendo confirmada la decisión de la primera instancia.

Por esta circunstancia acudió la sociedad contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

alegando violación de los artículos 9o. de la Ley 8a. de 1970; 77 y 83, parágrafo, del Decreto 2503 de 1987.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se inhibió de conocer de las peticiones de la demanda considerando que cuando la sociedad actora presentó la demanda, la acción se hallaba caducada con creces.

LA APELACION

La apodera judicial de la actora al apelar la decisión del *a-quo*, manifiesta que no la comparte porque estima que a pesar de lo dispuesto en el Decreto 2503 de 1987, en su artículo 152, es preciso el pronunciamiento mediante auto de funcionario competente donde expresamente afirme que se trata de un negocio de cuantía inferior a $10.000.000. Y que por consiguiente el término para la caducidad solo se cuenta a partir de su notificación.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada se opone a las pretensiones de la actora afirmándose en el contexto literal del artículo 152 del Decreto 2503 de 1987, y en el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, y manifiesta que la decisión del *a-quo* debió ser inadmisoria de la demanda.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar denegar las súplicas de la demanda, en razón de que el tema de la caducidad ya fue tratado por la Corporación y que del estudio de fondo de las pretensiones de la actora, relacionadas exclusivamente con la nulidad de la actuación administrativa por violación de los artículos 9o. de la Ley 8a. de 1970, y 83 y 77 del Decreto 2503 de 1987, no procede el silencio administrativo positivo si se tiene en cuenta que si bien se interpuso el recurso el 16 de Junio de 1986, se adicionó el 14 de Noviembre del mismo año, por lo cual la Administración podía decidirlo hasta el 14 de Noviembre de 1988, y el auto 00005 de Julio 5 de 1988, mediante el cual se comunicó el archivo del expediente al contribuyente fue notificado el 6 de Julio de 1988. Y que si se aceptara que la notificación se efectuó el 3 de Noviembre de 1988, como afirma la contribuyente, aún así la notificación del acto de archivo se realizó dentro de la oportunidad prevista por el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Efectivamente como lo afirma la colaboradora fiscal, el tema de caducidad de la acción en aquellos casos a que se refiere el artículo 152 literal a) del Decreto extraordinario 2503 de 1987 que dice: " los recursos pendientes en grado de

consulta, inferiores a la cuantía antes señalada, no se resolverán, entendiéndose confirmado el fallo de primera instancia ", y cuyo archivo y agotamiento de la vía gubernativa se ha comunicado por auto, ha sido precisado por la Sala de la siguiente manera:

" La notificación de los actos administrativos que crean, extinguen o modifican un derecho particular y concreto es la forma por excelencia como se materializa el derecho de defensa toda vez que por medio de ella se coloca al administrado en situación de conocer la definición gubernativa para consentir en ella o impugnarla, según el caso. También es importante la notificación para determinar el surgimiento o la extinción de otros derechos diferentes al directamente relacionado con la decisión gubernamental, como son precisamente los derechos de acción, cuyo ejercicio puede estar restringido en el tiempo, y de hecho lo está en las acciones de restablecimiento del derecho.

" 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 normal 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 1987), o la que asumió el contribuyente, esto es, la del 12 de febrero de 1988, 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 ordenaba entender resueltos en favor de los contribuyentes las consultas que se estuvieran surtiendo cuando se produjera su entrada en vigencia, ni mucho menos el razonamiento que lo llevó a hacer suya, al unísono con 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 afectarán 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. 26 de febrero 12 de 1988, 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 el caso de la consulta de Tejidos Cabrito, profiriendo el auto No. 026 de febrero 12 de 1988 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 del 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 1987, 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 el 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." (Auto 0490 de Mayo 4 de 1990. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Exp. 2286. Autor. Tejidos Cabrito y Cía Ltda).

Así las cosas notificado el auto por correo certificado, conforme con el procedimiento especial previsto en el artículo 77 del mismo decreto, el 6 de Julio de 1988, la demanda del 3 de Noviembre del mismo año, fue presentada dentro del término de caducidad de cuatro meses a que se refiere el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, y en consecuencia deben estudiarse las pretensiones de la demanda en cuanto invocan el silencio positivo administrativo.

Por disposición del artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, se redujo a dos años el término de cuatro años, establecido en el artículo 36 de la Ley 63 de 1967, contado a partir de la interposición del recurso, para que la Administración lo decidiera en forma definitiva, *so* pena de que si al vencerse dicho término la petición no había sido decidida se entendería fallada en favor del contribuyente.

Esta norma fue complementada por el artículo 33 del Decreto 3803 de 1982, que dispuso:

" En el caso del impuesto sobre la renta, el silencio administrativo positivo previsto en el artículo 8o. de la Ley 9a. de 1970, se contará *a partir de la fecha de la interposición del recurso en debida forma".* (Subraya la Sala)

Es decir, que en caso *sub-lite,* el término empezó a correr para la Administración tributaria desde el día en que el contribuyente cumplió la totalidad de los requisitos formales exigidos por la ley para la viabilidad del recurso, esto es el 6 de Agosto de 1986, fecha en la cual mediante el oficio 00005, comprobó la personería para actuar.

Así mismo, el recurso fue fallado de manera extraordinaria por la misma ley, mediante el artículo 152, transitorio, del Decreto 2503 de 1987, que dispuso que los recursos pendientes en grado de consulta, inferiores a $10.000.000 no se resolverían entendiendo confirmado el fallo de primera instancia, decisión que se concretó por parte de la Administración mediante el Auto 000085 de Julio 5 de 1988, que fue notificado a la sociedad contribuyente el 6 de Agosto de 1988, conforme con lo ordenado expresamente por el mismo Decreto 2503 de 1987 en su artículo 77 inciso 1o. Es decir, dentro del término de los dos años previstos en la Ley 8a. de 1970, ya que de conformidad con lo establecido por el artículo 62 de la Ley 153 de 1887, no hay duda que el término que empezó a correr el día de la presentación del recurso en debida forma 6 de Agosto de 1986, venció el mismo día del mismo mes del año de 1988, y en consecuencia, no se dio en favor del contribuyente el silencio positivo alegado.

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) NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

RECURSO DE RECONSIDERACION-Requisitos/ **LIQUIDACION PRIVADA**-Pago

El contribuyente no interpuso recurso de reposición contra el auto que inadmitió el recurso de reconsideración, sino que pagó lo debido dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del auto inadmitió el recurso, lo que se acomoda a la interpretación que logicamente debe dársele al artículo 728 inciso 2o. del Estatuto Tributario, según la cual la posibilidad de admitir y resolver el recurso cuando la causal de inadmisión es la del literal d), pagando lo debido en el término de 20 días como se establece en el texto de tal artículo, en que satisfecho el requisito del pago debe estudiarse el recurso sin necesidad de interponer recurso alguno de reposición.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente Nro. 3401. Actor: Compañía Industrial de Autopartes Limitada. Apelación Interlocutorios.
AUTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el auto de 29 de noviembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en el cual se resolvió inadmitir la demanda por no haberse agotado la vía gubernativa.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó declaración de renta y patrimonio en la Administración de Impuestos de Bucaramanga, el 23 de junio de 1987.

Mediante liquidación de Revisión Nro. 042486000119 la Administración de Impuestos de Bucaramanga determinó mayores valores a cargo de la contribuyente en relación con su liquidación privada, del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1986.

El 13 de febrero de 1990, la actora interpuso recurso de reconsideración contra la referida liquidación.

Con auto Nro. 00015 la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga División de Recursos Tributarios, profirió el auto que inadmitió el recurso de reconsideración, interpuesto en tiempo, por no haber pagado el anticipo e intereses por el año gravable de 1987.

AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo de Santander en auto de 29 de noviembre de 1990 (Folio 130), resolvió inadmitir la demanda por las siguientes razones:

" CONSIDERACIONES DE LA SALA:

" En el acto acusado, que obra a los folios 49-55, la Administración advirtió al demandante que contra la liquidación procedía el recurso de reconsideración que debía interponerse ante la misma oficina dentro del término de dos meses a partir de la notificación".

" El recurso fue interpuesto sin el lleno de los requisitos, y en consecuencia no fue admitido como consta en el auto Nro. 00015, folios 57 a 59, en el cual se ordenó advertir al momento de la notificación que procedía el recurso de reposición por la vía gubernativa dentro de los cinco (5) días siguientes de acuerdo al artículo 728 del Estatuto Tributario, acreditado dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación el pago o acuerdo de pago de la liquidación privada".

" Este recurso de reposición no fue interpuesto en tiempo, y por lo tanto el auto admisorio (sic) de la reconsideración fue confirmado mediante auto Nro. 001 de 1990, en el cual se advirtió que quedaba agotada la vía gubernativa" (fls. 60 a 62).

" Así pues, en el caso presente, si bien es cierto que el recurso de reconsideración fué interpuesto en tiempo, también lo es que no cumplió con el requisito exigido en el literal d) del artículo 722 como es acreditar el pago de la respectiva liquidación privada, toda vez que no canceló el anticipo por el año siguiente y por tal motivo se inadmitió, luego ésta decisión fué confirmada al no interponerse el recurso de reposición y sanearse la omisión señalada".

" Por tanto, la sociedad demandante no agotó correctamente la vía gubernativa con respecto a la liquidación de revisión cuya nulidad se solicita para el restablecimiento del derecho".

" El agotamiento de la vía gubernativa de que habla en auto Nro. 001 de 1990, corresponde única y exclusivamente a dicho auto y no a la liquidación de revisión por cuanto ésta quedó en firme al no interponer en tiempo el recurso de reposición contra el auto que inadmitió el recurso de reconsideración".

" El artículo 62 del C.C.A., en su numeral 3o. consagra: " Los actos administrativos quedarán en firme: Cuando se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ello".

" En consecuencia, de conformidad con el Artículo 135 del C.C.A., la parte demandante perdió la "Posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción de contencioso administrativo", ya que no agotó en debida forma la vía gubernativa no obstante se le dio la oportunidad de interponer el recurso existente, debiendo por tanto inadmitirse la demanda como lo indica el Artículo 143 ibídem".

En virtud a lo expuesto el Tribunal Administrativo de Santander inadmitió la demanda.

LA APELACION

El apelante en memorial visible a folios 134 a 138, manifiesta su inconformidad contra el auto recurrido, expresando:

" Funda la Sala de Decisión la inadmisión de la demanda en el hecho de que mi representada no cumplió oportunamente los requisitos de forma del recurso de reconsideración contra la liquidación de revisión materia de la misma, particularmente en lo que tiene que ver con la prueba del pago de la liquidación privada. Argumenta, para tal efecto, que al inadmitirse el recurso de reconsideración por haber acreditado mi poderdante el pago del impuesto a cargo por el ejercicio impositivo en cuestión, es decir el de 1986, pero no, habiendo hacerlo, el pago del anticipo por el año gravable de 1987, debió interponer recurso de reposición contra el auto inadmisorio y en todo caso, acreditar el pago del mentado anticipo dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del auto inadmisorio. En este sentido reitera en todas sus partes la actuación surtida por la administración que culminó con la negativa a pronunciarse sobre el fondo con el argumento de que si bien mi cliente probó, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del auto inadmisorio del recurso de reconsideración el pago del anticipo por el año de 1987, no cumplió el ritual, a su parecer necesario, de interponer recurso de reposición contra el auto inadmisorio".

A renglón seguido, el memorialista agrega:

" La norma establece que si el contribuyente acredita el pago de la liquidación privada dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de la (sic) auto inadmisorio se entiende, por ese solo hecho, saneada la deficiencia del recurso

de reconsideración, lo cual obviamente conlleva la obligación de la Administración de pronunciarse sobre el fondo".

"Mi representada acreditó el pago del anticipo correspondiente al año gravable de 1987 dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del auto inadmisorio del recurso de reconsideración, pero no interpuso el recurso de reposición contra la providencia de inadmisión por considerarlo contradictorio e innecesario si se tiene en cuenta que acreditar el pago del anticipo es dar cumplimiento a una ritualidad cuya omisión es precisamente el motivo de la mentada inadmisión".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala no encuentra acertada la decisión del Tribunal toda vez que el artículo 729 del Estatuto es claro cuando expresa:

" Contra el auto que no admite el recurso, podrá interponerse unicamente recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación."

" La omisión de los requisitos de que tratan los literales a) y c) del artículo 722, podrán sanearse dentro del término de interposición. La omisión del requisito señalado en el literal d) del mismo artículo, se entenderá saneada, si dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del auto inadmisorio, se acredita el pago o acuerdo de pago". (Lo subrayado es de la Sala).

En el caso *sub-lite,* el contribuyente no interpuso recurso de reposición contra el auto que inadmitió el recurso de reconsideración, sino que pagó lo debido dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del auto que inadmitió el recurso de reconsideración, lo que se acomoda a la interposición que logicamente debe dársele al artículo 728 inciso 2o. del Estatuto Tributario. Es evidente que este artículo permite que el contribuyente, dentro de los veinte días siguientes a la notificación del auto inadmisorio del recurso de reconsideración sanée la irregularidad respectiva, que en el caso *sub-lite,* era la cancelación de la suma correspondiente al anticipo e intereses de 1987, a que se hizo referencia en el auto inadmisorio del recurso, (auto 00015 de 1990, fl. 57).

La interpretación que debe darse al artículo 728, inciso 2o, que hace referencia a la posibilidad de admitir y resolver el recurso cuando la causal de inadmisión es la del literal d), pagando lo debido en el término de 20 días, como se establece literalmente del texto del inciso 2o. del artículo 728 del Estatuto Tributario en que satisfecho el requisito del pago debe estudiarse el recurso sin necesidad de interponer recurso alguno de reposición.

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

RESUELVE :

1. Revócase el auto apelado.

2. Admítase la demanda presentada por el actor "COMPAÑIA INDUSTRIAL DE AUTOPARTES LTDA". Nit; 890.210.651. Contra los actos administrativos mediante los cuales se le determinó a la contribuyente impuestos de renta y complementarios por el año fiscal de 1986.

3. El Tribunal Administrativo de Santander dará cumplimiento a los demás requisitos del artículo 207 del C.C.A. en los términos que fue modificado por el artículo 46 del Decreto Ley 2304 de 1984.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

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

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RETENCION EN LA FUENTE

La norma demandada restringe el alcance de la ley que reglamenta, puesto que aquélla estipula que la retención en la fuente sobre salarios debe hacerse en el momento del pago, mientras que ésta señala que ha de hacerse en el momento del pago o abono en cuenta.
DECLARA LA NULIDAD del artículo 8o. del Decreto Reglamentario 400 de 1987.

SISTEMA CONTABLE DE CAJA/ EGRESO-Realización/ **SISTEMA DE CAUSACION**

En el sistema contable de caja, el egreso se realiza cuando se paga efectivamente en dinero o en especie, o cuando su exigibilidad termina por cualquier otro modo que equivalga legalmente a un pago, en tanto que, en el sistema de causación el gasto se realiza cuando nace la obligación de pagarlo, aunque no se haya hecho efectivo el pago. Se entiende entonces, que el momento del pago, depende del sistema contable utilizado por quien efectúa el pago.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2005. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto. Autoridades Nacionales.
FALLO

Se decide la demanda fundada en la acción pública de nulidad, presentada por el ciudadano Pedro Silvio Pulido Pinto, contra los artículos 8o. y 18 del Decreto Reglamentario 0400 de 1987, en virtud de los cuales se desarrollaron preceptos de

la Ley 75 de 1986, en lo relativo a la retención en la fuente sobre salarios e ingresos ordinarios y la base gravable.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Mediante auto de fecha 9 de febrero de 1988, proferido en Sala Unitaria, la Sección Cuarta de esta Corporación, admitió la demanda y negó la suspensión provisional solicitada en la misma.

Contra esta determinación, el accionante presentó recurso de súplica, sobre el cual recayó el auto de fecha 25 de noviembre de 1988, mediante el cual se confirma el auto suplicado.

1. LAS NORMAS ACUSADAS

Dicen las disposiciones acusadas:

Artículo 8o. " La retención en la fuente sobre salarios y demás ingresos originados en la relación laboral o legal y reglamentaria a que se refiere el Decreto 3750 de 1986, deberá efectuarse en el momento del respectivo pago".

Artículo 18. "Para efectos de determinar la base gravable en el caso del auxilio de cesantía, no se tomará en cuenta el monto acumulado de las cesantías causadas a 31 de diciembre de 1985, por el patrono o empleador, a favor del trabajador."

2. LAS NORMAS VIOLADAS

Artículo 6o. de la Ley 75 de 1986, que dice:

" A partir del 1o. de enero de 1987, la retención en la fuente aplicable a los pagos o abonos en cuenta gravables originados en la relación laboral, o legal y reglamentaria, será la que resulte de aplicar a dichos pagos o abonos en cuenta la tabla de retención en la fuente contenida en el presente artículo".

Artículo 35 Numeral 4o. de la ley 75 de 1986:

"Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios, la totalidad de los pagos o abonos en cuenta proveniente de la relación laboral, o legal y reglamentaria con excepción de los siguientes: "...

" 4o. El auxilio de cesantía y los intereses de cesantías siempre y cuando sean recibidas por trabajadores cuyo ingreso mensual promedio en los últimos seis meses de vinculación laboral no exceda de trescientos mil pesos. Cuando el salario mensual promedio a que se refiere este numeral exceda de trescientos mil pesos, la parte gravable se determinará así: ..."

3. CONCEPTO DE LA VIOLACION

En relación con la primera norma acusada, el actor considera que mientras que la ley plantea que la retención en la fuente se hace sobre el "pago o abono en cuenta", la norma contenida en el artículo 8o. del Decreto 0400, restringe la retención al momento del pago.

Explica que la doctrina y la jurisprudencia han hecho distinciones entre las nociones contables de abono en cuenta y pago. La expresión pago frente a la retención, significa que las empresas retenedoras que tengan contabilidad de caja harán la retención en el momento del pago y las que tengan contabilidad de causación en el momento del abono en cuenta; es decir, al registrar la cuenta por pagar y que sólo por excepción quienes llevan contabilidad por el sistema de causación hacen la retención al pagar, y esto ocurre cuando dicho pago se efectúa en forma simultánea con la compra o prestación del servicio.

En cuanto al artículo 18, del Decreto 0400 de 1987, dice que grava las cesantías a partir de ciertos límites numéricos sin crear excepción para cesantías a que el trabajador tenía derecho antes de la Ley 75 de 1986, de acuerdo a las normas laborales y que es muy claro que la Ley 75 no creó exención para cesantías anteriores a la vigencia y en cambio el Decreto 0400 en su artículo 18 creó la exención para cesantías causadas a 31 de diciembre de 1985, con manifiesta violación de la Ley.

4. LA OPOSICION

El Apoderado Judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al referirse al artículo 8o. del Decreto 0400 de 1987, manifiesta que mientras que la norma legal trata de los conceptos contables sobre los cuales podría aplicarse la retención en la fuente, la disposición demandada establece el MOMENTO en el cual debe efectuarse la respectiva retención.

Se refiere al concepto de ingreso, que consagra el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 y, en cuanto a la realización del mismo, se remite al artículo 16 ibídem que señala el momento de realización del ingreso así:

> " 1o. Los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que *equivalga legalmente a un pago...*"
>
> " 2o. Inciso 4o. se entiende causado un ingreso cuando nace el derecho a exigir su *pago,* aunque no se haya hecho efectivo el cobro..." (abono en cuenta).

Explica, que en cualquiera de los dos sistemas siempre se llega al mismo momento: EL PAGO, tal y como lo consagra la norma acusada al decir que " la retención en la fuente sobre salarios y demás ingresos originados en la relación laboral o legal y reglamentaria...deberá efectuarse en el MOMENTO DEL RESPECTIVO PAGO.

Agrega, que en el sistema contable de la caja, los ingresos se realizan cuando efectivamente se recibe el dinero o la especie, " en forma que equivalga legalmente a un PAGO, mientras que en el sistema contable de causación, la realización del ingreso se entiende cuando se causa el mismo, es decir, CUANDO NACE EL DERECHO A EXIGIR SU PAGO, o sea, que la norma antes citada en ambos casos se refiere al mismo momento de la realización del ingreso, cual es el PAGO.

En cuanto a la segunda norma acusada, la oposición fundamenta su defensa en la irretroactividad de la ley tributaria y los derechos adquiridos en dicha materia. Argumenta que la Ley 75 de 1986, en su artículo 35 estableció el gravamen para los auxilios de cesantías, siempre y cuando el ingreso mensual promedio de los seis últimos meses de vinculación laboral fueran superiores a $300.000 y que el artículo 72 del Decreto 2053 de 1974, norma que trataba sobre los auxilios de cesantías, establecía que tales rubros se hallaban exentos del gravamen.

El artículo 18 del Decreto 0400, resumió las dos normas precitadas, estableciendo que las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 1985, por ser *exentas* de conformidad con el artículo 72 del Decreto 2053 de 1974, no debían ser tomadas en cuenta para efectos de determinar la base gravable del auxilio de cesantías tal y como habían quedado a partir de 1986 con la expedición de la Ley 75 de ese año.

Trae a colación, las sentencias de febrero 19 de 1976 y de agosto 30 de 1979 de esta Corporación, según las cuales, la cesantía es una prestación social reconocida y garantizada como un salario diferido que constituye de por sí un derecho adquirido, que no puede ser modificado disminuido ni retenido por ningún concepto.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto, emite su concepto en los siguientes términos:

Respecto a la primera norma demandada, el artículo 8o. del Decreto 0400 de 1987, considera que al establecer la Ley 75 de 1986 la retención en la fuente no solamente sobre los pagos, sino también sobre los abonos en cuenta, no podía el Gobierno Nacional como lo hizo en el artículo acusado, circunscribir la retención al momento de efectuarse el pago, por tanto la disposición es contraria a la Ley 75. Comparte lo expresado por el Consejero Ponente y la H. Sala, en el sentido de que las disposiciones enfrentadas en la demanda se refieren a temas diferentes, pues mientras el artículo 6o. de la Ley 75 señala la tabla de retención y se refiere al procedimiento a seguir para aplicarla a los diferentes pagos o abonos en cuenta, el artículo 8o. del Decreto Reglamentario regula materia sustancial, puesto que hace relación al momento de efectuar la retención.

Pide que se acceda a la nulidad, previo análisis del artículo 6o. con las demás disposiciones de la ley para que sea deducida su transgresión.

En cuanto al artículo 18 del Decreto 400 de 1987, conceptúa que el hecho de que la ley no haya expresado que el nuevo sistema no era aplicable a cesantías de años anteriores, no implica que éstas hayan quedado sujetas al gravamen, pues por el contrario, de la simple aplicación de los principios generales que regulan la materia impositiva se debe deducir, que salvo disposición en contrario, las leyes sobre impuestos de períodos como el de renta y complementarios, solo rigen para el futuro y por ello no son aplicables a períodos ya vencidos.

Observa, que el citado artículo no creó una exención como lo ha entendido el accionante, sino que reconoció expresamente lo que estaba implícito en la Ley. Por tanto solicita que se deniegue la nulidad impetrada.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para un mejor entendimiento del asunto planteado, se procede a transcribir las normas en conflicto:

La norma superior Artículo 6o. de la Ley 75 de 1986, que el accionante estima violada consagra:

> " A partir del 1o. de enero de 1987, la retención en la fuente aplicable a los pagos o abonos en cuenta gravables originados en la relación laboral, o legal y reglamentaria, será la que resulta de aplicar a dichos pagos o abonos en cuenta la tabla de retención en la fuente contenida en el presente artículo".

La norma reglamentaria que lo es el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 400 de 1987, expresa:

> " La retención en la fuente sobre salarios y demás ingresos originados en la relación laboral o legal y reglamentaria a que se refiere el Decreto 3750 de 1986, deberá efectuarse en el momento del respectivo pago".

La solicitud de nulidad de la norma reglamentaria, se fundamenta en considerar que mientras que la ley establece la retención en la fuente en el momento del pago o abono en cuenta, la norma acusada la restringe " al momento del pago".

El artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, define cuando se debe entender realizado un egreso en consideración al sistema contable utilizado, así;

> 1o. " 2...Cuando se paguen efectivamente en dinero o en especie, o cuando su exigibilidad termine por cualquier otro modo que *equivalga legalmente a un pago"*
>
> 2o. " Inciso 4o. cuando nace la *obligación de pagarlo,* aunque no se haya hecho efectivo el pago".

En el sistema contable de caja, el egreso se realiza cuando se paga efectivamente en dinero o en especie, o cuando su exigibilidad termina por cualquier otro modo que equivalga legalmente a un pago, en tanto que, en el sistema de causación el

gasto se realiza cuando nace la obligación de pagarlo, aunque no se haya hecho efectivo el pago.

Se entiende entonces, que el momento del pago, depende del sistema contable utilizado por quien efectúa el pago, si se trata del sistema contable de caja, el momento del pago se entiende realizado cuando efectivamente se paga (en dinero o en especie), y cuando el sistema contable utilizado es el de causación, el momento del pago se entiende realizado, cuando nace la obligación de efectuar el pago, aunque no se haya hecho efectivo éste.

En este orden de ideas, la Sala conceptúa, que la norma acusada contiene la restricción a que alude el accionante, al hacer referencia unicamente a los pagos cuyo sistema contable es el de caja, por cuanto la norma superior equipara los conceptos de pago o abono en cuenta que tiene la consecuencia de hacerlo exigible. Así las cosas como queda visto el reglamento restringe el alcance de la norma reglamentada, ya que esta autoriza la retención cuando se efectúe el pago o el abono en cuenta y el reglamento solo al momento del pago.

2o. Artículo 18 del Decreto Reglamentario 400 de 1987:

La norma superior que se aduce como violada, dice:

"Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios, la totalidad de los pagos o abonos en cuenta provenientes de la relación laboral, o legal y reglamentaria, con excepción de los siguientes: "...

4o. El auxilio de cesantías y los intereses de cesantías siempre y cuando sean recibidas por trabajadores cuyo ingreso mensual promedio en los últimos seis meses de vinculación laboral no exceda de trescientos mil pesos. Cuando el salario mensual promedio a que se refiere este numeral exceda de trescientos mil pesos, la parte no gravable se determinará así..."

La norma reglamentaria, acusada de violar la anterior, consagra:

"Para efectos de determinar la base gravable en el caso del auxilio de cesantía, no se tomará en cuenta el monto acumulado de las cesantías causadas a 31 de diciembre de 1985, por el patrono o empleador, a favor del trabajador".

El accionante, estima que la norma reglamentaria creó la exención para las cesantías causadas a 31 de diciembre de 1985, mientras que la Ley 75 de 1986, no creó exención para las cesantías anteriores a la vigencia, que por tal motivo, la norma reglamentaria rebasa los límites de la Ley marco.

Le asiste razón al actor en sus planteamientos; en efecto, tal y como lo expresan tanto el representante de la Dirección General de Impuestos como la colaboradora Fiscal, con anterioridad a la vigencia de la Ley 75 de 1986, la totalidad de lo recibido por un trabajador por concepto de auxilio de cesantías tenía el carácter de renta

exenta de conformidad con lo consagrado por el artículo 72 del Decreto 2053 de 1974. En vigencia de la Ley 75 de 1986, se gravaron las cesantías que excedieran de los límites fijados de acuerdo al ingreso promedio mensual de los últimos seis meses de trabajo eliminándose de esta manera la exención legal del citado artículo 72 del Decreto 2053 de 1974.

Entonces, si bien es cierto que la Ley 75 de 1986, no hizo referencia alguna a las cesantías causadas con anterioridad a su vigencia, no significa que las mismas debían gravarse como equivocadamente lo ha interpretado el actor, por cuanto las mismas se encontraban exentas antes de su vigencia, siendo por ello acertado el reglamento al excluir las cesantías causadas a 31 de diciembre de 1985 de la base gravable, en acuerdo con disposiciones constitucionales como es el art. 30 de la Constitución Política de la Carta vigente cuando se introdujo la demanda, o el 58 de la Nueva Constitución de 4 de julio de 1991, a cuyos términos " Se garantiza la propiedad privada y *los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles,* por personas naturales o jurídicas, los *cuales no pueden ser* desconocidos *por leyes posteriores"* (Lo subrayado no es del texto).

Lo anterior se fundamenta en los principios que rigen en materia impositiva como el de irretroactividad de la ley y la independencia de las anualidades fiscales, que en el caso del impuesto sobre la renta y complementarios rige para el futuro, no siendo aplicables a períodos ya vencidos. El reglamento solo consagra principios constitucionales por lo mismo sólo hace posible la aplicación de la ley.

En consecuencia, se colige que no se configura la violación de la norma superior por la disposición reglamentaria, sino que la aclara.

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 :

Anúlase el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 400 de 1987 y niegánse las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su 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.

NOTA DE RELATORIA: El Salvamento de Voto del Doctor Guillermo Chahín, refiere su conocida posición sobre la sustracción de materia.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2005. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto.

Dejo consignadas a continuación las razones que me mueven a disentir, con todo respeto del fallo que pone fin al presente proceso:

En primer lugar, estimo que el fallo no ha debido ser de mérito sino inhibitorio por sustracción de materia, toda vez que la disposición anulada no regía al momento de producirse el fallo del cual me aparto.

En segundo lugar, porque estimo que el fallar de mérito sobre norma derogada la Sección contraría la jurisprudencia de la Sala Plena sobre éste aspecto de la sustracción de materia y en especial la contenida en la providencia que a continuación se transcribe:

"El Consejo de Estado ha sostenido (decisiones del 27 de junio y 12 de agosto de 1946, y 14 de febrero de 1947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar a pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación.

"Esta jurisprudencia tiene una explicación sencilla: el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico abstractamente considerado y, de consiguiente, se desarrolla entre dos extremos: la regla violada y el acto violador. Los posibles intereses y derechos subjetivos que se interpongan entre esos dos factores no inciden en la definición de la *litis*. De allí que si el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que las misma administración haya revocado o sustituído en su íntegridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional, en este evento, carecería de objeto." (sentencia de 11 de julio de 1962, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta, Expediente No. 929, Anales del Consejo de Estado, página 232).

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: Ut-supra.

RECURSO DE APELACION-Procedencia/ DESISTIMIENTO

Procede el recurso de apelación contra el auto que en primera instancia decide sobre un desistimiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C. dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3680. Actor: Procinal Ltda. Recurso de queja contra el auto del 26 de abril de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
AUTO

La sociedad Procinal Ltda. por conducto de apoderada interpone recurso de queja en razón de que la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante proveído de abril 26 de 1991 negó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de febrero 22 del mismo año que aceptó el desistimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado.

El Tribunal sin exponer razones se limita simplemente a expresar que " dicho auto no es apelable a términos del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo" (fl. 5).

Por su parte la recurrente argumenta que este proveído si es susceptible de apelación al tenor del numeral 3o. del citado artículo 181, porque a través de esta decisión se pone fin al proceso; y especificamente también el numeral 7o. del artículo 351 del C. de P.C. preceptúa que es apelable el auto que decida sobre un desistimiento. (fls. 10/11).

SE CONSIDERA :

En primer término se precisa que el recurso de queja cumple los requisitos para su interposición y trámite (artículos 377 y 378 del C. de P.C.), pues se pidió reposición del auto que negó el recurso y se allegaron las copias expedidas por el Tribunal al efecto.

En cuanto a la procedencia del recurso de apelación observa la Sala que al interpretar literalmente el artículo 181 del C.C.A. el Tribunal olvida que el desestimiento es una de las formas de terminación anormal del proceso (artículo 342 del C. de P.C.) de ahí que sea viable procesalmente hablando al tenor del numeral 3o. del artículo 181 del C.C.A.

Y si alguna duda hubiera, el artículo 345 del C. de P.C. al referirse en concreto al desistimiento de la demanda preceptúa que el auto que lo resuelve es apelable en el efecto suspensivo. Igualmente al tratar el Código Procesal Civil el recurso de apelación, el numeral 7o. del artículo 351 ibídem expresamente dice que son apelables los autos proferidos en la primera instancia que decidan sobre un desistimiento.

De manera pues, que siendo tan claras las normas procedimentales sobre la procedencia del recurso de apelación, la Sala sin más consideraciones habrá de concederlo, en el efecto suspensivo.

Por tanto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

RESUELVE :

1o. Concédese el recurso de apelación interpuesto contra el auto de febrero 22 de 1991 de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

2o. Comuníquese esta decisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca conforme a lo dispuesto en el inciso 9o. del artículo 378 del C. de P.C., y solicítese el envío del expediente para el trámite del recurso.

Cópiese, notifíquese 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; *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/INGRESO EN MONEDA EXTRANJERA- Estimación/ **BENEFICIO TRIBUTARIO-**Naturaleza

Las normas tributarias fijan precisamente para efectos fiscales las consecuencias que la contratación en divisas genera para el contribuyente en la determinación de ingresos, costos y deducciones, siendo especialmente importante para el caso el artículo 28 del Decreto 2053 de 1974. Es decir que por voluntad de la ley independientemente de la fecha en que se haya pactado la obligación en dólares, la renta se cuantifica en pesos colombianos, por el valor de la divisa liquidada al tipo oficial vigente en la fecha del pago. No cabe duda entonces que el ingreso para la sociedad extranjera se determinó conforme a la ley, sin que sea dable excluir la parte del mismo (correspondiente a la devaluación monetaria) como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional porque en materia tributaria los beneficios fiscales son de carácter restrictivo (Período fiscal de 1985).

PODER ESPECIAL-Otorgamiento

De acuerdo con el artículo 65 y 259 del Código de Procedimiento Civil debe entenderse que el poder presentado en el proceso, reúne los requisitos de ley, pues fue otorgado ante la persona que figura como Notario Público del Estado de Idaho, está debidamente autenticado por el respectivo agente consular de la república: Cónsul de California y autenticado por el Ministro de Relaciones Exteriores, a través del jefe de la División Consular, lo que permite presumir que se otorgó conforme a la ley del respectivo país, como lo alega el demandante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Agosto dos (2) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3134. Actor: Morrison Knudsen International Co. Inc. Apelación sentencia del 5 de Junio de 1990. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
Renta 1985.
FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 5 de Junio de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para conocer de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad MORRISON KNUDSEN INTERNATIONAL CO. INC. NIT 8-60069725 contra el acto administrativo que le determinó el impuesto sobre la renta a cargo para la vigencia fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó su declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1985, oportunamente y en ella se determinó privadamente el impuesto en la suma de $282.612.270.

Para fines de determinación del tributo la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, ordenó mediante auto comisorio 000023 del 8 de Enero de 1987, la práctica de una inspección contable a los libros de la sociedad contribuyente. La comisión visitadora en su informe determinó que la sociedad excluyó de la base gravable la suma de $229.603.083, correspondiente a diferencia en cambio, al considerar que era un ingreso no constitutivo de renta.

Mediante requerimiento 000033 de Mayo 8 de 1987, la Administración le propuso la modificación de su liquidación privada, como consecuencia del gravamen a la diferencia en cambio. Procedió posteriormente a determinar el impuesto mediante la liquidación de revisión 000671 de Noviembre 4 de 1987 en la cual fijó un mayor valor por concepto de impuesto sobre la renta por valor de $91.841.242.

Inconforme la contribuyente acudió en recurso de reconsideración ante la misma Administración de Impuestos, que mediante la Resolución 000220 del 6 de Noviembre de 1988, confirmó la liquidación recurrida. Ante la negativa de la Administración al reconocimiento de la diferencia en cambio como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, acudió la sociedad MORRISON KNUDSEN INTERNATIONAL CO. INC., en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos 1602, 1616 y 1627 del Código Civil y 874 del Decreto 444 de 1967.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se inhibió de conocer el fondo del asunto porque al analizar los presupuestos procesales de la demanda, encontró

que si bien la actora acreditó debidamente la existencia y representación de la sociedad, en lo relativo a la personería del apoderado judicial se echó de menos la presentación personal del poder mismo, en los términos de los incisos 2 y 3 del artículo 65 del Código de Procedimiento Civill.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, al apelar manifiesta su inconformidad con las consideraciones del *a-quo* y observa que el señor Robert S. Thorn ha estado presente en toda la actuación administrativa, en calidad de representante legal de la compañía, calidad que le ha sido reconocida con anterioridad por parte de las autoridades administrativas en repetidas oportunidades. Agrega que por demás el poder sí cumple con las exigencias legales contenidas en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil. Ya que la ley no exige ninguna clase de presentación personal del poderdante, sino el otorgamiento del documento conforme a la ley del respectivo país, en este caso, los Estados Unidos, Estado de Idaho, circunstancia que goza de la presunción a su favor de haber sido otorgados en debida forma, ya que la firma del agente consular está abonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, lo que le otorga plena autenticidad y legalidad, no sólo al contenido sino a todos y cada uno de los sellos que posee.

Interpreta enseguida los artículos 21 del Código de Comercio y 65 del Código de Procedimiento Civil, para concluir que el poder sí está otorgado en debida forma. Aduce en su favor el Protocolo Latinoamericano sobre la uniformidad del régimen legal de los poderes, firmado en Washington y ratificado en Colombia por la Ley 10 de 1943, conforme con el cual, en el otorgamiento de poderes se deben observar las formalidades exigidas en el país en donde se otorgue el poder. Afirma que en los Estados Unidos de Norteamerica no se exige de manera uniforme la presentación personal de ciertos documentos.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la apelante alegando que de conformidad con el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, cuando el poder se ha otorgado en el exterior, pero con efectos legales en Colombia, es indispensable la práctica de la diligencia de autenticación. Exigencia procedimental dirigida a lograr la identificación directa e inequivocada de que la persona que otorga el poder es la misma que comparece ante el funcionario público para que dé testimonio de tal hecho. Concluye que si el poder otorgado en el extranjero adolece de la diligencia de presentación personal ante el funcionario del país en que se otorgue, no está acreditado el derecho a la postulación, pues no hay certeza sobre la persona que lo suscribe.

Con relación al aspecto de fondo, se opone a la pretensión del reconocimiento como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional de la diferencia en cambio, en consideración a la soberanía monetaria consagrada en el artículo 76

numeral 15 de la Constitución Nacional armonizado con lo dispuesto por los artículos 28 y 114 del Decreto 2053 de 1974.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que debe revocarse el fallo inhibitorio apelado y en su lugar pronunciar sentencia de fondo denegando las súplicas de la demanda, pues considera que el poder que obra a folio # 1 del expediente, otorgado por Robert S. Thorn, debidamente refrendado por la doctora Betty Wagner, Notario Público del Estado de Idaho, refrendación que está debidamente autenticada por el Consulado de Colombia en San Francisco de California y que ostenta el trámite de legalización ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, es legalmente aceptable y contiene la prueba necesaria del otorgamiento del poder que está ejerciendo el apoderado de la sociedad correspondiente.

Con relación al aspecto de fondo estima que la sociedad demandante confunde el enriquecimiento con el ingreso, aspecto que no puede aceptarse porque:

" 1. El Sistema tributario nacional está estructurado para que los gravámenes sean liquidados en su totalidad en pesos colombianos y naturalmente los factores que sirvan de base para su cálculo tienen que tomarse igualmente en moneda nacional. Esta es la razón por la cual el artículo 28 del Decreto 2053 de 1974 indica cómo debe calcularse para esos efectos los ingresos en moneda extranjera generados en Colombia, los cuales son susceptibles de gravamen.

" 2. La nación de ingreso no implica necesariamente el de enriquecimiento puesto que la renta gravable que pueda eventualmente generar un enriquecimiento patrimonial es el resultado de destacar los gastos y costos del total de los ingresos y si aquellos son superiores a éstos no habrá enriquecimiento y por lo tanto no habrá renta gravable.

" 3. Como muy bien lo dice la Administración los ingresos no constitutivos de renta están taxativamente estipulados en la ley y ninguna convención o contrato entre particulares puede modificar los parámetros que rigen el sistema Tributario Nacional.

"4. Por esa razón al afirmar que "las relaciones comerciales tienen trascendencia en el campo fiscal" no puede llevarse al extremo de que tengan la virtualidad de modificar las precepciones legales que reglamentan el sistema de impuesto sobre la renta y complementarios.

5. Si la Sociedad MORRISON KNUDSEN INTERNATIONAL COMNY INC., recibió por concepto de honorarios en desarrollo de su contrato brado con INTERCOR la cantidad de US$ para el fisco dicho pago esponde a un ingreso que va a formar parte del cálculo de la renta gravable valor de ese ingreso no puede ser distinto que el monto del mismo en

moneda nacional, liquidados dichos dólares al tipo de cambio oficial en la fecha en que se realiza el pago."

Concluye que es inaceptable el argumento de la actora en el sentido de no existir enriquecimiento por el hecho de la sociedad al finalizar el año tiene exactamente los mismos dólares que recibió, porque se está hablando de rentas nacionales, liquidadas en moneda nacional y cualquier valor representativo de moneda extranjera debe liquidarse al tipo oficial de cambio, para determinar en moneda nacional su valor fiscal. Y que el hecho de que las autoridades nacionales hayan aprobado un contrato, cuya remuneración se pactó parcialmente en dólares americanos, sólo implica la voluntad del Estado de facilitar este tipo de operaciones entre sociedades extranjeras que realizan actividades dentro del territorio nacional e igualmente puede afirmarse del hecho de autorizar al contratista para tener y manejar cuentas en dólares para esos efectos pero dichas aprobaciones no están modificando en manera alguna el régimen tributario a que están sometidos y mucho menos puede crear exenciones a la noción de ingreso que solo la ley puede hacer.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1) *Representación-Requisitos del poder*

Estima la Sala que la representación indebida se da en el proceso cuando a la persona que gestiona como procurador judicial le ha sido otorgado el poder sin reunir los requisitos exigidos por la ley o cuando el poder es insuficiente. En el caso *sub-lite* a folio # 1 del cuaderno principal obra un memorial poder, otorgado por Robert S. Thorn, con firma autógrafa del poderdante y del procurador judicial designado y con la firma de Betty J. Wagner, con sello seco que dice: Notaria Estado IDAHO. Al respaldo aparece un sello del Consulado de Colombia en San Francisco de California, con fecha marzo 7 de 1989 en donde se lee: " El suscrito Cónsul General de Colombia certifica que el señor Betty J. Wagner que autoriza el presente documento, ejercía legalmente en la fecha allí expresada las funciones de Notario Público del Estado de Idaho y que la firma y sello que en el documento aparecen como suyos son los que usa y acostumbra en sus actos oficiales. El Consulado no asume responsabilidad alguna por el contenido del documento. - César Humberto Ariza Rivero- Ministro Consejero Cónsul General de Colombia." Hay sello y firma autógrafa.

Aparece así mismo un sello del Ministerio de Relaciones Exteriores Legalizaciones No. 056059, en donde se hace constar que el señor César Humberto Ariza, cuya firma aparece en el documento desempeñaba en esa fecha las funciones allí indicadas. Firma y sello de Misael Moscoso, Jefe de Negocios Consulares. División Consular Encargado.

El artículo 65 del Código de Procedimiento Civil en su inicio tercero [illegible] a:

"... Los poderes o las sustituciones de éstos podrán extenderse en el [illegible]or ante cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autoric[illegible] en

este último caso su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 259.

"Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorgue hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquella y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias. De la misma manera se procederá cuando quien confiere el poder; sea apoderado de otra persona."

A su vez el artículo 259, ibídem preceptúa:

Documentos otorgados en el extranjero.

"Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el respectivo agente consular de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del agente consular se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo.

"Los documentos públicos extendidos en el extranjero ante agentes consulares de Colombia y las copias autorizadas por ellos, así como los privados reconocidos en el exterior deberán ser autenticados por el Ministerio de Relaciones Exteriores."

De acuerdo con las normas transcritas debe entenderse que el poder presentado en el proceso, reune los requisitos de ley, pues fue otorgado ante la persona que figura como Notario Público del Estado de Idaho, está debidamente autenticado por el respectivo agente consular de la república: Cónsul de California y autenticado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del Jefe de la División Consular, lo que permite presumir como lo indica la norma transcrita que se otorgó conforme a la ley del respectivo país, como lo alega el demandante.

Acreditada en consecuencia, en legal forma la personería, estima la Sala que debe revocarse la sentencia apelada y proceder a estudiar de fondo la controversia planteada en la demanda, no sin antes lamentar la pérdida de jurisdicción en que incurrió el Tribunal como consecuencia de no haber analizado debidamente y como estaba obligado los presupuestos procesales de la demanda, los cuales se hubieran podido subsanar a través del trámite de la nulidad relativa, poniéndolos en conocimiento de las partes.

La diferencia en cambio

El asunto fundamental de las súplicas de la demanda no es otro que la pretensión de la actora de que no se le grave como ingreso la diferencia en cambio que se originó como consecuencia de haber pactado su remuneración en divisas

extranjeras, que al momento de su recibo sufrieron valorización frente al peso colombiano.

Se alega en la demanda que el derecho a la percepción de la remuneración invariable en dólares quedó plasmada en un contrato celebrado que fue autorizado por la Oficina de Cambios del Banco de la República, y por el Ministerio de Minas. Y que cuando se pretende gravar esta diferencia en cambio se viola el contrato y las normas correspondientes del Código Civil.

Sea lo primero indicar al demandante que las normas impositivas son de orden público, que se expiden por el Estado bajo el imperio de su soberanía, *erga-omnes* y aún en contra de la voluntad de las personas quienes no pueden oponer cualquier tipo de contrato ante el Estado para pretender evitar los efectos de dichas normas.

No se cuestionan en este caso, los derechos de las partes originados en el contrato, sino que se trata de establecer en sí una determinada suma de dinero está gravada o no desde el punto de vista fiscal.

Por otra parte, el legislador, en cualquier tiempo puede disponer lo que considere necesario y conveniente en materia impositiva y esto es tan importante para el interés general y orden público que la misma ley preve que las claúsulas sobre impuestos o acuerdos entre particulares no son en manera alguna oponibles al fisco. (Ley 2/76 art. 71).

No pueden los particulares pretender hacer producir a determinadas autorizaciones legales efectos que no tienen en la norma, pues es bien sabido que el registro de los contratos en la Oficina de Cambios del Banco de la República sólo persigue el otorgar derechos cambiarios y de giro a los contratantes, pero en manera alguna hacen relación con los aspectos tributarios.

Además la aprobación del contrato por parte del Ministerio de Minas y Energía, en manera alguna se refiere al aspecto tributario, entre otras cosas, por carecer este organismo de competencia en materia fiscal y porque las regulaciones sobre tributos son materia de la ley y no del gobierno ni de los particulares.

Precisamente refiriéndose al contrato como creador de situaciones jurídicas individuales o de carácter particular y su situación ante las normas tributarias esta Corporación tuvo oportunidad de absolver el 11 de Marzo de 1972, la consulta que sobre este aspecto le formularon los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Petróleos y allí se advirtió que todo contrato se celebra con el propósito de crear situaciones jurídicas individuales pero que no debe confundirse la situación jurídica creada por los contratantes con la situación jurídica creada por la ley.

La distinción es fundamental porque las situaciones propiamente contractuales no pueden modificarse sino por el acuerdo de voluntades y las situaciones legales

o reglamentarias son modificables en todo momento por la autoridad pública que las crea.

De otra parte estima la Sala que es obligación de los administrados sujetarse a la ley vigente en el momento de celebrar el contrato antes que pretender que la ley se ajuste a las pretensiones individuales de los contratantes.

En este orden, están sujetas las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes a las normas tributarias, aún en contra de su voluntad, normas que priman sobre los contratos civiles sin que pueda alegarse violación de las mismas por el Estado, entre otras cosas porque éste no es parte en el contrato. No prospera en consecuencia el cargo de violación de los artículos 1602, 1626 y 1627 del Código Civil que arguye la demanda.

En cuanto a la transgresión del Estatuto Cambiario observa la Sala que el artículo citado por el Procurador Judicial de la actora no existe en tal ordenamiento ni del argumento dado en la demanda sobre autorización de contraer y crear obligaciones en moneda extranjera se evidencia violación alguna por parte de los actos acusados. Por el contrario, las normas tributarias fijan precisamente para efectos fiscales las consecuencias que la contratación en divisas genera para el contribuyente en la determinación de ingresos, costos y deducciones, siendo especialmente importante para el caso el artículo 28 del Decreto 2053 de 1974 que dispone:

> " Las rentas percibidas en divisas extranjeras se estiman en pesos colombianos por el valor de dichas divisas *en la fecha de pago* liquidadas al tipo oficial de cambio". (Subraya la Sala)

Es decir que por voluntad de la ley independientemente de la fecha en que se haya pactado la obligación en dólares, la renta se cuantifica en pesos colombianos, por el valor de la divisa liquidada al tipo oficial vigente en la fecha del pago.

No cabe duda entonces que el ingreso para la sociedad extranjera se determinó conforme con la ley, sin que sea dable excluir la parte del mismo (correspondiente a la devaluación monetaria) como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional porque en materia fiscal los beneficios tributarios consagrados en la ley son de carácter restrictivo, y como bien lo afirma el apoderado judicial de la entidad demandada, tal carácter lo consagra por vía de excepción la ley tributaria sin que en la enumeración expresamente prevista se incluya la diferencia en cambio por la valorización que en pesos colombianos sufra la divisa desde la causación de la obligación hasta la fecha de su solución o pago.

Resulta también irrelevante para el efecto el que se acredite el pago de la retención en la fuente, porque como obligación independiente que es, la ley prevé el nacimiento de la obligación de retener en el momento de su abono en cuenta o pago, el que sea primero.

Tampoco es posible para el año de 1984 aplicar disposiciones contenidas en la ley 75 de 1986, debido a la irretroactividad de la ley. No prosperan las súplicas de la demanda.

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

F A L L A

1) REVOCASE la sentencia del 5 de Junio de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio 6887, intentado por la sociedad MORRISON KNUDSEN INTERNATIONAL CO. INC. NIT 8-60069725.

2) DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

LIQUIDACION DE REVISION-Término/ **PERIODO GRAVABLE**-Individualización/ **REQUERIMIENTO ESPECIAL**

La norma respectiva consagra claramente que el término para la firmeza de la liquidación privada opera con relación a la fecha de su presentación de manera independiente para cada período. A su vez, el artículo 46 de la Ley 52 de 1977 exige que cada liquidación de revisión esté circunscrita a la declaración presentada por el contribuyente para cada período fiscal, es decir que consagra la independencia de cada uno de los períodos. La independencia de las vigencias fiscales lo predica la ley no sólo del contribuyente sino de la misma Administración, en consecuencia ésta debió individualizar para cada bimestre las ventas gravadas, descuentos y el impuesto a cargo, y no refundir en una sola liquidación, pues con este procedimiento violó las normas de procedimiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto dos (2) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3091. Actor: Productora Andina de Dulces S.A. Impuesto Ventas
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 18 de abril de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda y anuló el acto administrativo de determinación del Impuesto sobre las Ventas practicado por la Administración de Impuestos Nacionales por los bimestres 4o, 5o y 6o de 1978, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad PRODUCTORA ANDINA DE DULCES S.A.

ANTECEDENTES

La actora presentó las declaraciones de Impuesto sobre las Ventas correspondientes a los bimestres 4o, 5o y 6o de 1978, en forma oportuna en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá los días 29 de septiembre, 30 de noviembre de 1978 y 31 de enero de 1979, respectivamente.

El 16 de enero de 1981, la Administración de Impuestos mediante Requerimiento 0101-222 propuso a la contribuyente modificar, mediante liquidación de revisión, la liquidación privada correspondiente al primer semestre de 1978.

Proposición que cumplió practicando la Liquidación de Revisión 00565 de mayo 8 de 1981, notificada en la misma fecha, en la que determinó un mayor impuesto por la suma de $703.314. e impuso sanción por inexactitud del 200%.

Contra dicho acto administrativo la sociedad contribuyente interpuso por la vía gubernativa recurso de reconsideración que fue fallado con confirmación del acto administrativo, mediante Resolución 000603 del 28 de diciembre de 1987.

Inconforme PRODUCTORA ANDINA DE DULCES S.A. acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de las siguientes normas:

- Decreto 1651 de 1961, Artículo 30

- Ley 52 de 1977, Artículos 42, 46, 47 y 57

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda al encontrar que efectivamente prosperaba el cargo de violación del Artículo 47 de la Ley 52 de 1977, ya que la liquidación de revisión con respecto a los bimestres 4o y 5o de 1978, se practicó por fuera del término de los dos años que para el efecto señalaba la norma.

El de violación del Artículo 57 numeral 4o del mismo ordenamiento, porque la Administración al englobar las modificaciones en un período semestral, le restó toda claridad a la contribuyente en las cifras utilizadas para conformar las bases gravables, situación ante la cual le era imposible atender las exigencias tributarias.

LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada apeló la sentencia alegando que no hubo en la actuación administrativa transgresión de las normas señaladas en la demanda, porque en la vía gubernativa se comprobó que el contribuyente era responsable del Impuesto sobre las Ventas "no exento" y es así como en el requerimiento especial se acumularon las ventas netas gravables y se gravaron al

15%, manifestándole que se aplicaba la tarifa del 15% sobre la producción del responsable, según se pudo establecer en los documentos de contabilidad y concretamente en el análisis de las cuentas y subcuentas por los meses de septiembre y octubre de 1978.

Considera confusamente, que el hecho de haber acumulado los bimestres, permite contar el término de los dos años desde el 31 de enero de 1981.

Con oportunidad del traslado a las partes, la apoderada de la Dirección General de Impuestos Nacionales, coadyuva la apelación interpuesta y manifiesta que en obedecimiento al concepto 021 de mayo 23 de 1979 y por razones prácticas del tránsito de legislación, se recogió en un solo proceso la determinación del impuesto de tres vigencias fiscales que para el efecto del Impuesto sobre las Ventas eran bimestrales. Proceder permitido por la ley ya que el Artículo 30 del Decreto 1651 de 1961, se aplica unicamente para el Impuesto sobre la Renta sin que se dé dicha prohibición en materia de Impuesto sobre las Ventas.

Concluye, que por lo tanto la autorización dada en el mencionado concepto era legal.

Como punto no expuesto al apelar, considera que no estaba prescrito el término para revisar, con relación al último bimestre de 1978 atendiendo a la fecha de presentación de la declaración de renta por este período, y a la suspensión del término en virtud del requerimiento. Arguye que con relación a los fundamentos y temas de modificación que exige la ley, por este bimestre, tanto el requerimiento como el acto administrativo de liquidación, cumplieron estrictamente el contenido de los Artículos 42 y 46 de la Ley 52 de 1977. Pide que se practique una liquidación por el 6o bimestre, en los mismos términos en que fue proferida la liquidación oficial de revisión, en razón de que ni en la vía gubernativa ni en la contenciosa, se discutieron de fondo las glosas propuestas.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Olga Lucía Zuluaga Vásquez, Fiscal Sexta de la Corporación considera que debe accederse a las peticiones de la apelante en el sentido de infirmar la sentencia apelada y confirmar la decisión administrativa por el 6o bimestre de 1978, pues en su concepto, presentada la declaración por este período, el 31 de enero de 1979, y teniendo en cuenta la suspensión del término por el requerimiento especial, al efectuar los cómputos respectivos surge evidente que la Liquidación Oficial del 8 de mayo de 1981, que modificó el impuesto por esta vigencia se profirió oportunamente ajustándose a las normas de procedimiento, pues del contenido del memorando podía establecerse perfectamente cual era la razón y fundamento del rechazo oficial sin que pueda alegarse violación del numeral 4o del Artículo 57 de la Ley 52 de 1977, y además en la demanda no se cuestionó el fondo de la actuación administrativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que es preciso aclarar previamente que las objeciones a la sentencia de primera instancia deben formularse en el mismo momento de la apelación o dentro del término de sustentación del recurso, antes del traslado a las partes. En manera alguna puede pretender el apelante introducir posteriormente a estas etapas procesales otros planteamientos no expuestos, porque ello riñe con el principio de la lealtad de las partes en el proceso. Por esta razón sólo se analizarán los motivos oportunamente planteados.

El motivo de inconformidad expuesto en la apelación, en contra de la sentencia de primera instancia, fue el de no considerar procedente la declaratoria de nulidad de los actos acusados hecha por el Tribunal ya que a juicio de la demandada, el acto administrativo fue válido pues al aunar las diferentes vigencias fiscales en un solo acto administrativo, el término sólo empezó a correr para la Administración a partir de la presentación del denuncio tributario del último período bimestral.

La Ley 52 de 1977, por medio de la cual se dictaron disposiciones para la aplicación de las normas sustanciales tributarias de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales, dispuso en su Artículo 47:

> " La liquidación privada quedará en firme si dentro de los 2 años siguientes a la presentación de la declaración no se notifica la liquidación de revisión".

Consagra así la norma claramente que el término para la firmeza de la liquidación privada opera con relación a la fecha de su presentación de manera independiente para cada período.

Ante este ordenamiento imperativo no puede la Administración pretender prorrogar en el tiempo su facultad de modificar válidamente el impuesto que privadamente se determina el contribuyente. De acuerdo con la ley al término para el efecto empieza a correr desde el momento preciso en que el contribuyente presenta la respectiva declaración por el período fiscal correspondiente. Por lo tanto, la decisión del *a-quo* que consideró que la Administración no podía validamente modificar las liquidaciones privadas por los bimestres 4o y 5o de 1978, por haber precluido el término, se ajusta a la ley y deberá confirmarse en este sentido. Máxime si se tiene en cuenta que cuando se expidió el Decreto 01 de 1979, ya la vigencia fiscal de 1978 había expirado y los términos para practicar la liquidación de revisión respecto de los bimestres 4o y 5o aludidos habían empezado a correr desde cuando se presentaron las respectivas declaraciones.

Para dilucidar lo concerniente al 6o bimestre del mismo período, es necesario transcribir el Artículo 46 de la Ley 52 de 1977, que enseña:

> " La liquidación de revisión deberá contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieren sido contemplados en el requerimiento especial o a la ampliación si la hubiere".

Esta norma, contrariamente a lo expuesto por la apoderada de la entidad demandada, está exigiendo que cada liquidación de revisión esté circunscrita a la declaración presentada por el contribuyente para cada período fiscal, es decir que consagra la independencia de cada uno de los períodos.

Así mismo el Decreto 1988 de 1974, en su Artículo 27, consagra dicha independencia cuando establece que el impuesto descontable debe solicitarse a más tardar en la declaración que corresponda a los dos períodos gravables siguientes a la fecha de la compra o importación.

Obviamente que este respeto por la independencia de las vigencias fiscales lo predica la ley no solo del contribuyente sino de la misma Administración, y en consecuencia ésta debió individualizar para cada bimestre las ventas gravadas, descuentos y el impuesto a cargo, y no refundir los tres períodos en una sola liquidación, pues con este proceder violó las normas de procedimiento, sin que sea de recibo la aseveración de haberse actuado con base en un "concepto" de la Dirección de Impuestos Nacionales, pues tales conceptos no tienen la virtud de reglamentar y menos aún modificar la ley y sólo son como su nombre lo indica, "conceptos".

Comparte la Sala la decisión del *a-quo* cuando señala que con el proceder equivocado de la Administración, no pudo en últimas saber el contribuyente por cuál período debía imputar las adiciones a la base gravable de los tres bimestres, ni a cuál de ellos correspondían las rentas exentas rechazadas, porque la presentación global de las cifras le impidió atender las exigencias de la Administración.

Visto que el requerimiento no contiene la discriminación de adiciones y rechazos por cada período fiscal de acuerdo con lo determinado en la ley en forma individual, se deduce que no cumplió con las exigencias establecidas, en el sentido de contener una explicación sumaria individualizada que permitiera al contribuyente desvirtuar los cargos imputados con relación al 6o. bimestre. Por lo tanto, era procedente acceder a su nulidad y declarada ésta, restablecer el derecho de la actora conforme a la petición de la demanda, reconociendo la disminución de los valores con los cuales se aumentaron las ventas netas gravables o, como se expresa en forma técnica, " declarar en firme y con carácter de definitivas las liquidaciones privadas que la sociedad PRODUCTORA ANDINA DE DULCES S.A. presentó junto con las declaraciones bimestrales del Impuesto a las Ventas por los períodos de julio-agosto (4o bimestre), septiembre-octubre (5o bimestre) y noviembre-diciembre (6o bimestre), todos de 1978".

Establecida la inoperancia del requerimiento especial por la forma ilegal o irregular como fue planteado, no podía entrar el *a-quo* a calificar la procedencia de adiciones o rechazos para el 6o bimestre de 1978, porque para ello era requisito necesario la existencia de un requerimiento que permitiera conocer tanto al contribuyente como a la jurisdicción, el valor cierto de las adiciones o rechazos y los motivos correspondientes.

Precisamente esta deficiencia fue la que permitió al Tribunal declarar la ineficacia del requerimiento en forma total, pues no puede predicarse que sólo se refería a los bimestres en los cuales el término de revisión había fenecido para la Administración y no para el 6o. bimestre de 1978, puesto que incurrió en violación del procedimiento señalado por la ley para practicar la liquidación oficial para cada vigencia fiscal en forma independiente.

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 que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de abril de 1990 en el Expediente No. 6275.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SANCION POR INEXACTITUD-Improcedencia/ **CERTIFICADO BIMESTRAL/ LIBROS DE CONTABILIDAD**-Pérdida

La conducta punible para que el contribuyente se haga merecedor de la sanción del artículo 55 del Decreto 3541 de 1983 no es otra, que la inexactitud en el certificado bimestral de pago de impuestos sobre las ventas. Pero de acuerdo con la ley, para imponer la sanción por inexactitud era preciso que el contribuyente hubiera solicitado impuestos descontables inexistentes, que de este hecho se derivara además un menor impuesto para el contribuyente o un menor saldo a su favor, es decir un perjuicio al fisco y que dicha circunstancia estuviera probada dentro del proceso. Porque si bien es cierto que la norma señala las consecuencias de la no exhibición de los libros, referidas al desconocimiento de costos, deducciones, descuentos y pasivos, en manera alguna el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 señala la imposición de la sanción por inexactitud (Bimestres VI de 1986 y I a V de 1987).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Dos (2) de Agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3493. Actor: Distriespumas Del Llano Ltda. Nit 92002900. Apelación de la sentencia del 21 de Febrero de 1991. Tribunal Administrativo del Meta.
Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
Ventas VI Bimestre 1986 y I a V de 1987.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 21 de Febrero de 1991, mediante la cual el Tribunal

Administrativo del Meta denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad DISTRIESPUMAS DEL LLANO LTDA. NIT 92002900 contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Villavicencio le determinó sanción por inexactitud en el impuesto sobre las ventas, por los certificados de pago bimestrales sobre los períodos fiscales correspondientes al VI bimestre de 1986 y I a V de 1987.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó los certificados de pagos bimestrales correspondientes al último bimestre de 1986 y los primeros cinco bimestres de 1987 y así mismo la declaración anual del impuesto sobre las ventas por todo el período de 1986.

Con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales del impuesto sobre las ventas, la Administración de Impuestos ordenó la práctica de inspección contable a los libros de comercio de la actora, la que se efectuó solo sobre los libros diario y mayor por no haberse exhibido ni el libro de inventarios y ni los soportes contables por encontrarse dichos documentos en la ciudad de Bogotá, en la oficina del contador.

El 12 de Febrero de 1988, la Administración de Impuestos mediante el pliego de cargos 0001, manifiesta el contribuyente que como consecuencia de no haber exhibido los comprobantes de orden interno y externo que demostraran la existencia de los impuestos descontables solicitados, se hacía acreedor a la sanción por inexactitud del 200% de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983. Y que para garantizar el derecho de defensa, le da traslado por el término de 10 días, para que presente descargos y aporte las pruebas que considere pertinentes.

Dentro de la oportunidad dada, la sociedad, respondió los descargos y acompañó, con el objeto de comprobar los impuestos descontables solicitados en los certificados bimestrales de pago, fotocopias auténticas de las facturas de compras y el certificado expedido por el contador público en donde hace constar su contabilización soportada por los comprobantes de diario, que también anexa al descargo.

La Administración de Impuestos Nacionales mediante Resolución 00002 de Agosto 2 de 1988, impuso una sanción por inexactitud del 100% del monto de los impuestos descontables solicitados.

Acto contra el cual la interesada ejercitó el recurso de reconsideración por la vía gubernativa, que fue fallado con confirmación del acto recurrido.

Inconforme la sociedad acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Meta, alegando violación de los artículos 15 y 55 del Decreto 3541 de 1983; 3o del Decreto 570 de 1984; 24 del

Decreto 1813 de 1984; 26 de la Constitución Nacional; 44 del Decreto 2503 de 1987; 30 de la Ley 52 de 1977 y 21 y 25 del Decreto 825 de 1978.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Meta denegó las súplicas de la demanda, con base en el concepto rendido por la fiscalía que consideró, analizando el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, que el contribuyente sólo se preocupó por demostrar la existencia de los impuestos descontables, pero no la ocurrencia de los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, que le hubieren impedido a la sociedad presentar sus libros de contabilidad.

LA APELACION

La apoderada judicial de la actora al apelar la sentencia, manifiesta su inconformidad con el fallo de primera instancia, porque desconoció el valor probatorio de las diferentes pruebas aducidas en el proceso y la argumentación sobre las normas violadas, expuesta en la demanda. Considera que el derecho a los impuestos descontables fue demostrado plenamente tanto en la vía gubernativa como en la primera instancia y enfatiza sobre el valor probatorio de las facturas de compras y de los certificados expedidos por contador público sobre la existencia de los mismos impuestos descontables y su contabilización soportada con los comprobantes de orden interno y externo.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada se opone a las pretensiones de la apelación manifestando que no hay violación del artículo 33 de la Ley 52 de 1977, ni del artículo 22 del Decreto 025 de 1978, porque el despacho no ha desconocido en lo absoluto la presunción de veracidad de que gozan las declaraciones tributarias porque " las bases gravables consignadas en las declaraciones de ventas de los bimestres 1 a 6 de 1986 y 1o al 5o de 1987, no son objeto del proceso, por cuanto se encuentran como se consignación (sic) en la declaración, sin modificación alguna, y por lo tanto sin desconocimiento de las mismas."

Luego afirma que " La sociedad actora desde el comienzo del proceso se ha limitado a aportar fotocopias auténticas de las facturas de compra para demostrar los impuestos descontables y los certificados del contador público para demostrar los costos, gastos, deducciones y pasivos, cuando en verdad el proceso trata única y exclusivamente de la sanción por inexactitud, por no dar cumplimiento al deber legal de exhibir los libros de contabilidad cuando la Administración de Impuestos así lo requiera, de conformidad con la ley tributaria."

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa citando el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, que la sentencia apelada debe

confirmarse porque como lo advierte el Tribunal, la actora en ningún momento se preocupó por demostrar la ocurrencia de los hechos constitutivos de fueza mayor o caso fortuito que le hubieran impedido a la sociedad presentar debidamente su contabilidad, deduciéndose entonces que faltó este requisito para obtener juridicamente sus propósitos y en tales condiciones no puede dársele vía libre a los pedimentos de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el asunto fundamental de la *litis* no es otro que el precisar la procedencia de la sanción por inexactitud impuesta por la Administración de Impuestos Nacionales de Villavicencio, a la sociedad DISTRIESPUMAS DEL LLANO LTDA, como consecuencia de no haber exhibido los libros de contabilidad, a efectos de probar los impuestos descontables solicitados en los certificados de pagos bimestrales, cuando la Administración se los exigió, y que se fundamenta según el pliego de cargos No. 00001 de Febrero 11 de 1988, en el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983. Norma que es necesario transcribir para determinar, con base en los supuestos establecidos por la misma la imposición de la sanción.

Dice así la norma:

" Cuando los datos de la certificación a que hace referencia el artículo 23 del presente Decreto fueren inexactos, se incurrirá en una multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del impuesto correspondiente a la suma inexacta, la cual se impondrá por el Administrador de Impuestos o su delegado, mediante resolución motivada, previa comprobación del hecho y traslado de cargos al responsable por un término de diez (10) días para responder..."

Es decir que la conducta punible para que el contribuyente se haga merecedor de la sanción no es otra, que la inexactitud en el certificado bimestral de pago de impuesto sobre las ventas. No define el artículo que debe entenderse por inexactitud, por lo cual habrá de acudirse a las normas vigentes que regulaban tal hecho cuando el contribuyente presentó sus certificaciones de pago por los períodos cuestionados, es decir, los artículos 49 y 50 del Decreto legislativo 3803 de 1982, por no ser aplicable, como bien lo alega la apoderada judicial de la actora, el artículo 44 del Decreto 2503 de 1987, debido al principio de la irretroactividad de la ley.

A su turno disponen los artículos mencionados:

" Constituye inexactitud sancionable, la omisión de ingresos, ventas o bienes susceptibles de gravamen, la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones o pasivos inexistentes y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las oficinas de impuestos, de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto para el contribuyente, o un mayor saldo a su favor.

" No se configura inexactitud cuando el menor impuesto que hubiere podido resultar se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos."

" La sanción por inexactitud será equivalente al doscientos por ciento (200%) de la diferencia entre el impuesto que hubiere podido resultar de no haberse establecido la inexactitud y el impuesto liquidado."

Entonces de acuerdo con la ley, para imponer la sanción era preciso que el contribuyente hubiera solicitado impuestos descontables inexistentes, que de este hecho se derivara además un menor impuesto para el contribuyente o un menor saldo a su favor, es decir un perjuicio al fisco y que dicha circunstancia estuviera probada dentro del proceso. Porque si bien es cierto que el artículo 15 del Decreto 3803 señala las consecuencias de la no exhibición de los libros, referidas al desconocimiento de costos, deducciones, descuentos y pasivos; la imposibilidad de invocarlos posteriormente a su favor, al no ser que se invoque y pruebe una causa justificativa de la no presentación que constituya fuerza mayor o caso fortuito, y la necesidad de probar los descuentos desconocidos plenamente una vez se desconozcan los libros de comercio; en manera alguna este artículo señala la imposición de la sanción por inexactitud por no exhibir la contabilidad. Pues en este evento la sanción procedente es la de libros de contabilidad.

De otra parte el hecho de desconocer la contabilidad como prueba a favor del contribuyente, en razón de no haber invocado y probado el hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, que hubieren justificado la falta de exhibición del libro de inventarios junto con los comprobantes y soportes contables, no quiere decir que éste no puede probar la existencia de los descuentos rechazados, por no haber comprobado la causal eximiente de responsabilidad, porque tal exigencia no la hace la ley, y en este sentido la apreciación del Tribunal como de la Fiscalía es equivocada, pues si puede el contribuyente dentro del proceso contencioso y aún en el gubernativo demostrar plenamente con medios diferentes a su contabilidad los mencionados impuestos descontables.

Considera la Sala que la realidad de la existencia de tales descuentos se hallan probados en el proceso con los documentos emanados de terceros, como son las facturas cambiarias de compraventa que obran a folios 3 a 47 del cuaderno principal, junto con la afirmación hecha por la apoderada judicial de la entidad demandada, en el sentido de que la declaración tributaria de la actora que consolidó los certificados de pago bimestrales, goza de la presunción de veracidad, que no son objeto del proceso, y que se encuentran sin modificación alguna. Es decir que no se ha cuestionado ni probado por la Administración su inexistencia.

En consecuencia, admitida la veracidad de los impuestos solicitados, es decir la existencia de los mismos y la ausencia de modificación del impuesto declarado por el contribuyente, se hace evidente la improcedencia de la sanción por inexactitud

por ausencia de los elementos señalados en la ley: inexistencia del descuento y la consecuencia lesiva para el fisco de un menor impuesto a cargo del contribuyente o un mayor saldo a su favor.

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 del 21 de Febrero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta en el proceso # 2894 correspondiente al juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad DISTRIESPUMAS DEL LLANO LTDA. NIT 92002900.

2) ANULASE las Resoluciones Nos. 0002 de Agosto 2 de 1988 y 00003 del 31 de Enero de 1989 proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Villavicencio.

3) RECONOCESE a la doctora Melba Cecilia Cadavid Yepes como apoderada de la entidad demandada conforme con los términos del poder que obra a folio 198 del expediente.

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; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/ **COMPAÑIA DE SEGUROS**-Vigilancia

En manera alguna de la facultad de inspección y vigilancia que otorga la ley a la Superintendencia Bancaria puede inferirse la concesión de la potestad de fijar las tarifas que deban aplicar las compañías de seguros sujetas a su vigilancia. A juicio de la Sala, el Superintendente Bancario a través de los actos acusados está obrando sin competencia al pretender ejercer una atribución que no le confieren ni la Constitución, ni la ley. *ANULANSE las resoluciones 0316 de enero 29 y 3918 de noviembre, ambas de 1988, y la Circular 008 de febrero 1o. de 1988 expedidas por el Superintendente Bancario.*

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C. Agosto nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicaciones 2406 y 2711. Actor: Unión de Aseguradores Colombianos "FASECOLDA" y Asociación Colombiana de Corredores de Seguros "ACORDES". Acción de Nulidad contra las resoluciones números 0316 y 3918 y la circular 008 de 1988, expedidas por la Superintendencia Bancaria.
FALLO

En ejercicio de la acción pública, los Doctores Sergio Rodríguez Azuero y William Salazar Luján, obrando con poder conferido por el representante legal de la UNION DE ASEGURADORES COLOMBIANOS " FASECOLDA" y de la ASOCIACION COLOMBIANA DE CORREDORES DE SEGUROS "ACORDES" respectivamente, demandan la nulidad de las Resoluciones números 0316 del 29 de Enero de 1988 y 3918 del 2 de Noviembre de 1988 y la circular externa 008 del 1o. de Febrero de 1988, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria, adopta nuevas tarifas para el Seguro de Vida Grupo y explica a los presidentes, gerentes y representantes legales de las Compañías de Seguros Generales y de Vida, su contenido y aplicación.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El Doctor Sergio Rodríguez Azuero estima que la Resolución 0316 de Enero de 1988, la 3918 de Noviembre de 1988 que la confirma y la circular 008 del 1o. de Febrero de 1988, son violatorias de los artículos 20, 32, 120-15 de la Constitución Nacional, porque si bien de acuerdo con lo previsto en la Ley 105 de 1927 artículo 20, las pólizas de seguros deben someterse a la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria, la facultad de ésta solo se reduce a aprobar o improbar las pólizas que se le presenten, pero en manera alguna puede imponer tarifas, ya que la ley no le ha concedido tal facultad regulatoria. Agrega que la obligación de someter las pólizas a la previa autorización de la Superintendencia Bancaria se predica de cada una de las compañías de seguros autorizadas para emitirlas, de manera individual, no colectiva, y que cada una de ellas puede asumir la cobertura de riesgos con mayor o menor amplitud que las demás, atendiendo a las peculiaridades de su experiencia y a los factores internos de la misma compañía y a la estructura de las tarifas de seguros.

Arguye que no puede la autoridad administrativa ejercer facultad reglada o discrecional si no está previamente consagrada en la ley y que si se analizan los artículos 20 y 21 de la Ley 105 de 1927 que sirven de soporte para la revisión de las tarifas como parte integrante de las pólizas, ellos sólo conceden una facultad reglada que si bien permite la aplicación de un criterio subjetivo al evaluar los elementos técnicos que han de ponerse a su consideración, la labor de la Superintendencia Bancaria sólo está enderezada a verificar que los mismos se ajusten a las disposiciones legales, según el artículo 20 de la Ley 105 de 1927 y desde este punto de vista no existe discrecionalidad alguna.

Luego de hacer consideraciones sobre la intervención del Estado en materia económica, prevista en el artículo 32 de la Carta Política y de las funciones de la Superintendencia Bancaria, concluye que ésta carecía absolutamente de facultades para adoptar tarifas por vía general.

El doctor William Salazar Luján, luego de narrar todos los antecedentes y acuerdos previos entre " ACORDES " y " FASECOLDA " para gobernar las relaciones mutuas de las compañías aseguradoras afiliadas, su comportamiento ante los asegurados y su desarrollo, acusa a los actos demandados de ser violatorios de los artículos 20, 32, 39 inciso 4o. y 120 numeral 15 de la Constitución Nacional; 35 inciso 1o. numeral 4o. y 73 del Código Contencioso Administrativo; 20 y 21 de la Ley 105 de 1927; 3o, 4o, 5o, 6o, 19, 75 y 1341 del Código de Comercio; 7o. y 8o. de la ley 185 de 1969; 16 de la Ley 65 de 1966 y 3o. literal c) y 28 del Decreto 1939 de 1986.

En el concepto de violación consigna fundamentos similares al anterior, pero agrega que de conformidad con el artículo 35 inciso 1o. del Código Contencioso Administrativo, la resolución requería motivación al menos en forma sumaria y que al no haberse cumplido con este requisito, se configuran dos de las causales de nulidad establecidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Luego de precisar lo relativo a los elementos que componen y estructuran las tarifas de seguros (valor del riesgo puto, costos de administración, comisiones por promoción y colocación, asesoría y atención del seguro y la utilidad de la compañía), analizadas por la Superintendencia Bancaria en la circular SD-121 de Octubre 3 de 1988, y a la prohibición de disminuir la tarifa al asegurado *so* pretexto de no haberse causado la " comisión ", concluye que el Superintendente Bancario, en el parágrafo 3o. del artículo 1o. de la Resolución 316 de 1988, faculta a las aseguradoras para reducir la tasa de seguro de vida, afectando el porcentaje de comisión y propiciando con ello conductas que implican " competencia desleal ", lo cual resulta violatorio de la ley y la costumbre mercantil, (artículos 3o. y 1341 del Código de Comercio y 7o. y 8o. de la Ley 155 de 1959) y desvirtúa de paso, el sistema de remuneración de los corredores de seguros y demás intermediarios, sanamente establecidos desde hace muchos años, sin que se procure una mejora en la prestación de los servicios, sino simplemente una disminución de comisiones que la Superintendencia no estaba facultada para decretar y auspiciar, con lo que se incita al desconocimiento de las normas superiores.

OPOSICION DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Se opone a la petición de nulidad la apoderada judicial de la Superintendencia Bancaria, quien además de solicitar la acumulación de los procesos, considera que de los artículos 20 de la Ley 105 de 1927 y 3o. del Decreto 1939 de 1986, no puede inferirse que corresponde privativamente a las compañías de seguros la iniciativa para determinar las condiciones en las cuales puedan ofrecerse los seguros y que por el contrario la facultad de aprobación de las tarifas contenidas en el literal c) del artículo 3o. del Decreto 1939 de 1986, no exige que ésta sea a petición de las aseguradoras, sino que la entidad de control puede aprobarlos oficiosamente.

La anterior consideración resulta evidente de la disposición del artículo 28 del mismo decreto que atribuye a la Superintendencia Bancaria, a través de la División de Seguros y Capitalización, la función de " Evaluar " las tarifas de los diferentes seguros que se ofrecen en el mercado, facultad que supone, según el diccionario de la Real Academia, " señalar el valor de una cosa, estimar, apreciar y calcular el valor de una cosa.

Concluye que los artículos 20 de la Ley 105 de 1927 literal c) y el 20 del Decreto 1939 de 1986 sí facultan al Superintendente Bancario para expedir la Resolución 316 de 1988 acusada y que, en consecuencia en lo que toca con las disposiciones de la Carta, no se ve cómo existiendo facultad legal se incurra en violación de su artículo 20, toda vez que se actuó dentro de las funciones legalmente asignadas. En relación con los artículos 32, 39 y 120 numeral 15 de la Constitución Nacional tampoco se da dicha violación, pues la intervención del Estado en la actividad de seguros se encuentra autorizada por la ley.

Afirma que en lo concerniente a la violación del Código de Comercio especialmente en relación con la costumbre mercantil, existiendo normas que permiten la intervención de la Superintendencia Bancaria en el área de los seguros,

priman estas disposiciones sin que pueda afirmarse que existan vacíos que deban llenarse por la costumbre. Y como quiera que se trata de normas de orden público económico que atienden al interés general, no pueden derogarse por convenios particulares, y no puede alegarse violación del artículo 1341 del Código de Comercio, porque los particulares sí pueden hacer estipulaciones dentro del marco trazado por la resolución.

Afirma que tampoco la adopción de las tarifas propician la competencia desleal, pues de una parte lo que se pretende con el acto de carácter general es que en el ramo de seguros no se presenten tales situaciones, y de otra parte, no debe perderse de vista que los actos de competencia desleal se evidencian a través de conductas de los comerciantes que podían suscitarse con mayor razón de no existir la Resolución 316 de 1988, por lo que debe concluirse que tal acto administrativo no viola los artículos 7o. y 8o. de la Ley 155 de 1959, máxime si no se cuestiona la legalidad sino la inconveniencia de la medida.

Con ocasión del alegato de conclusión pide a la Corporación profiera sentencia inhibitoria en consideración a la pérdida de vigencia de las normas acusadas por haber sido derogada expresamente la Resolución 0316 de 1988 por el artículo 7o. de la Resolución 2735 de 1990.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa que debe decidirse de fondo y despacharse favorablemente las súplicas de las demandas acumuladas, porque si bien es cierto que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia adoptada desde 1920 y reiterada en sentencias del 5 de Agosto de 1988, Febrero 7 y Julio 3 de 1989, propician el fallo inhibitorio, la jurisprudencia del Consejo de Estado Sección Cuarta y la muy reciente de la Sala Plena (Enero 14 de 1991) imponen un fallo de mérito.

Luego de hacer un enfoque de la actividad aseguradora de conformidad con la ley 45 de 1990 y las nuevas doctrinas de la libertad de precios como condición esencial del mercado de seguros, expone el principio de legalidad de la actividad de la Administración y la necesidad de que las competencias de la autoridad se encuentren definidas de manera precisa por la ley, sin que sea dable extender por analogía las atribuciones que la Constitución o la ley otorgan a funcionario o Corporación distinta.

Afirma que ni de los artículos 20 y 21 de la Ley 105 de 1927 ni del artículo 3o. del Decreto 1939 de 1986, se deriva facultad expresa, ni competencia implícita que permitan afirmar la legalidad del acto acusado y que no es posible, pretender trastocar los términos para pregonar que el Estado está en posibilidad de obrar en determinada forma porque no hay norma expresa que se lo prohiba. Concluye que ni aun recurriendo a las llamadas facultades incidentales de los poderes nacionales a que aludió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de Noviembre de 1928 (Gaceta Judicial Tomo 36 Pág. 194 ss.) no es posible pensar siquiera que esas

facultades de la Superintendencia lleguen hasta el extremo de sustituir la voluntad particular, abolir el sentido de la competencia, arrasar con la tradición especulativa del negocio de seguros e imponer el querer oficial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el aspecto fundamental de la controversia es la acusación por parte de los demandantes, de la falta de competencia de la Superintendencia Bancaria para fijar las tarifas aplicables en el ramo de seguros y en especial las relacionadas con el seguro de vida de grupo, determinadas en la Resolución 316 de 1988 acusada; pero antes de abordar su estudio, es necesario precisar lo relacionado con la sustracción de materia propuesta por la Superintendencia Bancaria ya que el apoderado judicial de la entidad demandada considera que por haber sido derogado ya el acto administrativo demandado debe producirse fallo inhibitorio.

La Sala con relación a este planteamiento en repetida jurisprudencia ha precisado que aun cuando la disposición de carácter general demandada haya sido derogada, la jurisdicción debe pronunciarse sobre su legalidad porque ese pronunciamiento va a tener consecuencias en los casos concretos regidos por la norma y que se encuentren *sub-judice.*

Lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, la cual en sentencia del 14 de Enero de 1991, Expediente S-157 Consejero Ponente Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla dijo:

> " ...no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y supérfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ver confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab-initio,* restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.
>
> "Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que

hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

" Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de ésta última, o, a contrario *sensu,* serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

" Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun así derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia.

...".

Así pues es suficiente que una norma haya tenido vigencia para que ante una demanda, la jurisdicción contencioso administrativa deba resolver sobre su legalidad, ya que durante su vigencia se han podido concretar situaciones jurídicas particulares con efectos que justifiquen un restablecimiento del derecho.

Hechas las anteriores precisiones la Sala analiza el fondo de la demanda, con base en las normas legales que como fundamento para expedir la Resolución 0316 del 29 de Enero de 1988, invocó la Superintendencia Bancaria, estas son la Ley 105 de 1927 artículo 20 y el Decreto 1939 de 1986 artículo 3o. literal c), porque las atribuciones de los diferentes organismos que conforman el sector público sólo pueden tener origen en la ley de una manera explícita, sin que puedan alegarse facultades tácitas o implícitas con el fin de arrogarse competencias que no le corresponden.

Disponen las normas invocadas por la Superintendencia Bancaria al expedir la resolución antes mencionada:

Ley 105 de 1927, artículo 20.

" Prohíbese a las Compañías de Seguros que directamente o por medio de sus agentes, por medio de publicaciones o verbalmente ofrezcan al público ventajas o condiciones que no estén incluidas en las respectivas pólizas. Las pólizas contendrán todas las condiciones del contrato, que deben conformarse a las disposiciones legales, y los modelos deberán someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia".

Decreto 1939 de 1986, artículo 3o.

" Los objetivos y funciones antes señalados los desarrolla la Superintendencia Bancaria mediante las siguientes acciones:

"...

" c) Aprobar los planes técnicos, tarifas y coberturas de riesgos ofrecidos por las compañías de seguros y sociedades de capitalización".

El contexto de las normas transcritas confiere la facultad a la Superintendencia Bancaria para vigilar que las pólizas que extienden las compañías de seguros se ajusten a las previsiones legales, caso en el cual les impartirá su aprobación, o negará dicha aprobación, en caso contrario.

En manera alguna de la facultad de inspección y vigilancia que otorga la ley a la Superintendencia Bancaria puede inferirse la concesión de la potestad de fijar las tarifas que deban aplicar las compañías de seguros sujetas a su vigilancia. A juicio de la Sala, el Superintendente Bancario a través de los actos acusados está obrando sin competencia al pretender ejercer una atribución que no le confieren ni la Constitución, ni la Ley.

Si bien de acuerdo con el artículo 120 numeral 15 del anterior ordenamiento constitucional, correspondía al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa la de ejercer la inspección necesaria sobre los establecimientos de crédito y sociedades mercantiles, tal actividad ha debido ejercerse de conformidad con las leyes preexistentes. El hecho de que tratándose en el presente caso de compañías de seguros se ejerza tal actividad a través de la Superintendencia Bancaria en manera alguna implica que a ésta se le haya atribuido competencia para fijar tarifas, ni que la facultad de evaluación y aprobación de las tarifas de las compañías aseguradoras conlleve la de fijarlas unilateralmente, de manera general y obligatoria.

Tampoco puede admitirse como pretende el apoderado judicial de la demandada que la Superintendencia Bancaria tiene competencia implícita para fijar tarifas por el hecho de que tal función no se la prohibe expresamente la ley, porque es principio constitucional del derecho colombiano plasmado en el artículo 20 de la anterior Constitución Nacional que "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y las autoridades y las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por

omisión en el ejercicio de éstas". Es decir, que el funcionario público solamente tiene competencia para realizar aquellas actividades que expresamente le han sido asignadas como competencias propias del cargo que está desempeñando o como lo afirma el colaborador fiscal, " lo que no le está juridicamente permitido le está jurídicamente prohibido".

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha señalado que la Administración está subordinada, al ejercer sus funciones, estrictamente a la ley sin que pueda arrogarse facultades implícitas porque dentro de la estructura democrática del estado de derecho corresponde al cuerpo constituyente, dictar las normas fundamentales de la organización estatal, al Congreso definir las competencias administrativas y expedir las regulaciones de la conducta de los asociados y al gobernante además de obedecer la ley le incumbe velar por su exacto cumplimiento, para lo cual le es inherente la función de vigilancia o de policía con carácter primordialmente preventivo, cuyo ejercicio debe cumplirse dentro de los estrictos límites fijados en la ley inclusive cuando se trata de competencias de carácter discrecional en las cuales se pueden evaluar razones y circunstancias de conveniencia.

En este orden de ideas la facultad de intervención del Estado en la actividad económica de seguros de las personas, su inspección y vigilancia atribuida constitucionalmente al Presidente de la República y ejercida por la Superintendencia Bancaria en este caso, ha de realizarse dentro de las previsiones que como fundamento del ejercicio de la facultad invoca la Resolución 0316 de 1988. Estos son los artículos 20 de la Ley 105 de 1927 y 3o. del Decreto 1939 de 1986, anteriormente transcritos de cuyo texto, no se infiere competencia para la Superintendencia de *fijar* tarifas de manera general a las compañías aseguradoras.

Por todo lo anterior es preciso concluir que cuando la Superintendencia Bancaria fijó mediante la Resolución acusada (0316 de Enero 19 de 1980) tarifas para el seguro de vida por grupos, transgredió los límites de su competencia y por lo tanto el acto principal acusado merece ser anulado. Consecuencialmente y por la misma causa tanto la circular externa 008 de 1988, a través de la cual se pone de presente a los Presidentes, Gerentes, representantes legales de las compañías de seguros generales y de vida las características fundamentales de las nuevas tarifas, y la Resolución 3195 de Noviembre 2 de 1988, mediante la cual se resuelve sobre la solicitud de revocación directa de la Resolución 0316 de 1988, confirmándola, merecen seguir igual suerte de 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,

F A L L A :

Anúlanse las Resoluciones 0316 de Enero 29 y 3918 del 2 de Noviembre ambas de 1988 y la Circular 008 de Febrero 1o. de 1988 expedidas por el Superintendente Bancario.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese y 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,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ERROR ARITMETICO-Naturaleza/**ERROR DE TRANSCRIPCION**-Efectos/ **REQUERIMIENTO ORDINARIO**

No basta que el valor sea " equivocado", se anote en lugar distinto del debido, o se refleje en un menor gravamen, para que se entienda constitutivo de "error aritmético". Las inconsistencias por mera transferencia de cifras de un código a otro, no son "aritméticas" y a lo sumo darían para que se exigieran del contribuyente las pertinentes explicaciones, por requerimiento ordinario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C. Agosto nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3278. Actor: Prosalud y Bienestar Ltda. Apelación sentencia de 31 de Agosto de 1990 del Tribunal del Valle en juicio de nulidad y restablecimiento de los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre la renta y sanciones a cargo de la actora por el año de 1986.

El Director de Impuestos Nacionales, por conducto de delegado, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de 31 de Agosto de 1990, favorable a las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el contencioso de restablecimiento referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1986, promovido por la sociedad PROSALUD Y BIENESTAR, LTDA., contra la liquidación de corrección aritmética 130 de 27 de Marzo de 1989 y la resolución 239 de 8 de Agosto del mismo año, expedidas, en su orden, por las Unidades de Liquidación y Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali.

Sobre el citado recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

El acto de corrección, fundado en el supuesto de haberse determinado, en los renglones 183, 184 y 185, columna 10, de la declaración del ejercicio, " como costo de los activos movibles, una suma superior a la real ", que lo sería la cantidad de $244.529.582, fijó un mayor impuesto a cargo en cuantía de $1.784.899, sobre el que aplicó una sanción del 30%, "por error aritmético".

Desoídos los argumentos de la reclamante, según los cuales, " por error de transcripción", el valor del inventario final de materias primas, materiales y suministros, correctamente anotado en el renglón 12 de la declaración, en cifra de $31.771.364, se había trasladado al renglón 185 de la misma por $37.771.364, dando lugar a la aparente inconsistencia del costo de los activos movibles, cuyo importe real era el de $250.529.582 declarado, la resolución del recurso gubernativo confirmó la corrección y la multa.

LA DEMANDA

A partir de razones análogas a las expuestas en el recurso, la demandante señaló quebrantados los artículos 40, 41, 42, 45, 51 y 146 del decreto 2503 de 1987, en conexión con los correspondientes del Estatuto Tributario, y 98 de la ley 9a. de 1983, por estimar, de una parte, que el " error mecanográfico o de transcripción" del guarismo de un renglón a otro, no encajaba en la hipótesis del " error aritmético" aducido, ni resultaba lógico o jurídico que, para establecer éste, se atuviera la Administración a la cifra incorrecta del inventario final del renglón 185 ($37.771.365), aceptando, a la vez, el valor del mismo inventario de renglón 12 ($31.771.365) como correcto. Y, por otra, que estando destinada la liquidación de corrección solo a la enmienda de los factores de liquidación privada, los errores en las cifras de balance o de pérdidas y ganancias, se tendrían que haber corregido mediante liquidación de revisión, previo requerimiento especial.

Asimismo, que dichos estados financieros, anexos a la declaración, en los que figuraba perfectamente determinado el valor del inventario en cuestión, por $31.771.365, no sólo se presumían verídicos, por hacer parte de la declaración, sino que figuraban certificados por contador público, debiendo habérseles concedido mérito probatorio suficiente, de conformidad con el citado artículo 98 de la ley 9a. de 1983.

Concluyó que, no configurado el error, de la nulidad de la corrección debía inferirse la de la sanción.

LA SENTENCIA APELADA

Aunque el Tribunal de instancia halla evidente el error incurrido en la declaración, no considera subsumido el mismo en los lineamientos del artículo 40 del decreto 2503 de 1987 (o 697 del Estatuto Tributario), pues, " en el caso existe algo más que una equivocación al efectuar las operaciones matemáticas básicas, es

decir, no se trata simplemente de haber sumado, restado, multiplicado, o dividido mal, que es lo que configura el error aritmético (...). El error se basa en una discordancia de datos que la norma no califica como error aritmético, aunque ello pudiera incidir en el cómputo final del impuesto...".

Según esto, la Administración no debió dar al asunto el tratamiento de error aritmético, "sino el de la liquidación de revisión prevista en el artículo 702 del Estatuto Tributario, que exige la necesidad de requerir previamente al contribuyente, *so* pena de nulidad de la actuación (...), tratamiento que aquí no ocurrió, por lo que se impone la declaratoria de nulidad impetrada y la confirmación de la liquidación efectuada por el contribuyente...".

LA APELACION

Con apoyo en el " artículo 24 del decreto 3803 de 1989 " (sic), la recurrente sostiene que el error aritmético se da en el evento de " anotar como saldo a cargo o a favor un valor equivocado de impuesto, lo cual puede ocurrir precisamente por informar un valor no cierto, arrojando una liquidación errónea, la sumatoria o deducción incorrecta del mismo...", situación igual a la regulada por el artículo 40 del decreto 2503 de 1987, punto en el que la actuación administrativa estaría a derecho, contra lo expresado en la sentencia.

LOS ALEGATOS

La parte demandada dice, en relación con la presunta nulidad por falta de requerimiento, contemplada en el artículo 730 del Estatuto Tributario, que ésta debió proponerse, según lo previsto por el artículo 731 ib., con el recurso de reconsideración, lo que no hizo la accionante, no habiéndose agotado, así, la vía gubernativa en el punto, lo que impediría que la jurisdicción resolviera el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del decreto 2304 de 1989, que subrogó al 135 del decreto 01 de 1984.

Por otro aspecto, que aún en circunstancia de mediar el debido agotamiento gubernativo, demostrado como fue el informe de un dato equivocado en la declaración, la Administración debía hacer la pertinente corrección, pues, de acuerdo con el artículo 697 del Estatuto Tributario, "el error aritmético se da, entre otras causas, cuando al efectuar cualquier operación aritmética, resulta una suma equivocada que implique un menor valor a pagar por concepto de impuestos, anticipos o retenciones a cargo del declarante, o un mayor saldo a su favor para compensar o devolver. Queda entonces claro que aquí no hubo, propiamente, un rechazo a los costos denunciados por la sociedad, sino un mero ajuste en las cifras como consecuencia lógica del error aritmético en que se incurrió, luego no se podía declarar la nulidad de la liquidación de corrección en la forma que lo hizo el Tribunal de competencia...".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Del texto del artículo 24 del decreto 3803 de 1982, citado por la Administración, deduce la Señora Fiscal Sexta de la Corporación que la liquidación de corrección se halla limitada a equivocaciones cometidas en las diferentes operaciones matemáticas realizadas por los contribuyentes, sin lugar a modificar, por este medio, cifras suministradas por aquéllos, " pues esa modificación necesariamente deberá hacerse mediante una liquidación de revisión, previo el requerimiento especial correspondiente...".

En su entender, pues, debió la Administración pedir a la contribuyente explicaciones sobre la diferencia detectada, más cuando en la relación del inventario de mercancías en el último día del ejercicio, anexa a la declaración, se había indicado claramente el valor del mismo ($31.771.364.78).

En conclusión, solicita confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto al punto del " error aritmético " es indiscutible que, para que éste se configure con carácter sancionable, debe ser el " resultado de un ejercicio matemático en el cual los factores de cálculo, o no fueron puestos en la debida relación o no fueron puestos por su valor exacto, pues es lo que se coligé de la reiterada terminología de los artículos 24 del decreto 3803 de 1982 y 40 del decreto 2503 de 1987, citados por las partes (Cfr., en el artículo 40 citado:

"...se anota como valor *resultante* un dato equivocado...": "...se anota un valor diferente del que debió resultar..."; "...*resulta* un valor equivocado que implique un menor valor a pagar...") (Se subraya).

Contrariamente, si la cifra incorrecta no proviene, como en el caso, de una operación de cálculo, o no revela los elementos numéricos en que se descompone o de los cuales deriva, no cabe la suposición de que es un valor " resultante ", ni de que el yerro es "aritmético", sino que se trata de un nuevo error de transcripción o transposición, así, aparentemente, " implique un menor valor a pagar ".

En otros términos, no basta que el valor sea " equivocado ", se anote en lugar distinto del debido, o se refleje en un menor gravamen, para que se entienda constitutivo de " error aritmético ". Las inconsistencias por mera transferencia de cifras de un código a otro, no son "aritméticas" y a lo sumo darían para que se exigieran del contribuyente las pertinentes explicaciones, por requerimiento ordinario.

Así las cosas, se debe confirmar el fallo recurrido, en este aspecto.

Y en relación con la falta de agotamiento de la vía gubernativa en cuanto a la ausencia de requerimiento previo, observa la Sala que en la demanda simplemente

se menciona como un hecho, pero sin referirlo expresamente como causal de nulidad y precisar las normas violadas y el concepto de la violación. Por ello, no resulta válido el planteamiento del recurrente en cuanto al no agotamiento de la vía gubernativa, toda vez que la controversia se circunscribe a establecer si la actuación de la Administración al darle el tratamiento de error aritmético se ajustó o no a la legalidad, planteamiento que se hizo desde la vía gubernativa.

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 Chahín Lizcano,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/ RECURSO DE APELACION

El actor no agotó debidamente la vía administrativa, pues si bien es cierto que en memorial, el actor hace referencia al recurso de apelación, no lo es menos que éste se presentó como subsidiario de la Revocatoria Directa, lo que no es posible, ya que éste puede interponer como subsidiario del recurso de reposición; pero nunca como recurso subsidiario de la Revocatoria Directa. El escrito de Revocatoria Directa presenta como causal el numeral 2o. del artículo 69 del Decreto 2304 de 1989, lo que indica que el actor no estaba ejercitando el recurso de apelación de la resolución, sino su Revocatoria Directa, pues es sabido que las causales de la apelación no son las mismas de la Revocatoria Directa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3562. Actor: Ferretería Surtiniples Limitada. Apelación interlocutorios.
AUTO

Decide la Sala en recurso de apelación interpuesto por la actora contra el auto de 18 de marzo de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Ferretería Surtiniples Ltda, contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de aduana liquidado por la Administración de Aduana Nacional de Buenaventura.

ANTECEDENTES

La sociedad actora "FERRETERIA SURTINIPLES LTDA", presentó el 10 de julio de 1990 (F. 13/16) solicitud de revocatoria directa contra la Resolución No. 0496 de 31 de mayo de 1990 (F. 12/13) proferida por la Administración de Aduana de Buenvaventura, en la cual resolvió formularle cuenta adicional a la sociedad al tenor de lo dispuesto en los artículos 324 y 325 del Estatuto Aduanero, por la suma de $5.288.108.oo a favor del Fisco Nacional, la que deberá cancelar en los quince (15) días siguientes a su ejecutoria.

El apoderado de la actora en su solicitud de revocatoria directa expresó:

" Acudo a usted dentro del término legal a su despacho con el fin de interponer RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVOCATORIA DIRECTA, contra la Resolución No. 0496 y emanada de la Administración de Aduana a su cargo, por lo cual se ordena el cobro de una cuenta dicional (sic) por la suma de $5.288.108.oo correspondientes a los derechos de importación dejados de cancelar en la declaración de despacho para consumo No. 03698 de fecha marzo 28/89 recurso que impetro bajo los argumentos que expongo a continuación; en caso de no prosperar APELO bajo la misma sustentación y me reservo el derecho a aportar y solicitar nuevas pruebas ".

La Administración mediante Resolución No. 1128 del 4 de diciembre de 1990, resolvió la revocatoria directa de manera desfavorable (folios 17 y 18) confirmando la resolución No. 496 de mayo 31 de 1990, por la cual se formuló cuenta adicional por $5.288.108.oo.

El 18 de diciembre de 1990 (F. 39/59) la sociedad actora presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las anteriores resoluciones.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en auto de 12 de febrero de 1991, concedido a la actora un término de 5 días para que agregara copia autenticada de la Resolución 0496 de mayo 31/90, y en auto de 18 de marzo de 1991, resolvió inadmitir la demanda interpuesta por considerar que no se había agotado debidamente la vía gubernativa. En el auto apelado el Tribunal expresó: " La resolución No. 0496 del 31 de mayo de 1990 (F.70), expedida por la Administración de Aduana Nacional de Buenaventura, fue notificada por edicto el 11 de junio de 1990, el cual fue desfijado el 27 de junio del mismo año, el actor contaba con 10 días hábiles a partir del día siguiente a la notificación, para interponer los recursos de reposición, apelación o revisión, de conformidad con lo estipulado en los artículos 316, 317 y 325 y siguientes del Decreto 2666 de 1984".

" Dejó vencer el demandante el término sin hacer uso de los recursos de ley, procediendo después a solicitar revocatoria directa de la Resolución No. 0496, siendo que por este medio no se reviven los términos legales para el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas, ni da lugar a la aplicación del silencio

administrativo, conforme a lo establecido en el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo ".

EL RECURSO DE APELACION

El apelante a folios 78 a 80 expone:

" 2) La Constitución Nacional, en su artículo 45, regula el derecho de petición, o mejor, lo entroniza como tal, y fue en base a él, que elevé una respetuosa solicitud, dirigida a la Doctora MARIA AYDE ROMAN ESCOBAR, en su caracter de Administradora de la Aduana de Buenaventura, recibida en su Despacho el 10 de julio de 1990, radicado bajo No. 3912, es decir dos días antes de vencerse el término que la Ley me otorga, para interponer los recursos que estimara convenientes, por ello opté a interponer el recurso de Revocatoria Directa contra dicha Resolución; y de serme negada dicha revocatoria, en subsidio, interpuse en ese mismo escrito el Recurso de *Apelación,* esto puede comprobarse plenamente dentro del proceso ".

" 3) Este memorial o recurso, ameritó entonces la resolución No. 1128 de Diciembre 4 de 1990. en la cual no sólo se me negaba la Revocatoria Directa sino que arbitrariamente dispuso que contra esa PROVIDENCIA NO PROCEDIA NINGUN RECURSO, Y DECLARO AGOTADA LA VIA GUBERNATIVA ".

" 4) El artículo 50 del C.C.A., nos muestra, como hay dos recursos especiales para agotar la vía Gubernativa, y que son el de REPOSICION, y el APELACION, amén del de QUEJA que aunque potestativo es uno más ".

" 5) No resulto óbice, que para poderse interponer el recurso de Apelación, tenga que agotarse el Recurso de Reposición, no el actor, es libre de escoger el Recurso que desee interponer, y como fue nuestro caso, no se hizo uso del recurso de Reposición, pero si interpuse el recurso de APELACION, y en tiempo oportuno, es decir dos días antes del vencimiento para recurrir, como bien se aprecia en el expediente. Pero lo más raro es que la Aduana de Buenaventura nada dijo ese respecto al resolver la apelación al dictar la resolución 1128 Dbre 4- de 1990, providencia esta que guardo silencio al respecto, más con todo, quedó allí la vía gubernativa ".

" 6) Agotada así la vía gubernativa, comenzaron a correr los términos de caducidad de la Acción, y que al tenor del Artículo 136 del C.C.A., que resultan ser de 4 meses, porque abremos de entender que la Apelación interpuesta fue allí resuelta, al no permitirse ningún recurso, y declararse Agotada la vía Gubernativa. Incluso podíamos pensar en el silencio Administrativo que trata el Artículo 40 del C.C.A., modificado por el decreto 2304 de 1989, que redujo el término a dos meses para hacer uso de la acción Contencioso Administrativa. Puesto que hasta hoy, nada se ha dicho sobre esa apelación que quedó para siempre en el limbo jurídico ".

" 7) Si bien es cierto, que se pudo incurrir en el pequeño error, al interponer el Recurso de Revocatoria directa de la Resolución 0496 Mayo 31 de 1990, puesto que a ello se opone el Artículo 70 del C.C.A., también es cierto que en ese mismo escrito de fecha 9 de julio de 1990, recibido por la Aduana de Buenaventura el día 10 de julio de 1990, esto es con (2) dos días de anticipación a la fecha del vencimiento y oportunidad que tenía para hacer uso de los recursos que por ley tengo derecho, se observa claramente como allí sí interpuso el Recurso de APELACION, el cual si es procesalmente legal, pero del cual nada dijo la Resolución 1128 de Diciembre 4 de 1990 ".

" 8) Se preguntará Honorable Magistrado, el porqué se interpuso el Recurso de Revocatoria Directa, y no el de Reposición, pues como está probado en el proceso, la FERRETERIA SURTINIPLES LTDA, no le adeudaba, ni le adeuda un solo centavo al fisco Nacional y para hacer uso del Recurso de Reposición tenía mi mandante que consignar para los diez (10) Recursos que están tramitando y los que se tramitaron, una suma de dinero superior a los CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE ($50.000.oo) (sic) o su equivalente en poliza, y es bien sabido por su Despacho, que ninguna compañía Aseguradora expide estas pólizas, y mi mandante es persona de escasos recursos económicos y además, creo que no es misión del Estado, dejar en la completa ruina a uno de sus ciudadanos, obligándolo ó quedar en la ruina para poder sonsignar (sic) esta exorbitante suma de dinero, a sabiendas de que al Fisco Nacional no le adeuda ni un solo peso, por derechos de Importación de mercancías ni por ningún otro concepto ".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala es evidente que el actor no agotó debidamente la vía gubernativa, pues, si bien es cierto que en memorial de 9 de julio de 1990, visible a folios 13 al 16 el actor hace referencia al recurso de apelación, no lo es menos que éste se presentó como subsidiario de la Revocatoria Directa, lo que no es posible, ya que este se puede interponer como subsidiario del recurso de reposición; pero nunca como recurso subsidiario de la Revocatoria Directa. El escrito de Revocatoria Directa presenta como causal el numeral 2o. del artículo 69 del Decreto 2304 de 1989, lo que indica que el actor no estaba ejercitando el recurso de apelación de la resolución, sino su Revocatoria Directa, pues es sabido que las causales de la apelación no son las mismas de la Revocatoria Directa. Estas están taxativamente determinadas en el artículo 69, numerales 1, 2, y 3, luego no puede decir el actor que no quería interponer la revocatoria directa sino un recurso de apelación.

La Sala estima que toda persona debe presentar los escritos de sus recursos de manera que no ofrezcan confusión para luego alegar violación de su derecho de defensa. Si bien la Ley protege a los administrados de las posibles irregularidades y abusos de poder por parte de la Administración, los Administrados deberán ejercitar sus acciones como lo establece la Ley. Luego si el actor claramente expresó que interponía el recurso de Revocatoria Directa no puede ahora alegar que interpuso el de apelación.

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

RESUELVE :

Confírmase el auto apelado.

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

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO-Improcedencia/ **RECURSO DE APELACION-**Presentación/ **RECURSO DE APELACION-**Sustentación/ **IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

La presentación de un recurso, hace referencia a un acto primero, totalmente independiente; la sustentación por el contrario, presupone una actuación anterior, que se va a ampliar o complementar, careciendo de independencia con respecto al acto sustentado, al cual necesariamente ha de referirse. En el *sub-lite* no se configuró el silencio administrativo en favor del contribuyente, pues la aplicación del plazo consagrado en el artículo 64 del Acuerdo 21/83, sólo opera para recursos presentados a partir de su vigencia, y la presentación se hizo antes, aun cuando su sustentación se hubiera efectuado varios años después.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Agosto nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3227. Actor: Hoechst Colombiana S.A. Apelación sentencia de 29 de junio de 1990 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de nulidad con restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron el impuesto de industria y comercio, por el año gravable de 1979, vigencia de 1980.

El apoderado judicial de la sociedad HOECHST COLOMBIANA S.A., apela de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio de restablecimiento del derecho promovido contra los actos administrativos por medio de los cuales se establecieron los impuestos de industria y comercio a su cargo, por el año gravable de 1979, vigencia de 1980, así: Resoluciones Nos. 0110 y 1566 de 13 de marzo de 1981 y 16 de diciembre de 1986, respectivamente,

proferidas por la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá y la Resolución No. 464 de 27 de noviembre de 1987, de la Junta Distrital de Hacienda de la misma ciudad.

Sobre el recurso, cumplido el trámite de instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

En la adición, que con la oportunidad legal, efectuó la demandante a su declaración de industria y comercio del año gravable de 1979, solicitó como exento, la totalidad del ingreso obtenido en dicho año, teniendo en cuenta su actividad de fabricación y venta de productos farmacéuticos y la suspensión provisional de la frase contenida en el artículo 1o. del decreto 950 de 1975, que gravó "la fabricación de productos farmacéuticos". En dicha adición, la liquidación privada arrojó como resultado, un saldo a favor.

Previo el informe de la visita efectuada por los funcionarios de Impuestos Distritales, la Administración desconoció el carácter de exento del ingreso declarado como tal, porque si bien cuando se efectuó la adición, estaba suspendida provisionalmente la frase " fabricación de productos farmacéuticos (...) ello no significa que las actividades exclusivamente comerciales que desarrolla ' Hoechst Colombiana S.A.' en Bogotá, no pueden ser gravadas con Impuesto de Industria y Comercio ya que la providencia aludida se refiere unicamente a la fabricación de productos farmacéuticos ...". Esta interpretación sirvió de base para la aplicación de sanción por inexactitud.

Interpuestos los recursos gubernativos -reposición y subsidiario de apelación- la sociedad expresó que su actividad predominante, es la elaboración y venta de productos farmacéuticos, la cual, cuando se presentó la adición y en virtud de la suspensión provisional, era exenta, lo cual impide, que por una interpretación contraria, se aplique la sanción por inexactitud.

Sin embargo, la actuación administrativa fué confirmada, en las Resoluciones que conocieron de los anteriores recursos.

LA DEMANDA

Como aspecto principal, plantea la sociedad actora, por conducto de su apoderado, la ocurrencia del silencio administrativo positivo, originado en la mora de la administración al resolver los recursos de reposición y apelación, interpuestos por ella en la vía gubernativa.

Durante el trámite de los anteriores recursos, entró en vigencia el Acuerdo 21 de 1983, que reglamentó integramente el impuesto de Industria, Comercio y Avisos en el Distrito Especial de Bogotá y sus normas de procedimiento son de aplicación inmediata. En el artículo 64 del nuevo Acuerdo Distrital, se estableció que el plazo de que dispone la Junta Distrital de Hacienda para resolver el recurso de apelación,

es de seis meses después de su sustentación y como el interpuesto subsidiariamente por la demandante, fue sustentado con posterioridad a la vigencia del Acuerdo 21, la autoridad distrital ha debido pronunciarse dentro del plazo allí fijado. Pero la Resolución gubernativa que conoció del recurso de apelación, fue proferida y notificada por fuera del plazo concedido por la Administración, lo cual configura el silencio administrativo positivo. Debe entonces, previa la anulación de los actos, declarar en firme la liquidación presentada con la declaración de Industria, Comercio y Avisos presentada y ordenar, como restablecimiento del derecho, la devolución de los Valores de impuestos, sanciones de inexactitud y mora, pagados en exceso.

Plantea subsidiariamente una primera petición: la improcedencia de la sanción por inexactitud. De acuerdo con el artículo 31 del decreto 1901 de 1977, ésta solo procedía cuando las bases gravables declaradas no correspondían a los valores reales de las transacciones, originando con ello un menor impuesto; pero la solicitud de una exención, con base en la suspensión provisional del aparte del artículo 1o., del decreto 950 de 1975, que gravó " la fabricación de productos farmacéuticos ", así posteriormente no hubiere sido confirmada en la decisión definitiva del H. Consejo de Estado, no puede llegar a considerarse como una inexactitud sometida a sanción.

La segunda petición subsidiraria, hace relación a la rebaja en el porcentaje en que se aplicó la anterior sanción. Si bien ésta fue fijada en la resolución que determinó administrativamente el impuesto, en un porcentaje del 500% del mayor valor, por disposición, en ese momento procesal, del artículo 31 del decreto 1901 de 1977, al entrar en vigencia el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983 que fijó la sanción en un 200%, a dicho porcentaje, han debido tenerla en cuenta las Resoluciones que conocieron de recursos, en aplicación de la garantía constitucional de la favorabilidad de la ley aplicable en materia de penas (económicas). Los actos administrativos acusados deben ser anulados, para en su lugar aplicar las normas favorables posteriores.

EL FALLO RECURRIDO

Sobre la excepción de inepta demanda, propuesta por la señora apoderada de la entidad demandada, con base en que al libelo inicial no se acompañó copia de las normas de índole local señaladas como violadas, afirmó el Tribunal que dicho requisito fue oportunamente subsanado por la actora, en atención al auto de 18 de abril de 1988, que ordenó no dar curso a la demanda por ausencia de éste requisito procesal y por ello, no puede prosperar la excepción solicitada.

En los aspectos de fondo, remitiéndose en un todo al concepto fiscal, el *a-quo* llegó a las siguientes conclusiones:

1. Que las normas sobre silencio administrativo positivo no eran aplicables en el presente caso, por haberse interpuesto el recurso de apelación antes de la vigencia del acuerdo 21 de 1983.

2. Que estando incólume el gravamen a la actividad comercial de venta de productos farmacéuticos, se configuró una omisión sancionable, ante ventas que no fueron declaradas pero sí detectadas por la administración.

3. Que la aplicación de la ley más favorable, opera para la ley de carácter penal, pero no para las sanciones de naturaleza eminentemente administrativa.

Negó así la totalidad de las súplicas de la demanda.

LA APELACION

Critica el recurrente la conclusión a que llegó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con relación a la solicitud de declarar el silencio administrativo positivo. La sentencia está, en su opinión, falsamente motivada cuando se refiere a la Resolución contra la cual procedió el recurso de apelación. El silencio se presentó porque el recurso subsidiario de apelación se sustentó el 13 de febrero de 1986, cuando ya se encontraba en plena vigencia el Acuerdo 21 de 1983, que en su artículo 64 concedió un plazo de seis meses a la Administración para resolver la apelación, el cual se venció sin pronunciamiento alguno de la Administración.

A pesar de la seguridad del derecho que le asiste con relación al punto anterior, reitera los argumentos expuestos con respecto a la primera petición subsidiaria, sobre la improcedencia de la sanción por inexactitud. Las diferencias entre la liquidación privada y la oficial no obedeció a que las bases gravables declaradas no fueran reales, sino a diferencias de interpretación de las normas legales vigentes sobre el carácter de exento o no del ingreso originado en la actividad desarrollada, por cuanto en el momento que se solicitó como exento en la adición de la declaración de Industria, Comercio y Avisos, se encontraba suspendida provisionalmente la norma que la sometía a gravamen. Estas diferencias, que surgieron en el presente caso por una incertidumbre jurídica, no pueden servir, ahora ni en el futuro, como fundamento de una sanción por inexactitud.

Con los argumentos anteriores, se exime de insistir en la segunda petición subsidiaria de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Tercero de la Corporación, comparte la interpretación que sobre el silencio administrativo, con efectos positivos, plantea la sociedad demandante. Sostiene que contra la Resolución No. 0110 de 13 de marzo de 1981, se interpuso el recurso principal de reposición, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 1566 de 16 de diciembre de 1986 y como la apelación fue concedida contra ésta última resolución y sustentado el recurso respectivo el 13 de febrero de 1987, es evidente que entre la sustentación de éste y la notificación de la Resolución No. 464 de 27 de noviembre de 1987, transcurrió un término muy superior al concedido en el artículo 64 del acuerdo 21 de 1983. Operó así el fenómeno del silencio administrativo y solicita al Consejo de Estado que así lo decrete, previa la revocación de la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Silencio Administrativo Positivo:

Habrá de analizarse en primer término, la petición principal de la demanda, sobre la configuración, en el presente caso, del silencio administrativo positivo.

El marco normativo invocado para el efecto, se encuentra en el artículo 64 del Acuerdo 21 de 1983, que dispuso, que para el recurso de apelación interpuesto contra actos relacionados con el Impuesto de Industria, Comercio y Avisos, el fenómeno se configura, cuando la Junta Distrital de Hacienda no se pronuncia dentro de los seis meses siguientes a su sustentación. Aclaró sí, que esta disposición sólo era aplicable a aquellos recursos presentados a partir de la vigencia del Acuerdo.

En el presente caso, sabido es que contra la Resolución No. 0110 de 13 de marzo de 1981, por medio de la cual el Jefe de Industria y Comercio de Bogotá, liquidó oficialmente el impuesto a cargo de la actora por el año gravable de 1979, vigencia de 1980, ésta presentó, el 10 de abril de 1981, un memorial por medio del cual el Representante Legal manifestó: "... con todo respeto interpongo recurso de *Reposición y en Subsidio, de Apelación* contra la Resolución ..." (Subrayas del texto). Y en la referencia del mismo documento se menciona igualmente, el recurso de reposición y el subsidiario de apelación.

Se hace necesario aclarar entonces, en busca de una interpretación real de la voluntad del legislador, a que momento procesal se refiere éste, cuando exige un pronunciamiento de la Junta Distrital de Hacienda, a más tardar a los seis meses de la *sustentación* del recurso de apelación y a cual, cuando en su parágrafo limita la aplicación de la norma, a los recursos *presentados* a partir de la vigencia del Acuerdo 21.

Para la Sala estos dos términos difieren fundamentalmente. Los recursos en general, se entienden *presentados* en la fecha en que el memorial se radica ante la autoridad o despacho pertinente. Y el concepto de *sustentación* está concebido para la apelación subsidiaria, como la oportunidad del recurrente, ante una decisión adversa de la administración en una primera instancia, de ejercer su derecho de defensa contra los argumentos y pruebas esgrimidas por la Administración en su decisión y que obviamente, no podían ser de su conocimiento al momento de la apelación subsidiaria. La presentación de un recurso, hace referencia a un acto primero, totalmente independiente. La " sustentación " por el contrario, presupone una actuación anterior, que se va a ampliar o complementar, careciendo de independencia con respecto al acto sustentado, al cual necesariamente ha de referirse.

En el caso concreto del procedimiento especial contemplado en las normas del Acuerdo 21 de 1983, cuando reguló el Impuesto de Industria y Comercio en el Distrito Especial de Bogotá, el recurso de apelación tiene dos posibilidades

procesales: se puede interponer de manera subsidiaria al de reposición o directamente, en los dos eventos en el plazo de un mes y siempre contra la liquidación oficial. Este hecho implica que el recurso de apelación se *interpone* dentro del mismo plazo del de reposición, bien sea como subsidiario de éste, para el evento de un resultado adverso, o se interpone de manera directa, si el deseo del particular es acudir, sin el pago de la reposición, ante la Junta Distrital y someterse a ésta única decisión en la vía gubernativa. Este plazo de un mes para interponer la apelación, en cualquiera de sus dos formas, directa o subsidiaria, llevó a la aclaración del artículo 64 del Acuerdo 21 de 1983, sobre el plazo de la Administración Distrital para proferir su decisión, dentro de los seis meses siguientes a la *sustentación,* pues la oportunidad para la *presentación,* se confunde con el de reposición.

Es así como, no puede afirmarse que en el presente caso se configuró el silencio administrativo en favor de la sociedad contribuyente, pues la aplicación del plazo consagrado en artículo 64, por disposición expresa de su parágrafo, solo opera para recursos presentados a partir de la vigencia del Acuerdo 21 de 1983 y como según las precisiones anteriormente efectuadas, la actora presentó su apelación el 10 de abril de 1981, antes de la vigencia del Acuerdo, aunque su sustentación se hubiera efectuado varios años después, ya en vigencia de aquél, no se dio la circunstancia temporal que pudiera dar lugar a invocar las consecuencias jurídicas del incumplimiento por parte de la administración, del nuevo plazo.

Sanción por Inexactitud

Se encuentra establecido que la sociedad " HOECHST COLOMBIANA S.A."presentó su declaración de Industria, Comercio y Avisos correspondiente al año gravable de 1979, el día 9 de abril de 1980, informando como actividad -Fabricación y venta de productos farmacéuticos, sanitarios, químicos, colorantes- y liquidando el impuesto respectivo, sobre el volumen que, dentro del total de ventas hechas a nivel nacional, se efectuaron en el Distrito Especial de Bogotá. El 28 de mayo del mismo año, adicionó la anterior declaración, para solicitar como exentas las ventas realizadas en Bogotá, en razón de la suspensión provisional, vigente en ese momento, del artículo 1o. del decreto 950 de 1975, que sometía a gravamen en el código 113 a la " fabricación de productos farmacéuticos".

Pero la Administración en su actuación consideró, que si bien era cierta la suspensión provisional alegada por la actora, no le era aplicable, por cuanto la actividad desarrollada en Bogotá era la " comercialización" de los productos y lo suspendido en el momento de la presentación de la declaración y su adición, tenía relación era con la " fabricación" de los mismos. Este fue el fundamento para aplicar la sanción por inexactitud.

Sin que deba entrar a debatirse la clase de actividad desarrollada por la sociedad, cuando vende en el Distrito Especial de Bogotá los productos que ha fabricado en otros municipios, por no ser este punto materia de debate, para la Sala sí es evidente que los hechos jurídicos que la llevaron a solicitar dichas ventas como exentas y el fundamento de la Administración Distrital para negarles dicho

carácter, es eminentemente interpretativo, sin que llegue a configurarse el hecho objetivo y concreto que señala el artículo 31 del decreto 1901 de 1977 como sujeto a sanción, cual es la inclusión en la declaración de valores que no corresponden a las reales transacciones del contribuyente y den lugar a un menor impuesto. La sociedad declaró sus transacciones reales, considerando que, por tratarse de productos fabricados en otros municipios y vendidos en Bogotá, tenía derecho a solicitar la exención vigente al momento de presentar su declaración, gracias a la suspensión provisional de la norma que gravaba sus productos.

Ya en otras oportunidades se ha sostenido que las sanciones son de derecho estricto y que para su configuración se requiere la correspondencia exacta con el hecho imputado, sin que pueda considerarse como una declaración inexacta, aquella en la que se ha solicitado una exención y es negada por la Administración con base en su propia interpretación, muy discutible por cierto, sobre la actividad desarrollada por la contribuyente, pero sin una prueba real y concreta del hecho que pretendió sancionar.

Procede en consecuencia la anulación de la actuación administrativa que impuso la sanción, manteniéndose los demás factores de la liquidación oficial, entre ellos la base gravable y el monto del impuesto los cuales no fueron controvertidos en la demanda inicial.

LIQUIDACION - IMPUESTO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y AVISOS 1979

Ingreso promedio mensual	$37.453.430
Impuesto mensual	$ 78.652
Impuesto anual	$ 943.826
TOTAL A CARGO	$ 943.826

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

F A L L A :

Revócase la sentencia apelada.

Anúlase el acto administrativo de liquidación oficial de Impuesto de Industria, Comercio y Avisos que por el año gravable de 1979, vigencia de 1980 practicó el Distrito Especial de Bogotá, a la sociedad HOECHST COLOMBIANA S.A. contenida en la Resolución No. 0110 de 13 de marzo de 1981, así como las Resoluciones Nos. 1566 de 16 de diciembre de 1986 y 464 de 27 de noviembre de 1987, de la Dirección de Impuestos Distritales y de la Junta Distrital de Hacienda, respectivamente.

Fijar en la suma de NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS ($943.826) el impuesto de Industria, Comercio y Avisos a cargo de la sociedad HOECHST COLOMBIANA S.A., por el año gravable de 1979, de acuerdo con la liquidación practicada en ésta providencia.

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.

INTERES MORATORIO/ INTERES CORRIENTE/ TASA/ DIN/ COMPETENCIA

En materia impositiva los intereses están fijados en la ley no con carácter indemnizatorio sino que son de naturaleza sancionatoria. El pago extemporáneo de los impuestos que administra la Dirección de Impuestos Nacionales, causa intereses moratorios. Siendo la ley tributaria la que imperativamente fija la tasa y el período que comprende, no resulta pertinente que la Sala reitere las normas legales sobre intereses, pues a ellas habrá de ajustarse el pago que la sentencia determine. El que se solucionará a la tasa que rija en el momento del pago, sea voluntario o coactivo, siendo competente para su liquidación la DIN a quien corresponde su recaudo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2019. Actor: Cédulas Colón de Capitalización Colseguros S.A. Nit 60.009.186. Solicitud de aclaración y corrección de la sentencia proferida el 31 de Mayo de 1991.
AUTO

En escrito presentado el 25 de Junio de 1991, el apoderado judicial de la actora solicita aclaración y corrección aritmética de la sentencia proferida por esta Sala el 31 de Mayo de 1991 al resolver la apelación interpuesta contra la providencia de primer grado en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad *CEDULAS COLON DE CAPITALIZACION "COLSEGUROS S.A."* NIT 60.009.186, contra el acto administrativo de determinación del impuesto de renta por el año fiscal de 1978, pues a su juicio:

a) La sentencia al revocar parcialmente la del primer grado debe decir qué numerales revoca y cuáles continúan vigentes.

b) No se sabe ni reconoce la suma de $35.441 ni cuál es el saldo a pagar y si subsiste la condena al pago de intereses.

c) Que la condena al pago de intereses en forma genérica, implica obligación para la Sala de señalar las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo, 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, porque desde la iniciación del proceso han regido diferentes tasas de interés por mora en el pago de impuestos, por lo cual es necesario aclarar si está vigente la tasa señalada en el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970.

d) Que igualmente debe aclararse si de conformidad con el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1989), los intereses se liquidan por incidente que deba promover el interesado dentro del término de 60 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, *so* pena de que se aplique el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

e) Y que deben aclararse desde cuándo corren los intereses, si es que el numeral 3o. de la sentencia del Honorable Tribunal no fue revocado, pues si la jurisdicción decide que no está vigente el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, en relación con los intereses que se causaron durante el proceso contencioso administrativo, en justicia no puede condenarse a la demandante a pagar intereses, desde la fecha del vencimiento de la última cuota de la liquidación privada hasta la fecha de pago, porque la demandante estuvo en imposibilidad de pagar durante el juicio, en virtud de una liquidación injusta.

f) Considera que debe obligarse a pagar intereses sólo a partir de la liquidación practicada por la jurisdicción, que sustituye la anterior y que no es justo que la demandada sea obligada al pago de interés ante la mora del Estado en administrar justicia, pues la sociedad debió esperar 12 años el fallo y si se le condena al pago de interés tendrá que pagar una cantidad tres veces superior a la inicialmente señalada.

g) Manifiesta que hay error aritmético en la parte motiva de la sentencia ya que la Administración ordena rechazar la cantidad de $14.223.166 por salarios, cuando la sociedad sólo solicitó $11.420.599 cantidad sobre la que hizo aportes al Sena y al Subsidio Familiar pero que no tuvo oportunidad de objetar el error en la vía gubernativa dado el sistema de comparación patrimonial, que le fue aplicado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Error Aritmético

Ordena el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil. "Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo de oficio o a solicitud de parte."

Analizada la sentencia observa la Sala, que en ella se hizo reconocimiento de los salarios comprobados por la actora en la suma de $11.420.599, con base en el certificado expedido por el SENA. Si existió error aritmético en la determinación administrativa del impuesto, tal hecho debió alegarse oportunamente y demostrar la existencia de la falta, pues en manera alguna constituye un error aritmético en que haya incurrido la sentencia ya que de un rechazo de $14.222.165 por concepto de salarios sólo se aprueba $11.420.599, valor que fue aceptado en la sentencia; por lo tanto, no procede la corrección pedida.

2. *Aclaración de la sentencia*

Observa la Sala que a través de la solicitud de aclaración pedida pretende el apoderado judicial de la actora que esta Corporación determine aspectos que no corresponden a la sentencia sino que ya están determinados por la ley como son los relacionados con los intereses corrientes y moratorios que establecen las normas tributarias que por ser de orden público, impuestas por la mera voluntad del Estado prevalecen sobre las normas del Código Civil que regula el monto de los intereses.

Naturaleza sancionatoria del interés

En efecto, en materia impositiva los intereses están fijados en la ley no con carácter indemnizatorio sino que son de naturaleza sancionatoria y así lo establece expresamente el artículo 44 del Decreto 3803 de 1982, ubicado en el capítulo VI que trata de las sanciones y previamente a esta disposición el artículo 35 del Decreto 2821 de 1974 los calificó como sanción por mora, al señalar que:

" La sanción por mora será igual a los intereses corrientes, se acumulará a éstos y se causará desde el último día del cuarto mes siguientes a la modificación de las liquidaciones de revisión y de aforo..."

Período del interés

A su vez el artículo 44 del Decreto 3803 de 1982, derogando la disposición anterior establece que el pago extemporáneo de los impuestos que administra la Dirección de Impuestos Nacionales, causa intereses moratorios, determinando como período a partir del cual se causa la mora en el caso de mayores valores determinados en las liquidaciones oficiales " a partir del vencimiento del término fijado por el Gobierno para pagar la última cuota de la liquidación privada, en el caso del impuesto sobre la renta."

Tasa de interés

A su turno el artículo 96 de la Ley 09 de 1983 dispuso:

" El artículo 45 del Decreto 3803 de 1982 quedará así:

" Para efectos tributarios, la tasa de interés moratorio será equivalente a la tasa de interés de captación más representativa del mercado a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, según certificación que al respecto emita la Superintendencia Bancaria, aumentada dicha tasa en una tercera parte.

" Sobre las anteriores bases, el gobierno publicará en el mes de febrero de cada año la tasa de interés moratorio que regirá durante los doce (12) meses siguientes.

" Hasta tanto el gobierno publique la tasa a que se refiere este artículo, el interés será del cuarenta y dos por ciento (42%) anual.

" El interés de mora se liquidará diariamente".

En cuanto a la tasa aplicable es claro el artículo 34 del Decreto 2503 de 1987 cuando dice:

" Intereses.

Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada mes o fracción de mes calendario de retardo en el pago.

" Para tal efecto, la totalidad de los intereses de mora se liquidarán con base en la tasa de interés vigente en el momento del respectivo pago, calculada de conformidad con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 09 de 1983. Esta tasa se aplicará por cada mes, o fracción de mes calendario de retardo.

" Los mayores valores de impuestos, anticipos o retenciones, determinados por la Administración de Impuestos en las liquidaciones oficiales, causarán intereses de mora a partir del vencimiento del término en que debieron haberse cancelado por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, de acuerdo con los plazos del respectivo año o período gravable al que se refiera la liquidación oficial."

Así las cosas, siendo la ley tributaria la que imperativamente fija como tasa la vigente al momento del pago y como período: " desde el vencimiento del término en que debió haberse cancelado por el contribuyente los valores dentro de los plazos que para el respectivo año o período gravable al que se refiere la liquidación oficial, fije el Gobierno", no resulta pertinente que la Sala reitere las normas legales, sobre intereses pues a ellas habrá de ajustarse el pago que la sentencia determine. El que se solucionará a la tasa que rija en el momento del pago, sea voluntario o coactivo. Siendo competente para su liquidación la Dirección de Impuestos Nacionales a quien corresponde su recaudo.

Así mismo, determinados por la ley la tasa de interés moratorio y el período, y fijada la suma a cargo por esta Jurisdicción no se requiere de trámite de incidente, pues su cuantificación sólo es determinable al momento del pago conforme con la ley.

Tampoco puede creerse, como lo pretende la actora, que la Nación a través del Director de Impuestos Nacionales deba promover incidente para el reconocimiento de los intereses porque de antemano, como sancionatorios, los han establecido las normas impositivas, que como se agrega son de orden público y obligatorio cumplimiento.

Menos aún es posible, ante tajantes disposiciones de orden público, hacer consideraciones de injusticia, debido a la mora del Estado en administrar justicia, con el fin de disponer en contrario de la ley, porque de una parte el mayor valor de pago que resulta es consecuencia de la propia actividad del contribuyente en la determinación privada de sus impuestos sin que pueda alegar mayor carga pública, porque indudablemente a ella están sujetos todos los contribuyentes por igual, y de otra el valor presente del dinero a pagar, es inferior al que tenía la misma suma principal, cuando debió pagarse en el año *sub-lite*.

Así mismo la exoneración de intereses que pretende la actora, en cuanto a la reducción del término para su cálculo, no es facultad de esta Jurisdicción sino del resorte exclusivo del legislador. Con relación al reconocimiento de la cantidad de $35.441 por pagos de retención en la fuente, que la sentencia de primera instancia reconoce como pagados por la actora, y así mismo se reconocen por la Administración en la liquidación oficial y en la parte motiva de la providencia cuya aclaración se pide, constituyen un aspecto de manejo de cuenta corriente de competencia exclusiva de la Administración de Impuestos Nacionales, suma sobre la cual por demás no se ha suscitado controversia en el proceso.

Conviene, sí, ante la duda que la providencia de segunda instancia ha generado en el apoderado judicial de la actora, precisar los puntos 1o. y 2o. de la sentencia, en el sentido de indicar que se revocan los numerales 2o. y 3o. de la sentencia apelada y precisar la obligación del pago de interés por parte de la actora conforme con lo solicitado por el apoderado judicial.

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

RESUELVE

1) *NO acceder* a la corrección aritmética solicitada por no existir error numérico en la sentencia.

2) *ACLARASE* el numeral 1o. de la sentencia del 31 de Mayo de 1991, en el siguiente sentido: Revócanse los numerales 2o. y 3o. de la sentencia apelada.

3) *ACLARASE* el numeral 2o. de la sentencia así: Fíjase en la suma de CINCO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO SEIS PESOS ($5.789.106), el valor total del impuesto de renta que por el año gravable de 1978 corresponde pagar a la sociedad *CEDULAS COLON DE CAPITALIZACION S.A.* NIT 60.009.186, más los intereses moratorios a que haya lugar.

Cópiese y notifíquese.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente.

Jorge A. Torrado, Secretario.

COMPAÑIA DE SEGUROS/ OBJETO SOCIAL-Determinación/ **RENTA BRUTA**-Determinación

Ante la deficiencia probatoria para determinar el objeto social de la contribuyente y saber si efectivamente no era una compañía de seguros de vida y por lo tanto no le era aplicable el artículo 37 del Decreto 2053 de 1974, sino una compañía dedicada exclusivamente a los " Reaseguros " regidos por el artículo 38 del mismo estatuto, lo razonable es considerar como actividad principal la que indica su razón social, o sea, la de " seguros de vida " puesto que no podría usar este término públicamente sin que corresponda al objeto social pactado y autorizado por la Superintendencia. Si también está incluido el de " reaseguradora ", significaba esta actividad como adicional, pero no exclusiva.

RENTA BRUTA-Determinación/ **PRIMA CEDIDA/DEDUCCION/MEDIOS PROBATORIOS**-Prelación/ **CARGA DE LA PRUEBA/ PRUEBAS DE OFICIO**

El concepto de primas cedidas comprende también el de "costo de contratos no proporcionales" que se deben descontar como aquéllas. En materia probatoria aunque hay una remisión completa a las normas del C. de P.C. las normas que en dicha materia contenga el C.C.A. son de preferente aplicación como sucede con la autorización al juez para decretar pruebas de oficio. Ninguna obligación existe para el Juez para decretar pruebas de oficio; éstas han sido eminentemente potestativas.

SANCION TRIBUTARIA/ INFORMACION DEL CONTRIBUYENTE-Improcedencia/ **INFORMACION TRIBUTARIA**

El mecanismo que implantó el Decreto 1495 de 1978 para verificar la exactitud de la información en cinta magnética, dando oportunidad al contribuyente para corregir las inconsistencias y errores, bien podía

utilizarse para llenar los vacíos precisamente advertidos al realizar la labor de la primera confrontación. Dentro de este criterio, no se encuentra razonable sancionar con inadmisión la información suministrada de manera espontánea, dentro de la etapa de corrección de inconsistencias, máxime cuando una vez producida ésta no fue objetada por ninguna otra causa y estaba en tiempo de ser utilizada en los cruces de información, lo que indica que la información sí fue apta para los fines de investigación a la cual estaba destinada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Dieciséis (16) de Agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3090. Actor: Compañía Colombiana de Seguros de Vida S.A. "Reaseguradora". Apelación de la sentencia del 6 de Abril de 1990. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
Renta 1982
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 6 de Abril de 1990, 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 *COMPAÑIA COLOMBIANA DE SEGUROS DE VIDA S.A. "REASEGURADORA"* NIT 60009077 contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1982.

ANTECEDENTES

Mediante requerimiento #073 del 30 de Julio de 1985, la Administración de Impuestos de Bogotá, propuso a la sociedad, la modificación de la liquidación privada del impuesto presentada para la vigencia fiscal de 1982, como consecuencia del rechazo de costos y deducciones solicitados por concepto de siniestros avisados por liquidar, costos en seguros, deducciones no discriminadas, intereses pagados, gastos de publicidad, impuestos, pagos a terceros por ausencia de los requisitos exigidos por el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 y deudores comerciales. Propuso así mismo la imposición de la sanción por pasivos no identificados por concepto de reserva técnica.

El 15 de Noviembre de 1985, previa contestación del requerimiento por parte de la contribuyente, la Administración practicó la liquidación oficial de revisión, desconociendo los costos de seguros por valor de $301.214.987, los intereses por falta de retención en la fuente, costos de contratos por $18.000.000 y comisiones sobre aceptación interna y externa por $282.812.340.

Contra dicho acto administrativo la sociedad contribuyente interpuso recurso de reconsideración ante la misma Administración, el que fue fallado mediante Resolución # 509 del 20 de Octubre de 1987, con aceptación de deducciones por valor de $279.052.137 por concepto de comisión por aceptaciones interna y externa entre compañías nacionales, providencia que consultada con el superior fue aprobada mediante la Resolución # 0879 del 9 de Diciembre de 1987, con la cual se agotó la vía gubernativa.

Inconforme la contribuyente acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos 13, 14, 37 y 38 del Decreto 2053 de 1974; 42 y 46 de la Ley 52 de 1977; 3o. de la Ley 38 de 1969; 10o. del Decreto 1495 de 1978; 71 de la Ley 09 de 1983; 1o. del Decreto 331 de 1976 y 59 del Decreto 3803 de 1982.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda considerando que los fundamentos de la demanda carecían de validez porque:

1) El hecho de que en el requerimiento se haya incurrido en cierta impresición en el nombre de la contribuyente, al enviarse a COLOMBIANA DE SEGUROS DE VIDA S.A. y no a la COMPAÑIA COLOMBIANA DE SEGUROS DE VIDA S.A. " REASEGURADORA ", tal circunstancia en nada invalida dicho acto, ya que el objeto del requerimiento no es otro que el dar a conocer adecuadamente al interesado las modificaciones que se efectuarán en su liquidación privada, fin que se cumplió a cabalidad, ya que el requerimiento fue enviado a la dirección anotada por la empresa en su declaración tributaria.

2) Que no prosperaba el cargo de violación de los artículos 42 y 46 de la Ley 52 de 1977, porque la liquidación oficial en nada modificó los hechos tratados en el requerimiento, pues los rechazos se contrajeron a los tratados en el acto inicial, si bien disminuyendo la cuantía de los mismos y haciendo las rectificaciones jurídicas pertinentes, para lo cual se tuvieron en cuenta las explicaciones dadas en la respuesta al requerimiento.

3) Con relación al rechazo de la partida de $18.003.451, por concepto de "costos de contratos no proporcionales", estima que se trata de un aspecto técnico, que ha debido probar la actora mediante prueba pericial y que por lo tanto no se dio la transgresión del artículo 38 del Decreto ley 2053 de 1974, invocada en la demanda.

4) El rechazo de $3.760.403, por concepto de "pagos por descuentos y comisiones", lo considera procedente porque la contribuyente no acreditó la retención en la fuente, conforme estaba obligada, ya que de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 2053 de 1974, la renta pagada es de origen nacional por ser la actora, sociedad nacional, con domicilio nacional, que realiza su actividad en el país y por

lo tanto las sumas pagadas por la contribuyente, incluidas las canceladas a entidades extranjeras tienen necesariamente el carácter de fuente nacional.

5) Sobre la no aceptación de los intereses, estima procedente su rechazo, ya que para el año de 1982, las compañías de seguros no eran entidades de crédito, y en tales circunstancias se debió hacer la retención en la fuente exigida por la Administración.

6) Que con el rechazo de deducciones por $25.351.089, tampoco se violaron las normas aducidas en la demanda, porque la omisión de los requisitos legales de identificación de los beneficiarios de pagos en la declaración de renta, obligaron posteriormente al contribuyente a aportar plena prueba de su existencia, de acuerdo con el texto claro del artículo 59 del Decreto 3803 de 1982.

7) Que el cargo de violación de la norma superior por rechazo de $249.319 y $8.950.446 por concepto de intereses, no prospera, porque la situación es idéntica a la que se presenta en el cargo anterior, total omisión de los requisitos de identificación de los beneficiarios, exigida por la ley.

8) Que tampoco prospera el cargo de violación de los artículos 42 y 46 de la Ley 52 de 1977, sobre la correspondencia que debe existir entre el requerimiento especial y la liquidación de revisión ni el principio de la lealtad procesal, porque el hecho que contemplan ambos, permanece inmutado, que la circunstancia de que en el memorando de la liquidación de revisión se hubieran dado nuevas razones de tipo jurídico era algo inevitable, dados los vacíos y omisiones de la declaración de renta, y que tales argumentos sólo complementan los expuestos en el requerimiento frente a la respuesta del contribuyente.

9) Por último considera, con relación a la sanción impuesta, improcedente la aplicación del artículo 10 del Decreto 1495 de 1978 solicitada por la actora, así como del artículo 45 de la Ley 153 de 1887, normas que se refieren a delitos y no a las contravenciones de tipo administrativo.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar cuestiona la sentencia del *a-quo* en cada una de sus consideraciones, y afirma:

1) Que el Tribunal al no admitir la falta de requerimiento por haber sido enviado a una persona distinta del contribuyente omitió dar aplicación al artículo 306 del Código de Comercio y le restó importancia a este aspecto.

2) Que tampoco atendió lo relacionado con la falta de la correspondencia ante el requerimiento y la liquidación, porque en el memorando de la liquidación de revisión se citó adicionalmente el artículo 38 del Decreto ley 2053 de 1974.

3) En cuanto a la explicación dada por el Tribunal, para no atender la aceptación del gasto por $18.003.451 al estimar que la petición involucraba un aspecto técnico, que debió probar la actora, dice que ignora el criterio del Tribunal para diferenciar lo jurídico de lo técnico, y lo critica en forma enérgica, por tratarse de materias que aunque difíciles forman parte de los estudios universitarios y en últimas, que si la cuestión planteada era tan difícil que requería prueba pericial, ha debido dar aplicación al inciso 3o. del artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con lo señalado por el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, y pedir la prueba de oficio que es obligatoria en tales eventos.

4) Insiste en el derecho al reconocimiento de la suma de $3.760.403, por comisiones pagadas a sociedades extranjeras, por no ser rentas de fuente nacional, y porque estas entidades sólo se gravan sobre la renta nacional según lo establecen los artículos 13 y 14 del Decreto 2053 de 1974 y que como se explicó en la demanda, las comisiones sobre aceptaciones interior y exterior se pagan a las compañías cedentes en razón de los gastos que éstas hacen en la consecución del negocio jurídico. Que estas compañías están domiciliadas en el exterior, allí desempeñan su labor y allí asumen el riesgo y que por lo demás la exigencia de retención surgió de la liquidación de revisión y no del requerimiento especial.

5) Con relación al rechazo de intereses pagados por valor de $398.996, dice que ésta partida pagada a SKANDIA Seguros de Vida, forma parte de la cantidad de $656.486.157 por concepto de costos de seguros que inicialmente proponía rechazar el requerimiento especial, que se trata de una sola partida que está relacionada en el anexo 32 de la declaración de renta y que fué cuestionada por falta de retención cuando la sociedad no estaba obligada ya que por Resolución 4216 de la Superintendencia Bancaria, las compañías de seguros fueron incluidas en la relación que hizo dicha entidad como establecimiento de crédito bajo su control y por tanto no sujetas a retención por los intereses que reciben.

6) Increpa la no aceptación por el Tribunal de la suma de $25.117.062, porque la discriminación de la partida con la identificación debida, se efectuó mediante información en cinta magnética presentada oportunamente, aun cuando se corrigieran sus inconsistencias en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 10 del Decreto 1495 de 1978 adquiriendo el valor probatorio que ampara a las adiciones de las declaraciones tributarias.

7) En cuanto a la no aceptación de las sumas de $249.139 y $8.590.446, que figuran como " varios ", dice que corresponde a intereses que se presentaron en globos porque no existia obligación de discriminar, pero que sin embargo en la información tributaria del 12 de Marzo de 1984 se discriminaron las partidas rechazadas, por lo cual ya no figura en la cinta magnética el registro " varios "; califica de inexacta la afirmación del Tribunal en el sentido de que la contribuyente dejó de relacionar adecuadamente las partidas correspondientes, y que por lo tanto se requería de la plena prueba, porque la ley presume verdaderas las afirmaciones de la declaración de renta, la adición a las mismas y las respuestas al requerimiento.

8) Que la partida de $76.403.571, no se relacionó, porque no corresponde a pagos a personas que pueden identificarse con nombre y nit, sino a ajustes que la Superintendencia Bancaria ordenó hacer con cargo a pérdidas y ganancias.

Considera equivocado el criterio del Tribunal sobre la no aplicación del artículo 10o. del Decreto 1495 de 1978, sin expresar los fundamentos de su decisión. Estima que la sociedad goza de dicha facultad por presentar la información en medios magnéticos.

9) Sobre la no aplicación del artículo 45 de la Ley 153 de 1887, cita sentencias del Consejo de Estado y reitera su beneficio legal.

OPOSICION A LA APELACION

Después de un recuento de los hechos del proceso, la apoderada de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la apelante, estimando infundidas las acusaciones contra el acto administrativo como contra la sentencia del Tribunal, dice que comparte en todo dicha providencia, y reitera los motivos legales del acto administrativo.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse porque:

1) El artículo 46 de la Ley 52 de 1977, establece correspondencia entre la liquidación de revisión, la declaración del contribuyente y los hechos contemplados en el requerimiento, pero nada dice con relación al acto administrativo que resuelve un recurso, y por lo tanto es inaceptable el cargo de violación por parte de la Resolución, del artículo 46 de la Ley 52 de 1977.

Que el rechazo de los costos de contratos no proporcionales internos y externos, obedeció al hecho de que, según la Administración no están dentro de los conceptos que el artículo 38 del Decreto 2053 de 1974, taxativamente contempla y autoriza, y que de las simples afirmaciones de la actora no se deduce la violación alegada y que por lo tanto la afirmación debió ser demostrada, ya que ésta no basta por sí sola para concluir categoricamente que los actos acusados violaron la norma citada.

Que el valor de $3.760.403 por concepto de comisiones tampoco puede reconocerse, porque el hecho de que las sociedades a las que se pagaron las comisiones, ejerzan su actividad en el exterior, no demuestra que la negociación celebrada entre estas y la contribuyente, de la que surgió la obligación de ésta de pagar las discutidas comisiones, no se haya realizado en Colombia y que no demostradas las afirmaciones de la demanda es circunstancia suficiente para que se rechace el cargo.

Que el rechazo del valor de $398.996, que por concepto de intereses pagados a SKANDIA Seguros de Vida, efectuó la Administración debe mantenerse proque

el artículo 31 de la Ley 20 de 1979 se refiere a los establecimientos de crédito sometidos al control y vigencia de la Superintendencia Bancaria, y la simple afirmación del apoderado no permite concluir que la beneficiaria tenga el carácter de entidad de crédito. Además, que el razonamiento del libelo es incompleto y que la aseveración hecha en el recurso de apelación de que las compañías de seguros fueron calificadas como establecimientos de crédito por la Resolución 4216 de 1979, no fue sometida en la demanda a la consideración del *a-quo*.

Que legalmente el rechazo de $25.117.062, debe mantenerse con base en lo dispuesto en el Decreto 3803 de 1982, artículo 59 ya que la contribuyente no presentó oportunamente la información exigida y sólo lo hizo en corrección extemporánea a la cinta magnética, por lo que debería demostrar plenamente los hechos que dieron origen a las mismas y que igual cosa sucede con el rechazo de los intereses por valor de $249.319 y $8.590.446.

Con relación al cargo por desconocimiento de $76.403.571 correspondiente a ajustes ordenados por la Superintendencia Bancaria al cierre del ejercicio, acusado por no existir correspondencia entre el requerimiento y la liquidación de revisión, no prospera porque el acto administrativo si se contrae a los hechos que contempla el requerimiento, sólo que la liquidación de revisión explica porqué no lo reconoce analizando y debatiendo la respuesta y argumentos dados por el contribuyente al contestar dicho requerimiento.

Dice por último, que debe mantenerse la sanción impuesta porque es acertada la posición del Tribunal sobre la no aplicación del artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que se refiere al indulto o rehabilitación de delitos pero no tiene relación con las sanciones pecuniarias o multas administrativas que no tienen el carácter de delito.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cargo 1o. Indebida citación del nombre del contribuyente violación del artículo 306 del Código de Comercio por falta de aplicación.

Dispone este artículo:

> " La razón o firma social sólo podrá ser utilizada por las personas facultadas para representar a la sociedad. Esta a su vez, sólo se obligará por las operaciones que, además de corresponder al objeto social, sean autorizadas por la razón o firma social."

No aparece en ningún momento que el acto administrativo demandado viole la disposición transcrita, pues de una parte esta norma se refiere a la capacidad de obligarse la sociedad voluntariamente a través de sus representantes legales, y no corresponde en nada a la facultad que tiene el Estado de someter a su imperio tributario a las personas naturales o jurídicas determinadas en la ley, aún en contra de su voluntad. Y de otra parte, del hecho de que haya habido una ligera impresión

en el nombre del contribuyente no se infiere la inexistencia del requerimiento, pues es tan evidente su existencia que el mismo interesado pretende que se desconozca.

Además, el requerimiento fué dirigido a la sociedad "Colombiana de Seguros de Vida S.A." NIT 60009077, a la calle 17 # 9-82 oficina 702 y en la declaración tributaria del impuesto sobre la renta del año gravable 1982 (que obran a folios 61 y 62 del cuaderno principal en copia auténtica y en original en el cuaderno de antecedentes administrativos folios 272 y 273), la contribuyente señala como razón social: " Colombiana de Seguros de Vida S.A. " reaseguradora" NIT 60009077 dirección calle 17 # 9-82 oficina 702, y no Compañía Colombiana de Seguros de Vida S.A. Reaseguradora que alega la sociedad, es decir, que aun cuando el requerimiento omitió la palabra " reaseguradora" indicada en el denuncio fiscal, no por esta circunstancia se cambió la identidad de la contribuyente, pues es el nombre junto con el número de identidad tributaria el que determina con certeza el sujeto a quien se dirigió el requerimiento, mas aun cuando no hubo cambio en la dirección a la cual se dirigió la comunicación oficial y ésta fue contestada oportunamente por la compañía.

Por las razones expuestas, la sentencia del Tribunal en cuanto considera improcedente el cargo, merece confirmación.

2o. Falta de correspondencia en los cargos formulados en el requerimiento y la liquidación de revisión.

Alega el apelante que en el requerimiento se indicó como motivo por el cual se rechazarían los costos de seguros, el " no estar los mismos dentro de los contemplados en el artículo 37 del Decreto 2053 " pero que la liquidación de revisión agregó " se mantiene este rechazo por cuanto si bien es cierto que estos conceptos no se encuentran enumerados en los costos que figuran en el artículo 37 y 38 del Decreto 2053 de 1974 para establecer la renta bruta, también es cierto que corresponden a deducciones puras las cuales podrían aceptarse pero no cumplen requisitos para su aceptación, como tal".

Al contestar el requerimiento la sociedad contribuyente pretendió desvirtuar el cargo inicial, manifestando que la compañía es una reaseguradora y que por lo tanto no le era aplicable el artículo 37 sino el 38 del Decreto 2053 de 1974, porque la sociedad " no asegura la vida de las personas exclusivamente". La Administración en la liquidación de revisión no aceptó el descargo y aludió al artículo 38 del decreto citado.

Es decir, que punto de discrepancia es el determinar si efectivamente la contribuyente no era una compañía de seguros de vida y que por lo tanto no le era aplicable el artículo 37 del Decreto 2053 de 1974, sino una compañía dedicada exclusivamente a los " Reaseguros" que se rige por el 38 del mismo estatuto, pero observa la Sala que dentro del proceso no se halla comprobado debidamente el objeto social de la sociedad actora, pues si bien obra un certificado expedido por la Superintendencia Bancaria, anexo en fotocopia auténtica a la demanda (Fl. 87

cdno. ppal.) este sólo menciona que es una sociedad legalmente constituida, que su domicilio es Bogotá y quiénes son sus representantes legales, pero nada dice sobre el objeto social de la entidad.

Ante esta deficiencia lo razonable es considerar como actividad principal la que indica su razón social, o sea, la de " Seguros de vida " puesto que no podría usar este término públicamente sin que corresponda al objeto social pactado y autorizado por la Superintendencia. Si también está incluido el de " reaseguradora ", significaba esta actividad como adicional, pero no exclusiva.

Al hecho de citar en la liquidación las dos normas que destina el Decreto 2053 de 1974, para regular la determinación de la renta bruta de las compañías de seguros (el artículo 37 para las de seguros de vida y el 38 para seguros generales), no le encuentra la Sala los alcances anulatorios que le asigna el actor, porque ni implicó cambio en la motivación, ni impidió la defensa.

En consecuencia la providencia apelada en este punto merece confirmación.

3) Costo de contratos no proporcionales

La actora en su denuncio rentístico solicita como deducción el valor de $18.003.451, por concepto de " costo de contratos no proporcionales, interno y externo ", cuyo rechazo efectuó la Administración bajo el cargo de no estar relacionado y que el apelante manifiesta no ser verdad, ya que la relación de primas cedidas en reaseguros por $149.372.394 y costos de contratos no proporcionales por $18.003.451, figura a folio 30 de los formatos especiales, cuaderno #2 radicación 007351 de Junio 17 de 1983. Critica la actuación del Tribunal por no atender el cargo y no practicar las pruebas que consideraba necesarias de acuerdo con el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

En primer lugar, se observa que de acuerdo con la ley (art. 77 del C.P.C.) le correspondía al actor la carga de la prueba; porque es él quien como conocedor de su situación, de su interés y de los hechos, debe aportar o pedir aquellas pruebas que constituyen el mejor medio de convicción para obtener su pretensión. Dichas pruebas deben solicitarse, pedirse o presentarse dentro de la oportunidad procesal de la demanda según el artículo 137 numeral 5o. que contempla dentro del contenido de la demanda " la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer ", circunstancia ésta que, junto con la indicación clara de las pretensiones, caracteriza a esta jurisdicción como " rogada".

Si bien el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil, esta remisión es a los asuntos no regulados en el Código Contencioso Administrativo y en todo caso en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procesos contencioso administrativos.

En materia probatoria aunque hay una remisión completa a las normas del Código de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los

medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valorización, las normas que en materia probatoria contenga el Código Contencioso Administrativo son de preferente aplicación como sucede con la autorización al juez para decretar pruebas de oficio.

En esta materia el artículo 169 (modificado por el artículo 37 Dect. 2304/89) enseña que en cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad, pero las partes no pueden pretender que por ese hecho, se supla la negligencia u olvido de las partes.

Ninguna obligación existe para el juez para decretar pruebas de oficio éstas han sido eminentemente potestativas del Consejero en el sistema del Decreto 01 de 1984, y de la Sala en la reforma del Decreto 2304 de 1989. Así lo ha entendido la jurisprudencia reiterada de la Corporación.

De otra parte no pretendió en manera alguna el Tribunal de Cundinamarca la comprobación de norma jurídica alguna, si no la existencia de hechos económicos específicos alegados por la actora, que indudablemente inciden en la determinación de la carga tributaria. En efecto, cuando en el anexo 12 la compañía califica la partida en discusión como "costo en seguros no proporcionales" y así la trata en el formulario, al involucrarla en el renglón 200 bajo el concepto de "primas cedidas por reaseguros" ha debido explicar o aclarar, por lo menos, que técnicamente es viable la ubicación del valor de los costos no proporcionales en el de primas cedidas por reaseguros, bajo dicho rubro. Inclusive porque la terminología utilizada por la ley es la de primas cedidas, de manera que cualquier otro nombre que se le atribuya al mismo aspecto debe acreditarlo quien así lo presente.

Obra a folio 288 del cuaderno de antecedentes, bajo el No. 00735 de Junio 17 de 1983, el anexo en donde bajo el rubro " otras transacciones"" primas cedidas en reaseguros", aparecen pagos por concepto de primas cedidas por valor de $167.375.845, que en el anexo correspondiente al renglón 200, la sociedad disgrega en los rubros: primas cedidas por $149.372.394 y "costos de contratos no proporcionales" $18.003.451, es decir, es la misma contribuyente la que afirma que no todo el valor solicitado por concepto de primas cedidas corresponde a este concepto y aun cuando con oportunidad de la demanda explica que dicho valor está comprendido en el artículo 38 numeral 3o. del Decreto ley 2053 de 1974 y " que no envió con la declaración de renta una relación especial correspondiente a los "costos de los contratos no proporcionales "porque" ésta es una modalidad o subclasificación impuesta por la Superintendencia Bancaria para fines de control, pero que no se requiere para efectos fiscales" y que tales costos no son otros que cesión de primas por esa modalidad contractual, dentro de los muchos contratos que se usan para los casos de cesión de excesos de riesgos en el negocio de seguros o reaseguros", no comprueba su aseveración.

En efecto, admitida por el demandante la falta de discriminación de la partida, estaba obligado a demostrar de acuerdo con la ley fiscal la realidad de los pagos,

o las circunstancias alegadas que le permitieran exonerarse de la discriminación, como hubiese sido la instrucción de la Superintendencia bancaria que le obligaba a hacer la discriminación y que como simple acto administrativo que es, no hay lugar a que se presume conocido por el juez.

Por lo tanto, es preciso determinar si efectivamente dentro del proceso se aportaron pruebas convincentes que permitan dar por ciertas las aseveraciones de la actora y al efecto se analizan los antecedentes, con las siguientes anotaciones:

Obra a folio 88 del cuaderno principal el certificado suscrito por contador público en que da fe tanto de la contabilización como de la identidad de los beneficiarios de los pagos por costos de contratos no proporcionales y de la circunstancia de estar comprendida la partida de estos dentro del gran total de $167.375.845.

Dicha partida es la que figura bajo el rubro " Primas cedidas " en el cuaderno # 2 anexo pag. 30 de la declaración tributaria, con discriminación e identificación de los beneficiarios de pagos.

A juicio de la Sala dichas probanzas son suficientes para demostrar que la sociedad solicitó oportunamente el costo por dicho concepto y en consecuencia, resulta procedente su reconocimiento y así habrá de declararse.

4o. Comisiones sobre aceptaciones pagadas a reaseguradoras del exterior por $3.760.403.

Esta suma fue rechazada por la Administración de Impuestos Nacionales por falta de retención en la fuente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 inciso 4o. del Decreto 2053 de 1974, y que la actora alega no estar obligada a cumplir, de conformidad con el artículo 3o. de la Ley 38 de 1969, por no constituir renta de fuente nacional.

El artículo 64 del Decreto 2053 de 1974, enseña que son deducibles los gastos efectuados en el exterior, que tenga relación de causalidad con rentas de fuente dentro del país, si el contribuyente acompaña a su declaración de renta además de la relación discriminada de los gastos, el comprobante de consignación de lo retenido a título de impuesto sobre la renta, si lo pagado constituye para su beneficiario renta gravable en Colombia. Pero la misma norma establece la excepción sobre pagos a comisionistas en el exterior por la compra o ventas de mercancía, materias primas u otra clase de bienes, en cuanto no excedan del porcentaje del valor de la operación en el año gravable, que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Es decir, es la misma ley la que establece que las comisiones recibidas en el exterior por personas naturales o jurídicas extranjeras residentes o domiciliadas en el exterior no están sujetas al pago de retención en la fuente, y por lo tanto son deducibles sin el cumplimiento de este requisito y por ello habrán de aceptarse en esta instancia.

Otra cosa diferente es la concerniente al cumplimiento por parte del contribuyente de otros requisitos contemplados por el mismo artículo 64 inciso 3o. del Decreto 2053 de 1974 para hacer viable el reconocimiento de la deducción, que no se analizan en esta oportunidad, porque no fueron motivo de controversia al no haber sido cuestionados por la Administración como causal del desconocimiento del citado gasto.

5) Intereses reconocidos a reaseguradores por $398.996.

El rechazo por parte de la Administración obedeció a que la sociedad contribuyente no efectuó retención en la fuente a que estaba obligada de acuerdo con lo establecido por el artículo 31 de la Ley 20 de 1979, en consideración a que para dicho período las compañías de seguros no habían sido asimiladas a establecimientos de crédito por la Superintendencia Bancaria.

La actora alega, que no estaba obligada a efectuar retención en la fuente por intereses pagados a las compañías de seguros de acuerdo con el artículo 31 inciso final de la misma ley, y que el carácter de entidades de crédito que tienen las compañías de seguros no es algo que les haya concedido la Superintendencia Bancaria, sino que emana de su propia naturaleza y de las funciones que ellas desempeñan. Califica de " no cierta " la afirmación de la Administración y dice que desde Julio 10 de 1979, por Resolución 4216 las compañías de seguros fueron incluidas en la relación que hizo dicha entidad de los establecimientos de crédito bajo su control y acompaña para el efecto, una copia simple de la Resolución aludida.

Para la Sala, de acuerdo con la Ley 20 de 1979 artículo 31 inciso final, los intereses pagados a establecimientos de crédito sujetos a vigilancia de la Superintendencia Bancaria no están sometidos a retención en la fuente. Quien alega un beneficio legal está obligado a demostrar dentro de la oportunidad procesal debida las circunstancias que le hacen acreedor al mismo, en este caso que la entidad beneficiaria del pago estaba sujeta al control de la Superintendencia Bancaria y que además se trataba de *un establecimiento de crédito.* Si bien es cierto que desde la Ley 68 de 1924, las compañías de seguros están sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, su clasificación o asimilación por ley a "establecimientos de crédito" para todos los efectos legales, inclusive el fiscal de régimen de retenciones en la fuente, no fue acreditado.

No es de recibo en la segunda instancia, cuando la oportunidad probatoria ya está precluida, la presentación informal de la copia de una resolución, cuya autenticidad no está acreditada, para demostrar el carácter de entidad de crédito o asimilada de la beneficiaria del pago de los intereses cuestionados, para inferir que no estaban sujetos a retención. Por lo tanto habrá de mantenerse su desconocimiento fiscal.

6) Rechazo de deducciones por $25.117.062 (renglón 214).

El motivo del rechazo por parte de la Administración, en el requerimiento de Julio 30 de 1985, fue la falta de relación o discriminación de los beneficiarios de los pagos. La sociedad alegó haberla relacionado en la cinta magnética enviada con el memorando GCT-0261 del 12 de Marzo de 1984, radicado por la Administración bajo el # 05229, mediante la cual se adicionó o corrigió la inicialmente enviada, en ejercicio del derecho consagrado por el artículo 10 del Decreto 1495 de 1978. Alega la actora que si el contribuyente presenta la información en cinta magnética y sí tiene derecho a corregir inconsistencias cuando lo solicite la Dirección de Impuestos Nacionales, también lo tiene para corregirlas voluntariamente.

De conformidad con el artículo 55 del Decreto ley 2053 de 1974 para la aceptación de las deducciones por conceptos de pagos a terceros el contribuyente estaba obligado a discriminar en una relación el nombre y nit del beneficiario, el concepto y cuantía del pago o abono en cuenta. Por su parte el artículo 59 del Decreto 3803 de Diciembre 29 de 1982, estableció que la omisión de tales requisitos, implicaba el desconocimiento de los respectivos costos, deducciones, pasivos o descuentos, además de la imposición de una sanción por falta de la información; así mismo exigió la comprobación plena del gasto o pasivo que hubiere sido objetado o rechazado, sin perjuicio de la sanción que se causara por la falta oportuna de la relación.

Por otra parte el Decreto 1495 de 1978, invocado por la demanda, mediante el cual se reglamentaron los Decretos 2053, 2348 y 2821 de 1974 y regulaba la materia en el año de 1982, dispuso en sus artículos 9o y 10o entonces vigentes, la forma y oportunidad de presentar información tributaria en medios magnéticos.

Estas normas enseñaban en primer lugar que la información en cinta magnética debía rendirse dentro del mismo término que por ley tenía el contribuyente para presentar o adicionar la declaración tributaria, pues no estaba dentro de la facultad reglamentaria variar los plazos de ley. Sin embargo el artículo 10, permitía que una vez presentada la información oportunamente, podría corregirse en el caso de incurrir en inconsistencias o errores de transcripción, para lo cual daba al contribuyente un término de 10 días, con la consecuencia de desconocer el registro si, vencido el plazo, el contribuyente no hubiese presentado la cinta o medio magnético corregido.

Al efecto el cuarto inciso del artículo 10o. reguló este mecanismo, así:

" Si se encuentran inconsistencias, errores de transcripción o de formatos en la información contenida en los medios magnéticos, la Dirección General de Impuestos Nacionales solicitará al contribuyente las correcciones a que haya lugar, quien dispondrá de 10 días hábiles para efectuarlas; vencido este plazo, si el contribuyente no ha presentado la cinta o medio magnético corregido, se desconocerán los registros inconsistentes. En caso de que se encuentren de nuevo inconsistencias luego de realizado el proceso anterior, éste se repetirá por una vez más unicamente, después de lo cual, si la información es correcta o inconsistente, se desconocerán los registros inconsistentes."

La autorización para presentar información tributaria en medios magnéticos que se inició en 1977 y complementó en 1978 con el citado Decreto 1495 tuvo entre otras finalidades la de aprovechar tanto para los contribuyentes como para la Administración los adelantos tecnológicos de la cibernética, para presentar, conservar y procesar la voluminosa información que en aquella época exigía la legislación tributaria.

El mecanismo que implantó el citado decreto para verificar la exactitud de la información en cinta, dando oportunidad al contribuyente para corregir las inconsistencias y errores, bien podía utilizarse para llenar los vacíos precisamente advertidos al realizar la labor de la primera confrontación. Dentro de este criterio, la Sala no encuentra razonable sancionar con inadmisión la información suministrada de manera espontánea, dentro de la etapa de corrección de inconsistencias, máxime cuando una vez producida esta no fue objetada por ninguna otra causa y estaba en tiempo de ser utilizada en los cruces de información, lo que indica que la información sí fue apta para los fines de investigación a la cual estaba destinada.

Además, se recuerda que el segundo inciso del artículo 9o. que consagraba el simple vencimiento del plazo para considerar como incumplido el requisito, fue declarado nulo por esta Sección en fallo del 29 de Junio de 1984.

Por lo anterior se aceptará el cargo.

7o. Rechazo de las cantidades de $249.139 y $8.599.446 por concepto de intereses.

El fundamento del rechazo de estas partidas se debió igualmente a que la contribuyente no discriminó en la declaración de renta ni dentro de la oportunidad de su adición el nombre y nit de los beneficiarios de los pagos, entendiendo la Administración que de acuerdo al artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, debía comprobar plenamente; el contribuyente alega haberles comprobado, amparado en la presunción de veracidad de que trata el artículo 33 de la Ley 52 de 1977, porque la ley no exige una comprobación especial.

Estima la Sala, que como corolario del punto anterior, que sí se admite que la corrección de las inconsistencias de la cinta magnética se efectuó en el término otorgado por la Administración la información de estas otras partidas debe entenderse también oportunamente rendida y habrá de aceptarse la correspondiente deducción, porque efectivamente la ley no exigía comprobación especial para ellas.

En consecuencia la sentencia del *a-quo* deberá revocarse en este punto.

8o. Rechazo de otras deducciones por $76.403.571.

Esta partida solicitada bajo el nombre " de otras deducciones " tampoco fue discriminada en la declaración de renta y ante el requerimiento de la Administración que propuso su desconocimiento, la sociedad alegó que no estaba relacionada

porque correspondía a "ajustes o faltantes en bancos y otros" que la Superintendencia Bancaria ordenó hacer con cargo a "pérdidas y ganancia por ser saldos inexistentes.

Calificada la respuesta por la Administración tributaria esta concluyó que si bien contablemente se deben hacer las apropiaciones y ajustes que ordene la Superintendencia, fiscalmente no siempre constituyen deducción ni pasivo.

A juicio de la Sala, requerida la sociedad contribuyente, por la omisión del requisito de discriminación de la partida cuestionada, al alegar como justificación la exigencia por parte de la entidad gubernamental a que estaba sujeta, debió indicar completamente los conceptos que le ordenó ajustar la Superintendencia Bancaria contra su estado de pérdidas y ganancias, a fin de que la Administración a su vez pudiera calificar la procedencia o improcedencia del reconocimiento fiscal de los mismos. Pues la sola orden del organismo estatal, si bien debe cumplirse por la entidad vigilada, no convierte los ajustes en deducción, ya que ellos pueden corresponder a gastos o pérdidas que no son reconocidos por la ley como costo ni deducción para efectos fiscales.

Desde este punto de vista, la actuación de la entidad demandante al calificar la improcedencia del reconocimiento fiscal del ajuste es válida, en razón de que no es posible inferir de una orden dada por la Superintendencia Bancaria al administrado, efectos legales que no tiene, como es su reconocimiento fiscal por parte de la Administración.

Tampoco puede alegarse en este punto falta de correspondencia entre el requerimiento y la liquidación oficial, porque ante la respuesta dada por la sociedad, pretendiendo no estar obligada a discriminar la partida, la Administración estaba facultada para inquirir sobre concepto y demás detalles y al conocerlos, era su obligación exponer los fundamentos legales de su no aceptación como deducción.

En consecuencia no prospera el cargo.

9o. Sanción por falta de relación.

Alega el contribuyente la improcedencia de la sanción afirmando que sí suministró la información exigida y que además el Tribunal omitió dar aplicación al artículo 45 de la Ley 153 de 1887 en cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal, por haber sido derogada en 1987 la norma de 1982 en que se basó la sanción.

El principio de la favorabilidad que en materia penal consagra la ley y que invoca la demanda ha sido suficientemente analizado por esta Sección en reiterada jurisprudencia según la cual a las infracciones fiscales son aplicables primordialmente los principios del derecho administrativo y no los del penal, porque:

"Mientras que en el derecho penal se trata de castigar una falta o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado."

"Esto, sin excluir que ciertas conductas de los contribuyentes puedan constituir verdaderas infracciones a la ley penal, en cuyo caso obviamente los preceptos de este derecho son aplicables." (Sentencia de 7 de Marzo de 1987. Actor Singer Sewing Machine Co. Consejero Ponente Hernán Guillermo Aldana).

En tal virtud el hecho de que al momento de producirse el fallo de la vía gubernativa, no existiere la norma que tipificaba la sanción no da lugar a invocar la favorabilidad existente en materia penal, por tratarse de dos disciplinas jurídicas distintas y por ende diferente también el campo de su aplicación.

En lo que respecta a la aplicación de la ley en el tiempo, es principio general que las leyes rigen para el futuro, que no son retroactivas aunque en ciertos casos y por excepción pueden serlo. Es decir, que los hechos o actos están regulados por las normas existentes al momento de su ocurrencia.

Está demostrado que la conducta omisiva en que incurrió la demandante fue sancionada con las normas vigentes en el momento de la transgresión, que para entonces no se había expedido el Decreto 2503 de 1987 que expresamente derogó el artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, de manera pues que no le era dado a la administración como pretende el demandante aplicar de oficio disposiciones que no regían por el período en que tuvo ocurrencia el hecho que se sancionó. (En este sentido fallo del 23 de Octubre de 1987 expediente # 0292 Actor Adolfo Urdaneta L. Consejera Ponente doctora Consuelo Sarria O.)

No obstante, en atención a que la información exigida la ley fue presentada por la sociedad contribuyente dentro del término señalado por el Decreto 1495 de 1978 para corregir las inconsistencias de la información en la cinta magnética y en esta providencia se ha reconocido como válida la información voluntaria resuelta concordante con este criterio consideran improcedente la sanción impuesta y así habrá de reconocerse.

Como consecuencia de los puntos tratados anteriormente, procede practicar una nueva liquidación levantando la sanción y con reconocimiento de los costos proporcionales por contratos por $18.003.451 comisiones pagadas a reaseguradores $3.760.403, deducciones renglón 214 por $25.117.062 e intereses por $8.839.585 para un total de $55.720.501, con lo cual la determinación de la renta líquida por el sistema ordinario arroja una utilidad de $2.836.027, inferior a la renta presunta determinada por la sociedad. Por esta circunstancia debe dejarse en firme la liquidación privada de la actora conforme con los siguientes factores:

CONCEPTO	BASE	TARIFA	IMPUESTO
Renta presunta	$12.927.506	40%	$ 5.113.838
Menos descuentos por dividendos $3.102.096			
por rentención en la fuente $ 11.814			
			$ 3.113.910
	Sub-total		$ 1.999.928
Menos:			
Descuento especial para S.A. Nales.	$ 1.999.928	8%	$ 159.944
Impuesto de renta			$ 1.839.984
Ganancia ocasional	$ 119.065	40%	$ 47.626
TOTAL impuesto renta y ganancia ocasional			$ 1.887.560

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,

F A L L A

1) *REVOCASE* la sentencia apelada dictada el 6 de Abril de 1990 en el juicio #6.185.

2) *DECLARASE* la nulidad de la liquidación oficial de revisión No. 560 de Noviembre 15 de 1985, la Resolución No. 509 del 20 de Octubre de 1987 y la Resolución 0879 del 9 de Diciembre de 1987, mediante las cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, determinó el impuesto a cargo de la COMPAÑIA COLOMBIANA DE SEGUROS DE VIDA S.A. REASEGURADORA NIT 60.009.077 por el año gravable de 1982.

3) En su lugar, fíjase en la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS ($1.887.560) el valor total del impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad Compañía Colombiana de Seguros de Vida S.A. Reaseguradora NIT 60.009.077 por el año gravable de 1982, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

4) *RECONOCESE* personería a la doctora Luz Elizabeth Quintana de Palomino como apoderado de la entidad demandada conforme al poder que obra a folio 195 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente.

Jorge A. Torrado, Secretario.

SOCIEDAD EXTRANJERA-Representación

El Código de Comercio regula el reconocimiento y autorización estatal para que las sociedades extranjeras puedan desarrollar negocios comerciales en el país, centrando su atención en las que se proponen desarrollar negocios permanentes en Colombia, obligándoles a establecer una sucursal, la que está sometida a varios requisitos que culminan con su registro en la Cámara de Comercio y cumplir con todos los requisitos que regula dicho estatuto; aquellas que sólo tienen necesidad o interés de intervenir en algunos negocios, sin alcanzar la categoría de los permanentes, deben constituir un agente o apoderado que los represente, caso en el cual es éste quien está sujeto al registro mercantil y por último las sociedades que así tengan negocios con residentes en el país lo hacen con absoluta independencia de éste.

PRUEBA DOCUMENTAL-Ineficacia/ **PASIVOS**-Rechazo/ **PRESUNCION DE VERACIDAD**

Un pagaré otorgado por el deudor no constituye comprobante externo de su propio asiento contable, sino la garantía otorgada a su acreedor y que debería ir a manos de éste justificándose su existencia en sus archivos solamente después de haberse cancelado. Es claro que dicho pagaré no podía aceptarse como soporte contable y la falta absoluta de algún otro documento que justificara y respaldara la operación de sustitución del acreedor, hacía que la contabilidad careciera de fuerza probatoria. No se ha desconocido la presunción de veracidad de las declaraciones tributarias, simplemente que la Administración en ejercicio de sus facultades de fiscalización pidió uno de los requisitos a que está sometida la declaración por deudas (conservar los documentos de cancelación de la deuda por el término de la revisión oficiosa).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto dieciséis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2839. Actor: Inmobiliaria Industrial y Comercial Limitada "Inducom Ltda". Impuesto Renta.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de octubre de 1989, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda de restablecimiento del derecho, formulada por la sociedad INMOBILIARIA INDUSTRIAL Y COMERCIAL LIMITADA " INDUCOM LTDA." con relación a los actos administrativos que determinaron el Impuesto sobre la Renta a su cargo, correspondiente al período gravable de 1982.

ANTECEDENTES

Previa inspección contable primero, practicada a los libros de comercio de la empresa, mediante Auto Comisorio 0317 de septiembre 19 de 1984 y cuyos resultados quedaron expuestos en el Acta de febrero 7 de 1985, y Requerimiento Especial 0186 de abril 18 de 1985 después, la Administración Tributaria practicó la Liquidación Oficial 0615 de diciembre 13 de 1985. Estableció la renta imponible por el sistema especial de comparación de activos que surgió porque la declarante no probó la existencia del pasivo que a su cargo y a favor de INVERSIONES CARBOHOR S.A. que solicitó por la suma de $496.868.810. Consideró la Oficina de Impuestos que si viene dentro de la contabilidad de la contribuyente figuraba un pagaré y este pasivo estaba certificado por Revisor Fiscal, la sociedad acreedora no estaba legalmente constituida y por ende las operaciones realizadas por ella no surtían efectos legales.

Sancionó por atraso en los libros de contabilidad y previno a la empresa que en caso de desvirtuarse el incremento de activos, rechazaría la suma de $198.288.315. solicitada como deducción por concepto de descuentos en préstamos que no correspondían a emisión de títulos valores o préstamos que originaran descuentos.

El acto liquidatorio fue impugnado. Por Resolución 492 de septiembre 28 de 1987 la División de Recursos Tributarios desató el recurso de reconsideración. Con argumentos similares a los expuestos por la Oficina Liquidadora mantuvo el rechazo del pasivo y por ende el sistema de diferencia patrimonial utilizado en la determinación de la renta gravable del año. Levantó la sanción por libros de contabilidad porque el atraso detectado en ellos no fue superior a los tres meses que establece el Artículo 3o. del Decreto 1354 de 1987 y en aplicación del principio de favorabilidad.

Agotada la vía gubernativa, solicitó la actora ante la jurisdicción como restablecimiento del derecho, una nueva liquidación en donde se determine la renta por el sistema ordinario de depuración y consecuencialmente se confirmen las bases gravables y el Impuesto de Renta determinados en la liquidación privada.

Afirma la demandante en síntesis, que es al Estado a quien corresponde probar la inexistencia del pasivo que rechaza, como quiera que ella lo solicitó con el cumplimiento de los requisitos de ley en la declaración de renta y ésta goza de la presunción de veracidad que consagra el Artículo 33 de la Ley 52 de 1977.

Insiste en que la deuda la comprobó con certificación del Revisor Fiscal, Contador debidamente inscrito, con certificado de la Cámara de Comercio sobre registro de libros, con la declaración de renta de la acreedora y con certificación expedida por ésta en la cual acepta la realidad del crédito.

Expresa igualmente que la motivación que consignó la Administración en el requerimiento especial, cuando dice que la sociedad no está constituida por no estar inscrita en la Cámara de Comercio, fué modificada en la liquidación oficial lo que constituye nulidad.

Citó como disposiciones violadas las siguientes:

- Artículos 1 y 9 de la Ley 145 de 1960
- Artículos 74 y 124 del Decreto 2053 de 1974
- Artículo 116 del Decreto 187 de 1975
- Artículos 31, 32, 33, 42 y 46 de la Ley 52 de 1977
- Artículos 13, 14 y 15 del Decreto 3803 de 1982
- Artículo 98 de la Ley 9a. de 1983
- Artículos 40 y 178 del Código de Procedimiento Civil

El Tribunal Administrativo mantuvo el rechazo del pasivo y consecuencialmente el sistema especial impugnado, fundamentándose concretamente en que desvirtuada la presunción de veracidad del denuncio fiscal mediante la verificación efectuada por la dependencia administrativa, en relación con la existencia legal de la sociedad acreedora, no probada aquélla, ni la representación de la firma, el rechazo del pasivo estuvo de acuerdo a la ley y la comparación patrimonial es consecuencia necesaria que se deriva de él.

DE LA APELACION

Con los mismos argumentos consignados en la demanda, la actora reclama se acepten sus pretensiones. Persiste en la nulidad originada en la diferencia de motivación entre el requerimiento especial y la liquidación de revisión y solicita el reconocimiento del pasivo cuyo rechazo derivó el incremento patrimonial. Nunca la Administración Tributaria, dice, desvirtuó la presunción de veracidad que ampara la declaración de renta y en ésta la sociedad informó desde su presentación la existencia de la deuda con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el

Artículo 124 del Decreto 2053 de 1974. Por otra parte sostiene que las pruebas aportadas por la sociedad son suficientes para demostrar la existencia de la sociedad acreedora cuestionada por las Oficinas de Impuestos.

Encontrándose al despacho para fallo, la apoderada presentó copia autenticada de la Resolución 151 de diciembre 21 de 1990 dictada por la Administración en el recurso de reconsideración por el año gravable de 1983 en donde se debatió igual tema y la Administración aceptó como prueba del pasivo certificado de CARBOHOR S.A. otorgado en Panamá y que ratificó ante Cónsul colombiano.

PARTE OPOSITORA

La apoderada judicial de la Administración de Impuestos, solicita se confirme la sentencia apelada. Estima que los documentos allegados al proceso no son suficientes para acreditar la existencia del pasivo, como quiera que ha incumplido lo establecido en el numeral 2o. del Artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, que obliga a conservar los documentos correspondientes a la deuda, ni tampoco ha satisfecho los Artículos 480 y 486 del Código de Comercio que aluden a los requisitos que deben observar los documentos otorgados en el exterior y a la forma como debe probarse la existencia y representación legal de las sociedades domiciliadas en el exterior.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de la Corporación, Doctora Dolly Pedraza de Arenas, no estima procedente la nulidad que invoca la demandante, por diferencia en la motivación entre el requerimiento especial y la liquidación oficial, porque aun cuando con palabras diferentes es èl mismo motivo del rechazo.

Comparte igualmente el Ministerio Público la apreciación del Tribunal sobre el hecho de que no estando probada la existencia del pretendido acreedor tampoco está probada la realidad del pasivo y por ello debe mantenerse la determinación de la renta por el sistema de comparación patrimonial.

En síntesis solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, por lo que solicita se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En negocio muy similar al que se atiende, puesto que también se trató del desconocimiento de una deuda a favor de INVERSIONES CARBOHOR (Exp. 2783 actor: Ulises Ltda. y Cía S.C.A. así como el Tribunal en la sentencia apelada se refirió al caso de THAU LTDA. Exp.5786) expuso la Sala las siguientes consideraciones generales sobre el tema del valor probatorio de la declaración de renta, amparada por una presunción de veracidad, frente a las facultades investigativas de la Administración:

"Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corporación como lo afirma la actora, sostener la presunción de veracidad de las declaraciones tributarias, de sus adiciones y de las informaciones y pruebas que con ellas se suministran simultaneamente o en respuesta a los requerimientos ordinarios o especiales que formula la Administración. Esto con fundamento en los Artículos 33 y 34 de la Ley 52 de 1977, reglamentado este último por el Artículo 21 del Decreto 825 de 1978. Presunción ésta que no opera plenamente por sí sola en los casos en que la ley exige una comprobación especial.

En relación con los pasivos el Artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, obliga a los contribuyentes además de cumplir otros requisitos, a conservar los documentos correspondientes a la cancelación de la deuda durante el período de revisión, precisamente con el sentido de que durante el mismo período en que la Administración goza de amplias facultades de fiscalización e investigación pueda ejercer la de 'verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes cuando lo considere necesario' (Ley 52/77 Art.30). Es en desarrollo de esta labor que la Administración entra a calificar si los documentos, públicos o privados, cumplen las formalidades y requisitos correspondientes para que se tengan como prueba del pasivo informado en la declaración.

Con relación a los documentos privados se destacan la autenticidad y la fecha cierta como algunos de los requisitos que deben reunir, pero también ha sostenido la Sala, con fundamento en varias disposiciones entre ellas el Artículo 51 del Código de Comercio y el 252 inciso final del Código de Procedimiento Civil, que los documentos privados no requieren el establecimiento de su autenticidad y fecha cierta para surtir efectos probatorios cuando respaldan asientos de contabilidad en libros debidamente llevados y registrados, porque en tal caso y sólo en él forman un conjunto que permite credibilidad". (Fallo de febrero 8 de 1991, Exp. 2783).

En el caso que se resuelve, el desconocimiento del pasivo solicitado por la demandante fue fundamentado por la Administración basicamente en la inexistencia de la acreedora, expuesta con alguna diferencia (como lo anota la señora apoderada) entre el requerimiento especial en el que se dijo que " esta sociedad no existe juridicamente, por consiguiente las operaciones realizadas con este ente no son reales" y en la liquidación en la cual, ante la falta de inscripción en la Cámara de Comercio, anotó que " no está legalmente constituida, razón por la cual, las operaciones realizadas con dicha empresa no surten efecto legal".

La existencia jurídica o la constitución en forma legal son conceptos que coinciden fundamentalmente y están acordes con la naturaleza de las personas jurídicas que, como se sabe, no es real, sino que precisamente depende del reconocimiento que de ellas haga la ley y del cumplimiento de los requisitos que establezca la misma.

Nuestro Código de Comercio en los Artículos 469 y siguientes regula el reconocimiento y autorización estatal para que las sociedades extranjeras puedan

desarrollar negocios comerciales en el país, centrando su atención en los que se proponen desarrollar negocios permanentes en Colombia obligándoles a establecer una sucursal, la que está sometida a varios requisitos que culminan con su registro en la Cámara de Comercio.

Puede afirmarse que el sometimiento a mayores o menores requisitos depende del grado e intensidad de actividad en el país: para aquéllas que se propongan emprender negocios permanentes están sujetas a abrir sucursal con todos los requisitos que regula el Código de Comercio en sus Artículos 470, 471 y siguientes; aquéllas que solo tienen necesidad o interés de intervenir en algunos negocios, sin alcanzar la categoría de los permanentes de que trata el Artículo 474, deben constituir un agente o apoderado que los represente, caso en el cual es éste quien está sujeto al registro mercantil (Art.28, numeral 1o. C. Co.) y por último las sociedades que así tengan negocios con residentes en el país lo hacen con absoluta independencia de éste, sin intención de establecer ninguna clase de vínculos y no quedan sujetas a ninguna regulación especial en cuanto a su actividad que se ejerce sin ninguna vinculación con el país.

Por los antecedentes administrativos como la inspección a la contabilidad de la demandante y otros como la declaración de renta de INVERSIONES CARBOHOR S.A. que obra a folio 14 del cuaderno de antecedentes, la Sala comprende que la Administración llegó al concepto de que si en realidad se trataba de una sociedad extranjera, aunque en el formulario oficial se declaró como " asimilada o anónima nacional" marcando con X esta casilla y no la de "extranjera", que le correspondía, en razón del patrimonio y las rentas declaradas debía estar incorporada al país por tener u ostentar negocios permanentes: en efecto, sus activos consistían en once créditos a favor o " préstamos " en cuantía total de $1.980.634.975. (que a valores de dic.31/82 equivalían a US$ 28.178.034.) y los ingresos a más de noventa y cinco millones de pesos.

Y, aunque manifestó tener domicilio en Bogotá y haber sido constituido en ésta, declaró tener libros de contabilidad registrados en la Cámara de Comercio de Tunja.

Por el volumen de negocios, por declararse constituida mediante escritura (No.2490 Notaría 1a. 7 de febrero/79 Bogotá) era elemental requerir como prueba el registro en la Cámara de Comercio, lo cual nunca se produjo ni como sociedad nacional como se declaró, ni como extranjera, como lo alegó la demandante.

Esto desde el punto de vista simplemente comercial que es el que se ha ventilado, sin mencionar, como ha podido plantearse, el aspecto cambiario, dado que nuestro estatuto vigente en la época (Dcto. 444 de 1967 y normas complementarias) no permitían la libre vinculación de capital extranjero y menos aún en la actividad financiera.

Por otra parte y examinando como parte del acervo probatorio la contabilidad de la propia demandante, se observa a folio 49 parte del acta en la que luego de

examinar una serie de operaciones de descuento en títulos valores con diecisiete personas " y/o CARBOHOR" se destacó lo siguiente:

" En noviembre 30 de 1982 mediante la Nota de Contabilidad 3-18, se efectuó la siguiente imputación.

CARGO A: CAJA Y BANCOS $496.868.810.25

ABONO A: OBLIGACIONES FINANCIERAS C.P.$496.868.810.25

OBLIGACIONES A OTRAS ENTIDADES

" INVERSIONES CARBOHOR S.A.

CONCEPTO: Para anular cheque No. 532140 girado a favor de "INVERSIONES CARBOHOR S.A.", por cancelación de pagarés con descuento D 1 a D 17, contabilizado anteriormente en el comprobante de egresos 2 - 3 9 de octubre 22 de 1982, y se constituye a su vez nuevamente la obligación con vencimiento a marzo 30 de 1984.

Esta nueva obligación está soportada por pagaré sin número, ni nombre, de fecha noviembre 21 de 1982 a favor de " INVERSIONES CARBOHOR S.A.", unicamente Nit: 60.023.024 por la suma de $496.868.810, en iguales condiciones que los 17 anteriores pagarés, los cuales figuraban a nombre de *17 personas y/ o " INVERSIONES CARBOHOR S.A. "*

Significa el anterior movimiento contable que los pasivos inicialmente registrados a nombre de 17 personas fueron reemplazados por una " nueva obligación " en noviembre 30 de 1982 soportada por un pagaré sin número, ni nombre, de fecha noviembre 21 de 1982 a favor de INVERSIONES CARBOHOR S.A. unicamente con su NIT.

Pero a ésto hay que anotar: un pagaré otorgado por el deudor no constituye comprobante externo de su propio asiento contable, sino la garantía otorgada a su acreedor y que debería ir a manos de éste justificándose su existencia en sus archivos solamente después de haberse cancelado. Es claro que dicho pagaré no podía aceptarse como soporte contable y la falta absoluta de algún otro documento que justificara y respaldara la operación de sustitución de acreedor, hacía que la contabilidad careciera de fuerza probatoria para comprobar la existencia del pasivo.

Esta no la viene a sustituir el certificado expedido en Panamá por su Vicepresidente (fl.29) y presentado con la demanda, según el cual el pasivo "corresponde a sumas efectivamente entregadas a ustedes por nuestra cuenta y en calidad de mutuo comercial ", pues dados los antecedentes relatados anteriormente de contradicciones e inconsistencias en los informes presentados y ausencia de

pruebas sobre el ejercicio de actividades financieras en Colombia por parte de sociedades extranjeras, todo lo cual no favorecía en nada la posición de la apelante.

Como corolario de esta controversia puede afirmarse que no se ha desconocido la presunción de veracidad que a las declaraciones tributarias asigna el Artículo 33 de la Ley 52 de 1977.

Simplemente la Administración, en ejercicio de las facultades de fiscalización que le atribuyó el Artículo 30 de la misma y al pedir el cumplimiento de uno de los requisitos a que está sometida la declaración de deudas por el Artículo 124 del Decreto 2053 de 1974 (conservar los documentos de cancelación de la deuda, por el término de la revisión oficiosa) la sociedad no sólo no los pudo presentar sino que los documentos que fueron produciéndose, contradecían o por lo menos desvirtuaban la existencia legal de la deuda. Pruebas en contra de su declaración fueron: su propia contabilidad sin soporte externo; la contradictoria e inexacta declaración de renta de la acreedora y la alegada naturaleza de extranjera de ésta y la imposibilidad jurídica de ejercer actividades financieras en el país, pues nunca fue comprobada su incorporación, ni autorización para el ejercicio de las actividades que permitieran realizar operaciones de crédito como el que se trató de probar.

No considera la Sala que se haya violado por la Administración ninguna de las normas invocadas por la demandante no obstante sus juiciosos alegatos. Tampoco influye en la decisión de la Sala la prueba de la aceptación que a este mismo pasivo le dio la Administración en el año siguiente de 1983 (Res.151 de dic.21/90) pues no sólo se trata de otro ejercicio, sino se desconocen las pruebas y alegatos presentados.

En mérito a lo expuesto y acorde con el Ministerio Público, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de octubre de 1989 en el juicio No. 6210.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA-Evolución

La Ley 52 de 1977 avanzó en cuanto a la responsabilidad del socio por la deuda fiscal de la sociedad y trató el tema distinguiendo los responsables directos de los indirectos y los casos de responsabilidad solidaria. Dentro de estos últimos está la contenida en el art. 3o. conforme a la cual responden con el contribuyente por el pago del tributo, " los socios de sociedades disueltas, hasta concurrencia del valor recibido en la liquidación social ", luego en el artículo 26 de la Ley 75 de 1986 se estableció la responsabilidad solidaria de toda clase de asociados en cualquier compañía, a prorrata del interés y durante el tiempo en que lo fueron pero esta disposición solamente rige a partir del año gravable de 1987, o sea sobre las liquidaciones correspondientes a los años gravables de 1987 y siguientes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto dieciséis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3136. Actor: Maristi Pereira Limitada. Autoridades Nacionales
FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la representante judicial del Ministerio de Hacienda, contra la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda del 6 de julio de 1990, mediante la cual anuló parcialmente las Resoluciones 02 del 28 de octubre y 704 del 28 de diciembre de 1988 dictadas por la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira.

ANTECEDENTES

La sociedad MARISTI PEREIRA LTDA, figuraba como deudora de Impuesto sobre la Renta por el año gravable de 1983 según Cuenta Corriente, por el año de 1982 según Liquidación de Revisión 191 de noviembre 27 de 1984 y por el año de 1984 según Liquidación provisional 131 de diciembre 23 de 1985. Con base en estas deudas la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira libró Mandamiento Ejecutivo (Dcto.2503/87, Art.103) por $1.116.699 contra la citada sociedad y además contra sus socios Alirio Loaiza Santa, Judith Henao Sierra de Loaiza y Efraín Aristizabal Z. el día 15 de septiembre de 1988 fecha en la cual fue notificado personalmente el señor Alirio Loaiza, Representante Legal de la citada sociedad.

Contra dicho mandamiento de pago la apoderada de los socios Alirio Loaiza y Judith Henao propuso excepciones que se resumen en la alegada " falta de título " contra los socios ya que si la demanda es por razón de impuestos o a cargo de la sociedad sólo podrían cobrarle a los socios los causados a partir de 1987 según el Artículo 26 de la Ley 75 de 1986 y que el señor Loaiza se había retirado de la Gerencia en mayo de 1984 y no podían responsabilizarlo por tales deudas de la compañía, que estaba disuelta.

La Administración de Impuestos dentro del trámite administrativo de cobro coactivo regulado por el Decreto 2503 de 1987 no aceptó las excepciones planteadas mediante las Resoluciones 02 y 704 de 1988 en las cuales no aceptó la afirmación sobre la disolución de la sociedad al decir que la apoderada no mencionó la Escritura 146 de enero 31 de 1983, Notaría 2a. sobre prórroga de la sociedad y que estando vigente los socios tienen responsabilidad sobre los negocios sociales y la obligación tributaria.

La DEMANDA además de pedir la nulidad de las citadas resoluciones concretó la pretensión de restablecimiento del derecho con relación a los poderdantes Alirio Loaiza y Judith Henao en el sentido de responder solidariamente con la sociedad MARISTI PEREIRA LTDA. hasta por el monto de su aportes al 27 de noviembre de 1984, en la cual se produjo la Liquidación final 191 de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira.

Citó como violados los Artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional. El Artículo 353 del Código de Comercio que consagra la responsabilidad de los socios hasta el monto de sus aportes; alegó errónea aplicación del literal b) del Artículo 3o. de la Ley 52 de 1977 que atribuye solidaridad de los socios pero en las sociedades disueltas, a prorrata de lo recibido en liquidación. Afirmó no ser aplicable el Artículo 26 de la Ley 75 de 1986 que consagra solidaridad por las deudas tributarias pero que se causen a partir del año de 1987 y atacó de falsa motivación las resoluciones por aplicar una norma relativa a sociedad disuelta cuando ésta no lo estaba, remitiéndose al efecto al certificado de la Cámara de Comercio de mayo de 1989.

La SENTENCIA materia del recurso que se estudia, desechó por improcedente los cargos de violación de los Artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional. Criticó a los Abogados defensores pues la primera apoderada alegó la disolución de la sociedad el 9 de febrero de 1983 y luego que no, lo que hizo incurrir en error a la Administración. Sobre el Artículo 353 del Código de Comercio afirma que no puede deducirse solidaridad alguna sino al contrario, responsabilidad independiente de socios y de la sociedad que responde con su patrimonio. Que la notificación del mandamiento de pago se hizo en septiembre 16 de 1988 ya vigente el Decreto 2503 de 1987, según el cual prestan mérito ejecutivo las liquidaciones de impuesto producidas antes según el Artículo 103 y siguientes pero, finalmente, anula en forma parcial las resoluciones acusadas en cuanto ordenan continuar la ejecución contra los socios, conservando la de la sociedad.

La APELACION de la entidad oficial se inicia con crítica a la defensa por haber variado de posición respecto a la prórroga de la sociedad; no participa de la interpretación del Artículo 353 del Código de Comercio que le dio el *a-quo* y afirma que no es posible a los socios sustraerse de sus obligaciones y responsabilidades y que no se ha probado la disolución de la sociedad sino el ánimo de no pagar sus deudas fiscales.

CONCEPTO FISCAL

La Dra. Olga Lucía Zuluaga Vásquez como Fiscal Sexta ante esta Corporación, luego de analizar y precisar varios aspectos de la responsabilidad de los socios sobre deudas fiscales de la sociedad, considera que la sociedad quedó disuelta por disposición legal sin necesidad de formalidad alguna el 9 de febrero de 1988 (sic) sin que pueda aceptarse la afirmación contraria hecha por la Cámara de Comercio y como los actos administrativos demandados y el mandamiento de pago son posteriores (sep.15, oct.28 y dic.28 de 1988) a la disolución de la sociedad, era plenamente válida la aplicación del Artículo 3o. de la Ley 52 de 1977 invocada por la Administración, lo que permite concluir que la excepción de inexistencia del título no se configuró, debiendo mantenerse la vinculación de los socios al cobro coactivo adelantado contra la sociedad por obligaciones fiscales anteriores a 1987.

Pide revocar la sentencia y confirmar la actuación administrativa.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO POR LA DEUDA FISCAL DE LA SOCIEDAD LTDA.

El tema central que se ha debatido en este proceso es el de la responsabilidad del socio de sociedad de responsabilidad limitada por el Impuesto sobre la Renta a cargo de ésta. Al efecto la Sala comienza por recordar algunas nociones sobre las cuales se dieron distintas versiones en el curso de la controversia, sobre aspectos que inciden en la comprensión del problema, a saber:

a) En principio, la obligación fiscal del pago del tributo recae en forma directa sobre el sujeto respecto de quien se realiza el hecho generador de la obligación sustancial y por ello son distintas la responsabilidad de la sociedad y la de sus socios. La independencia de las obligaciones de éstos tiene su soporte legal además del Artículo 353 del Código de Comercio, en la propia ley fiscal que señala como sujeto pasivo del impuesto a las sociedades de responsabilidad limitada, sin perjuicio del que les corresponde pagar a sus socios por sus aportes y participaciones (Dcto.2053/74 Art.5o).

b) Es la sociedad la que debe responder con su patrimonio por los impuestos a su cargo siendo el único deudor. La característica más destacada de la sociedad de responsabilidad limitada y que la distingue de las demás, es la de que aún perteneciendo al grupo de las denominadas de personas o *intuito personae,* el socio, por razón del contrato social, no responde sino hasta por el monto de su aporte, mas el valor adicional que pacte voluntariamente.

c) En términos generales las obligaciones son divisibles cuando existen varios deudores, caso en el cual, la regla es que cada uno es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda. La excepción a esta regla es la solidaridad y obligación *insolidum* en virtud de la cual se permite exigir a cada uno de los deudores el total de la deuda. Las fuentes de la solidaridad son la ley, la convención o el testamento y por ello siempre debe ser expresa (Art.1568 C.C.).

d) La obligación sustancial tributaria se origina al realizarse el presupuesto de hecho previsto en la ley como generador del tributo, pero es la liquidación impositiva como acto administrativo de carácter eminentemente declarativo la que establece la certeza y le da forma a la obligación y permite al sujeto activo exigir su pago. La liquidación no es un elemento interno constitutivo de la obligación sustancial, sino el ejercicio de la atribución constitucional de recaudar los impuestos, que se traduce en obligación de determinarlos y cobrarlos. De ahí que el " título ejecutivo " por excelencia en materia tributaria es la liquidación de impuestos (E.T. Art.828), que en cuanto a su forma y características está sujeta a la ley vigente en el momento en que se produzca.

En materia tributaria y más concretamente en el Impuesto sobre la Renta, dado el carácter personal y directo de este gravamen ha sido norma general la responsabilidad directa del contribuyente, pero progresivamente la legislación ha extendido la responsabilidad de su pago a otras personas, en aras a la efectividad del recaudo.

Inicialmente el Decreto 1651 de 1961 contempló en el Artículo 104 algunos casos de "responsabilidad solidaria", dentro de los cuales se destacan la de los socios respecto de las obligaciones de las sociedades de hecho y las de los comuneros con administración respecto de las deudas a cargo de la comunidad, entre otros, claramente señalados, pero no la estableció entre los socios de compañías regular y legalmente formadas.

La Ley 52 de 1977 avanzó más en esta materia y en sus Artículos 2o. a 6o. trató el tema de la responsabilidad por el pago del tributo distinguiendo los responsables directos de los indirectos y los casos de responsabilidad solidaria.

Dentro de estos últimos está la contenida en el literal b) del Artículo 3o. conforme a la cual responden con el contribuyente por el pago del tributo..." los socios de sociedades disueltas, hasta concurrencia del valor recibido en la liquidación social".

Consagra esta disposición la mencionada responsabilidad solidaria de los socios para con la obligación fiscal de la compañía en cualquier clase de sociedades, pero concretada al momento de la extinción del contrato social por disolución y liquidación del ente social. En consecuencia, de no tratarse de una sociedad disuelta o en proceso de disolución y liquidación no es posible aplicar la solidaridad a sus socios puesto que ésta, por ser la excepción, debe interpretarse en forma restrictiva.

Posteriormente en la reforma de 1986 al suprimirse la denominada "doble tributación", desgravando a los socios por las participaciones y dividendos, como mecanismo para reforzar la garantía del recaudo de los impuestos a cargo de las sociedades y además como medida de prevención de la evasión y elusión fiscales mediante la utilización de las llamadas " sociedades de papel ", en el Artículo 26 de la Ley 75 de 1986 se estableció la responsabilidad solidaria de toda clase de asociados en cualquier compañía, a prorrata del interés y durante el tiempo en que lo fueron, pero esta disposición solamente rige a partir de la año gravable de 1987, o sea, sobre las liquidaciones correspondientes a los años gravables de 1987 y siguientes, por ser éstas las primeras en las que se aplicó el régimen de desgravación a los socios.

Ambas normas mencionadas, tanto la de la Ley 52 de 1977 Artículo 3o, literal b), como el 26 de la Ley 75 de 1986 están vigentes e incorporadas en el Estatuto Tributario, en los Artículos 793 y 794.

EL CASO QUE SE DEBATE

Tenidos en cuenta algunos de los conceptos anteriormente expuestos, se analiza el caso que ha sido motivo de controversia y sobre el cual radica el recurso que se resuelve en esta providencia, con las siguientes consideraciones.

Mediante auto de decreto oficioso de pruebas (abril 5/91) la Cámara de Comercio de Pereira en respuesta del 23 de julio remite un certificado del cual se destaca que la sociedad constituída por Escritura 219 del 9 de febrero de 1978 quedó DISUELTA por vencimiento del término el día 9 de febrero de 1988.

Teniendo en cuenta que las deudas cobradas corresponden a los años gravables de 1983 y 1984, es decir, que no comprenden deudas por el año de 1987, (a las cuales se aplica el régimen de la Ley 75 de 1986) el día 15 de septiembre de 1988 (fecha

del mandamiento de pago) la situación de los socios estaba reglada por el Artículo 3o. de la Ley 52 de 1977, es decir, en principio podían soportar responsabilidad solidaria por deudas tributarias en proporción a lo que recibieran en la liquidación de la sociedad disuelta siete meses atrás en febrero de 1988.

Sin embargo, la vinculación al cobro de los socios en su condición de responsables solidarios no podía hacerse directamente en el mandamiento de pago, sin que a éste lo precediera un acto administrativo en el cual se analizarán las circunstancias de hecho y de derecho que los declaren responsables solidarios de la deuda a cargo de la sociedad. No existe tal acto, tan sólo la Administración produjo una carta de cobro al señor Alirio Loaiza Santa con la cual se refería a los impuestos determinados a la sociedad, pero sin ninguna fundamentación, ni precisión, ni forma de acto administrativo. En consecuencia, no podía la Administración incluir a los socios en el mandamiento de pago sin título que lo justificara, motivo por el cual la excepción alegada desde un principio por la apoderada de los socios es válida y así ha debido reconocerlo la Administración.

En consecuencia, aunque por razones distintas, debe ser confirmada la sentencia apelada en cuanto dispuso la anulación parcial de las Resoluciones 02 de octubre 28 de 1988 y 704 de diciembre 28 de 1988 en la parte que ordenaron continuar la ejecución contra los socios de MARISTI PEREIRA LTDA, Alirio Loaiza y Judith Henao y vigente en cuanto la ordenan contra dicha sociedad.

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 dictada en este proceso por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 6 de julio de 1990.

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; Guillermo Chanín Lizcano, Carmelo Martnez Conn, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA/ ANEXOS/ NORMA LOCAL/ PRUEBAS-Oportunidad/ **FALLO INHIBITORIO**-Improcedencia

La obligación que tienen los demandantes de acompañar a su libelo la prueba de la existencia de las normas jurídicas de alcance no nacional, no puede considerarse simplemente como un medio probatorio más, sino como uno de los elementos esenciales de las demandas que se encuentran dentro de estos casos específicos. No puede pretenderse que con la simple afirmación condicionada al "evento de no ser suficiente" el documento aportado, pueda considerarse como configurada la posibilidad de "solicitar del ponente que obtengan la copia correspondiente". A pesar del principio consagrado en la Constitución Nacional, que exige que en las decisiones de la administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial, ante la imposibilidad física y jurídica de efectuar la confrontación, es necesario negar las súplicas de la demanda y no un fallo inhibitorio.

DEMANDA-Requisitos/ **NORMA LOCAL** (Aclaración de voto)

La prueba de la norma local es uno de los requisitos formales a los cuales está condicionada la aceptación de la demanda. No todas las pruebas que pide el proceso son pruebas de los hechos en que se fundamenta la demanda. Hay algunos requisitos de la demanda para que ésta pueda considerarse en forma que exigen una prueba como la copia del acto acusado, la existencia y representación de las personas jurídicas privadas o el comprobante de depósito que siendo pruebas, no son de aquéllas a que se refieren los artículos 168, 209 y 214. Su falta en la demanda debe tener el tratamiento procesal del incumplimiento de los requisitos y condiciones de la demanda, o sea: la posibilidad de devolución para corregir (art. 143), la excepción por parte del demandado (arts. 144 C.C.A. y 97-7 del C. de P.C.)

Consejo de de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto diesciséis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3087. Actor: Compañía Suramericana de Construcciones S.A. Apelación sentencia de 20 de abril de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en juicio de restablecimiento del derecho del impuesto de Industria y Comercio del año fiscal de 1985.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 20 de abril de 1990, en la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad COMPAÑIA SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A., contra la actuación administrativa que le determinó el impuesto de Industria y Comercio de la vigencia fiscal de 1986, año gravable de 1985.

ANTECEDENTES

El promedio mensual de ingresos gravables que informó la sociedad demandante en su declaración de Industria y Comercio del año de 1985 y que sirvió de base para establecer el impuesto a cargo, fue adicionada, a través de un aforo oficial, por el Jefe de Impuestos del Municipio de Medellín, con los ingresos que obtuvo por ventas de acciones, así como los dividendos y participaciones recibidos por aportes en otras sociedades.

En la Resolución No. 4073 de octubre 15 de 1987, por medio de la cual el Jefe del Departamento de Impuestos conoció del recurso de reposición y en la Resolución No. SH-17-336 de 18 de diciembre de 1987 de la Secretaría de Hacienda de Medellín, que resolvió sobre la apelación subsidiaria, se mantuvo la adición oficial, por cuanto la actividad que dio origen al ingreso es de carácter eminentemente mercantil, sometida a este gravamen.

Ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, la actora alega violación de normas de orden nacional y local, en defensa del derecho de la sociedad de no llevar a la base gravable del impuesto de Industria y Comercio, el ingreso proveniente de la venta de activos fijos.

Afirma que las acciones adquiridas y enajenadas, no lo fueron dentro del giro ordinario de los negocios de la sociedad, tratándose por consiguiente de activos fijos, expresamente excluidos de impuesto.

Por otra parte, al estar tanto los dividendos como las participaciones gravados con el impuesto a la renta, no puede recaer sobre ellos otro gravamen, por la prohibición legal que tienen los Concejos Municipales de gravar objetos ya sometidos a gravamen de carácter nacional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo, por ausencia del requisito procesal de la demanda en forma. La actora, que señaló como violadas en la demanda normas del Acuerdo 47 de 1983, presentó una fotocopia autenticada ante Notario del mencionado estatuto local, documento que no fue aceptado por el *a-quo,* en ausencia no sólo de la autorización de la corporación que lo produjo, sino también por cuanto la copia presentada no parecía corresponder al Acuerdo definitivo, sino a su proyecto.

LA APELACION

Afirma el apoderado de la sociedad actora al recurrir, que en la demanda se manifestó expresamente que si alguno de los documentos aportados con ésta, entre los cuales se encontraba la fotocopia del Acuerdo 47 de 1983, no era suficiente para el Tribunal, se solicitaba a la oficina del caso el envío en original o copia auténtica, de los actos respectivos; por tanto, si el Tribunal encontró que el documento aportado no era la prueba adecuada, ha debido tener a la solicitud de la demanda y ordenar el envío del Acuerdo. Por la razón y por cuanto la jurisprudencia en que se basó el *a-quo* para su decisión, no es aplicable al caso controvertido, sostiene que fue improcedente el fallo inhibitorio, el cual deberá revocarse.

Reitera los argumentos expuestos sobre el aspecto de fondo del litigio, relacionado con el derecho de la demandante a no ser gravada sobre sus ventas de activos fijos y sus ingresos provenientes de dividendos y participaciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación, no comparte la decisión inhibitoria del Tribunal. Como el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo admite la posibilidad de que el demandante solicite al ponente que obtenga copia de la norma de alcance no nacional y esto fue lo pedido en la demanda, debe entenderse que la fotocopia del Acuerdo presentada con ésta fue considerada suficiente por el *a-quo,* quien admitió la demanda sin objeción alguna, siendo improcedente eludir el estudio de fondo del asunto, por su propio error.

En cuanto a la adición al ingreso de las sumas obtenidas por venta de acciones, sostiene que al obrar en el expediente prueba de que dichas acciones eran activos fijos de la Compañía, al no estar sometido este concepto al gravamen de Industria y Comercio, debe ser excluido de los ingresos sometidos a impuestos. En cuanto a la inclusión como ingresos gravables de los dividendos y participaciones, la considera improcedente, por soportar estos conceptos el impuesto de renta, constituyendo su inclusión para efectos de Industria y Comercio, una doble tributación.

Solicita así la revocación del fallo inhibitorio y en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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. Determina así la ley que las normas de carácter local son hechos sujetos a prueba, sometidos a lo dispuesto en los artículos 137, 209 y 214 del C.C.A., sobre la oportunidad legal para pedirlas, decretarlas, así como su procedencia y frente de éstas categóricas disposiciones, no le es dable al juzgador cambiar la necesidad de su demostración y aceptarlas como un hecho probado.

Se censura en el presente caso la actuación de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Medellín, en cuanto tomó como ingresos sujetos a impuesto de Industria y Comercio, la utilidad que obtuvo la demandante durante el año gravable de 1985 en venta de activos fijos -acciones-, así como los dividendos y participaciones producidos por inversiones en otras sociedades. Se afirmó en la demanda, que con ésta actuación se violaron precisas disposiciones de la ley 14 de 1983 y los artículos 1o., 7o., 8o., 9o., 15 y 16 del Acuerdo 47 de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Medellín. Con el fin de cumplir con la exigencia legal de acompañar copia del Acuerdo con la demanda, se acompañó a la misma una fotocopia autenticada ante Notario, la cual no fue aceptada como válida por el Tribunal y lo llevó a proferir una decisión inhibitoria.

Por su parte, el recurso de apelación se centra sobre la petición que se consignó en la demanda, que en el evento que los documentos aportados a ella -incluido el Acuerdo 47 de 1983- no eran considerados " suficientes " por el Tribunal, se pidiera a la oficina del caso el envío del original o copia auténtica del acto. Se afirma que si el Tribunal omitió dar cumplimiento a ésta petición, el hecho no puede dar lugar a una decisión inhibitoria.

Definido se encuentra ya por la jurisprudencia, que la obligación que tienen los demandantes de acompañar a su libelo la prueba de la existencia de las normas jurídicas de alcance no nacional, no puede considerarse simplemente como un medio probatorio más, sino como uno de los elementos esenciales de las demandas que se encuentren dentro de éstos casos específicos. Su procedencia ante la jurisdicción depende del momento y la forma como haya sido pedida y el cual no puede ser otro que el señalado en el numeral 5o. del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

No puede en consecuencia pretenderse que con la simple afirmación condicionada al "evento de no ser suficiente" el documento aportado, pueda considerarse como configurada la posibilidad consignada en el artículo 141 del

C.C.A. de " solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente", por no haber sido ésta una solicitud expresa, sino condicionada y por tanto sujeta a la discrecionalidad del fallador.

La omisión del cumplimiento de la obligación del demandante dentro de la oportunidad procesal, impidió que la copia aportada con el memorial por medio del cual se sustentó el recurso de apelación, pudiera ser objeto de análisis y confrontación en la segunda instancia, por no encontrarse justificada su presentación en ninguna de las causales exigidas en el artículo 214 del C.C.A. sobre procedencia de las pruebas en la segunda instancia. Así lo decidió el ponente en Auto de fecha diciembre 18 de 1990, el cual, al no ser recurrido, se encuentra debidamente ejecutoriado.

Es así como, a pesar del principio consagrado en el artículo 228 de la Constitución Nacional, que exige que en las decisiones de la administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial, ante la imposibilidad física y jurídica de efectuar la confrontación de la operación administrativa acusada, con el texto debidamente autenticado de la norma regional que se afirma violada y por cuanto el estudio de la violación de normas de carácter nacional, tendría que basarse en la aplicación que de estas disposiciones generales se hizo en el Acuerdo Municipal, es necesario negar las súplicas de la demanda y no un fallo inhibitorio como lo decidió el Tribunal, pues para demostrar los cargos de violación señalados en ella, debió primero *probarse* la existencia de la norma local.

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

FALLA :

Revócase la sentencia apelada y en su lugar se niegan 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, Aclara el Voto; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3087. Actor: Compañía Suramericana de Construcciones S.A. Fallo del 16 de agosto de 1991.

La exigencia del artículo 141 de la norma de alcance local, no la considero un hecho sometido a las normas que regulan la petición y práctica de las pruebas de los hechos en que se funda la demanda, como uno de los elementos de la causa *petendi* y por ello no comparto el párrafo inicial de la pág. 5, que remite a los artículos 137, 209 y 214.

Mas bien estimo que la prueba de la norma local es uno de los requisitos formales a los cuales está condicionada la aceptación de la demanda cuando el art. 143 se refiere a " los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores " y dentro de ellos está el del 141.

No todas las " pruebas" que pide el proceso son pruebas de los hechos en que fundamenta la demanda. Hay algunos requisitos de la demanda para que ésta pueda considerarse " en forma " que exigen una prueba como la copia del acto acusado, la existencia y representación de las personas jurídicas, privadas o el comprobante del depósito (arts. 139 y 140) que siendo *pruebas,* no son de aquellas a que se refieren los artículos 168, 209 y 214.

Su falta en la demanda debe tener el tratamiento procesal del incumplimiento de los requisitos y condiciones de la demanda, o sea: la posibilidad de devolución para corregir (art. 143), la excepción por parte del demandado (art. 144 C.C.A. y 97-7 C. de P.C.). De no lograrse por alguno de estos medios habrá lugar a fallo inhibitorio.

Jaime Abella Zárate.

Santafé de Bogotá D.C. agosto 23 de 1991.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Efectos/ **RECURSO DE APELACION**-Improcedencia/ **PRINCIPIO DE CELERIDAD**

La revocatoria directa, si bien se ejercita ante la mismas autoridades administrativas que expidieron el acto, o ante su inmediato superior, no conlleva agotamiento de la vía gubernativa, ya que ella, por disposición de la ley, opera unicamente en los casos descritos por el artículo 63 del C.C.A. En segundo lugar, en cuanto a la simultánea interposición (subsidiaria) del recurso de apelación, con la petición de revocatoria directa, se trata obviamente de dos peticiones excluyentes, de modo que sólo la principal debe ser tenida como válida. Este es el sentido que se deriva de la prohibición del art. 70 del C.C.A., para solicitar la revocatoria directa si ya se han ejercitado los recursos en la vía gubernativa y encuentra su justificación en el principio de celeridad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto dieciséis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3684. Actor: Ferretería Surtiniples Ltda. Apelación auto de 26 de abril de 1991 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.
Nulidad y restablecimiento del derecho.
Derechos de Aduana.
AUTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora contra el auto de 26 de abril de 1991 mediante el cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca inadmitió la demanda instaurada contra las Resoluciones Nos. 497 de 31 de mayo de 1990 y 1036 de 7 de noviembre de 1990 de la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura por las cuales se formuló cuenta adicional a cargo de la sociedad por concepto de derechos de importación.

A- ANTECEDENTES

1. La Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura mediante Resolución 0497 de 1990, formuló a la sociedad demandante cuenta adicional por $4.995.970 por concepto de derechos de importación relacionados con la declaración de despacho para consumo No. 00365 de 1989 liquidada inicialmente por valor de $555.107.oo (fl. 64).

2. La actora no interpuso contra dicho acto los recursos correspondientes en la vía gubernativa, sino que presentó escrito en que solicitó la revocatoria directa de la Resolución 0497 de 1990.

3. La Administración mediante Resolución 1036 de 1990 resolvió la solicitud de revocatoria directa, confirmando el acto administrativo objeto de la petición (fl. 66).

4. La sociedad presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los anteriores actos administrativos aduciendo:

a. Debido agotamiento de la vía gubernativa al interponerse simultaneamente con la solicitud de revocación directa, el recurso de apelación (fl. 50).

b. Violación de normas de superior jerarquía (entre ellas el Código Aduanero), por cuanto cumplió la sociedad importadora los requisitos exigidos para la importación hecho desconocido por la Administración al formular la cuenta adicional (fl. 51).

5. El Tribunal inadmitió la demanda en providencia de 26 de abril de 1991 por cuanto: "no se dio el agotamiento debido de la vía gubernativa porque con la solicitud de revocatoria directa no se presenta esta circunstancia " (fl. 71).

6. La actora interpone recurso de apelación contra el anterior auto, insistiendo en el debido agotamiento de la vía gubernativa (fl. 73).

B- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, al tratar sobre la posibilidad de demandar ante lo contencioso administrativo, preceptúa:

> " Posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos particulares. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.
>
> " El silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa.

"Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos."

2. En el caso de autos la actora no ejercitó contra la resolución 0497 de 1990 los recursos pertinentes por la vía gubernativa, sino que, solicitó su revocatoria directa, impetrando subsidiariamente el recurso de apelación.

3. En primer lugar, en cuanto a la revocatoria directa, si bien se ejercita ante las mismas autoridades administrativas que expidieron el acto, o ante su inmediato superior, no conlleva agotamiento de la vía gubernativa, ya que ella, por disposición de la ley, opera unicamente en los casos descritos por el artículo 63 C.C.A., es decir, cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso obligatorio para el efecto, o cuando los recursos interpuestos hayan sido decididos, y precisamente una de las condiciones para pedirse la revocatoria directa es no haber ejercitado los recursos de la vía gubernativa (artículo 70 C.C.A.).

4. En segundo lugar, en cuanto a la simultánea interposición (subsidiaria) del recurso de apelación, con la petición de revocatoria directa, se trata obviamente de dos peticiones excluyentes, de modo que sólo la principal debe ser tenida como válida. Este es el sentido que se deriva de la prohibición del artículo 70 del C.C.A., para solicitar la revocatoria directa si ya se han ejercitado los recursos en la vía gubernativa y encuentra su justificación en el principio de celeridad (artículo 2 C.C.A.) en cuanto a suprimir trámites innecesarios, pues si ya se dio la oportunidad a la administración de pronunciarse respecto de un asunto, (ya sea solicitando la revocatoria directa o recurriendo) resulta innecesario volver a someter a su consideración el mismo asunto a través del medio no empleado inicialmente.

En esto está interesada además la necesidad de seguridad de las situaciones jurídicas y de que haya un término para las actuaciones administrativas, por ello, contempla el Código la prohibición de que la solicitud de revocatoria directa o su decisión revivan términos legales para el ejercicio de las acciones contenciosos administrativas, o den lugar a la aplicación del silencio administrativo (artículo 72 C.C.A.).

5. La actuación de la sociedad importadora, en cuanto solicitó en forma principal la revocatoria directa y subsidiariamente la apelación, se constituiría en un mecanismo tendiente a burlar dicha prohibición que no puede estimar, por tanto, la Sala de recibo. Por ello, no tiene virtualidad alguna la petición subsidiaria de apelación, en el escrito de petición de revocatoria directa.

6. Por todo lo anterior, encuentra el Consejo de Estado, ajustada a derecho la decisión del *a-quo,* por lo cual procederá a confirmar el auto impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

RESUELVE :

CONFIRMASE el auto apelado.

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

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Consuelo Sarria Olcos, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE-Terminación/ **POTESTAD REGLAMENTARIA/ CIRCULAR EXTERNA**

La Circular demandada determina un serie de requisitos, obligaciones y plazos, a cargo del banco que termina unilateralmente el contrato de cuenta corriente bancaria, no contemplados en el artículo 1389 del Código de Comercio por lo que más que una simple instrucción, constituye materialmente una verdadera reglamentación de la misma, que no se puede entender por tanto, como destinada a lograr simplemente su cabal aplicación, sino que dispone al lado de la única obligación para el banco (pagar los cheques mientras exista provisión de fondos) otras adicionales, para lo cual no es suficiente una atribución meramente instructora.
ANULASE la circular externa número 044 de 1989 (mayo 17) de la Superintendencia Bancaria.

INTERMEDIACION FINANCIERA/ SUPERINTENDENTE BANCARIO-Facultades/ **POLICIA ADMINISTRATIVA/ POTESTAD REGLAMENTARIA**

La actividad de intermediación financiera es un servicio público y la policía administrativa ejercida respecto de ella por la Superintendencia Bancaria busca la tutela del orden público económico con miras a los fines superiores atribuidos al Estado por nuestra Carta Constitucional; pero no puede compartir esta Corporación que ello autorice al Superintendente Bancario para expedir actos reglamentarios de las leyes ni de normas con tal jerarquía, ni mucho menos, actos administrativos que se les opongan manifiestamente, sin desconocer, de otra parte, el hecho de que la reglamentación de normas superiores por quien no tiene facultad para ello es igualmente una franca violación de las disposiciones reglamentadas.

CHEQUE NO NEGOCIABLE/ SUPERINTENDENTE BANCARIO-Facultades/ **SUSPENSION PROVISIONAL** (Aclaración de voto)

El establecimiento del plazo de seis meses como término hasta el cual la Circular prevé la posibilidad de pagar cheques girados con anterioridad a la cancelación de la cuenta, a simple vista me parece contradictorio con el segundo inciso del artículo 1389 del Código de Comercio que ordena pagarlos " mientras exista provisión de fondos". Por ello apruebo la suspensión de este aparte de la Circular, no así de las demás instrucciones impartidas como el preaviso con dos semanas de antelación y el registro en el expediente del cliente, que son procedimientos adecuados a la cabal aplicación del artículo 1389 del C. de Co. y otras normas, para prescribir los cuales el Superintendente está facultado, máxime cuando la finalidad expresada de la Circular es la de corregir una práctica nociva a los intereses del cuenta-corrientista y tenedores de documentos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, agosto veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3380. Actor: Hugo A. Restrepo Montoya C/ La Nación Superintendencia Bancaria. Nulidad de la Circular Externa No. 044 de 17 de mayo de 1989 de la Superintendencia Bancaria.
FALLO

Decide la Sala la demanda de nulidad instaurada por Hugo A. Restrepo Montoya, C.C. No. 10.482.959 de Santander de Quilichao (Cauca), contra la Circular Externa No. 044 de 17 de mayo de 1989 de la Superintendencia Bancaria sobre terminación unilateral del contrato de cuenta corriente bancaria por parte de los establecimientos bancarios.

A- ANTECEDENTES

1. La Superintendencia Bancaria expidió la circular mencionada estableciendo requisitos, plazos y obligaciones para el evento de la referida terminación unilateral, así como indicando las sanciones procedentes en el caso de su incumplimiento (fl. 2).

2. El actor demandó la nulidad de la circular, aduciendo violación del artículo 1389 del Código de Comercio por cuanto establece aquélla, plazos especiales, sanciones y límites no queridos por el legislador de 1971, asumiendo así, el Superintendente Bancario, funciones que no le competen en su calidad de simple instructor a las instituciones vigiladas sobre el cumplimiento de las normas y disposiciones pertinentes (fls. 15 y ss.). Solicitó igualmente, la parte demandante, la suspensión provisional del mencionado acto administrativo (fl. 22).

3. El Consejo de Estado suspendió provisionalmente la circular acusada, por considerar que presenta manifiesta violación del artículo 1389 del C. de Co. (fl. 28).

4. La entidad demandada dio contestación a la demanda, argumentando:

a. La falta de oposición entre la circular y la disposición del Código de Comercio, tratándose más bien, la circular, de una instrucción complementaria, dirigida a dar cabal cumplimiento a la norma del estatuto comercial y evitar la pérdida de credibilidad en el cheque como medio de pago (fl. 51).

b. Que el sistema de supervisión del sector financiero involucra una "capacidad reguladora" reflejo del intervencionismo del Estado que en manera alguna presupone -como lo sostiene el censor- la abrogación de una función propia del Congreso o del Presidente de la República" (fl. 52).

c. Que la actividad de policía administrativa radicada en cabeza del Superintendente Bancario, dada la calidad de servicio público de la intermediación financiera y la finalidad de tutela del orden público económico que la orienta, otorga a dicha autoridad una amplia *"facultad normativa"* (fls. 66 y ss.).

5. La Fiscalía Tercera de la Corporación, representada por el doctor Jaime Ossa Arbeláez, solicita la denegatoria de las pretensiones de la demanda, por considerar que:

a. La circular contribuye a dar cabal aplicación a la norma del C. de Co. para lo cual está facultado el Superintendente Bancario (fl. 92).

b. Coincidiendo con la entidad demandada, el Superintendente Bancario tiene una amplia facultad normativa, desarrollo del principio de intervención del Estado, que le permite adoptar medidas como la acusada (fl. 93).

B- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos son los aspectos a considerar por la Sala para efectos de dilucidar si la circular acusada se aviene con el ordenamiento jurídico o lo contradice y debe ser declarada nula: El primero, relativo a la naturaleza y alcances del acto acusado y el segundo, atinente a las facultades del Superintendente Bancario.

En cuanto a lo primero, si se estima que el acto acusado solo contiene simples instrucciones para el cabal cumplimiento del Código de Comercio se estaría en presencia del ejercicio de la facultad de impartir instrucciones que tiene dicho funcionario, pero si se admite que la circular aludida extralimita el mero campo instructivo para adentrarse en aspectos normativos y reglamentarios habría que concluir que dicho acto administrativo adolecería de las fallas constitucionales y legales que el demandante le endilga.

Con respecto a lo segundo, es indudable que debe precisarse el alcance de las atribuciones del Superintendente Bancario y particularmente si " la amplia facultad normativa " de que, según la parte demandada está investido dicho funcionario, le permite adoptar medidas como la que contiene el acto acusado.

1. Alcances del acto acusado.

Afirma la entidad demandada que la circular es una simple instrucción dirigida a la cabal aplicación del artículo 1389 del C. de Co. y que en ningún caso se le opone. Por su parte, argumenta la demandante que su contenido es más amplio que ello.

Para la Sala, es claro que la circular en mención no sólo no se limita a instruir, sino que amplía, reglamenta y aún contradice la norma superior. Se observa:

a. Los numerales primero y segundo de la circular, determinan una serie de requisitos, obligaciones y plazos, a cargo del banco que termina unilateralmente el contrato de cuenta corriente bancaria, no contemplados en el artículo 1389 del estatuto comercial por lo que más que una simple instrucción, constituye materialmente una verdadera *reglamentación* de la misma, que no se puede entender por tanto, como destinada a lograr simplemente su cabal aplicación, sino que dispone, al lado de la única obligación para el banco que se deriva del artículo 1389 (pagar los cheques girados mientras exista provisión de fondos), otras adicionales, para lo cual no es suficiente una atribución meramente instructora, conclusión ésta que remite al segundo asunto, que adelante se analizará en estas consideraciones.

b. El numeral tercero de la circular demandada, establece un plazo máximo (seis meses) en el cual estará obligado el banco a pagar los cheques girados, introduciendo así, una limitante de orden temporal, inexistente en el artículo 1389, con lo que se presenta una clara oposición con esta norma, en cuanto ella, no quiso limitar en el tiempo la obligación de la entidad bancaria que termina unilateralmente el contrato de cuenta corriente bancario, al paso que el acto administrativo sí lo hace.

Como conclusión de los literales anteriores, no es esta circular una simple instrucción para el cumplimiento de la norma superior, sino que es una verdadera reglamentación de la misma, además de oponerse manifiestamente a ella.

2. La cobertura de las facultades del Superintendente Bancario.

Afirma la demandada, que el Superintendente Bancario tiene "una amplia facultad normativa" derivada del hecho de ser la actividad financiera un servicio público, por lo cual, su vigilancia administrativa está interesada en la tutela del orden público económico. Por su lado, la demandante impugna tal amplitud de atribuciones.

Está de acuerdo la Sala con que la actividad de intermediación financiera es un servicio público y que además la policía administrativa ejercida respecto de ella por la Superintendencia Bancaria busca la tutela del orden público económico con miras a los fines superiores atribuidos al Estado por nuestra Carta Constitucional; pero no puede compartir esta Corporación que ello autorice al Superintendente Bancario para expedir actos reglamentarios de las leyes ni de normas con tal

jerarquía, mucho menos, actos administrativos que se les opongan manifiestamente, sin desconocer, de otra parte , el hecho de que la reglamentación de normas superiores por quien no tiene facultad para ello es igualmente una franca violación de las disposiciones reglamentadas.

El anterior hecho no es desvirtuado por el carácter interventor del Estado, el cual radica atribuciones especiales en cabeza del legislador y del Gobierno Nacional, que bien pudieran abarcar los contenidos incluidos en la circular acusada, pero que por lo mismo, no autorizan al Superintendente Bancario para hacerlo.

En razón de lo anterior, estima la Sala que la circular impugnada no es simple instrucción para el cabal cumplimiento del artículo 1389 del C. de Co., sino que se trata de una verdadera reglamentación del mismo, y aún de una modificación de dicha norma legal, según lo considerado anteriormente, al referirse a aspectos para los cuales no tiene atribución el Superintendente Bancario pues ellos están reservados al legislador, por lo cual, se procederá a anular dicho acto administrativo.

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 :

ANULASE la Circular Externa No. 044 de 17 de mayo de 1989 de la Superintendencia Bancaria.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente, Aclara voto; *Consuelo Sarria Olcos,* Salva Voto; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

CHEQUE NO NEGOCIABLE/ SUSPENSION PROVISIONAL (Salvamento de voto)

A mi juicio, la declaratoria de nulidad ha debido limitarse al ordinal tercero en cuanto establece un plazo de seis meses durante el cual el Banco pagará los cheques girados con anterioridad a la cancelación de la cuenta, lo anterior porque dicha previsión es manifiestamente contradictoria con lo dispuesto por el artículo 1389 del Código de Comercio. Pero en relación con las demás instrucciones contenidas en la circular externa 0044 de 1989 tales como la de avisar con dos semanas de antelación al titular de la cuenta y la del registro en el expediente del cliente, a mi juicio no se presenta ninguna de las causales de anulación de los actos administrativos, toda vez que se trata de medidas de carácter administrativo que buscan dar cabal cumplimiento al citado artículo 1389 del Código de Comercio.

ACLARACION VOTO DEL DR. JAIME ABELLA ZARATE.

Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3380. Actor: Hugo A. Restrepo Montoya. Fallo del 8 de marzo/91.

El establecimiento del plazo de seis meses como término hasta el cual la Circular prevé la posibilidad de pagar cheques girados con anterioridad a la cancelación de la cuenta, a simple vista me parece contradictorio con el segundo inciso del art. 1389 del Código de Comercio que ordena pagarlos " mientras exista provisión de fondos ", aunque obviamente por razones de general conveniencia no se justifica mantener indefinidamente abiertas cuentas ya canceladas.

Por ello apruebo la suspensión de este aparte de la Circular, no así la de las demás instrucciones impartidas como el preaviso con dos semanas de antelación y el registro en el expediente del cliente, que son procedimientos adecuados a la cabal aplicación del artículo 1389 del C. de Co. y otras normas, para prescribir los cuales

el Superintendente Bancario está facultado, máxime cuando la finalidad expresada de la Circular es la de corregir una práctica nociva a los intereses del cuentacorrientista y tenedores de documentos.

Jaime Abella Zárate.

Bogotá, marzo 12 de 1991.

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Radicación 3380. Actor: Hugo A. Restrepo Montoya.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS.

Con todo respeto, no comparto la decisión que antecede en cuanto anula la totalidad de la Circular Externa # 0044 de Mayo de 1989 expedida por la Superintendencia Bancaria.

A mi juicio, la declaratoria de nulidad ha debido limitarse al ordinal tercero en cuanto establece un plazo de seis meses durante el cual el Banco pagará los cheques girados con anterioridad a la cancelación de la cuenta.

Lo anterior, porque tal como se estableció por la Sala al resolver sobre la suspensión provisional, dicha previsión es manifiestamente contradictoria con lo dispuesto por el artículo 1389 del Código de Comercio, según el cual el banco debe pagar cheques girados, mientras exista provisión de fondos.

Pero en relación con las demás instrucciones contenidas en la circular demandada tales como la de avisar con dos semanas de antelación al titular de la cuenta y la del registro en el expediente del cliente, a mi juicio no se presenta ninguna de las causales de anulación de los actos administrativos, toda vez que se trata de medidas de caracter administrativo que buscan dar cabal cumplimiento al citado artículo 1389 del Código de Comercio, para tomar las cuales la citada Superintendencia tiene competencia por tratarse de medidas que buscaban corregir una práctica nociva, de conformidad con lo dispuesto desde la vigencia de la ley 45 de 1923 y posteriormente en el Decreto 1939 de 1986.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha ut supra.

ACTO ADMINISTRATIVO-Ineficacia/ **NOTIFICACION TRIBUTARIA/ NULIDAD PROCESAL/ INSPECCION TRIBUTARIA/ NOTIFICACION**

La notificación de "los autos que ordenan inspecciones tributarias" en el caso de sociedades debe hacerse a algunos de sus Representantes Legales por ser las únicas personas facultadas para vincularla al procedimiento de determinación o de discusión de los tributos. Como dentro de los antecedentes administrativos allegados al proceso se encuentra acreditado que aquél se notificó al contador de la empresa y que ni el Gerente, ni ningún otro Representante Legal intervino en ella, resulta que la diligencia no se surtió en debida forma, y por ende no produce efectos legales, vale decir es ineficaz. La falta de notificación en debida forma del auto comisorio implica la invalidez de la diligencia y por ende ésta no adquiere la calidad de prueba que permita sustentar validamente la actuación sancionatoria de la Administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3229. Actor: Sociedad Helivalle Ltda.
Impuesto Renta.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la SOCIEDAD HELIVALLE LTDA., contra la sentencia No. 050 del 6 de agosto de 1990, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, dirigida contra los actos administrativos que le impusieron sanción por libros de contabilidad por el período fiscal de 1985.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Por Auto Comisorio 12 de enero 19 de 1988, se decretó inspección a los libros de comercio de la sociedad, acto que fue notificado al Contador de la misma.

Como resultado de la anterior diligencia, la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira, produjo el " Acta de Visita " de fecha febrero 8 del mismo año, en donde se insinuó la sanción por libros por atraso en éstos, de conformidad con lo previsto por los Artículos 63 literal f) y 64 del Decreto 2503 de 1987. Sanción ésta que debía de aplicarse en resolución independiente y una vez conocidas por la Administración las bases para su cuantificación, y así se hizo por providencia número 4 del 16 de diciembre de 1988.

Por Resolución 11 del 25 de abril de 1989 se desató el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución número 4 y ésta fue confirmada.

Ratificó el fallador la sanción porque el movimiento contable registrado en los libros de la empresa, el 8 de febrero de 1988, cuando se inició la visita, reflejaba un atraso superior a cinco meses y el libro de inventarios mostraba unicamente su movimiento hasta el año 1985.

La nulidad de lo actuado, invocada por el actor con fundamento en la indebida notificación del auto comisorio de 1988, como quiera que éste se notificó al Contador de la empresa y no al Representante Legal de la misma, fue negada por el *a-quo,* principalmente bajo el argumento de la diferencia que existe entre los actos de la Administración, siendo el auto comisorio una actuación unilateral que no vincula a otras personas.

Y por improcedente igualmente negó la incompetencia alegada en relación con el funcionario que profirió el auto en cuestión.

Ante la jurisdicción la reclamante solicita se declare la nulidad de los actos administrativos en cita y en consecuencia se declare que la sociedad no está obligada a cancelar suma alguna por la sanción que por libros de contabilidad se le impuso.

Cita como disposiciones violadas las siguientes:

- Artículo 26 de la Constitución Nacional
- Artículo 77 del Decreto 2503 de 1987
- Artículos 75 y 76 de la Ley 52 de 1977
- Artículos 98, 110 y 358 del Código de Comercio y
- Artículo 2o. del Decreto Reglamentario 1354 de 1987

Con respaldo en tratadistas como Largacha Miguel y Posse Velásquez Daniel, sostiene en síntesis el reclamante que, si bien es cierto que los actos de trámite son anulables sólo por excepción, no lo es menos que éstos deben satisfacer los requisitos de fondo y de forma que establece la ley, *so* pena de afectar la validez del acto definitivo.

En el caso dice, como la sanción por atraso en los libros se impuso por Resolución independiente, previamente se debió dictar auto que ordenara la práctica de la inspección tributaria y notificarse personalmente o por correo como lo ordena el Artículo 77 del Decreto 2503 de 1987 hoy Artículo 565 del Estatuto Tributario.

Como no sucedió así porque el auto número 12 de enero 19 de 1988, no se notificó o aceptando en gracia de discusión, se notificó al Contador de la empresa y no a quien legalmente representaba a la sociedad, de acuerdo con los Artículos 75 y 76 de la Ley 52 de 1977 y Artículos 98, 110 y 358 del Código de Comercio, se violó el derecho de defensa y por ende se tipificó un vicio de procedimiento que anula la actuación posterior.

Asimila el auto comisorio al auto admisorio de la demanda, e insiste también en la incompetencia de quien profirió aquel auto.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no accedió a las pretensiones del actor. No comparte el *a-quo* la asimilación que hace el demandante del auto comisorio con el admisorio de la demanda, ni admite la nulidad por incompetencia de quien profirió el auto comisorio, porque quien lo expidió sí la tenía en virtud del Artículo 61 del Decreto 2543 de 1987.

LA APELACION

El apoderado recurrente reitera los argumentos consignados en la demanda y además se queja de que la sentencia apelada omita emitir pronunciamiento sobre la controvertida notificación del auto comisorio.

PARTE OPOSITORA

El apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales se opone a las pretensiones de la compañía y solicita se confirme en todas sus partes la sentencia apelada.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de la Corporación, Dra. Margarita Olaya de Obando, afirma que como de acuerdo con el Artículo 77 del Decreto 2503 de 1987, deben notificarse entre otros actos administrativos, los autos que ordenan inspecciones

tributarias, el auto comisorio 12 de enero 19 de 1988 que ordenó: " adelantar investigación sobre la contabilidad del contribuyente HELIVALLE LTDA. con el fin de verificar y establecer los valores que para efectos del Impuesto sobre la Renta debió declarar por el año de 1985..." obviamente debe notificarse al Representante Legal de la sociedad, según lo previsto por el Artículo 572 del Estatuto Tributario, literal c).

Obrando en el expediente prueba de que el señor MILTON MOSQUERA, no era para el 8 de febrero de 1988, quien legalmente representaba a la contribuyente, forzoso es concluir que la orden de inspección tributaria no se notificó en legal forma y por lo tanto vicia no sólo la diligencia misma realizada con fundamento en dicho auto, sino también la actuación posterior.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Sabido es que la actuación de los funcionarios públicos está subordinada a la ley y cuando los procedimientos están prescritos en ella, no hay disculpa válida para desobedecerlos, sin que sea dable establecer diferenciaciones o categorías, para concluir que con relación a unos se cumple y a otros no. El principio del debido proceso según nuestro ordenamiento constitucional, cobija también a los llamados procedimientos administrativos.

En el derecho tributario en ocasiones el legislador se ha ocupado de detalles al parecer de menor importancia, pero sin embargo ellos corresponden a principios básicos. Así por ejemplo en materia de notificaciones ha dictado reglamentos minuciosos como en ninguna otra especialidad, pero es porque en este campo la información de los actos adquiere singular importancia y el cumplimiento de su rito está en favor tanto del contribuyente como de la propia Administración.

El Artículo 77 del Decreto 2503 de 1987 determina cuáles actuaciones de la Administración de Impuestos deben notificarse, y entre ellas se encuentran " los autos que ordenan inspecciones tributarias". Es obvio que esta notificación en el caso de sociedades debe hacerse a alguno de sus Representantes Legales por ser las únicas personas facultadas para vincularla al procedimiento de determinación o de discusión de los tributos (Art.556 E.T.).

El Auto No. 12 de enero 19 de 1988 que ordenó la inspección contable a los libros de comercio de la sociedad, entonces, obligatoriamente debió notificarse personalmente o por correo a quien en la época tenía la representación legal de la firma.

Como dentro de los antecedentes administrativos allegados al proceso se encuentra acreditado que, aquél se notificó al iniciarse la diligencia de inspección al señor Milton Mosquera V., Contador de la empresa y que ni el Gerente, ni ningún otro Representante Legal invervino en ella, resulta que la diligencia no se surtió en debida forma, y por ende no produce efectos legales, vale decir es ineficaz.

La falta de notificación en debida forma del auto comisorio implica la invalidez de la diligencia y por ende ésta no adquiere calidad de prueba que permita sustentar válidamente la actuación sancionatoria de la Administración.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, acorde con la señora Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

1o. REVOCASE la sentencia apelada que dictó el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 6 de agosto de 1990 en el juicio No. 16331.

2o. En su lugar, DECLARASE nula la operación administrativa por medio de la cual se impuso sanción por libros de contabilidad por el año gravable de 1985, a la contribuyente SOCIEDAD HELIVALLE LIMITADA identificada con el NIT: 60.010.394.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

SANCION TRIBUTARIA/ PRESCRIPCION/ LIQUIDACION DE REVISION-Término

Es lógico que si la sanción por no identificar y relacionar los ingresos obtenidos en el año gravable de 1984, se aplicó como consecuencia del proceso de investigación, iniciado con requerimiento ordinario, seguido de requerimiento especial que suspendió el término de revisión por el plazo de tres meses concedido para su respuesta, la prescripción de la sanción queda sujeta o ligada al término de prescripción consagrado en la ley para practicar las liquidaciones de revisión. Entonces, si bien es cierto que el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983 establece un término de dos años para aplicar las sanciones diferentes a la de inexactitud y aforo, al haberse aplicado mediante liquidación de revisión la sanción en litigio, la prescripción queda vinculada a la señalada por la ley para el proceso de revisión.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD-Improcedencia/ **CONTRIBUYENTE**-Deberes

Con el Decreto 2503 de 1987, se introdujo un cambio fundamental en la presentación de las declaraciones de renta, eliminando la obligación de presentar la discriminación de las diferentes partidas informadas, sustituyendo esta obligación por la de presentar la respectiva información cuando lo exigiera la Administración y a su vez sustituyó la sanción que existía en la anterior legislación, cambio que dio lugar a la derogatoria de las normas que requerían la discriminación de ingresos, pero dicha derogatoria no significa ni explícita ni implicitamente, que se haya suprimido el carácter reprochable que las leyes anteriores dieron al incumplimiento del deber de informar ciertos datos con la declaración de ejercicios anteriores, ni modificaron favorablemente la sanción prevista, para que fuera posible por el principio de favorabilidad aplicar la nueva ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2795. Actor: Almacenes Roca S.A.
Impuestos
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Sociedad " Almacenes Roca S.A." contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 1989 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra la operación administrativa que le determinó sanción por no haber identificado las personas de quienes recibió ingresos, a cargo de su representada.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

La sociedad actora presentó por el año gravable de 1984, su declaración de renta y patrimonio el día 13 de mayo de 1985 ante la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, la cual quedó radicada con el Nro. 00606-381 DIN.

Teniendo en cuenta que la sociedad omitió relacionar las personas de quienes recibió los ingresos denunciados, la Administración de Impuestos, le envió requerimiento ordinario para que efectuara la correspondiente discriminación, no habiéndo sido satisfactoria la respuesta, se libró el requerimiento especial Nro. 001014 del 16 de diciembre de 1986 mediante el cual se le anuncia la aplicación de sanción establecida por el artículo 27 del Decreto 80 de 1984, por no relacionar e identificar en el denuncio rentístico los ingresos obtenidos en el año gravable de 1984, por la suma de $431.848.719.oo.

La sociedad omitió dar respuesta a este último requerimiento, lo cual dió lugar a la práctica de la liquidación de Revisión Nro. 066610 del 12 de agosto de 1987, contra la cual, se presentó recurso de reconsideración aduciendo como inconformidad la prescripción de la sanción y subsidiariamente se solicita la no aplicación de la misma sobre la suma de $131.330.437.oo pro cuanto dicha suma contenía ingresos individuales menos de $350.000.oo, los cuales no estaba obligada a relacionar de conformidad con lo establecido por el artículo 2o. del Decreto 3410 de 1983.

Sobre esta impugnación, se pronunció la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Medellín, mediante la Resolución Nro. 0003 del 29 de agosto de 1988, en la cual se niegan las peticiones del recurrente y en su lugar se confirma la liquidación de revisión recurrida. En esta forma se dio por terminada la vía gubernativa.

Inconforme con el proceder de la administración en la vía gubernativa, acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que plasmó en memorial de fecha 9 de diciembre de 1988, presentado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y en cuyo libelo, se cita como norma violada el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, por cuanto la sanción por haber omitido la identificación de las personas de quienes recibió los ingresos prescribe en el término de dos años y la misma fué aplicada fuera de dicho término razón por la cual, estimà que es nula, que además debe tenerse en cuenta el principio de favorabilidad, toda vez que el Decreto 2507 de 1987, la derogó.

Por tal motivo, pide en primer lugar, la nulidad de la operación administrativa acusada y subsidiariamente solicita se exonere de la sanción a la cantidad de $131.330.447.oo correspondiente a ingresos individuales inferiores a $350.000.oo, los que a su juicio no debían ser relacionados, según lo dispuesto por el artículo 2o. del Decreto 3410 de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó íntegramente las peticiones de la demanda, aduciendo que de conformidad con lo establecido por el artículo 22 del Decreto 3803 de 1982 es procedente aplicar las demás sanciones de que trata el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983 inciso 3, en la misma liquidación de revisión como ocurrió en el caso debatido, en el que los funcionarios encontraron que no había sido hecha la relación de ingresos recibidos; y que en consecuencia la prescripción de la sanción debe someterse al mismo régimen de prescripción y suspensiones consagrado para practicar las liquidaciones de revisión.

Observa, que de conformidad con los artículos 1o. del Decreto 3803 de 1982 y 9o. del Decreto 3410 de 1983, la información que debe presentarse en los anexos a la declaración de renta, debe allegarse en el plazo prefijado por el legislador, y que su presentación extemporánea precisamente da lugar a la sanción correspondiente. v. gr. la señalada en el Decreto 80 de 1984, para quienes no presenten " la identificación de las personas de quienes devenguen sus ingresos," la cual persiste aunque se presente la relación fuera de los términos fijados para su cumplimiento.

Sobre la petición atinente a la favorabilidad de la sanción con fundamento en el Decreto 2503 de 1987, advierte que no existe tal favorabilidad, porque dicho estatuto procedimental lo que hizo fue sustituir la sanción del 2% que contempla el Decreto 80 de 1984, al 5% por no presentar información según el artículo 61, no desapareciendo la misma.

LA APELACION

El apoderado judicial de la parte demandante, reitera la totalidad de argumentos expuestos en la demanda inicial, así como sus peticiones a saber: a) se declare la nulidad de las actuaciones administrativas por prescripción de la sanción; b) se tenga en cuenta el principio de favorabilidad de las penas y, c) subsidiariamente,

se excluya de la sanción la partida de $131.330.437. sobre la cual no existía la obligación de identificar a quienes hicieron los pagos. Para comprobar esto último acompaña certificación de Contador Público.

Con fundamento en lo anterior, solicita se revoque la sentencia del 27 de octubre de 1989 del Tribunal Administrativo de Antioquia.

El representante del Ministerio de Hacienda, se opone a estas pretensiones, en memorial visible al folio 72 y siguientes del cuaderno principal.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, quien emite su concepto en calidad de Fiscal Sexto del H. Consejo de Estado, considera lo siguiente:

Comparte las apreciaciones del Tribunal *A-quo,* en el sentido de que lo dispuesto por el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, sobre la prescripción de las sanciones tributarias, debe interpretarse en armonía con el artículo 19 del Decreto 3803 de 1982, que establece que la sanción por inexactitud debe imponerse en el acto de liquidación y que las sanciones diferentes a ella pueden imponerse o bien con la liquidación de revisión o mediante resolución independiente.

Que si se impone a través de liquidación de revisión, la oportunidad para imponerla se rige por las normas que rigen los plazos para proferirla, incluida la suspensión del término por motivo del requerimiento especial, pues el régimen de lo accesorio debe someterse al de lo principal y si se aplica por resolución independiente, la multa debe imponerse dentro de los dos años siguientes a la configuración del hecho sancionado.

De acuerdo con lo anterior, estima que la sanción en el caso *sub-lite* se verificó mediante el procedimiento de la liquidación de revisión con la que culminó un proceso de investigación y la suspensión del término dentro de los plazos legales, lo cual demuestra que la sanción se aplicó dentro de la oportunidad legal.

En cuanto al segundo argumento esbozado por el apelante, sobre la favorabilidad de las penas por cuanto a su juicio el Decreto 2507 de 1987 derogó la sanción por falta de identificación de quienes hicieron los pagos, tampoco le da la razón, considerando que el decreto 2503 de 1987 introdujo un cambio fundamental en la presentación de las declaraciones tributarias, eliminando la obligación de presentar la discriminación de las diferentes partidas informadas, sustituyéndola por la de suministrar la respectiva información cuando la administración lo exigiera *so* pena de incurrir en sanciones pecuniarias. Que este cambio, exigía derogar aquellas normas que exigían la obligación de discriminar los ingresos y gastos con la declaración así como las que señalaban la sanción, por ello, ni explícita ni implicitamente suprimió el carácter reprochable que las leyes anteriores dieron al incumplimiento del deber de informar ciertos datos con la declaración de ejercicios fiscales anteriores, ni modificaron favorablemente la sanción prevista para tal

conducta para que fuera posible, por el principio de favorabilidad aplicar la nueva Ley.

Agrega, que para las declaraciones presentadas con anterioridad a la vigencia del citado decreto 2503 de 1987, la obligación de discriminar ciertas cuantías no sufrió modificación alguna y tampoco la sanción por su incumplimiento y concluye diciendo, que el cambio de sistema sólo es aplicable a las declaraciones de los ejercicios de 1987 y posteriores.

Con relación a la petición subsidiaria, la Fiscalía conceptuó que tiene razón el apelante en considerar que no se podía sancionar sino por la omisión de discriminar ingresos superiores a $350.000.oo y que como con la respuesta al requerimiento ordinario de fecha 30 de julio de 1986 informó que del total de ingresos de $431.848.719, la suma de $131.330.447 correspondía a cuantías inferiores a las señaladas por la ley, la Administración no podía aplicar sanción sobre dicha suma, cuya falta de relación no constituia hecho sancionable. Por tanto, considera que la base sobre la cual se aplicó la sanción debe ser disminuída en el valor correspondiente a los ingresos que la sociedad no estaba obligada a discriminar.

Con base en lo anterior, la Señora Fiscal solicita a la Sala, revocar la sentencia apelada y acceder a la pretensión subsidiaria de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Observa la Sala que el accionante reitera su petición de nulidad contra la sanción impuesta por la Administración Tributaria, por el hecho de no haber identificado las personas de quienes obtuvo los ingresos, fundamentado en que a su juicio se aplicó extemporaneamente, después del término de dos años de que disponía para aplicarla, de conformidad con el inciso 3o. del artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, para " las demás sanciones", por cuanto el denuncio rentístico fue presentado el día 13 de mayo de 1985, y la misma se impuso mediante liquidación de fecha 12 de agosto de 1987, es decir, fuera del término legal.

Tal y como lo han considerado, tanto el Tribunal *A-quo* como la Fiscalía, en el caso en *litis* debe tenerse en cuenta que la sanción se aplicó en desarrollo de un proceso de investigación que culminó con la práctica de la liquidación de revisión mediante la cual se aplicó la sanción discutida, lo cual se encuentra acorde con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 3803 de 1982, cuando expresa:

> " La Administración Tributaria podrá modificar, por una sola vez, las liquidaciones privadas de los contribuyentes, mediante liquidación de revisión. En el mismo acto se impondrá la sanción por inexactitud, si hubiere lugar a ella. Las demás sanciones podrán imponerse con la liquidación, o mediante resolución independiente".

Es lógico que si la sanción se aplicó como consecuencia del proceso de investigación, iniciado con requerimiento ordinario, seguido de requerimiento

especial que suspendió el término de revisión por el plazo de tres meses concedido para su respuesta, la prescripción de la sanción queda sujeta o ligada al término de prescripción consagrado en la ley para practicar las liquidaciones de revisión.

Entonces, si bien es cierto que el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983 (inciso 3o.) establece un término de dos años para aplicar las sanciones diferentes a la de inexactitud y aforo, al haberse aplicado mediante liquidación de revisión la sanción en litigio, la prescripción queda vinculada a la señalada por la ley para el proceso de revisión, toda vez que aquella fue consecuencia de dicho proceso y por lo mismo su aplicación queda supeditada al término de revisión, en virtud del principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

De acuerdo a este criterio, la Sala estima que la sanción fue aplicada dentro del término legal no siendo por ello procedente acceder a la solicitud de nulidad impetrada por la parte actora.

Ahora bien, en cuanto al principio de favorabilidad aducido en razón a la derogatoria que el Decreto 2503 de 1987, hizo de la sanción, conceptúa la Sala que en este aspecto, tampoco le asiste razón al accionante en su pretensión.

En efecto, el Decreto 2503 de 1987 es más favorable en lo atinente a la sanción por no identificación o discriminación de ingresos, que la legislación anterior, que lo estableció, Decreto 3803 de 1982 en concordancia con el artículo 27 del Decreto 080 de 1984 y en la que se fundamentó la Administración Tributaria para imponerla; como acertadamente lo analiza la Fiscalía, con el Decreto 2503 de 1987, se introdujo un cambio fundamental en la presentación de las declaraciones de renta, eliminando la obligación de presentar la discriminación de las diferentes partidas informadas, sustituyendo esta obligación por la de presentar la respectiva información cuando lo exigiera la Administración y a su vez sustituyó la sanción que existía en la legislación anterior por la consagrada por el artículo 61 ibídem, cambio que dío lugar a la derogatoria de las normas que requerían la discriminación de ingresos, 154 ib. pero dicha derogatoria no significa ni explícita ni implicitamente, que se haya suprimido el carácter reprochable que las leyes anteriores dieron al incumplimiento del deber de informar ciertos datos con la declaración de ejercicios fiscales anteriores, ni modificaron favorablemente la sanción prevista para tal conducta, para que fuera posible por el principio de favorabilidad aplicar la nueva ley. El cambio de sistema sólo es aplicable a las declaraciones de los ejercicios de 1987 y posteriores ". Por ello, la Sala estima que tampoco es viable levantar la sanción sobre el supuesto de favorabilidad del Decreto 2503 de 1987, porque no se configura.

En cuanto a la petición subsidiaria que hace el apelante, en el sentido de excluir de la sanción la suma de $131.330.437.oo correspondiente a partidas individuales inferiores a $350.000 sobre las cuales no existía para el año gravable de 1984 la obligación de identificar a las personas de quienes se recibieron dichos ingresos, considera la Sala que en este punto, le asiste razón al apelante.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 80 de 1984, para la aplicación de la sanción por no identificar las personas de quienes se reciben ingresos, debe tenerse en cuenta las cuantías señaladas como límite sobre el cual debe cumplirse con la obligación de discriminar dichos conceptos. Para el año gravable de 1984, conforme lo indicó la administración en el acto de liquidación con respaldo en el artículo 2o. numeral 4o. del Decreto 3410 de 1983 la cuantía sobre la cual, la sociedad tenía el deber de informar, era de $350.000 por persona o sea, que por los ingresos recibidos de una misma persona inferiores a dicha suma, no había obligación de presentar la información.

En el caso *sub-lite,* se observa que con oportunidad de la respuesta del requerimiento ordinario de fecha 26 de agosto de 1986, la sociedad actora presentó la relación de la totalidad de ingresos declarados, y en la misma señaló la suma de $131.330.437.oo como ingresos inferiores a $350.000; no obstante la Administración liquidó la sanción sobre la totalidad de los ingresos advirtiendo en la nota explicativa de la liquidación la existencia del límite de la cuantía para efectos del cumplimiento de la obligación por cuya omisión se aplicó la sanción en *litis.*

Considera la Sala, en acuerdo con su colaborador Fiscal que con base en la mencionada relación puede aceptarse la petición del accionante, toda vez que si no existía la obligación legal de relacionar ingresos individuales inferiores $350.000.oo no existía tampoco fundamento legal para aplicar la sanción sobre dicha suma.

En esta forma se procede a practicar nueva liquidación de la sanción, en la siguiente forma:

Ingresos sin relacionar según la Administración	$431.848.719	$8.636.974
Menos: ingresos sin obligación de relacionar	$131.330.437	
Nueva base para aplicar la sanción de 2%	$ 300.518.282	$6.010.366
Menos valor establecido		$2.626.609

De acuerdo a esta reliquidación de la sanción, los valores de la liquidación de revisión quedarán así:

Impuesto a cargo según liquidación oficial (no varia)		$ 3.392.992
Sanción del 2% por no identificar ingresos superiores a	$350.000	$ 6.010.366
TOTAL A CARGO		9.403.357

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,

F A L L A :

1o. Revócase la sentencia de fecha 27 de octubre de 1989, originaria del Tribunal Administrativo de Antioquia, objeto de esta apelación;

2o. Anúlase la operación administrativa, integrada por los siguientes actos administrativos; liquidación de revisión Nro. 066610 de fecha 12 de agosto de 1987 y la Resolución Nro. 0003 de fecha 29 de agosto de 1988, originaria de la Administración de Impuestos de Medellín, relacionados con los impuestos de renta, complementarios y sanciones del año gravable de 1984, a cargo de la sociedad ALMACENES ROCA S.A. NIT: 00606-381.

3o. Fíjase en la suma de NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($9.403.357.oo), el valor de los impuestos de renta y complementarios y sanciones a cargo de la sociedad ALMACENES ROCA S.A., por la anualidad tributaria de 1984.

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 de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTOS A JUEGOS PERMITIDOS/BASE GRAVABLE/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

La atribución del Concejo de Cali, para regular el impuesto de casinos, a falta de una autorización expresa legal para precisar sus condiciones, debía remitirse a la forma como se gravan los juegos permitidos, por disponerlo así la norma que autorizó este impuesto. Cuando el mismo Concejo estableció un impuesto equivalente a 10 salarios mínimos mensuales por cada mesa, en las salas de juego, o sea los casinos, ubicados en su jurisdicción, si bien no podría afirmarse categóricamente que creó un impuesto nuevo, sí se apartó al fijar las pautas de su aplicación, de los lineamientos fijados por la norma superior.
CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 1o. del Acuerdo 143 de 10 de diciembre de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Cali.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C. Agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3577. Actor: Luis Mario Duque. Apelación auto de 18 de Octubre de 1990 del Tribunal del Valle en juicio de nulidad y suspensión provisional de los artículos 1o. y 2o. del Acuerdo 143 de 10 de Diciembre de 1987, proferido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali.
AUTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Municipio de Santiago de Cali contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 18 de Octubre de 1990, por medio del cual se decretó la suspensión provisional del artículo 1o. del Acuerdo 143 de 10 de Diciembre de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Cali y se negó la suspensión provisional del artículo 2o. del mismo estatuto.

ANTECEDENTES

El artículo 1o. del Acuerdo 143 de 10 de Diciembre de 1987, del Concejo Municipal de Santiago de Cali, dispuso:

> " Las Salas de Juego ubicadas en la Jurisdicción del Municipio de Cali que funcionen conforme a la ley, pagarán mensualmente el Impuesto que recae sobre los Juegos permitidos, equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales por cada mesa de Juego ".

El Doctor Luis Mario Duque, en ejercicio de la acción de nulidad, demandó este artículo, así como el segundo y solicitó la suspensión provisional de los mismos, por ser ostensiblemente inconstitucionales e ilegales.

Sostuvo que conforme al artículo 43 de la Constitución Nacional, los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones, pero dentro de los límites fijados por la ley y que por el contrario, el artículo 171 de la ley 4a. de 1913, les prohibe expresamente establecer nuevos impuestos sobre objetos ya sometidos a otros gravámenes nacionales y departamentales.

Y como el artículo 7o. de la ley 12 de 1932 creó el impuesto nacional a los juegos permitidos, el cual posteriormente fue cedido a los municipios, con el impuesto que se regula en el artículo 1o. del Acuerdo demandado, se está creando uno nuevo, para lo cual no sólo era incompetente el Concejo Municipal, sino que incurrió también en extralimitación de sus funciones al abrogarse una facultad exclusiva del Congreso de la República.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de la simple lectura del artículo primero del Acuerdo mencionado, encontró la manifiesta violación de normas superiores, tales como el artículo 7o. de la ley 12 de 1932; el 226 (sic) del Decreto Ley 1333 de 1986; el 12 de la ley 69 de 1946. No ocurrió lo mismo con el artículo 2o, también demandado, cuya confrontación con normas superiores " no aflora a simple golpe de vista". Decretó así la suspensión provisional del artículo 1o. y mantuvo la vigencia del 2o.

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada del Municipio de Cali, al sustentar el recurso de apelación manifiesta que con la expedición del Acuerdo demandado, el Concejo Municipal se limitó a ejercer la facultad reglamentaria que tienen los Concejos Municipales, organizando la liquidación y recaudo del tributo, sobre un estimativo en salarios mínimos que "aproximadamente" equivaldrían a la tarifa establecida en el artículo 7o. de la ley 12 de 1932, para los llamados juegos permitidos. Esto, por cuanto en las denominadas" Salas de Juegos " no puede establecerse el ingreso por boletas o tiquetes de apuestas sobre cada mesa de juego, debiendo sustituirse entonces la denominación de la base gravable.

Pero los elementos del impuesto a los juegos permitidos son los mismos. El objeto gravado o elemento generador, se desarrolla en las Salas de Juego. La base imponible no se puede fijar por boletas o tiquetes, entrando el Concejo Municipal a crear los mecanismos para un recaudo eficiente y certero del impuesto. Y en cuanto a la tarifa, por la razón anterior, se fijó en un equivalente de diez salarios mínimos, como cantidad estimada para garantizar un adecuado recaudo. El sujeto activo es el Municipio de Cali y el pasivo, los dueños de las salas de juegos permitidos.

Como el artículo 225 del Código de régimen Municipal, faculta a los municipios para gravar los casinos ubicados en su territorio, en la misma forma que se gravan los juegos permitidos, con la norma suspendida solo se entró a ejercer la regulación autorizada en la ley, razón suficiente para revocar la suspensión provisional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

El tema relacionado con la facultad impositiva de los municipios, ha sido suficientemente aclarado por esta Sección, cuando ha precisado que el poder impositivo corresponde unicamente al Congreso de la República, por lo cual las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, no podrán crear tributos que no hayan sido primeramente autorizados por la ley. Su facultad impositiva es derivada y requiere autorización expresa, para precisar las condiciones y límites de los impuestos respectivos.

En el presente caso, el elemento generador del impuesto son las Salas de Juego, entiéndase CASINOS, ubicadas en la jurisdicción del municipio de Cali, hecho regulado legalmente en el Título X. Capítulo II, artículo 225 del Decreto 1333 de 1986 que dispone:

> " Los casinos que se establezcan conforme a la ley podrán ser gravados por los municipios de su ubicación, en la misma forma en que actualmente gravan los juegos permitidos".

La atribución entonces del Concejo de Cali, para regular el impuesto de casinos, a falta de una autorización expresa legal para precisar sus condiciones, debía remitirse a la forma como se gravan los juegos permitidos, por disponerlo así la norma que autorizó este impuesto. Y con respecto al impuesto a los juegos permitidos, sabido es que fue creado por la ley 12 de 1932, posteriormente restablecido por la ley 69 de 1946 y finalmente declarado vigente por el artículo 227 del decreto 1333 de 1987. Como elemento principal de este impuesto, el artículo 7o. de la ley 12 de 1932 determina que *se cobra sobre el valor de cada boleta o tiquete de apuesta.*

Es así como, cuando el Concejo Municipal de Cali estableció un impuesto equivalente a 10 salarios mínimos mensuales por cada mesa, en las Salas de Juegos, o sea los Casinos, ubicados en su jurisdicción, buscando establecer " el impuesto que recae sobre los juegos permitidos", si bien no podría afirmarse categoricamente

que creó un impuesto nuevo, sí se apartó al fijar las pautas de su aplicación, de los lineamientos generales fijados por la norma superior a que debía someterse, esto es, de la ley 12 de 1932, en su artículo 7o.

Precisado lo anterior, a juicio de la Sala, la suspensión provisional decretada debe mantenerse, pues evidentemente con el Acuerdo 143 de 1987, en su artículo 1o, el Concejo de Cali, sin autorización legal alguna, modificó la *forma* para determinar el impuesto, conforme lo dispone la norma que lo creó, contrariando a simple vista, como lo sostiene el Tribunal, la norma superior a que hace expresa remisión aquélla y a la cual ha debido someterse.

Por lo anterior el recurso no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso.

RESUELVE :

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sección; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEDUCCION-Requisitos/ **RELACION DE CAUSALIDAD**

Para que fiscalmente cualquier egreso pueda ser considerado como una deducción, además de la causación o el pago físico de la suma de dinero, se requiere el cumplimiento de requisitos tales como la necesidad del gasto, su proporcionalidad con el ingreso y fundamentalmente, su relación de causalidad. Este último se define como aquella correspondencia de causa a efecto que debe existir entre todo egreso realizado y el ingreso que, previa su depuración, dará lugar a la tasación del impuesto. En consecuencia, no todo egreso realizado por una sociedad puede ser aceptado como deducción y como en el presente caso la sociedad pagó servicios públicos de " otros" faltó en éstos ese elemento indispensable para la procedencia de la deducción, cual es demostrar la relación directa entre el gasto y el ingreso obtenido.

ADMINISTRACION TRIBUTARIA-Facultades/ **PRESUNCION DE INGRESO**-Improcedencia

Es evidente que las facultades de fiscalización y control conferidas a la Administración para establecer la real capacidad económica y contributiva de los sujetos pasivos de la relación tributaria, no le permite desbordar el sistema de depuración del ingreso establecido, cambiando los hechos generadores del tributo. De hecho, cuando la Administración, sin respaldo legal alguno que autorizara tal procedimiento, *convirtió* el pasivo insuficientemente demostrado, en un ingreso gravable, indudablemente incurrió en causal de nulidad de su actuación. En consecuencia como el sistema que empleó la Administración para adicionar el ingreso gravable no está consagrado en la ley, ni ésta demostró inequivocamente que las sumas de dinero constituyeron ingreso gravable, deberá levantarse la sanción por inexacta.

DEMANDA-Interpretación/ **PARTES**-Designación

Obedeciendo en parte al cambio surgido en relación con la representación de las entidades públicas, el artículo 150 del decreto 01 de 1984 consagró la obligatoriedad de notificar el auto admisorio de la demanda al funcionario u organismo que expidió el acto, los cuales se pueden constituir como parte. Se dotó así a los funcionarios que profieren una decisión de competencia para defenderla. Y siendo este último aspecto, el fundamento principal de esta reforma, ha de entenderse que si a pesar del error en que se haya incurrido en la demanda al no designar expresamente la entidad demandada, el Tribunal Administrativo no tuvo duda sobre las partes que integraban la *litis,* quien compareció oportunamente a través de su delegado, para oponerse a la demanda, de lo cual no puede afirmarse que no se trabó en debida forma la relación procesal.

COMPRAS-Rechazo/ **PRUEBA DOCUMENTAL**-Ineficacia/ **IMPUESTO SOBRE LA RENTA**/ **FACTURA**-Requisitos

Habiendo sido cuestionada la contribuyente, respecto al rechazo del costo de unas compras, recaía en la contribuyente la carga de la prueba de sus afirmaciones, objetivo que no logra en esta oportunidad ya que las facturas presentadas con el requerimiento especial, aunque en papelería de la sociedad vendedora carecen de elementos tales como sello y firma, que no dejara duda alguna sobre su debida expedición. Pero además con tales documentos no se podría probar el hecho alegado, pues dentro del total de compras solicitado en la declaración de renta, figuran compras a esta misma sociedad por un valor diferente sin que esté comprobado por algún medio que en este valor no están incluidas las compras que pretende ahora se le acepten.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C. Agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3248. Actor: Kalil Y Cía. Ltda. Sommeil. Apelación sentencia de 6 de Julio de 1990 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de liquidación de impuesto de renta. Año gravable de 1984.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por la sociedad KALIL Y CIA. LTDA. SOMMEIL, contra la sentencia de 6 de Julio de 1990, en la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para pronunciarse de fondo sobre la acción de nulidad y restablecimiento intentada contra los actos que le fijaron el impuesto de renta y complementarios por el ejercicio de 1984, a saber: Liquidación de Revisión No. 0611 de 28 de Agosto de

1987 de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y Resolución No. 052 de 16 de Noviembre de 1988 de la División de Recursos Tributarios de la misma Administración Regional.

ANTECEDENTES

Como resultado de las observaciones consignadas en el Acta de Inspección contable efectuada a la Sociedad KALIL & CIA. LTDA., con el fin de determinar su impuesto de renta del ejercicio de 1984 y previo el cumplimiento del requisito del envío de un requerimiento especial, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la liquidación de revisión No. 0611 de 28 de Agosto de 1987, en la cual se le adicionó el ingreso inicialmente declarado, con la suma de $18.527.418 correspondientes a préstamos efectuados por un socio, que al no ser suficientemente comprobado ni ante la comisión, ni con motivo de la respuesta al requerimiento especial, se tomó como " ventas no declaradas", aumentando el impuesto inicial. Se impuso sanción por inexactitud.

Igualmente se rechazaron compras, por inconsistencias en la contabilización de devoluciones y descuentos y se rechazó el pago de servicio telefónico y algunos salarios, por no reunir los requisitos exigidos para su reconocimiento.

Con motivo de la interposición del recurso de reconsideración, la sociedad debatió los argumentos en que se basó la Administración para tomar como ingreso no declarado, los préstamos que le efectuó su socio. Aceptó sí algunos de los costos y deducciones objetados por la Administración y presentó las pruebas tendientes a demostrar la procedencia de las demás.

En la Resolución que agotó la vía gubernativa, se mantuvo la anterior actuación.

LA DEMANDA

Ante la jurisdicción, la sociedad contribuyente alega violación de los artículos 15 y 16 del decreto 2053 de 1974; 17 del decreto 187 de 1975; 51, 53, 54 y 59 del Código de Comercio; 1o. del decreto 1495 de 1978; 30 literales E y D), 33 y 35 de la ley 52 de 1977.

La adición al ingreso que efectuó la actuación administrativa demandada, no tuvo fundamento legal alguno, pues no está contemplado en la ley que los préstamos que hacen los socios a una sociedad se puedan " presumir " como ingreso gravable de aquélla. El cuestionamiento administrativo no se basó en objeciones a la facturación de ventas, sino en no considerar suficientemente probado el origen de los préstamos y en la afirmación de haberse efectuado a través de cheques de terceros.

Aunque estos argumentos fueron desvirtuados con pruebas aportadas desde la respuesta al requerimiento especial, con los microfilms de los cheques y el Acta de

Junta de Socios donde se autoriza recibir el préstamo, la Administración, valiéndose de un método indirecto, que ha sido ampliamente cuestionado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinó la renta gravable de la sociedad, en actuación manifiestamente violatoria de la ley.

Con respecto al rechazo de compras, originado en una inconsistencia en cuanto al nombre del vendedor suministrado en la declaración de renta, critica el argumento en que se basó la Administración para mantenerlo y se remite a las pruebas presentadas desde la vía gubernativa para demostrar su realidad.

En cuanto al desconocimiento de lo pagado por concepto de servicio telefónico, afirma que la sociedad demostró suficientemente el egreso, razón por la cual debe ser aceptado. Solicita se practique una nueva liquidación de impuestos en donde se reconozcan los derechos de la contribuyente.

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, transcribió en su decisión la oposición que a la demanda realizó la delegada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Impuestos Nacionales -, en la cual se propuso la excepción de inepta demanda, teniendo en cuenta que el memorialista al instaurar la acción contenciosa, no concretó la parte demandada, ni siquiera de manera ambigua, configurándose una ineptitud de la demanda por incumplimiento del requisito del numeral 1o. del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

En una breve consideración, en la que se remite a jurisprudencia anterior del Consejo de Estado, se declara inhibido para un pronunciamiento de fondo.

LA APELACION

La sociedad actora apela la anterior decisión, afirmando que la decisión del Tribunal de primera instancia fue contradictoria cuando no dió curso a la demanda hasta tanto no se corrigieron unas fallas detectadas por el ponente y posteriormente, se declara inhibido en la sentencia, por otras fallas no objetadas oportunamente. La relación procesal se entrabó, ya que la entidad demandada fue citada oportunamente y compareció a través de su apoderada, la cual ejerció oportunamente sus derechos y deberes procesales, como la contestación de la demanda, petición de pruebas, alegato de conclusión etc.

En cuanto al aspecto de fondo, insiste en la nulidad de la actuación administrativa que dió la calidad de presunción de ingresos a unos préstamos recibidos por la sociedad de sus socios, sin estar establecida en la ley. Se remite a las pruebas aportadas, que no han sido suficientemente valoradas, para obtener una decisión acorde con las peticiones de la demanda y de la corrección de las mismas.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Para el Señor Fiscal Tercero de la Corporación, es requisito indispensable de toda demanda la designación de la parte demandada y sus representantes, pero acata la tesis de la Corporación que permite una interpretación de la demanda para deducir el querer del demandante y evitar fallos inhibitorios.

Con relación a los puntos discutidos en la vía gubernativa, se apoya íntegramente en los argumentos que sirvieron de base para sustentar la defensa de la Nación, en el escrito de contestación de la demanda, para conceptuar que la sentencia apelada debe ser revocada y en su lugar negadas las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Fallo inhibitorio.

Numerosos pronunciamientos ha tenido la Sala, sobre el tema relacionado con el cumplimiento de la formalidad exigida en el numeral 1o. del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, cual es, la designación de las partes y sus representantes.

En vigencia del artículo 126 de la ley 167 de 1941, no existía la obligación de designar la entidad demandada, bastando con comunicar el inicio de la acción, al funcionario que hubiere expedido el acto demandado. Pero obedeciendo en parte al cambio surgido en relación con la representación de las entidades públicas, el artículo 150 del decreto 01 de 1984 consagró la obligatoriedad de notificar el auto admisorio de la demanda al funcionario u organismo que expidió el acto, los cuales se pueden constituir como parte. Se dotó así a los funcionarios que profieren una decisión, de competencia para defenderla.

Y siendo este último aspecto, el fundamento principal de esta reforma, ha de entenderse que, si a pesar del error en que se haya incurrido en la demanda al no designar expresamente la entidad demandada, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no tuvo duda sobre las partes que integraban la *litis* y citó a la Nación -Jefe de la División Jurídica de la Administración de Grandes Contribuyentes de Bogotá-, como sujeto pasivo de la relación procesal y éste compareció oportunamente, a través de su delegado, para oponerse a la demanda, (folio 90 cuaderno principal), no puede afirmarse que no se trabó en debida forma la relación procesal ni que se vulneraron los principios constitucionales del derecho de defensa y el debido proceso.

Por lo demás, le asiste la razón a la apelante, al cuestionar el procedimiento seguido por el Tribunal de primera instancia, al admitir la demanda. En auto de 8 de Abril de 1989, ordena no dar curso a la demanda por incumplimiento de la formalidad del numeral 2o. del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y posteriormente, una vez subsanada la omisión, profiere el auto de 13 de Mayo del mismo año, manifestando: " Por hallarse formalmente ajustada a la Ley, admítese

la demanda que antecede y en consecuencia se dispone...:". Sin embargo, su decisión final es inhibitoria, por ausencia de otro requisito procesal, igualmente subsanable y del cual ha debido dar cuenta oportuna a la accionante, ordenando su corrección.

Las consideraciones anteriores, impiden que el fallo inhibitorio pueda ser considerado procedente, razón por la cual la sentencia apelada habrá de revocarse y en su lugar conocer de las peticiones de fondo de la demanda.

2. Consideraciones de Fondo.

A. *Adición al ingreso.*

Se solicita en la demanda la anulación de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y sanciones correspondientes al período gravable de 1984 y en su lugar se declare en firme y con carácter definitivo, la liquidación que para recurrir presentó la sociedad, al momento de interponer el recurso de reconsideración.

La anterior petición se basa en el procedimiento irregular que siguió la Administración para suponer como ingresos omitidos por la sociedad, los préstamos obtenidos de uno de sus socios. Se afirma que las pruebas aportadas en las diferentes instancias para demostrar la realidad del pasivo, no han sido suficientemente analizadas por la Administración, como tampoco aquellas que demuestran la procedencia de los costos y deducciones desconocidos por la Administración.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, aceptó las observaciones consignadas por los Auditores en el Acta de Inspección Contable y consideró *ingreso por ventas no declaradas,* los préstamos que el socio Luis Kalil Rezk efectuó a la sociedad y sobre los cuales no se presentó a la comisión la documentación pertinente para su debido respaldo y contabilización. En cuanto a las fotocopias de cheques, consignaciones, retiros de cuentas de ahorro etc. que " certificados por los gerentes de los distintos bancos " presentó la sociedad con motivo de la interposición del recurso gubernativo, los consideró demostrativos de una " serie de transacciones bancarias", insuficientes para demostrar el hecho que se pretendía probar.

Para la sala es evidente que las facultades de fiscalización y control conferidas a la Administración para establecer la real capacidad económica y contributiva de los sujetos pasivos de la relación tributaria, no le permite desbordar el sistema ordinario de depuración del ingreso establecido en el artículo 15 del decreto 2053 de 1974 y establecer presunciones del ingreso no previstas en la ley, cambiando los hechos generadores del tributo. De hecho, cuando la Administración, sin respaldo legal alguno que autorizara tal procedimiento, *convirtió* el pasivo insuficientemente demostrado, en un ingreso gravable, indudablemente incurrió en causal de nulidad de su actuación.

En consecuencia, como el sistema que empleó la Administración para adicionar el ingreso gravable de la demandante no está consagrada en la ley, ni ésta demostró inequívocamente que las sumas de dinero solicitadas como pasivo constituyeron para aquélla ingreso susceptible de enriquecimiento, además de la disminución del ingreso, deberá igualmente levantarse la sanción por inexactitud correspondiente.

B. *Rechazo de Compras.*

Las diferencias detectadas por la Administración, entre las sumas solicitadas por la actora en su declaración de renta como costos por compras y las sumas realmente contabilizadas, fue la causa del rechazo oficial. Al respecto la sociedad ha argumentado en su defensa, que un valor de $256.382 que se relacionó en la declaración como pagado a Comercial Americana Limitada, en realidad corresponden a otra sociedad denominada " DISEN LTDA ". Para demostrar la realidad de su afirmación adjuntó, en la vía gubernativa, unas facturas en papelería de dicha sociedad. En cuanto al saldo, por $267.323, afirma que corresponde a compras efectuadas a la firma " PEREZ HERMANOS Y CIA. LTDA". y para el efecto acompaña los comprobantes de ingresos de dicha empresa números 07688 y 07922 y certificación de Contadora Pública sobre la contabilización a cargo de la accionante.

Habiendo sido cuestionada por la Administración, recaía en la contribuyente la carga de la prueba de sus afirmaciones, objetivo que no logra en esta oportunidad, por las siguientes razones: con respecto a las pretendidas compras a nombre de DISEN LTDA., las facturas presentadas con el requerimiento especial, aunque en papelería de dicha sociedad carecen de elementos tales como sello y firma, que no dejara duda alguna sobre su debida expedición. Pero además, con tales documentos no se podría probar el hecho alegado, pues dentro del total de compras solicitado en la declaración de renta, figuran compras a ésta misma sociedad por valor de $546.139, sin que esté comprobado por algún medio que en este valor no están incluidas las compras que pretende ahora se le acepten.

Y en cuanto a las compras realizadas a PEREZ HERMANOS Y CIA. LTDA. en el anexo del Acta de Inspección Contable se observa que la Administración sí tuvo en cuenta y aceptó dentro del gran total, las realizadas por medio de las facturas certificadas por la Contadora Pública, solo que limitó el egreso a la suma realmente contabilizada y pagada, desconociendo lo correspondiente a descuentos obtenidos, solicitados como costo por la sociedad. Se concluye así que el rechazo oficial de compras debe mantenerse, configurándose igualmente con relación a las compras que no pudieron ser demostradas, la correspondiente sanción por inexactitud.

C. *Desconocimiento de pago de servicio público.*

La Comisión Visitadora, al realizar la Inspección Contable, encontró que en el total solicitado como deducción por concepto de servicio telefónico, la sociedad demandante incluyó pagos de servicios correspondientes, no sólo a recibos de otras vigencias, cuyo rechazo fue aceptado desde la vía gubernativa, sino principalmente,

pagos de servicios de lugares diferentes a la ubicación de la empresa, es decir, de terceros.

En la demanda se considera peregrino el argumento esgrimido por la Administración para sostener el rechazo, afirmando que sin importar a nombre de quien figure el recibo, si se encuentra probado el hecho del pago, es decir, el egreso, debe considerarse éste como elemento suficiente para su aceptación.

Para la Sala este punto no está llamado a prosperar. Para que fiscalmente cualquier egreso pueda ser considerado como una *deducción,* además de la causación o el pago físico de la suma de dinero, se requiere el cumplimiento de requisitos tales como la necesidad del gasto, su proporcionalidad con el ingreso y fundamentalmente, su relación de causalidad. Este último se define como aquella correspondencia de causa a efecto que debe existir entre todo *egreso* realizado y el ingreso que, previa su depuración, dará lugar a la tasación del impuesto. En consecuencia, no todo egreso realizado por una sociedad puede ser aceptado como deducción y como en el presente caso la sociedad pagó servicios públicos de " otros ", faltó en éstos ese elemento indispensable para la procedencia de la deducción, cual es demostrar la relación directa entre el gasto y el ingreso obtenido.

Procede entonces la disminución del ingreso ilegalmente adicionado por la Administración, manteniendo sí la correspondiente sanción por inexactitud sobre las deducciones improcedentes que dieron lugar a un menor impuesto y la sanción por libros de contabilidad, por estar suficientemente demostradas las irregularidades de algunos registros contables.

CONCEPTO	**BASE GRAVABLE**	**IMPUESTO**
Renta:		
La gravada en liquidación de revisión	$ 19.867.930	
Menos:		
Adición al ingreso	$ 18.527.418	
Renta gravable	$ 1.304.512	$ 241.191
Sanción por inexactitud		
200% de $ 176.770		$ 357.540
Sanción por libros de contabilidad (mínima)		$ 69.000
TOTAL IMPUESTO A CARGO		$ 667.831

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

F A L L A :

Revócase la sentencia apelada.

Anúlase la operación administrativa que fijó el impuesto de renta y sanciones a la sociedad KALIL Y CIA LTDA. "SOMMEIL", correspondiente al ejercicio de 1984.

Fíjase en la suma de SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS ($667.831) el valor del impuesto de renta y sanciones a cargo de la mencionada sociedad, por el año 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 Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LIQUIDACION DE IMPUESTOS-Efectos/ **SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia

En sí misma considerada la liquidación de un impuesto no es causal de perjuicio, su legalidad constituye precisamente el objeto de la acción y debe ser materia de análisis, pruebas y dabate en el curso del proceso, no siéndolo, por ello mismo, de la suspensión provisional. Ahora bien si un impuesto manifiestamente ilegal (en su liquidación) es cancelado por el contribuyente ese hecho por el momento y mientras no se decida en sentencia es irreversible y es un efecto del acto que por estar ya producido, no puede "suspenderse". Por otra parte, en cuanto al perjuicio que ya causó el acto supuestamente ilegal, radicado en este caso en el pago del gravamen queda sujeto a su resarcimiento a través de las condenas de " restablecimiento del derecho " que precisamente envuelve la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3740. Actor: Telecom C/ Municipio de Cúcuta. Apelación Interlocutorios
AUTO

De plano se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de TELECOM como parte actora, contra el numeral segundo del Auto del 31 de mayo de 1991 dictado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cuanto no accedió a decretar la suspensión provisional del acto administrativo de liquidación del impuesto de rotura de pavimento de calles en la ciudad de Cúcuta en cuantía total de $ 16.637.300.

No acepta el actor la tesis del Tribunal de que por estar cancelado el gravamen discutido, la medida cautelar resulta inoperante pues si así fuera " no había suspensión de actos de insubsistencia de empleados públicos o de todos aquellos de ejecución inmediata " y cumplidos como están los requisitos del art. 152 del C.C.A. procede la suspensión solicitada para lo cual pide la revocatoria del auto apelado.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION :

Como el debate se ha centrado en el aspecto de los perjuicios que la ejecución del acto acusado puede causar al demandante, la Sala recuerda que no debe olvidarse que el aspecto primordial para efectos de decidir sobre la suspensión provisional es el de la legalidad del acto, antes de mirar lo relativo a los perjuicios. Lo primero a establecer es si se cumple la "manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento" de la nulidad.

En acción de restablecimiento del derecho además de lo anterior, el actor "deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado *causa* o *podría causar* al actor ".

Sobre este tema la Sala ha dicho que en sí misma considerada la liquidación de un impuesto no es causal de perjuicio, su legalidad constituye precisamente el objeto de la acción y debe ser materia de análisis, pruebas y debate en el curso del proceso, no siéndolo, por ello mismo, de la suspensión provisional.

Ahora bien. Si un impuesto manifiestamente ilegal (en su liquidación) es cancelado por el contribuyente ese hecho por el momento y mientras no se decida en sentencia es irreversible y es un efecto del acto que por estar ya producido, no puede "suspenderse".

Es por ello que el *a-quo* manifiesta que una orden de suspensión, resultaría inane.

Por otra parte, en cuanto al perjuicio que ya causó el acto supuestamente ilegal, radicado en este caso en el pago del gravamen, queda sujeto a su resarcimiento a través de las condenas de "restablecimiento del derecho " que precisamente envuelve la acción consagrada en el art. 85 del C.C.A. y que en el presente caso el actor concreta en una petición de devolución de dineros cancelados, "más intereses comerciales, moratorios o corrientes hasta en la fecha que se verifique efectivamente el pago o cumplimiento de la sentencia, y la correspondiente actualización monetaria", lo cual, como es obvio, depende del resultado de la petición principal y según como se decida en la sentencia.

Los párrafos anteriores reiteran otros pronunciamientos de esta misma Sección, entre otros lo expresado en el Expediente No. 2407 Mannesman A.G. -Junio 29/90:

" Cierto es que el Decreto 01 de 1984 al consagrar la figura de la suspensión provisional, cuando se ejerce la acción de restablecimiento del derecho, la

condiciona a la existencia de la manifiesta infracción de norma superior y, además, a la comprobación, así sea en forma sumaria, del "perjuicio que sufre o podría sufrir el actor" como decía el artículo 152 antes de que fuera sustituido por locución más precisa del artículo 31 del Decreto 2304 de 1989 que se refiere al ..." perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o *podría causar al actor* "* (subrayado de la Sala).

" Pero es fundamental establecer si se da o no la manifiesta infracción de las normas superiores invocadas. Este elemento es el primordial y el que en definitiva autoriza la suspensión. Por sí solos los perjuicios que ocasione un acto administrativo no constituyen causal suficiente para suspenderlo: Dentro de un orden lógico, es necesario, en primer término, que el acto sea ostensiblemente contrario a las normas positivas vigentes.

" La prueba de los perjuicios puede ser sumaria, esto es, sin haberse tenido la oportunidad de contradecirla y puede referirse tanto a los actuales como a los potenciales daños, circunstancia que debe valorarse razonablemente para establecer si se manifiesta en una ganancia lícita que deja de obtenerse, o en gastos adicionales a los ordinarios, o en detrimento material de un bien determinado, o en otros injustificados perjuicios para el demandante.

"..."

" La Sala está de acuerdo con el Tribunal en que el cobro ejecutivo de un impuesto legalmente liquidado, no constituye "perjuicio" para los efectos que se examinan. Pero sí lo constituye el cobro de uno manifiestamente ilegal en cuanto configure situaciones (que deben demostrarse) productoras de perjuicios actuales o potenciales. Y las medidas cautelares como el embargo, que está demostrado, por sí solas constituyen "perjuicio", puesto que se pueden mantener aún en el evento de que por razón de la " prejudicialidad "se suspenda el juicio ejecutivo"

"...".

En consideración a lo anterior, la decisión del Tribunal debe mantenerse.

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

RESUELVE :

Confírmase el auto apelado dictado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 31 de Mayo de 1991, en el Juicio No. 7240.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAUCION-Obligatoriedad/ **IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

Para interponer demanda ante está jurisdicción en materia de Impuestos sobre las ventas, es condición indispensable prestar caución por valor igual al 10% de la suma materia de impugnación, caución que tiene como fin específico garantizar el pago con los recargos a que haya lugar cuando lo resuelto sea desfavorable. No puede el *a-quo* bajo ninguna circunstancia, ni siquiera por fuerza mayor de índole económica, como lo solicita el apoderado, exonerar a la sociedad de prestar la garantía, porque la ley no hace excepciones y porque además está de por medio el interés del Estado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3582. Actor: Petrofert Import Export Limitada. Impuesto Ventas
AUTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad PETROFERT IMPORT LTDA., contra el Auto del 1o. de febrero de 1991, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso No. 7536, mediante el cual inadmitió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, formulada contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto sobre las Ventas por el segundo semestre de 1981.

El Tribunal rechazó la demanda incoada por la sociedad porque requerida para que prestara caución, en los términos previstos por el numeral 2o. del Artículo 867 del Decreto 624 de 1989, ésta no la otorgó.

Argumentó el demandante incapacidad económica de la empresa para prestarla y para establecerla solicitó la práctica de una inspección de peritos, prueba que fue negada por inconducente por Auto de septiembre 14 de 1990, ratificado por Auto del 16 de noviembre del mismo año, al desatar el recurso de súplica.

Disiente el actor del auto apelado e, insiste sobre la imposibilidad que tiene la compañía para prestar la garantía que se le exige.

No entiende cómo puede supeditarse a requisitos formales el cumplimiento de los deberes sociales que el Estado debe prestar, entre ellos al derecho de defensa que tutela el Artículo 26 de la Carta Constitucional.

Pide, en consecuencia, se revoque la decisión apelada y se admita la demanda teniendo en consideración las circunstancias especiales de carácter económico que le impiden a la sociedad cumplir con la obligación pecuniaria que se le impone.

PARTE OPOSITORA

El apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales se opone a la apelación y solicita se confirme el auto sometido a consideración de la Sala.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Para interponer demanda ante esta jurisdicción en materia de Impuesto sobre las Ventas, es condición indispensable prestar caución por valor igual al 10% de la suma materia de impugnación, según lo dispone el inciso segundo del Artículo 867 del Estatuto Tributario, caución que tiene como fin específico garantizar el pago con los recargos a que haya lugar cuando lo resuelto sea desfavorable.

Así que en el caso que se controvierte tuvo razón el Tribunal al inadmitir la demanda porque la sociedad no cumplió con la formalidad previa que exige la ley.

No podía el *a-quo* bajo ninguna circunstancia, ni siquiera por fuerza mayor de índole económico, como lo solicita el apoderado, exonerar a la sociedad de prestar la garantía, porque la ley no hace excepciones y porque además está de por medio el interés del Estado.

En tales circunstancias como no existe ninguna norma especial que dispense de la obligación especial en cita para los sujetos pasivos del Impuesto sobre las Ventas, fue acertada la decisión que tomó el Tribunal.

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

RESUELVE :

CONFIRMASE el Auto apelado del 1o. de febrero de 1991.

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 Záraté, Presidente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SERVICIO DE COMPUTACION/SOFTWARE/HONORARIOS-Naturaleza/ **ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS/ RECHAZO DE SERVICIOS PAGADOS**

Es claro que el servicio de computación, que incluye programación y software en su ejecución predomina el factor intelectual sobre el manual o estrictamente mecánico (material), hecho que caracteriza la prestación del servicio, independientemente del hecho de que el mismo se realice en cumplimiento de determinado contrato, lo cual no desvirtúa la esencia misma del pago o retribución por el servicio. Por ello la circunstancia aducida en el sentido de que se trata de arrendamiento de dichos servicios (programación y software) no desvirtúa la naturaleza del pago, porque de todas maneras se está dando el servicio de computación o programación cuya retribución evidentemente tiene el carácter de honorarios.

SANCION POR LIBROS-Procedencia

Como la sanción por libros de contabilidad se fundamentó en el hecho de haberse constatado en la visita contable la ausencia de soportes externos en relación con la primer partida glosada en el primer rechazo global y lo mismo en cuanto al rechazo por concepto de alquiler de equipos que se confirma en esta instancia, lo cual es un hecho irregular a la luz del art. 57 del Decreto 3803 de 1982, que de acuerdo con esa disposición en la vía gubernativa se efectuó la reducción de la sanción a la suma que se cuestiona ante la jurisdicción, la cual confirma la Sala toda vez que los hechos que la originaron en ningún momento han sido desvirtuados, encontrándose en consecuencia correctamente aplicada la sanción en *litis*.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2821. Actor: Compañía de Seguros Bolívar S.A. Nit: 40742. Impuestos Nacionales (Renta)
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por el apoderado judicial de la Compañía de Seguros Bolívar S.A., contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la apelante contra la operación administrativa que le determinó los impuestos de renta, complementarios y sanciones a cargo de su representada correspondientes a la anualidad tributaria de 1982.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

La sociedad actora presentó su declaración de renta y patrimonio correspondiente a la vigencia fiscal de 1982, el día 17 de agosto de 1983, radicada con el Nro. 00897-310-DIN ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

Sobre este denuncio rentístico la Administración de Impuestos ordenó la práctica de inspección contable y con base en sus resultados, libró el requerimiento especial Nro. 000142 del 5 de febrero de 1985, mediante el cual se le anuncia la modificación de la liquidación privada al efectuarse glosas sobre el factor gastos así: 1) Servicios Centro de Cómputo en la suma de $148.952.132; 2) Alquiler de equipo, en cuantía de $18.750.000; 3) Gastos de cafetería, por valor de $14.500.000; 4) Intereses pagados a la Cía Financiera Aliadas, en cuantía de $4.004.000 y a la Empresa Inversiones Delta Bolívar por valor de $105.373.880. Así mismo se glosaron pasivos en cuantía de $30.828.115 y descuentos tributarios en la suma de $18.897.525.oo e igualmente fue advertida sobre la aplicación de sanción por libros de contabilidad.

Con ocasión de la respuesta al requerimiento, la sociedad presentó explicaciones y pruebas (comprobantes de contabilidad, certificaciones de revisores fiscales y certificaciones de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria) encaminadas a desvirtuar las glosas anunciadas y con base en ellas se accedió al reconocimiento de gastos de cafetería, intereses pagados a la Cía Financiera Aliadas, pasivos y descuentos tributarios, manteniéndose el rechazo sobre los demás que constituyen el fundamento de la liquidación de revisión Nro. 000409 del 10 de septiembre de 1985, que fijó los impuestos a cargo en la suma de $64.225.979 (incluida sanción por libros de contabilidad).

Contra el acto liquidatorio de los impuestos se presentó recurso de reconsideración, objetando todos y cada uno de los rechazos y presentando nuevamente certificaciones de Revisor Fiscal tanto de la sociedad actora como de otra sociedad beneficiaria del pago de los intereses las cuales nuevamente fueron desestimadas y sólo se accedió a reducir la sanción por libros de contabilidad al 10% con base en el artículo 57 del Decreto 3803 de 1982, actuación plasmada en la Resolución Nro. A-0327-P del 12 de junio de 1987, la cual habiendo sido objeto del

Grado de Consulta fue confirmada mediante la Resolución Nro. R-0717-H del 2 de octubre de 1987. Con esta última actuación quedó agotada la vía gubernativa.

Inconforme con el proceder de la Administración de Impuestos, la sociedad acudió a la jurisdicción contenciosa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que materializó en demanda presentada el día 23 de febrero de 1988 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que el apoderado cita las siguientes disposiciones como transgredidas:

1o. El artículo 98 de la Ley 9a. de 1983 y el artículo 9o. de la Ley 145 de 1960;

2o. El artículo 1973 del Código Civil;

3o. Los artículos 51 y 68 del Código de Comercio;

4o. El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil;

5o. Los artículos 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982 y los artículos 83 y 84 de la Ley 9a. de 1983.

6o. El artículo 34 del Decreto 2821 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, considerando lo siguiente:

En relación con el rechazo por concepto de alquileres y arrendamientos pagados por valor de $148.952.132.oo. que fueron calificados por la Administración de Impuestos como honorarios por incluir otros conceptos (programación) considera que no se ha desvirtuado lo observado por las oficinas de Impuestos en cuanto a que la suma en discusión incluye otros conceptos diferentes al pago de alquileres y que si bien es cierto que el artículo 2063 del C. C., regula el arrendamiento de servicios como un contrato consensual, también debe tenerse en cuenta que lo define como aquel en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra que corresponde al criterio sostenido por la Administración.

Observa, que las certificaciones de contador de conformidad con la norma citada en la demanda como violada, artículo 98 de la Ley 9a. de 1983, son suficientes siempre y cuando no se haya practicado inspección contable y en respaldo de su aserto invoca la sentencia de fecha 11 de diciembre de 1987, de la Sección Cuarta, con ponencia de la Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Sobre el segundo rechazo que se discute ante la Jurisdicción, por concepto de alquiler de Equipos por valor de $18.750.000.oo a la Compañía Administración y Servicios Generales S.A., el Tribunal *A-quo* observó que los soportes externos echados de menos por la Administración de Impuestos, como soporte de estas

erogaciones, no se ha presentado y que las cuentas de cobro que se presentaron no cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 1o, del Decreto 1495 de 1978 para considerarse como tal y que tampoco es prueba idónea la certificación del Revisor Fiscal por cuanto su atestación se basa en un soporte externo que no es el adecuado para el efecto.

Respecto a la sanción por libros, estimó que la misma debía mantenerse por cuanto si bien en principio en la resolución que decidió el recurso se sustentó en el numeral 3o. del artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 que no sanciona pecuniariamente la conducta allí descrita, posteriormente invoca el artículo 57 del Decreto 3803 de 1982 que sí corresponde al caso.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad actora en el libelo del recurso de alzada hace las siguientes precisiones: luego de remitirse a los folios 0132 y siguientes del cuaderno de antecedentes administrativos en donde figuran las partidas objeto del primer rechazo, así como al certificado del Revisor Fiscal, expresa:

Que la mayoría de las cuentas de cobro relacionadas corresponden a alquileres o arrendamientos por lo cual no pueden ser calificados objetivamente como honorarios.

Que frecuentemente los particulares emplean la palabra servicios, refiriéndose a las obligaciones del arrendador, ya que, las obligaciones principales de dicho contratante consisten en obligaciones de hacer.

Que muchas personas y aún autoridades consideran que el Software, es un activo tangible, por lo tanto, susceptible de darse en arrendamiento.

Que si de las facturas analizadas por el Tribunal motivan duda en cuanto a la causa de la erogación, lo lógico es rechazar tales partidas y no la totalidad de los $148.952.132.

En consecuencia, se pide que se acepte toda la partida, ya que se debe considerar demostrado que los pagos corresponden a alquileres o arrendamientos y no a honorarios, por lo cual no había lugar a la retención en la fuente en 1982. Subsidiariamente, pide que se acepten las partidas relacionadas en el certificado del revisor fiscal respecto de las cuales no cabe duda de que corresponden a alquileres o arrendamientos de equipos.

Así mismo solicita, se reconozca la partida de $18.750.000 por conceptos de alquiler de equipos por cuanto las cuentas de cobro en la práctica comercial son sinónimas de facturas y que si se analizan en detalle cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 1o. del Decreto 1495 de 1978 citado por el Tribunal.

También considera que la sanción por libros de contabilidad debe revocarse, por cuanto no se configura ninguna de las irregularidades señaladas con fundamento en los artículos 56 del Decreto 3803 de 1982 y 83 y 84 de la Ley 9a. de 1983 y que si bien se dio aplicación en la vía gubernativa a la reducción de la misma con base en el artículo 57 del Decreto 3803 de 1982 la conducta que dicha norma sanciona tampoco se configura porque la contabilidad de la sociedad sí se encontraba debidamente soportada.

El representante del Ministerio de Hacienda no se opone a las pretensiones del apelante.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Olga Lucía Zuluaga Vásquez, en calidad de Fiscal Sexto (E) de esta Corporación, emite concepto en este proceso, considerando en cuanto al rechazo de alquileres pagados a Centro Cómputo en cuantía de $148.952.132, su desacuerdo con la generalización que para fundamentar el rechazo efectuó la Administración al calificar la totalidad del pago por " Programación " y concluir que al primar el factor intelectual, debía tomarse como honorarios, por cuanto el pago debatido está integrado por varios elementos como son: el alquiler de equipos, el alquiler de programas, la papelería empleada, etc.

Señala, que como en la justificación de las cuentas de cobro se detallan claramente los conceptos de los pagos, independientemente de la interpretación que se dé a los pagos correspondientes al servicio software, por tener una naturaleza diferente al concepto de arrendamiento o alquileres, deben aceptarse los pagos correspondientes a este último concepto. En cuanto a la partida de $18.000.000, incluida dentro de esta partida global, glosada por falta de soporte externo estima que se debe confirmar por no haber sido debatida ante la jurisdicción.

Referente al segundo rechazo, por concepto de alquiler de equipos en cuantía de $18.750.000 conceptúa que debe mantenerse, por cuanto la actora en ningún momento ha desvirtuado la verdadera razón de la glosa; la especificación del pago, descripción del equipo y el hecho de que la beneficiaria no poseía muebles ni equipos en el primer semestre de 1982.

De acuerdo con estas consideraciones, solicita que la sentencia apelada sea revocada y en su lugar se acepten los pagos por arrendamientos y alquileres de computación y se levante la sanción por libros.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

De acuerdo con los acápites que anteceden, observa la Sala que la apelación objeto de análisis se contrae a tres puntos, a saber: 1) rechazo de servicios pagados a Centro Cómputo (Empresa Cómputo Bolívar) en cuantía de $148.952.132.oo; 2) rechazo por concepto de alquileres de equipo, en la suma de $18.750.000.oo; y, 3) sanción por libros de contabilidad.

1o. *RECHAZO DE SERVICIOS PAGADOS DE CENTRO-COMPUTO POR LA SUMA DE $148.952.132.oo:*

Se observa, en primer lugar, que dichos pagos incluyen valor de programas, alquiler de equipo, papelería y arrendamiento software (según acta de inspección contable), y retomando los motivos que dieron lugar a esta glosa se pueda constatar que la misma se originó por dos razones esenciales. De una parte, la Administración estableció del análisis hecho a la declaración de renta de la sociedad beneficiaria del pago, que ésta no posee equipo de computación que le permita prestar unicamente el servicio de alquiler de equipo, y, de otra, según la facturación, la misma presta el servicio de computación general, circunstancia que llevaron a los funcionarios visitadores a calificar dichos gastos como de "computación" concluyendo que tenía el carácter de pago por honorarios y por ende sujetos a retención en la fuente. Dentro de esta partida global, se glosó la suma de $18.000.000.oo con una razón adicional, como es que no se encontró soportes contables que justificaran su contabilización.

A lo largo del proceso gubernativo y ante la Jurisdicción, la actora ha insistido en que la partida glosada en su mayoría corresponde a "alquileres o arrendamientos" y no a honorarios, como los ha calificado las autoridades de impuestos, respaldando su afirmación con certificado de su revisor fiscal acompañado de las cuentas de cobro de la sociedad beneficiaria de los pagos.

Es evidente que con estos elementos probatorios no se puede considerar desvirtuados los fundamentos que dieron lugar al rechazo por parte de las oficinas de impuestos, por cuanto los mismos sólo hacen referencia al hecho de afirmar que la actora efectuó esos pagos a la sociedad Cómputo Bolívar S.A., que se encuentran debidamente soportados, de acuerdo con las cuentas de cobro cuyas fotocopias aporta, hecho que en ningún momento han sido objeto de controversia, pues como se puntualizó antes, los motivos aducidos por la administración como fundamento de la glosa son, en primer lugar, el hecho de que la sociedad Cómputo Bolívar S.A., según su propia declaración de renta, no posee dentro de sus activos equipos, y, el otro aspecto, que la misma se dedica al servicio de computación en general; es decir, se han cuestionado los pagos que se contabilizaron como alquiler de equipos y se ha tomado todos como servicios generales de computación, atendiendo los demás rubros glosados: *valor de programas, arrendamiento de software y papelería.*

Ahora bien, para la Sala es claro, que el servicio de computación, que como en el caso de *litis,* incluye programación y software (hojas 12 a 15 del acta de visita) en su ejecución predomina el factor intelectual sobre el manual o estrictamente material, hecho que caracteriza la prestación del servicio, independientemente del hecho de que el mismo se realice en cumplimiento de determinado contrato, lo cual no desvirtúa la esencia misma del pago o retribución por el servicio. Por ello la circunstancia por el accionante en el sentido de que se trata de arrendamiento de

dichos servicios (programación y sotfware) no desvirtúa la naturaleza del pago, porque de todas maneras se está dando el servicio de computación o programación cuya retribución evidentemente tiene el carácter de honorarios; y por ende sujeto al cumplimiento del requisito echado de menos por la Administración.

En esta forma, la Sala acoge la opinión que el Tribunal puntualiza, con fundamento en el artículo 2.063 del Código Civil, al regular el arrendamiento de servicios, como aquéllos en los que predomina la inteligencia sobre la mano de obra, ordenamiento legal que se encuentra acorde con los fundamentos que al calificar de " honorarios " ha señalado las distintas actuaciones administrativas.

Por las razones que anteceden, no es procedente acceder a lo solicitado por la accionante, toda vez que no le asiste razón al respecto, tal como lo ha decidido el Tribunal *A-quo.*

En cuanto a la partida de $18.000.000.oo incluída dentro de este primer rechazo, por corresponder a gastos de equipo, la cual carecía de soportes externos, considera la Sala, que la misma debe mantenerse por cuanto la certificación contable en este caso no es válida para subsanar el hecho establecido, de conformidad con lo consagrado por el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, que prohibe aportar la prueba contable, cuando la misma administración le ha requerido al contribuyente los documentos contables, y éste se ha negado a presentarlos, como ha ocurrido en el caso *sub-lite,* en que no se aportaron los soportes externos que demostraran la veracidad del gasto. Este ordenamiento legal determina la improcedencia de dicha prueba para desvirtuar la glosa.

2o. *RECHAZO POR CONCEPTO DE ALQUILER DE EQUIPOS, EN LA SUMA DE $18.750.000.oo:*

La Administración de Impuestos desestimó este gasto, por cuanto en la visita contable se observó la ausencia total de comprobantes externos que justificaran su contabilización. Así mismo se cuestionó la falta de especificación sobre la clase de pago, la clase de equipo, tiempo etc, e igual que en el punto anterior, en la declaración de renta de la sociedad beneficiaria del pago, la Compañía de Administración de Servicios Generales S.A., se constató que ésta no poseía ningún equipo, ni muebles de oficinas para alquilar, en el primer semestre de 1982.

Para desvirtuar estos hechos, la actora ha presentado igualmente certificación del Revisor Fiscal en la que se hace constar sobre la contabilización de dicha suma, respaldada con la cuenta de cobro que envía la beneficiaria de los pagos, de las cuales también aporta fotocopias.

A semejanza del punto anterior, observa la Sala, que la actora en realidad de verdad, como lo advierte la Fiscalía y el Tribunal, en ninguna oportunidad ha desvirtuado los hechos que dieron lugar a la glosa. En efecto, no se aclara nada sobre la especificación del gasto, clase de equipo y tiempo, y lo que es más

importante, no se desvirtúa el hecho de que la sociedad benefeciaria del pago, tampoco poseía equipo alguno.

En estas condiciones, se observa que la certificación de contador es insuficiente para la demostración del hecho cuestionado, porque sólo se circunscribe a un aspecto, como es que el pago fue contabilizado debidamente y que tiene soportes internos y externos, hecho, que tampoco tiene relievancia frente a las demás exigencias requeridas y sobre las cuales no se ha presentado comprobación alguna, máxime cuando las inconsistencias se ha determinado de manera directa del examen de la misma contabilidad. En esta forma es evidente que la prueba en comento no tiene la validez que el accionante pretende darle con fundamento en el artículo 98 de la Ley 9a. de 1983, porque su idoneidad en este caso quedó sujeta a las prescripciones del artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, en el sentido de que no puede invocarse posteriormente como prueba a favor.

3o. *SANCION POR LIBROS DE CONTABILIDAD, EN LA SUMA DE $2.299.219.:*

Se fundamentó en el hecho de haberse constatado en la visita contable la ausencia de soportes externos en relación con la partida de $18.000.000.oo, glosada dentro del primer rechazo global y lo mismo que en cuanto al rechazo relacionado en el punto anterior, hecho, que es irregular de conformidad con lo establecido por el artículo 57 del Decreto 3803 de 1982, según el cual " cuando los registros contables no cuenten con el suficiente respaldo en los documentos internos y externos, ni reflejan de manera razonable el movimiento del negocio o actividad del contribuyente, la sanción por libros se reducirá al 10% del artículo anterior...".

Con base en esta disposición en la vía gubernativa se efectuó la reducción a la suma que se cuestiona ante la jurisdicción, la cual confirma la Sala, toda vez que los hechos que la originaron en ningún momento han sido desvirtuados, encontrándose en consecuencia correctamente aplicada la sanción en *litis,* siendo por ello imposible acceder a lo solicitado por el apelante en el libelo.

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,

F A L L A :

CONFIRMASE LA SENTENCIA de fecha 9 de octubre cde 1989, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SANCION POR INEXACTITUD/PRESCRIPCION/SANCION DE AFORO/ PRESCRIPCION/ SANCION TRIBUTARIA/ PRESCRIPCION

Las sanciones por inexactitud y aforo prescriben en el mismo término establecido para revisar o aforar y la sanción por libros en el término establecido para revisar. Las demás prescriben en el término de dos años.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C. agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3452. Actor: Legislación Económica S.A.
Impuesto (Renta)
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, contra la sentencia proferida el 19 de octubre de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad LEGISLACION ECONOMICA S.A. (antes Ltda.), contra los actos administrativos que determinaron a su cargo el Impuesto sobre la Renta y complementarios por el período gravable de 1984.

El apoderado de la Administración de Impuestos no está de acuerdo con el fallo, por cuanto aceptó que el término para imponer la sanción prevista por el artículo 27 del Decreto 80 de 1984, había prescrito y por ende la levantó.

Afirma que las sanciones por inexactitud y la por omisión en la identificación de las personas de quienes se devengaron ingresos y de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, debe imponerse dentro del cuerpo de la liquidación de

revisión y no por fuera de ella, de donde infiere que el término para aplicarlas es el mismo previsto por el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, en concordancia con el artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, y no el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, en el que el Tribunal se fundamentó.

Solicita se revoque la sentencia en lo desfavorable a la Administración y se confirme en lo que se refiere a la deducción por sueldos que desestimó.

El Dr. Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, en su concepto de fondo, por el contrario está de acuerdo con el Tribunal; estima que la sanción por no identificar a las personas de quienes se recibieron ingresos y de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, está sujeta al término prescriptivo de dos años que se cuenta desde el vencimiento de los dos meses siguientes al plazo legal para declarar, término acerca del cual no opera el fenómeno de la suspensión, como sí ocurre con las sanciones por inexactitud y por libros de contabilidad.

Solicita entonces se confirme la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION :

Se trata de dilucidar si, como sostiene la Administración Tributaria, "El término de los dos años de prescripción de la sanción prevista en el artículo 27 del Decreto 80 de 1984, no se cuenta en forma cronológica a partir de la presentación de la declaración de renta, sino que se prorroga por el término que dure la suspensión del término de revisión cualquiera que sea la causa ", o si por el contrario, como lo afirma el demandante y acepta el Tribunal, esta sanción prescribe en el término de dos años corridos, porque únicamente la sanción de Aforo y de inexactitud participan del término para que la Administración notifique la liquidación de Revisión.

Inicialmente y partiendo de la vigencia de 1974, el artículo 16 del Decreto 2821 de 1974, determinaba que las sanciones que debían aplicarse con el acto de liquidación de Impuestos o con ocasión de los recursos, prescribían en igual término al establecido para aforar y revisar y los artículos 41 y 49 de la Ley 52 de 1977, disponían que en la liquidación de Revisión o Aforo, se imponían las sanciones que debían aplicarse conjuntamente con la liquidación del tributo.

Fue el artículo 61 del Decreto 3803 de 1982 el que determinó: "La sanción por mora prescribe en el mismo término establecido para la respectiva obligación sustancial".

" Las sanciones por inexactitud y aforo prescriben en el mismo término establecido para aforar o revisar"

"Las DEMAS SANCIONES PRESCRIBEN EN EL TERMINO DE TRES (3) años".

Y el artículo 19 del mismo estatuto (Decreto 3803/82) que sustituyó al artículo 41 de la Ley 52 de 1977, derogado por el art. 89 ibídem, anotó:

" La Administración Tributaria podrá modificar, por una sola vez, las liquidaciones privadas de los contribuyentes, mediante Liquidación de Revisión. EN EL MISMO ACTO SE IMPONDRA LA CORRESPONDIENTE SANCION POR INEXACTITUD SI HUBIERE LUGAR A ELLA. *LAS DEMAS SANCIONES PODRAN IMPONERSE CON LA LIQUIDACION O MEDIANTE RESOLUCION INDEPENDIENTE"*(las mayúsculas y el subrayado son de la Sala).

De otra parte el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, vigente para la época del año materia de controversia, que derogó el art. 61 del Decreto 3803 de 1982, estableció:

" La sanción por mora..."

" Las sanciones por inexactitud y aforo prescriben en el mismo término establecido para aforar o revisar. La sanción por libros prescribe en el mismo término establecido para revisar".

" Las demás sanciones prescriben en el término de dos (2) años".

De acuerdo con las normas anteriores se tiene:

a) Que a partir del año fiscal de 1982, la única sanción que debe imponerse con la liquidación de revisión es la sanción por inexactitud.

b) Que las demás sanciones pueden aplicarse en la liquidación en cita o mediante Resolución independiente (arts. 19 y 58 del Decreto 3803 de 1982).

c) Que por el año gravable de 1982, la sanción por inexactitud y aforo prescribe en el mismo término establecido para revisar o aforar, las demás en el término de tres años.

d) Que por los años fiscales de 1983 y 1984, las sanciones por inexactitud y aforo prescriben en el mismo término establecido para revisar o aforar y la sanción por libros en el término establecido para revisar. LAS DEMAS PRESCRIBEN EN EL TERMINO DE DOS años.

Esto significa que cuando la ley ha vinculado la facultad de sancionar a la liquidación de revisión o aforo, sigue el mismo término de caducidad que rige para éstas, inclusive con las posibilidades de suspensión en razón de la permisión legal de plazos para contestar requerimientos o practicar inspección a libros.

Pero cuando la sanción se impone en resolución independiente al acto de liquidación, la sanción prescribe en el término de DOS años.

Dos años que en el caso de la falta de relaciones de ingresos y deducciones se cuentan según el art. 27 del Decreto Reglamentario 80/84, desde la presentación de la declaración, o de los dos meses de vencido el término para declarar y no está sometido a suspensión alguna, sino que corre en forma ininterrumpida.

Este esquema fue el que vino a consagrarse más tarde con mayor claridad en el año de 1987 (Decreto 2503 art.71), incorporado hoy en el E.T. art.638.

Así las cosas está de acuerdo la Sala con el Tribunal y el Ministerio Público: la sanción prevista por el artículo 27 del Decreto 80 de 1984, establecida inicialmente por los artículos 1o. parágrafo 1 y 59 del Decreto 3803 de 1982, está prescrita, como quiera que la declaración de renta de 1984 se presentó el 13 de mayo de 1985 y el acto administrativo que la aplicó es de Julio 29 de 1987, esto es, cuando había ya precluído el término de dos años prescrito por la ley para imponerla.

A juicio de la Sala no es acertada la interpretación de la norma reguladora de la prescripción de las sanciones que hizo la Administración de Impuestos, en el negocio aquí resuelto.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 19 de octubre de 1990 en el juicio No. 6809.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS/IMPUESTO DE FOMENTO CINEMATOGRAFICO

Los exhibidores de producciones cinematográficas de cortometraje, para gozar del descuento del 35% (D. 1676/84) deben presentar como nuevo requisito el certificado de paz y salvo con Focine con relación a las obligaciones e impuesto del art. 15 de la de paz y salvo con Focine con relación a las obligaciones e impuesto del art. 15 de la Ley 55/85.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3040. Actor: Cine Colombia S.A.
Impuestos
FALLO

Se decide el recurso de apelación contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 1990 por el Tribunal Administrativo de Santander en la cual negó las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho expuestas por la sociedad CINE COLOMBIA S.A., a través de su apoderado judicial con relación al Impuesto de Espectáculos Públicos.

ANTECEDENTES

Las autoridades tributarias del municipio de Bucaramanga determinaron como obligación a cargo de la demandante la suma de $4.034.513 como saldo a deber del Impuesto de Espectáculos Públicos (Ley 12 de 1932 y Acuerdo Municipal 029 de 1974) causado en los Teatros CINEMA UNO, CINEMA DOS Y EL CID desde el 1o. de octubre de 1986 hasta el día 30 de abril de 1988.

Determinada la anterior obligación en la Liquidación Oficial 005 del 5 de mayo de 1988 expedida por el Jefe de la División de Impuestos Municipales fue confirmada por el Secretario de Hacienda mediante la Resolución 010 de septiembre 8 de 1988, entre otros argumentos con el que se liquidó el 100% del Impuesto de Espectáculos Públicos sin el descuento del 35% que establecía el Decreto 187 de 1984 y las Resoluciones 4125 y 2600 de 1983 expedidas por el Ministerio de Comunicaciones, ..." ya que CINE COLOMBIA S.A. no presentó el paz y salvo reglamentado por el Decreto 2732 de 1985 y señalado como ' *conditio ad probationem'* para tener derecho a tal beneficio".

Alegó además la entidad oficial que " era bien distinto el descuento del 35% del Decreto 187 de 1984 que recaudan los municipios y otro diferente el gravamen del 16% de la Ley 55 de 1985 que recauda la Administración de Impuestos Nacionales " y desestimó por considerar una confusión la planteada igualdad del paz y salvo de la Administración de Impuestos y el que debe expedir FOCINE. Concluyó la Administración Municipal que " como consecuencia de dicho recaudo por la DIN ésta expedía un paz y salvo respecto del gravamen del 16% sobre el valor de la boleta, paz y salvo éste que fue eliminado por el Decreto 2503 de 1987 y que es al que hace alusión el recurrente, pero que en ningún caso corresponde al paz y salvo que debe expedir FOCINE como requisito para obtener el descuento del 35% que es el porcentaje motivo de la *litis"*.

Planteó el demandante la violación, entre otras normas citadas, del Artículo 1o. del Decreto 1676 de 1984, el Decreto 2529 de 1987 (por cuanto éste derogó al Dcto.2732/85 que exigía el paz y salvo de FOCINE), el Decreto 2503 de 1987 en cuyo Artículo 151 se eliminó el paz y salvo por parte de la Administración.

En el fallo apelado el Tribunal denegó las pretensiones basicamente porque corresponde a FOCINE según el Artículo 25 del Decreto 2732 de 1985 certificar si los exhibidores de películas en él país han cumplido con la obligación del pago del 16% del valor de los recaudos conforme a la Ley 55 de 1985, certificado que sirve para aceptar el descuento del 35% alegado. Desechó el *a-quo* el argumento montado sobre la derogatoria del Decreto 2732 de 1985 por el Decreto 2529 de 1987 por no haber sido expuesto en la etapa gubernativa y el de la eliminación del paz y salvo por el Decreto 2503 de 1987 y en que para la fecha de los acontecimientos regía el Decreto 2732 de 1985 que exigía el paz y salvo de FOCINE y como lo hizo la Administración obró ajustada a la ley.

En el recurso de APELACION el señor apoderado critica los considerandos del *a-quo* por cuanto en las Resoluciones 096 de junio 8 y 010 de septiembre 8 de 1988 se plantearon, a más de que en las planillas constaba la exhibición de las películas de cortometraje nacionales que le dieron derecho a la exoneración del 35% del Impuesto Nacional de Espectáculos Públicos (Ley 12/32 y 33/68) según el Decreto 1676 de 1984. Además, por el hecho de desconocer el Tribunal la derogatoria del Decreto 2732 de 1985 por el Decreto 2529 de 1987 que regló la forma de discutir, liquidar, administrar, etc., el impuesto creado por la Ley 55 de 1985 (Art.15) con destino a FOCINE asimilando las normas aplicadas por la Dirección General de

Impuestos Nacionales y por ello la cobija la supresión de certificados de paz y salvo decretada por el Artículo 151 del Decreto 2503 de 1987.

Con reiteración de los alegatos presentados a lo largo del proceso pide la revocatoria de la sentencia y aceptar las liquidaciones privadas de la compañía en los períodos discutidos.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Tercero, Dr. Jaime Ossa Arbeláez se inclina por la confirmación de la sentencia apelada para lo cual se apoya en fallo del Consejo de Estado (Exp.2328) que estudió la impugnación del Decreto 1869 de 1988 el cual a su turno tuvo en cuenta la inexequibilidad de los incisos 3o. y 4o. del Artículo 15 de la Ley 55 de 1985 decretada por la Corte. Para la época de la discusión del recaudo concluye que era FOCINE la entidad encargada de la administración del tributo en forma tal que si el contribuyente quería gozar de la exoneración del 35% debió exhibir a las autoridades tributarias adecuadas el respectivo paz y salvo expedido por FOCINE.

Anota que quedó claro que uno es el impuesto administrado por FOCINE y otro por la Dirección de Impuestos Nacionales. El de FOCINE hace viable el descuento de los impuestos municipales siempre y cuando se tenga la prueba de su pago por medio del paz y salvo correspondiente.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Centrada la discusión sobre el derecho alegado por la empresa demandante al descuento del 35% sobre el Impuesto de Espectáculos Públicos por el período del 1o. de octubre de 1986 al 30 de abril de 1988 en su condición de exhibidor de películas, derecho negado por la Administración Municipal de Bucaramanga por incumplimiento de un requisito, no le era dable al Tribunal Administrativo dejar de considerar uno de los argumentos esgrimidos en la demanda (derogatoria del Dcto.2732/85 por el Dcto.2529/87) bajo la tesis de que esta jurisdicción ..." sóo tiene en cuenta los hechos y argumentaciones que hayan sido objeto de discrepancia y controversia en la vía gubernativa...", pues no sólo no se ajusta esa afirmación a la jurisprudencia de la Sección que siempre le ha dado cabida a argumentos nuevos, sino porque el referido por el *a-quo* tan es cierto que fue expuesto en vía gubernativa que inclusive fue calificado por la oficina del gobierno como ' una confusión por parte del distinguido apoderado'.

En consecuencia, la controversia está radicada en si el certificado de paz y salvo con FOCINE era o no requisito indispensable para tener derecho al descuento del 35%. Para la compañía demandante el Decreto 1676 le daba derecho a la reducción del 35% de los impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos en su condición de exhibidora de producciones cinematográficas de cortometraje colombianas. Para las autoridades tributarias del municipio, para gozar de este

derecho debía haber presentado el mencionado certificado de paz y salvo establecido por el Artículo 25 del Decreto 2732 de 1985 (sep.23), que dispuso:

> " Para gozar de la exención de los impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos, a que se refiere el Artículo 7o. numeral 1 de la Ley 12 de 1932, el Artículo 5o. de la Ley 9a. de la Ley 30 de 1971 y sus Decretos Reglamentarios, los exhibidores de producciones cinematográficas de cortometrajes deberán presentar, ante los organismos o entidades receptoras de dichos impuestos, el paz y salvo vigente expedido por la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-, por concepto del pago de la totalidad del gravamen a que se refiere el Artículo 15 de la Ley 55 de 1985, y del porcentaje previsto en el parágrafo del Artículo 1o. de este decreto, si fuere el caso ".

Aunque este decreto ciertamente se refirió principalmente a la reglamentación del impuesto del 16% establecido por el Artículo 15 de la Ley 55 de 1985, lo cierto es que en el transcrito artículo 25 se refirió expresamente al paz y salvo con FOCINE en razón de dicho gravamen, para condicionar la reducción del 35% de los impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos (Ley 12/32 y Ley 30/71), constituyéndose así en un nuevo requisito para gozar del beneficio autorizado por el Decreto 1676 de 1984 con relación a estos últimos gravámenes.

Habiéndose establecido tal requisito en el mes de septiembre de 1985 no hay duda que regía para el período revisado por la administración municipal que se inició en octubre de 1986. Para dilucidar al problema planteado por la actora de la permanencia o vigencia frente a los Decretos 2529 de 1987 (dic.30) y 2503 del mismo año (dic.29), la Sala difiere de los planteamientos del señor apoderado por las siguientes consideraciones:

En primer lugar es notorio que en el mes de enero de 1987 cuando en virtud del Decreto 131 se le introdujeron modificaciones sustanciales al sistema consagrado en el Decreto 2732 de 1985, tanto que derogó en forma expresa 14 de sus 29 artículos, dejó vigente el Artículo 25 relativo al discutido paz y salvo.

La supresión de ese requisito por parte del Decreto 2529 de 1987 la deduce la parte actora de una derogatoria tácita en virtud de haber adoptado este decreto las normas procedimentales de recaudo y administración usuales en la Dirección de Impuestos Nacionales y puesto que de ellas fue abolido por el Artículo 151 del Decreto 2503 de 1987 los certificados de paz y salvo, resultaba así también suprimido el de FOCINE para las empresas exhibidoras con relación al Impuesto de Espectáculos Públicos.

Sea lo primero observar que el Decreto 2503 de 1987 relativo al control, recaudo, cobro, determinación y discusión de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales mal podía comprender al Impuesto de Espectáculos Públicos que aunque de carácter nacional y cedido su producto a los municipios, ha sido de la competencia de éstos su administración y cuando se expidió el 29 de diciembre de 1987 aún no se había dictado el 2529 que es del día

siguiente, 30 de diciembre. Y, además, dentro del listado de normas derogadas expresamente (Art.154) aparece sólo la Ley 1a. de 1981 que se refería a los certificados especial y ordinario por concepto de Impuesto sobre las Ventas, Renta y complementarios, pero en ningún momento ni al Impuesto de Espectáculos Públicos (Ley 12/32), ni al del cine creado por la Ley 55 de 1985. En consecuencia, no surgía en forma clara la supresión de dicho requisito al expedirse el citado Decreto 2529 de 1987, por lo cual, era válido pensar como lo hizo la autoridad tributaria de Bucaramanga en el mes de mayo de 1988 (cuando produjo la Liquidación 05 impugnada) que estaba vigente aún para el período revisado, que iniciado en octubre 1o. de 1986, comprendió hasta el 30 de abril de 1988.

Pero los acontecimientos normativos y jurisprudenciales posteriores aclaran o refuerzan la posición gubernamental: en efecto, por sentencia del 28 de julio de 1988 (Exp.1812) la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible todo el Decreto 2529 de 1987 de suerte que éste había desaparecido de la vida jurídica cuando la Secretaría de Hacienda Municipal resolvió el recurso de apelación (Res. 010 de sep. 8 de 1988) y con mayor razón cuando se presentó la demanda ante esta jurisdicción. Pero además, la razón de la inexequibilidad fue precisamente que la invocada facultad extraordinaria por el Presidente para expedirlo -Art.90 de la Ley 75/86- comprendía solamente la de dictar normas con relación a los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales y puesto que ni el de Espectáculos Públicos, ni el del 16% sobre las boletas de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica (Art.15 Ley 55/85), los administraba la citada Dirección General de Impuestos Nacionales, no pudieron sus disposiciones regular lo relativo a dichos impuestos administrados unos por municipios y el otro por FOCINE.

Por estas razones considera la Sala que no es aceptable la tesis de la derogatoria del Artículo 25 del Decreto 2732 de 1985. En consecuencia, la exigencia del certificado de paz y salvo con FOCINE, era legal, motivo por el cual la sentencia apelada merece confirmación.

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 que dictó el Tribunal Administrativo de Santander el 9 de mayo de 1990 en el Expediente No. 6000.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DISTRIBUIDOR DE COMBUSTIBLE/ BASE GRAVABLE-Determinación/
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En cuanto al Impuesto de Industria y Comercio a cargo de los distribuidores de combustibles tuvo razón el Distrito Especial de Bogotá al no aceptar el planteamiento de pretender establecer su gravamen a base de la diferencia entre ingresos por venta de combustibles y el respectivo costo, pues si bien esa operación arroja como resultado la utilidad bruta obtenida en la venta, esa no es la base gravable especificamente señalada en las normas legales, que es " sobre el margen bruto fijado por el Gobierno para la comercialización de los combustibles". No son conceptos iguales ni equivalentes. La determinación correcta de la base gravable de estos contribuyentes implica que se demuestre mediante copia auténtica de las respectivas resoluciones del Ministerio de Minas cuál ha sido el margen señalado para cada producto y luego los ingresos con respaldo en la contabilidad.

PRUEBA TESTIMONIAL/ PRUEBA DOCUMENTAL

Las resoluciones del Ministerio de Minas y las facturas originales de compra de combustible realizado en la primera instancia, no se trataba de un simple testimonio de un tercero recibido y aceptado sin las formalidades del C. de P.C. Se trataba no de uno sino de varios documentos auténticos pues su autenticidad no fue objetada nunca; expedidos con la anunciada calidad de funcionarios de una compañía que tampoco fue cuestionada y desconocido su valor probatorio en la etapa de los recursos gubernativos por falta de soportes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3183. Actor: Transportes Chinchilla Mora y Cía. Ltda. Contra D.E. de Bogotá.
Impuesto Industria y Comercio
FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la señora representante judicial del Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 18 de mayo de 1990 mediante la cual accedió parcialmente a las peticiones de la sociedad TRANSPORTES CHINCHILLA MORA Y CIA. LTDA. con relación al Impuesto de Industria y Comercio a su cargo por el año gravable de 1984 (vigencia 1985).

Previa investigación y requerimiento la Dirección de Impuestos Distritales practicó la Liquidación 842136 el 9 de marzo de 1987 apartándose de los valores declarados en la liquidación privada en especial en el renglón de base gravable por venta de combustibles, exclusión de la utilidad en una venta de activo fijo, exención por venta de leche y aplicó sanción por inexactitud.

En desarrollo de los recursos gubernativos dicha liquidación fue parcialmente modificada por las Resoluciones 649 de agosto 3 y 392 de octubre 16 de 1987, quedando cerrada la vía gubernativa con ésta última.

La SENTENCIA objeto de recurso de apelación, aceptó la determinación de la base gravable en la venta de combustibles para ajustarlo a lo dispuesto por la Ley 14 de 1983 y Artículo 19 del Acuerdo 21 de 1983 y negó los demás factores alegados por la empresa, ajustando la sanción a los nuevos valores determinados.

El recurso de APELACION interpuesto por la representante del Distrito Especial expone su fundamentación en dos aspectos: por una parte por el hecho de que la demanda no se dirigió adecuadamente como lo ordena el numeral 1 del Artículo 137 del C.C.A. contra el Distrito sino contra la División de Impuestos que carece de personería y no es la representante de aquél; sin embargo no se sacan peticiones o conclusiones claras de esta situación. Y, segundo, siendo lo más importante, su inconformidad por el valor probatorio asignado a la certificación del Gerente de la ESSO COLOMBIANA S.A. sobre volúmenes de combustibles y derivados del petróleo vendidos a la firma reclamante, documento que en sentir de la apelante, tanto por su forma como por su origen no era soporte suficiente para que el *a-quo* hubiera aceptado el planteamiento de la actora en este punto.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta ante esta Corporación tras el análisis del régimen especial a que están sometidos los intermediarios en la distribución de derivados del petróleo, es decir, teniendo en consideración el sistema especial de determinación de la base gravable critica la actuación de las Oficinas de Impuestos por no haberlo tenido en cuenta en el análisis de la declaración tributaria y las posteriores pruebas que se allegaron al proceso. Dice la señora Fiscal:..." Por tanto, la sentencia al modificar

este punto de la liquidación oficial, está reconocido y dando aplicación al imperio de la norma transcrita antes y confirmando la certeza otorgada por las autoridades Distritales a cifras tomadas de la declaración de renta de la Sociedad TRANSPORTES CHINCHILLA MORA Y CIA. LTDA., no sin dejar de evaluar probatoriamente, con criterio por demás amplio, los documentos (facturas de compra, declaraciones de terceros) allegados a la instancia con el propósito de demostrar la inconducencia del mayor valor y la sanción aplicada en lo referente a la actividad comercial objeto de cuestionamiento por vía de apelación".

Concluye en pedir se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En síntesis la apelación está circunscrita a dos temas:

a) El no haber dirigido la demanda contra el Distrito Especial sino contra la Dirección Distrital de Impuestos que carece de personería y

b) El haber aceptado como prueba la certificación de quien dijo ser Gerente de la ESSO sin soporte contable de esta compañía y otros defectos probatorios lo que llevaba a que el cargo formulado respecto a la base gravable en la venta de combustibles, ha debido negarse.

1o. Cierto es como lo afirma la apelante que esta Sección ha insistido en que la designación adecuada de la entidad pública demandada constituye elemento indispensable del libelo demandatorio conforme lo exige el Artículo 137 del C.C.A. en su numeral 1o. (designación de las partes y de sus representantes), entre otros objetos con el de que se trabe en debida forma la relación procesal con respeto al derecho de defensa, especialmente de la parte demandada.

Pero también ha dicho la Sala, (inclusive en las providencias transcritas parcialmente en el escrito de apelación) que este defecto del escrito inicial de la demanda queda superado sí, como sucedió en el caso que se resuelve, la entidad demandada en atención a la notificación que se le haga, se apersona e interviene en el juicio, porquè así queda cumplida la finalidad de la ley.

En este proceso no obstante ser cierta la falla de la demanda, el auto admisorio ordenó notificarla al señor Personero del Distrito Especial quien al hacerlo delegó en la misma distinguida Abogada que apela, las funciones de Representante Judicial del Distrito Especial con las mismas facultades del Personero y en tal carácter fue aceptada por el Tribunal ante quien actuó en todo el curso del proceso, inclusive en la segunda instancia que se decide en esta oportunidad.

En tales condiciones no ve la Sala motivo para desconocer dicha realidad cuando está para culminar este proceso en el cual la relación se ha desenvuelto sin problema de personería, representación o mengua del derecho de defensa.

2o. La crítica a la sentencia apelada en el sentido de que el tratamiento tributario a los ingresos por venta de derivados del petróleo lo aceptó el Tribunal con base en un documento simplemente declarativo, testimonio de tercero sin respaldo contable y sin haber sido recibido sin las debidas solemnidades, merece algunas aclaraciones, porque la situación no es de la simplicidad descrita en la apelación.

El documento referido -folio 86- ciertamente es una constancia del señor Jaime Terront Suárez expedida en su condición de" Gerente Regional de la ESSO COLOMBIANA S.A., como se desprende del certificado de Constitución y Gerencia que se acompaña" y según el cual la firma demandante compró en el año "según tabulados de venta" los volúmenes de combustibles y lubricantes que allí se detallan. La firma del señor Terront fue reconocida ante el Notario 26 de Bogotá en diligencia de marzo 25 de 1987 que consta en el mismo documento.

La relación de los volúmenes allí indicada está respaldada y repetida en certificación del Contador de la ESSO con Matrícula No. 7033-T y cuya firma también fué autenticada ante el Notario 26.

Estos fueron documentos presentados en la etapa gubernativa y aunque en ellos se fundó el Revisor Fiscal de la demandante para expedir su propio certificado sobre el mismo aspecto, no fueron aceptados por la Administración Distrital (Reolución 392 octubre 16 de 1987) por no haber podido verificar los valores citados por falla absoluta de comprobantes internos y externos y además la falta de registro en los libros principales de la sociedad.

Pero sucede que en la etapa contenciosa la actora presentó junto con la demanda las "facturas originales de compra de combustibles" que van del folio 95 al 255, con anotaciones varias como el número del cheque de pago, sellos de entrega de la ESSO y recibo de caja de esta compañía, etc.

En la sentencia apelada hay clara referencia a estos documentos así como a las resoluciones del Ministerio de Minas, cuyo examen en conjunto llevó al *a-quo* a aceptar que " en estas pruebas habrá de determinarse la base gravable", de manera que el fallo no se basó en un único documento sino en los varios mencionados en los que se fundó la valoración del acervo probatorio del *a-quo* y dentro de él sin duda, el aporte de las facturas originales de compra de combustible realizado en la primera instancia al tiempo con la demanda.

Para la Sala, no se trató de un simple testimonio de un tercero recibido y aceptado sin las formalidades del Código de Procedimiento Civil. Se trataba no de uno, sino de varios documentos auténticos pues su autenticidad no fue objetada nunca; expedidos con la anunciada calidad de funcionarios de una compañía que tampoco fue cuestionada y desconocido su valor probatorio en la etapa de los recursos gubernativos por falla de soportes, los cuales fueron precisamente los que adujo ante la jurisdicción la actora, sin objeción de la demandada.

Por tales motivos, la Sala no encuentra razón alguna valedera para desconocer el juicio de valor que les asignó el *a-quo* ya que no está demostrado un quebrantamiento de la normatividad en materia de pruebas y en especial la de su valoración por parte del juez.

Lo anterior es suficiente para no acceder a la súplica de la señora apelante pero no sobra hacer una breve consideración sobre el aspecto de fondo que se debatió en este proceso relativo al Impuesto de Industria y Comercio a cargo de los distribuidores de combustibles: tuvo razón el Distrito Especial de Bogotá al no aceptar el planteamiento inicial de la compañía demandante de pretender establecer su gravamen a base de la diferencia entre ingresos por venta de combustibles y el respectivo costo, pues si bien esa operación arroja como resultado la utilidad bruta obtenida en la venta, esa no es la base gravable especificamente señalada por la Ley 14 de 1983 en el parágrafo 3o. del Artículo 32 y repetida en el Artículo 19 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo Distrital que es " sobre el margen bruto fijado por el Gobierno para la comercialización de los combustibles ". No son conceptos iguales ni equivalentes. La determinación correcta de la base gravable de estos contribuyentes implica que se ciñan en forma estricta a los términos de ley demostrando mediante copia auténtica de las respectivas resoluciones del Ministerio de Minas cuál ha sido el margen señalado para cada producto y luego los ingresos de cada uno de éstos con respaldo en su contabilidad que desde luego debe cumplir con las formalidades y técnica que consagran las distintas normas a las cuales está sujeta la contabilidad.

Pero así como no era aceptable la posición de la empresa de querer adoptar una base gravable distinta, tampoco resultaba justa ni aceptable la pretendida por las autoridades de impuestos distritales para quienes la base debía ser el ingreso bruto total, cuando precisamente la Ley 14 de 1983 estableció excepcionalmente una base equivalente a la utilidad propia que obtienen estos intermediarios en la distribución de combustibles que son productos sometidos a un precio político rigidamente regulado por el Estado en consideración a su incidencia en la vida económica y social de la comunidad.

Por ello la Sala está de acuerdo con las consideraciones del representante del Ministerio Público expuestas para pedir la confirmación del fallo.

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,

F A L L A :

CONFIRMASE la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de mayo de 1990 en el proceso No. 6131 -Impuestos Distritales. Actor: SOCIEDAD TRANSPORTES CHINCHILLA MORA Y CIA. LTDA.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

INGRESO DE EXPORTACION/ IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ BASE GRAVABLE-Determinación/ **EXPORTACION/ EXENCION TRIBUTARIA**

La Ley 14 de 1983 aclaró definitivamente en su artículo 33 y por vía de autoridad, qué elementos deben descontarse en el cálculo de los ingresos para fijar la base del gravamen en el impuesto de industria y comercio y fundamentalmente cuando en su artículo 39 afirma que continuará vigente la prohibición de gravar los artículos de producción nacional destinados a la exportación, con lo cual presupone la existencia anterior de dicha prohibición. En las exportaciones por expreso mandato legal, no se origina el impuesto municipal aquí discutido. Prohibición que exime de cualquier interpretación sobre si la exportación la realizó quien produjo el bien o quien lo está comercializando, pues el beneficio fiscal cubre el hecho en sí de la exportación, sin consultar quién lo realiza (Ejercicio fiscal de 1979)

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., Agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3370. Actor: Rafael Espinosa Hermanos & Cía. Ltda. Apelación sentencia del 29 de Agosto de 1990 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad con restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron el impuesto de industria y comercio, por el año gravable de 1979.

La apoderada judicial de la sociedad RAFAEL ESPINOSA HERMANOS & CIA. LTDA. apela de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio de restablecimiento del derecho promovido contra los

actos administrativos por medio de los cuales se establecieron los impuestos de industria y comercio a su cargo por el año gravable de 1979, vigencia de 1980, así: Resolución No. 0183 de 8 de Abril de 1981 por medio de la cual el Jefe de Industria y Comercio de la Dirección de Impuestos Distritales de Bogotá, fijó oficialmente el impuesto a cargo; Resolución No. 464 de 11 de Agosto de 1982, por la cual la misma dependencia Distrital conoció del recurso de reposición y concedió la apelación subsidiaria y el Acto Administrativo Presunto que surge de la falta de pronunciamiento de la Junta Distrital de Hacienda.

Sobre el recurso, cumplido el trámite de instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

La sociedad demandante, cuya actividad es la compra-venta y trilla de café, venía gozando de una exención general sobre su impuesto de Industria y Comercio, en aplicación del artículo 50 de la ley 126 de 1931 y previo reconocimiento de la Junta Distrital de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá. Como esta exención fue negada por el mismo organismo, mediante la Resolución No. 1855 de Febrero de 1977, esta decisión llevó a la sociedad, a partir del año gravable de 1976, a declarar y tributar sobre su ingreso "con base a las normas que reglamentan el impuesto a nivel distrital y nacional. Es decir, gravando las ventas nacionales y excluyendo las ventas por exportación".

En la Resolución No. 183 de 8 de Abril de 1981, se liquidó oficialmente el impuesto, con base en los resultados consignados en el informe de visita realizada a la sociedad, negando el carácter de exentas de las exportaciones realizadas en el período, por cuanto " todo contribuyente de impuestos municipales que se considere exento, debe solicitar a la Junta de Hacienda, se le declare como tal. En este caso no se ha acreditado la existencia de una resolución de exención emanada de esa Corporación, motivo por el cual no es del caso aceptar su calidad de exenta". Adicionalmente, se sancionó por inexactitud.

La providencia que resolvió el recurso de reposición, levantó la sanción por inexactitud, al establecer que las bases gravables declaradas eran iguales a las comprobadas en el informe de visita, faltando así el presupuesto exigido en el artículo 31 del decreto 1901 de 1977 para imponerla. Se mantuvo en cambio la decisión de gravar el ingreso proveniente de exportaciones y se concedió el recurso de apelación subsidiario.

Transcurridos más de dos años sin que la Junta Distrital de Hacienda se pronunciara sobre el recurso de apelación, oportunamente sustentado, se configuró el silencio administrativo negativo de que trata el artículo 60 del decreto 01 de 1984.

Al acudir a la jurisdicción se citan como normas violadas los artículos 169 de la ley 444 de 1967; 45 del decreto reglamentario 1366 de 1967; 3o, 4o, 13, 14, y 16 del Acuerdo 10 de 1974 y 6o. del decreto reglamentario 950 de 1975.

LA DEMANDA

Todos los argumentos expuestos por la sociedad demandante, hacen relación a un aspecto fundamental: la prohibición legal de gravar las exportaciones.

Con respecto a la competencia conferida a la Junta Distrital de Hacienda para reconocer exenciones municipales, sostiene que aquélla no comprende las prohibiciones que la ley establece a los municipios para gravar las exportaciones y el tránsito de productos destinados a ella. Existiendo la prohibición legal de gravar, no puede exigirse que sea a la vez materia de exención tributaria reconocida por la Junta de Hacienda.

Afirma que las exportaciones tienen un régimen tributario especial, que se encuentra vigente, consagrado en el artículo 169 del Decreto 444 de 1967 y en el Decreto Ley 1366 del mismo año, que prohiben a los departamentos y municipios establecer gravamen alguno sobre el hecho imponible consistente en las exportaciones y como la actuación administrativa demandada ignoró las anteriores normas superiores, negando la exención por no haber sido expresamente reconocida por la Junta Distrital de Hacienda, debe ser declarada nula.

Cuestiona igualmente los argumentos expuestos por la Administración para desconocer las exportaciones como descuentos por ventas para fuera de Bogotá, basada en la afirmación de tratarse de una actividad industrial, por cuanto no solo la sociedad ha demostrado que las exportaciones se realizaron desde un establecimiento comercial, sino que el hecho en sí de la exportación, no puede estar sometido a gravamen alguno, por expresa prohibición legal.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al pronunciarse sobre cada uno de los cargos de violación expuestos en la demanda, encontró inicialmente que la actividad realizada en la venta de productos destinados a la exportación, sí es susceptible de ser gravada con el impuesto de industria y comercio, pues lo que se grava es la actividad realizada y por tanto, aquel contribuyente que se considere exento del impuesto, debe acreditar la decisión correspondiente de la Junta Distrital de Hacienda.

El anterior argumento, fue igualmente la base para despachar desfavorablemente lo expuesto con relación al régimen especial de las exportaciones.

Y en cuanto al desconocimiento de los descuentos por ventas para fuera del Distrito Especial, encontró procedente lo afirmado por la Administración para glosar la partida, dada la naturaleza de la actividad predominante desarrollada por la sociedad, cual es la industrial y en razón de que la pretendida actividad comercial realizada en un determinado local, debe considerarse accesoria, debiendo soportar las consecuencias tributarias de la actividad industrial, entre otras, la improcedencia de los descuentos por ventas para fuera de Bogotá.

Por el contrario sostuvo con relación a las objeciones formuladas con respecto a la aplicación del artículo 6o. del Decreto 950 de 1975, que aunque compartía los argumentos que sobre el punto se profirieron en la actuación demandada, la decisión no podía proyectarse para actividades a realizar en el futuro, porque además de la posibilidad de variación en los supuestos fácticos, no podía la Administración juzgar situaciones que aún no se habían realizado. Anuló así el parágrafo contenido en la Resolución No. 0183 de 8 de Abril de 1981 del Jefe de Industria y Comercio de la Dirección de Impuestos Distritales y negó las demás peticiones de la demanda, confirmando la restante actuación administrativa de determinación del impuesto.

EL RECURSO DE APELACION

Se reitera en la apelación que el punto central que da origen a la nulidad de los actos acusados se encuentra en la violación del artículo 169 del Decreto 444 de 1967, que establece la prohibición para los departamentos y municipios de gravar las exportaciones. El poder tributario de los Concejos Municipales está limitado por la propia Constitución Nacional a su jurisdicción territorial y dentro de los límites y condiciones que señale la ley.

La Administración y el Tribunal interpuesto erróneamente la prohibición y la confundieron con una exención. En realidad se trata de situaciones muy diferentes, pues mientras en la exención hay un hecho imponible sobre el cual se concede la dispensa del pago del impuesto, en la prohibición, precisamente no se configura el hecho sometido a gravamen. No podían así exigir a la sociedad, con respecto a las exportaciones, una autorización de exención de la Junta Distrital de Hacienda.

Ante la claridad de las normas que consagran la prohibición y efectuado un recurso de la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la materia, insiste en la petición de la demanda de considerar no sometida a gravamen las exportaciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Para el Fiscal Tercero de la Corporación, el marco jurídico de la controversia es simple. Si bien en un principio - D.L. 107 de 1957 - las exportaciones cafeteras estuvieron sujetas a gravamen, la ley 146 de 1961, suprimió dicho impuesto. Posteriormente el artículo 169 del Decreto 444 de 1967, buscando incentivos a las exportaciones, estableció una prohibición para el gravamen de las mismas, derogando toda reglamentación que le sea contraria.

Considera así, que sólo acertó el Tribunal en su afirmación que todas las decisiones gubernativas sólo pueden hacer referencia al año discutido y no proyectarse a ejercicios fiscales futuros, por lo cual la sentencia debe ser revocada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

La Dirección de Impuestos Distritales de Bogotá, gravó con el impuesto de Industria y Comercio, el ingreso que la sociedad actora percibido el año gravable de 1979 por concepto de exportaciones, apoyándose en los siguientes argumentos:

1. Que el derecho a cualquier exención tributaria municipal, sólo podría aceptarse previo pronunciamiento de la Junta Distrital de Hacienda que así lo reconociera.

2. Que en las actividades industriales no se permite la utilización de descuentos por ventas para fuera del Distrito Especial, como serían las exportaciones.

3. Que si bien la sociedad realizó su actividad industrial en un determinado establecimiento y lo comercializó en otro, se configuró en ella el presupuesto del artículo 6o, del decreto 950 de 1975, por lo cual debía declarar en el establecimiento comercial la totalidad de las ventas brutas realizadas en Bogotá, " incluyendo la trilla de café para la exportación " y descontando unicamente lo ya declarado en la actividad industrial.

Las anteriores precisiones que llevaron a la Administración al rechazo de los descuentos solicitados por exportaciones, fueron encontradas válidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la decisión objeto de este recurso.

La Sala acepta que en sus inicios, el alcance de la prohibición del artículo 169 del decreto 444 de 1967 dio lugar a diferentes interpretaciones, no sólo por parte de los contribuyentes del impuesto de industria y comercio, sino incluso por parte de los jueces. Por esto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se pronunció al respecto afirmando: " el artículo 169 del Decreto-Ley 444 de 1967 no versa sobre el impuesto de industria y comercio " y en numerosas actuaciones administrativas fueron sometidas a gravamen. Sin embargo, interpretaciones como la anterior, se encuentran revaluadas por la prolija interpretación que al respecto ha proferido esta Sección, en la que, consultando el verdadero espíritu de la ley de tratamiento preferencial para las exportaciones, se ha despejado cualquier duda sobre el cubrimiento de la prohibición legal de gravarlas.

Repetidamente se ha sostenido que la facultad de los entes territoriales en materia de impuestos, está subordinada a la ley, de manera que si la ley prohibe que se imponga un gravamen, no puede validamente el ente territorial desconocer la voluntad del legislador. Y como el objetivo buscado al expedir el Decreto 444 de 1967 fue la promoción del desarrollo económico y social del país, a través de herramientas tales como el fomento y diversificación de las exportaciones, los municipios no pueden someterlas a gravámenes internos, principalmente, por la subordinación de su facultad impositiva.

Tal como ha quedado consignado en la numerosa jurisprudencia citada y como acertadamente se sostiene en la demanda, la ley 14 de 1983 aclaró definitivamente

la anterior situación, al interpretar, en su artículo 33 y por vía de autoridad, qué elementos deben descontarse en el cálculo de los ingresos para fijar la base del gravamen en el impuesto de industria y comercio y fundamentalmente, cuando en su artículo 39, afirma que *continuará* vigente la prohibición de gravar los artículos de producción nacional destinados a la exportación, con lo cual presupone la existencia anterior de dicha prohibición.

Por lo demás, la exigencia de un pronunciamiento previo de la Junta Distrital de Hacienda sobre la procedencia legal del descuento de la base gravable del ingreso proveniente de las exportaciones, obedece simplemente a la confusión de los términos exención y prohibición, que en materia impositiva son bien diferentes, no pudiendo asimilarse la prohibición a la exención, para exigir requisitos formales para su aceptación, en las exportaciones, por expreso mandato legal, no se origina el impuesto municipal aquí discutido. Prohibición que exime de cualquier interpretación sobre si la exportación la realizó quien produjo el bien o quien lo está comercializando, pues el beneficio fiscal cubre el hecho en sí de la exportación, sin consultar quién lo realiza.

En consecuencia, como en la actuación administrativa demandada se negó el reconocimiento de la exención por exportaciones a la sociedad demandante, con argumentos improcedentes frente a la prohibición legal de someterlas a gravamen, procede, previa la anulación de la actuación, efectuar una nueva liquidación que confirma los datos consignados en la liquidación privada del impuesto del año de 1979, vigencia de 1980.

LIQUIDACION - IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - 1979

Ingreso promedio mensual gravable	$	507.883
Tarifa		1.850
Impuesto mensual		914.
Impuesto anual		10.968
TOTAL A CARGO:	$	10.968

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

F A L L A :

Revócase la sentencia apelada.

Anúlase el acto administrativo de liquidación oficial de Impuesto de Industria, Comercio y Avisos que por el año gravable de 1979, vigencia de 1980 practicó el Distrito Especial de Bogotá a la sociedad RAFAEL ESPINOSA HERMANOS Y CIA. LTDA. contenido en las Resoluciones números 0183 y 464 de 8 de Abril de 1981 y 11 de Agosto de 1982, respectivamente, proferidas por la Dirección de Impuestos Distritales, así como el acto presunto de la Junta Distrital de Hacienda.

Fíjase en la suma de DIEZ MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ($10.968) el impuesto de Industria, Comercio y Avisos a cargo de RAFAEL ESPINOSA HERMANOS Y CIA. LTDA., por el año gravable de 1979, de acuerdo con la liquidación practicada en esta providencia.

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 Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA-Requisitos/ **ANEXOS/ NORMA LOCAL/ PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA**-Improcedencia

La exigencia de que debe aducirse en copia auténtica el texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional, es una de las que integran el concepto de "demanda en forma" y puede calificarse como la de un anexo a la demanda, su falta no impide que se analicen las transgresiones legales invocadas. Con base en el artículo 214 del C.C.A. ciertamente no se puede considerar como prueba en esta instancia la citada copia, porque no se produjo ninguno de los eventos previstos en ella y además, no se trataba de una prueba de los hechos que integran la causa petendi. Pero la ausencia de la norma local en el informativo no impide hacer el análisis del caso con base en las disposiciones del orden nacional que hayan sido invocadas.

ACTIVO FIJO-Naturaleza/**BASE GRAVABLE/DEDUCCION/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Ciertamente la Ley 14 de 1983 no entró a definir el concepto de "activos fijos" pero esta noción en el campo de los impuestos goza de un conocido significado como es el de aquellos bienes corporales o incorporales, muebles o inmuebles, que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente. En este caso el certificado de la Cámara de Comercio dice que el objeto de la compañía es la inversión de sus haberes en bienes inmuebles, acciones, títulos susceptibles de producir ingresos periódicos, de donde se deduce claramente la intención de los socios de conservar como fuente de ingresos periódicos los bienes en los cuales logra invertir su capital, lo anterior unido a otras circunstancias que se desprenden de declaraciones, dan lugar a aceptar el planteamiento de disminuir la base gravable del impuesto con estos ingresos (Período fiscal de 1984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2739. Actor: Inversiones Metropolis Ltda. C/ D.E. de Bogotá.
Impuesto (Industria y Comercio)
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad INVERSIONES METROPOLIS LTDA., contra la sentencia de fecha 29 de julio de 1989, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda de restablecimiento del derecho, dirigida contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable de 1984, vigencia 1985.

Solicita el actor se revoque la sentencia y en su defecto se acceda a las pretensiones formuladas en la demanda.

Insiste en sostener que el producto de la venta de unos inmuebles que enajenó la empresa durante el año, por tener la calidad de " activos fijos " no se incluye dentro de la base gravable con el impuesto. Se fundamenta en la definición que de aquellos hace el artículo 20 del Decreto 2053 de 1974 y en el numeral 2o. del artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983, norma ésta que establece que de la base gravable se debe excluir " los ingresos provenientes de la venta de activos fijos".

Con cita de distintos tratadistas distingue el apoderado judicial, entre el objeto social de una compañía y las actividades que se desarrollan para lograrlo, para concluir que si bien es cierto, que la sociedad INVERSIONES METROPOLIS LTDA. dentro de su objeto social estaba facultada para adquirir y enajenar bienes raíces, ello no implica que eventualmente no pueda comprar y vender inmuebles sin que éstos resulten necesariamente calificables como activos movibles.

Estima suficientes los documentos que aportó al proceso, para probar la calidad de fijos de los activos enajenados y por ende reclama se disminuya de la base gravable el producto de la enajenación y se levante la sanción que por inexactitud le fuera impuesta como quiera que ésta resulta ilegal.

LA CONTROVERSIA

Se concreta en los siguientes hechos que se sintetizan así:

Previo requerimiento formulado a la sociedad para que comprobara el total de los ingresos brutos y otros ingresos obtenidos durante el año de 1984, a más de las deducciones solicitadas por la suma de $92.585.764, la Administración de Impuestos Distritales practicó la liquidación oficial No. 842019 del 23 de febrero de 1987, en la cual adicionó a la base gravable declarada los ingresos producto de la venta de unos terrenos, operación que se verificó con las Escrituras Públicas Nos. 5300 y 5302 de mayo 29 de 1984, porque la tributante no demostró la calidad de activos

fijos de los bienes enajenados (art.16, 42 y 72 del Acuerdo 21 de 1983). También aplicó la sanción por inexactitud.

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, la Dirección de Impuestos Distritales a través de la Resolución No. 751 del 20 de agosto de 1987, resolvió el primero y la Junta Distrital de Hacienda el segundo, por medio de la Resolución No. 423 de octubre 30 del mismo año. En ambas resoluciones se confirmó la decisión oficial impugnada. En la primera se desestimó como prueba para acreditar la calidad de fijos de los activos enajenados, la Certificación del Contador que se allegó al proceso, porque según el fallador aquél no puede, con base en los libros del comerciante, calificar si sus activos son fijos o no.

En la segunda providencia se negaron las reclamaciones del actor porque si en el certificado de constitución y gerencia de la sociedad, consta que el objeto social consiste en la inversión de sus haberes en bienes inmuebles, acciones, títulos de deuda privada, autorizados por la Comisión Nacional de Valores, cuotas de interés social, susceptibles de producir ingresos periódicos o valorizaciones, los terrenos enajenados así hayan estado 19 meses en poder de la empresa, hacen parte del giro ordinario de sus negocios y por ende mal pueden considerarse como activos fijos.

Incoada la acción contenciosa, la reclamante solicitó dejar en firme su liquidación privada del impuesto de Industria y Comercio por el año gravable de 1984, por cuanto " la venta de activos fijos no está gravada y en consecuencia, no hay lugar a la determinación de la sanción por inexactitud ". Cita como disposiciones violadas: el art. 33 de la Ley 14 de 1983; el artículo 16 ordinal 2o. del Acuerdo 21 de 1983 del Distrito Especial de Bogotá, el art. 20 del Decreto 2053 de 1974, el art. 98 de la Ley 9a. de 1983 y el art. 9o. de la Ley 145 de 1960.

El Tribunal Administrativo consideró improcedente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por el apoderado judicial del Distrito, por no haber acompañado el Acuerdo Distrital.

Si bien es cierto, dice, con la demanda se omitió el texto legal de las normas de carácter local invocadas como transgredidas, y no se solicitó del ponente se obtuviera la copia correspondiente, también lo es, que a más de las normas locales se citan como infringidas disposiciones de ámbito nacional, por lo cual limitó su estudio a los cargos formulados con base en éstas.

En el análisis de fondo no encuentra el *a-quo* que con la actuación la Administración haya quebrantado las normas de carácter nacional que se invocan y al no poder remitirse al estatuto local en lo pertinente, por no haberse acompañado con la demanda, deniega las súplicas formuladas por la sociedad.

Dentro del término de ejecutoria que admitió el recurso de apelación, el actor solicitó que se decretara como prueba la inclusión en el expediente de copia auténtica del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá, a lo que se accedió pero

por el valor que le asigne la ley y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 214 del C.C.A., según se expresó en el auto de fecha 6 de abril de 1990.

Interpuesto recurso de súplica contra éste, por el apoderado judicial del Distrito, fue confirmado por auto de fecha 3 de agosto del mismo año, con fundamento en el artículo 169 del C.C.A., según el cual el ponente del proceso tiene la facultad para " decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para llegar a la verdad material de los hechos que son objeto de la controversia bajo su conocimiento ". Facultad que puede ser desarrollada con base en su iniciativa propia y exclusiva o inducida por las partes mediante el señalamiento o la sugerencia del juez sobre la importancia o incidencia en la aplicación del asunto.

PARTE OPOSITORA

El Distrito a través de su delegada se opone a las pretensiones del apelante. Solicita se profiera sentencia inhibitoria o en caso contrario se confirme la sentencia apelada con argumentos similares a los expuestos en primera instancia y pide que se desestime como prueba la copia del Acuerdo 21 traído en la segunda instancia, por no haber sido pedida, ni decretada, ni encajar en los eventos del art. 214 del C.C.A. y no haberse tratado como prueba de oficio, criticando así lo resuelto por la Sala de Decisión en la providencia de agosto 3/90.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de la Corporación Dra. Olga Lucía Zuluaga V. está de acuerdo con el *a-quo*.

Estima el Ministerio Público que como la obligación del actor era la de allegar con su demanda inicial, o pedir oportunamente que se anexara al expediente el Acuerdo Municipal señalado como violado y esta situación no se dio, su presentación posterior debe considerarse extemporánea. Y aceptando dice, que las normas no nacionales son simples medios de prueba y por consiguiente pueden ser pedidas por las partes, aún en la segunda instancia, tampoco se dan los requisitos legales para su aceptación, porque no obstante ser oportuna en los términos previstos en el artículo 51 del Decreto 2304 de 1989 que reformó el art. 212 del C.C.A., la prueba no fue pedida ni decretada, ni se encuentra dentro de ninguna de las causales que prevé el artículo 214 para considerarlo procedente.

Concluye en la imposibilidad de estudiar el tema de fondo por la ausencia del Acuerdo local, pues sólo a través de éste se puede concluir en la transgresión de las normas de carácter nacional invocadas.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Dos aspectos son los que debe dilucidar la Sala. Primero, si el actor cumplió con los presupuestos legales que requiere la demanda y en caso positivo si era

procedente como aquél afirma, la deducción que por concepto de utilidades obtenidas en la venta de activos, propuso al depurar la base gravable.

ASPECTO PROCESAL: La copia de la norma de alcance local invocada.

Así como para la apoderada del Distrito y el Ministerio Público, para la Sala también es evidente que con la demanda no se satisfizo la exigencia consagrada en el artículo 141 del C.C.A., vale decir, no se aportó el texto del estatuto local invocado, ni se solicitó del ponente que se obtuviera la copia correspondiente.

Según nuestro estatuto procesal contencioso administrativo (Decreto 01/84, art. 137) es necesario indicarle al Juez las normas y expresarle el concepto de la violación, pero excepcionalmente, al igual que en el proceso civil, el "texto de las normas jurídicas que no tengan alcance Nacional..." (y el de las leyes extranjeras) debe aducirse al proceso en copia auténtica, según el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo que en este caso coincide con el art. 188 del Código de Procedimiento Civil. Se trata de un caso excepcional en el que es necesario probarle al juez la existencia del derecho, como requisito de la demanda.

La exigencia en cuestión, es una de las que integran el concepto de " demanda en forma " y puede calificarse como la de un anexo a la demanda porque el art. 143 al regular su inadmisión por defectos formales, se refiere a todos " los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores...", expresión en la cual queda incluida la del artículo 141. Su incumplimiento está ligado al procedimiento establecido para tramitar o dar consecuencias al incumplimiento de los requisitos formales de la demanda y no al de pedir o presentar las pruebas de los hechos.

El auto de abril 6/90 que ordenó tener como prueba la copia del Acuerdo 21/ 83 presentado en la segunda instancia, dejó a salvo lo dispuesto en el artículo 214 del C.C.A., sobre restricción probatoria en la segunda instancia y ese auto fue confirmado por la Sala de Decisión, aunque por razones que no comparte el señor apoderado, pero que ya procesalmente no es posible entrar a debatir, aunque sí conviene aclarar que en ningún momento se utilizó el mecanismo de la prueba de oficio (art. 37 Decreto 2304/89).

Con base en esta disposición (art. 214), ciertamente no se puede considerar como prueba en esta instancia la citada copia, porque no se produjo ninguno de los eventos previstos en ella y además, no se trataba de una prueba de los hechos que integran la causa *petendi.*

Pero la ausencia de la norma local en el informativo no impide hacer el análisis del caso con base en las disposiciones de orden nacional que hayan sido invocadas puesto que éstas en sí mismas tienen fuerza normativa independiente de los desarrollos que hayan dado las disposiciones locales, las cuales en ningún caso podrían ser contrarias a la ley, *so pena* de incurrir en violación constitucional. Además, dejar de considerar la ley invocada, por falta de Acuerdo Municipal, sería

tanto como someter a la primera al mismo requisito que existe para la segunda y ello no es así.

En consecuencia, para la Sala es procedente el análisis de la situación con base en las únicas normas de jerarquía legislativa que se invocaron, a saber:

- el artículo 33 de la Ley 14 de 1983,

- el artículo 20 del Decreto 2053/74 y,

- los artículos 98 de la Ley 9a./83, 9o. de la Ley 145/60 a los cuales limitó su examen el Tribunal y con igual criterio lo hará esta Sala.

INGRESOS POR VENTA DE ACTIVOS FIJOS

Análisis con base en la Ley 14 de 1983.

El artículo 33 de esta ley consagra como exclusión de la base gravable para el Impuesto de Industria y Comercio " los ingresos provenientes de venta de activos fijos " y a esta norma se acogió la sociedad para excluír los provenientes de terrenos que calificó de activos fijos.

Ahora bien, ciertamente la Ley 14 de 1983 no entró a definir ni describir el concepto de "activos fijos" pero esta noción en el campo de los impuestos goza de un conocido significado proveniente de las normas de la contabilidad, que por lo demás reflejan la realidad de los negocios, hasta el punto de confundirse con el sentido natural y obvio de las palabras (art.28 del Código Civil) en cuanto son los bienes estáticos o que no se mueven y que en forma concordante recogió el Legislador en el artículo 20 del Decreto 2053 de 1974 (también invocado) como aquellos bienes corporales o incorporales, muebles o inmuebles, que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente.

Tratándose de sociedades comerciales, la clasificación de sus activos entre fijos y movibles descansa sobre el objeto social pactado y aún sobre la razón social adoptada en cuanto ésta refleja a aquél, por cuanto el objeto delimita la capacidad jurídica de la sociedad y por ende la de sus administradores.

Según el Certificado de la Cámara de Comercio que obra en el informativo, el objeto de esta Compañía es la inversión de sus haberes en bienes inmuebles, acciones, títulos...etc., susceptibles de producir ingresos periódicos, de donde claramente se deduce la intención de los socios de conservar como fuente de ingresos periódicos los bienes -muebles e inmuebles- en los cuales lograr invertir su capital y haberes en general.

Además, según certificación de contador público, cuyo valor probatorio asignado por el artículo 9o. de la Ley 145 de 1960, ha invocado el demandante, ratifica y explica la calidad de activos fijos asignada a los inmuebles vendidos.

Lo anterior unido a otras circunstancias que se desprenden de las declaraciones de renta presentadas como prueba, dan lugar a aceptar el planteamiento de la demandante como ya lo fue por el ejercicio fiscal de 1983 en el juicio No. 2901 en fallo del 21 de junio de 1991, en el que se sostuvo igualmente la naturaleza de activos fijos de unos terrenos sobre lo cual, entre otras razones, expuso la Sala que "... de los certificados expedidos por la 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 efectuó el reajuste fiscal permitido por la ley para activos fijos, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 236 de 1983, según consta en documentos autenticados que acompañó la actora con ocasión de los recursos por la vía gubernativa...permiten inferir el carácter de activo inmovilizado de los inmuebles vendidos y en consecuencia, los ingresos recibidos por dicha enajenación, deben excluírse de la base gravable del impuesto de Industria y Comercio...".

Con base en las anteriores consideraciones, habrá de revocarse la sentencia apelada y como al practicar una liquidación de acuerdo a lo resuelto, se observa que la única modificación hecha a la liquidación privada se originó en que " no demostró la calidad de activos fijos", se concluye que dicha liquidación privada es la que debe quedar en firme.

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

FALLA :

- Revócase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de julio de 1989 en el juicio # 6.159.

- En su lugar, declárase la nulidad de la Liquidación Oficial del Impuesto de Industria y Comercio No. 842019 de febrero 23 de 1987 y las Resoluciones que la confirmaron y en firme la liquidación privada presentada por INVERSIONES METROPOLIS LTDA., NIT 60.507.303, por el año de 1984 -vigencia 1985.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA-Requisitos/ **INDIVIDUALIZACION DEL ACTO/ ACTO COMPLEJO**

En materia de impuestos debe demandarse y acompañarse a la demanda no sólo el acto inicial de la liquidación sino el que resuelve el recurso confirmatorio o modificatorio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3231. Actor: Artemo Franco Mejía y Cía. Impuesto Timbre
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad ARTEMO FRANCO MEJIA Y CIA. LTDA., contra la sentencia del 30 de julio de 1990, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se inhibió para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida contra la operación administrativa que determinó el Impuesto de Timbre por la anualidad de 1985.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

En visita practicada a la sociedad reclamante, la Administración de Impuestos de Cali, encontró algunos contratos de arrendamiento sin registrar, motivo por el cual con fundamento en los Artículos: 14, 15, 42 y 54 de la Ley 2a. de 1976, en concordancia con el Artículo 1o. numerales 1 y 3 del Decreto 3140 de 1984, practicó la Liquidación de Aforo 031 del 22 de diciembre de 1986. Determinó el

Impuesto de Timbre por el período 1985 y como sanción aplicó un recargo del 100% del valor de aquél.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la decisión oficial fue confirmada por Resolución 399 de septiembre 12 de 1988, notificada por edicto que se desfijó el 11 de octubre del mismo año.

Agotada la vía gubernativa demandó la actora ante la jurisdicción, la nulidad de la Resolución 031 de diciembre 22 de 1986 y como restablecimiento del derecho pidió declarar que: "la sociedad no está obligada a pagar Impuesto de Timbre sobre las prórrogas automáticas de sus contratos de arrendamiento, los cuales no constan por escrito en documento alguno toda vez que operan por expresa disposición de la ley, más no por acuerdo de voluntades".

En síntesis distingue el demandante, entre las prórrogas voluntarias o sea las que obedecen a la voluntad de las partes que intervienen en el contrato de arrendamiento de las prórrogas automáticas que operan por ministerio de la ley, para concluir que sobre estas últimas no se causa ni genera la obligación de pagar Impuesto de Timbre.

Respalda sus afirmaciones en las normas civiles y tributarias reguladoras de aquel contrato y en la doctrina proferidas por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos.

Cita como disposiciones violadas las siguientes:

Artículos 16-20 de la Constitución Nacional, Ley 2a. de 1976 Artículos 14, 15 y 34; Decreto 63 de 1977 Artículo 9o, Decreto 1070 de 1956 Artículo 2o, Artículo 9o. al 15 Decreto 63 de 1977 derogados Decreto 3817 de 1982 Artículo 5o. y 2221 de 1983 Artículo 4o, Ley 9a. de 1983 Artículo 89, Decreto 074 de 1976 (Artículo 34), Decreto 3579 de 1983 (Artículo 2o.), Decreto 978 de 1971.

Circulares: 03 febrero 8 de 1978, 09 agosto 8 de 1978

Conceptos: 04487 DIN marzo 10/83; 14117 DIN mayo 29/87

Oficio S.D.J. 07289 Subdirección Jurídica DIN de 6 de abril de 1979.

LA SENTENCIA

El Tribunal de acuerdo con el Fiscal, concluyó que la demanda fue inepta y en consecuencia dictó fallo inhibitorio.

Si bien es cierto dice el *a-quo*, se demandó la nulidad del acto decisorio (resolución 031 de diciembre 22/86), no se hizo lo propio respecto del confirmatorio

(Resolución 399 de septiembre 12/88), conforme lo establece el Artículo 138 del Código Contencioso Administrativo reformado por el Artículo 24 del Decreto 2304 de 1989.

DE LA APELACION

Critica el actor la decisión del Tribunal. Considera que el *a-quo* se equivocó. Compara el contenido del Artículo 138 del C.C.A. con el Artículo 24 del Decreto 2304 de 1989 de donde infiere que mientras que para el primero era facultativo indicar los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa, para el segundo " si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen..." Así las cosas, dice, como la demanda se presentó en vigencia del primero, no era obligatorio demandar las decisiones modificatorias o confirmatorias.

Reitera las pretensiones formuladas en la demanda.

PARTE OPOSITORA

La apoderada judicial de la Dirección General de Impuestos se opone a las pretensiones de la sociedad y solicita se confirme la sentencia apelada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez Fiscal Tercero de la Corporación en su concepto de fondo solicita se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda que no es inepta.

Entiende el Ministerio Público que en los términos del Artículo 138 del C.C.A. vigente para la época en que se presentó la demanda, si el acto principal era confirmado, el particular podía optar por solicitar la nulidad de éste unicamente, o la del mismo y del acto confirmatorio, y de una de estas opciones hizo uso el demandante; solicitó la nulidad del acto principal o acto confirmado unicamente.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Reiteradamente la Sala ha estado de acuerdo en afirmar que en materia jurídico tributaria, la actividad administrativa es una, aun cuando se desarrolla en dos etapas que se encuentran bien definidas: la de determinación del tributo y la de discusión de éste, las cuales culminan cuando se resuelven los recursos que agotan la vía gubernativa. Esto es, que aun cuando independientes, la última decisión complementa la primera.

" En la primera se determina la obligación fiscal y en la siguiente, ésta se discute y como consecuencia de los recursos, aquélla se confirma, se modifica o se revoca. Si la decisión final modifica la liquidación oficial, la Resolución sustituye al acto que la contiene; si la revoca es esta última Resolución la que determina la voluntad

de la Administración; pero si confirma el acto recurrido, la decisión principal será la contenida en éste; así lo ha entendido la Sala para efectos de establecer cuáles son los actos administrativos principales que deben ser objeto de la demanda y por ende acompañarse con ella". (Exp.2629. Actor: Compañía Química Borden S.A., julio 6 de 1990).

Prescribe el Artículo 138 del C.C.A. (hoy modificado por el Artículo 24 del Dcto. 2304 de 1989) " Cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa".

Significa lo anterior, al contrario de como lo interpreta el apelante, que lo obligatorio es demandar el acto confirmatorio y lo potestativo los "actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados", ésto es el acto inicial.

De manera pues que no puede afirmarse como pretende el reclamante, que estuvo bien individualizado el acto acusado al impugnarse el inicial, a sabiendas de que los actos confirmatorios se integran a éste para ratificarlo o precisarlo y además para servir de prueba de que se cumplió con el presupuesto previsto en el Artículo 135 del mismo estatuto, ésto es, el agotamiento de la vía gubernativa.

Además, si bastara demandar el acto inicial el término de caducidad debería contarse desde la fecha de su notificación y no desde aquél que agotó la vía gubernativa.

En el caso sometido a consideración de la Sala, la accionante solicita tanto al iniciar la demanda como al concluirla que se anule la Resolución 31 del 22 de diciembre de 1986, que es contentiva de la liquidación oficial del Impuesto de Timbre a pagar por el período gravable de 1985, pero la petición no la formula en relación con la Resolución 0399 de septiembre 12 de 1988, notificada por edicto que se desfijó el 11 de octubre de 1988 que consecuente con lo anteriormente expuesto constituía la decisión principal y la que por ende ha debido impugnar.

De acuerdo con lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia apelada No. 048 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al 30 de julio de 1990, a nombre de la sociedad ARTEMO FRANCO MEJIA Y CIA. LTDA. NIT: 90.323.027.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

PRODUCCION PRIMARIA/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Cali/ FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

La producción y venta de huevos es una sola actividad que ejercida por una misma persona natural en varios municipios está cobijada por la prohibición de ser gravada según la Ley 14/83, artículo 39 numeral 2-A como producción primaria agrícola, ganadera y avícola. No es que la actividad avícola esté exenta de tributar; es que no está comprendida dentro de la órbita de incidencia del impuesto, por expresa supresión de la competencia municipal impositiva para gravarla, por disposición de la ley (Ejercicio Fiscal de 1987).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3433. Actor: Elena Mejía de Villegas contra Municipio de Cali.
Industria y Comercio
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la señora ELENA MEJIA DE VILLEGAS, contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 1990, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Industria y Comercio por el período gravable de 1987.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Teniendo en cuenta el Acta de visita del 10 de junio de 1987, la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, fijó, el Impuesto de Industria y Comercio y Avisos y Tableros a cargo de la demandante, por medio de la Resolución 193 del 10 de febrero de 1988, decisión que fue confirmada por las Resoluciones Números 1437 de diciembre del mismo año y A-052 de marzo 17 de 1989, providencias que resolvieron los recursos de reposición y apelación respectivamente interpuestos contra la primera.

No desconocen las Oficinas de Impuestos Municipales, que la "actividad agrícola" se encuentra excluida del gravamen en cita, pero como advierten que la firma demandante tiene una planta avícola ubicada en el corregimiento de San Joaquín, municipio de Candelaria, en donde se realiza la producción de huevos y es en el municipio de Cali donde se efectúa su distribución, a través de su establecimiento comercial ubicado en la Calle 13 No. 8-75, concluyen que es en este municipio en donde se ejerce la actividad comercializadora de huevos, que al contrario de la primera, si está gravada con el Impuesto de Industria y Comercio y Avisos y Tableros a la tarifa del 7.7%, como quiera que la *actividad de comercialización* no es una prolongación de la *actividad avícola.*

Agotada la vía gubernativa insiste la actora ante la jurisdicción en el tratamiento preferencial tributario que tiene la empresa que desarrolla. Alega en síntesis la apoderada, que la exclusión del gravamen a la actividad avícola, no implica que ésta deba desarrollarse en su totalidad en un solo ente territorial y menos que por no ser así quien la ejecuta pierde el carácter de avicultor. Se trata dice, de un solo proceso unitario y el hecho de enajenar sus productos directamente al público en plaza distinta a la de su producción no lo convierte en comerciante.

Discute igualmente la apoderada la tarifa del 7.7% que se utilizó para cuantificar el tributo, toda vez que el expendio de víveres (huevos) corresponde al Código 201 gravable a la tarifa del 3.3%.

Cita y explica el concepto de transgresión de las siguientes disposiciones:

Artículo 23 numeral 4o. del Código de Comercio; Artículos 32, 34, 36, 36 y 39 numeral 2o. literal a) de la Ley 14 de 1983; Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 21 y 26 literal B del Acuerdo 035 de 1985 del Concejo de la ciudad de Santiago de Cali; Art. 14 de la Ley 20 de 1979; Art. 8 del Decreto Reglamentario 2595 de 1979; Art.3o. de la Ley 29 de 1963; Art. 1o. del Decreto Reglamentario 187 de 1975; Arts. 35 y 76 del Código Contencioso Administrativo; Arts. 303 y 304 del Código de Procedimiento Civil.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ratificada que la demandante tiene la calidad de sujeto pasivo del impuesto que se discute. Fundamenta su

decisión en que la comercialización de la producción no la realiza la reclamante directamente desde el municipio de Candelaria, el producto de su actividad primaria avícola dice, lo enajena a través de su establecimiento comercial denominado " AVICOLA NAPOLES " ubicado en el municipio de Cali en donde también tiene centralizada la facturación y contabilidad de sus operaciones, y grava la " actividad comercializadora " que es de alimentos de primera necesidad, de consumo popular, a la tarifa del 3.3% con base en lo dispuesto en el Artículo 26 del Acuerdo 35 de 1985, modificado por el Acuerdo 124 de 1987.

LA APELACION

Insiste la actora en que la "actividad avícola" está excluida del gravamen porque:

a) Ni es industrial, ni comercial, ni de servicios, es actividad ganadera de especies menores en términos de la ley tributaria nacional.

b) La ley prohibe imponer gravámenes de Industria y Comercio sobre la actividad avícola y

c) La enajenación directa de los productos de los ganados en estado natural no constituye acto mercantil.

Critica por ilegal la conclusión del fallo porque, independiza de la actividad avícola la de la enajenación de sus productos, en contra del contenido del Artículo 23 del Código de Comercio y 32 y 39 de la Ley 14 de 1983.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Sexta de la Corporación Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, en su concepto de fondo solicita se revoque la sentencia apelada.

Estima el Ministerio Público que la señora ELENA MEJIA DE VILLEGAS no ostenta la calidad de sujeto pasivo del impuesto cuya liquidación se cuestiona, porque " la materia imponible o actividad industrial que ella ejerce, no es otra que la producción avícola de carácter primario seguida de la distribución y ventas al por mayor y al detal de sus propios bienes sobre la cual pesa la prohibición legal para los departamentos y municipios de imponer el mencionado gravamen, en otros según lo expresa el Artículo 39 numeral 2o. literal a) de la Ley 14 de 1983, como también el Artículo 5o. del Acuerdo 35 de 1985 del Concejo Municipal de Santiago de Cali".

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Para la Sala también es claro que la actividad económica que desarrolla la contribuyente es una sola, la producción avícola que distribuye en el municipio de Santiago de Cali. Es cierto que en el desenvolvimiento de la empresa se pueden diferenciar dos etapas, la de producción primero en el corregimiento de San

Joaquín, jurisdicción de Candelaria, Valle y la de distribución y venta después en el municipio de Santiago de Cali, pero esta circunstancia, como es obvio, no implica que se trate de dos actividades diferentes, como sostiene la Administración de Impuestos Municipal.

La actividad económica entendida como " el conjunto de tareas u operaciones de una empresa o entidad " es una, y en el caso, la actividad avícola desde la producción de huevos hasta su distribución la ejecutó una sola persona natural. Así lo entiende el Código de Comercio en su Artículo 23 cuando considera que no son mercantiles " las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural ".

Luego, no es acertado separar la venta como hecho independiente de la producción, para amparar la tesis sostenida por las Oficinas de Impuestos, de que cada una de ellas es representativa de actividades diferentes ejercidas por un mismo sujeto.

Reiteradamente y desde la expedición de la Ley 26 de 1904 el legislador ha prohibido a los departamentos y municipios imponer o cobrar tributos de cualquier naturaleza a la producción y tránsito de los artículos alimenticios de primera necesidad.

La Ley 29 de 1963 ratificó la prohibición de gravar la producción primaria y más recientemente la Ley 14 de 1983, en su Artículo 39 establece:

" No obstante lo dispuesto en el artículo anterior continuará vigente:

1. ...

2. Las prohibiciones que consagra la Ley 26 de 1904; además subsisten para los departamentos y municipios las siguientes prohibiciones:

a) La de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola.

..."

Disposición con la cual concuerda el Artículo 5o. numeral 1o. del Acuerdo 35 de 1985 del Concejo Municipal de Santiago de Cali que prescribe:

"No son gravables con el impuesto de Industria y Comercio y su complementario de Avisos y Tableros:

1. La producción primaria, agrícola, ganadera y avícola. ..."

Así las cosas, como por disposición expresa la ley extendió el tratamiento preferencial tributario en relación con el impuesto de Industria y Comercio y su

complementario Tableros y Avisos para la producción avícola, aunque éste ya estaba contemplado en la prohibición de gravar la producción primaria, habida cuenta que en aquélla no hay proceso de elaboración, o transformación, la empresa reclamante queda cobijada con el beneficio fiscal como quiera que su actividad es la de producir y vender huevos, ejercida por una misma persona.

No es que la actividad avícola esté exenta de tributar, es que no está comprendida dentro de la órbita de incidencia del impuesto, por expresa supresión de la competencia municipal impositiva para gravarla, por disposición de la ley. Tampoco se trata de un caso en que una persona vende su producción en un municipio y otra lo revende o distribuye en otro.

En síntesis, la señora ELENA MEJIA DE VILLEGAS, no es sujeto pasivo del tributo en cuestión porque simultaneamente produce y distribuye sus productos en estado natural.

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,

F A L L A :

1o. REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 7 de diciembre de 1990.

2o. En su lugar, DECLARASE que la señora ELENA MEJIA DE VILLEGAS " AVICOLA NAPOLES ", identificada con la C.C.No. 29.012.309 expedida en Cali, no es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio y complementarios de Avisos y Tableros por el período gravable de 1987.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL-Oportunidad

Si la norma manifiesta que la solicitud de suspensión provisional debe ser presentada en debida forma, antes de que sea admitida la demanda y no amplía esta posibilidad a otro evento procesal, es claro que debe estarse a lo dispuesto en el texto legal. Es claro entonces, si el legislador hubiera querido que a la solicitud de suspensión provisional se le diera el mismo tratamiento del escrito de demanda así lo habría expresado por lo que no cabe la interpretación que permitirá formularla con motivo de la corrección de la demanda que puede hacerse según la ley procesal " hasta el último día de la fijación en lista ". Quedando claro entonces que la suspensión de los efectos de un acto administrativo ilegal sólo procede formularla con la demanda o en escrito separado antes de su admisión y no con motivo de la corrección de la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3474. Actor: Fernando Salazar Mejía. Autoridades Nacionales.
AUTO

El actor en esta demanda en memorial presentado, visible a folios 45 a 47 del expediente manifiesta que " Procede a *CORREGIR* la demanda de nulidad impetrada contra la resolución 81, de 28 de diciembre de 1990, expedida por la Junta Monetaria", pero sólo en cuanto a la suspensión provisional de los artículos 2o. y 3o. de la resolución 81 de 28 de diciembre anterior que la Sala, por mayoría negó al admitir la demanda.

ANTECEDENTES

El actor presentó demanda de nulidad y suspensión provisional contra los artículos 2o. y 3o. de la Resolución 81 de 28 de diciembre de 1990, expedida por la Junta Monetaria. En esa misma demanda solicitó la suspensión provisional de los referidos artículos.

Con auto de 2 de abril de 1991, este despacho inadmitió la demanda por no cumplir con el requisito procesal de allegar copia del acto demandado (Resolución 81 de 28 de diciembre de 1990), folio 9.

El actor en escrito visible a folio 37 del expediente aportó el texto del acto objeto de la demanda a que aludía el auto de 2 de abril de 1991.

El 10 de mayo el sustanciador presentó un proyecto de admisión de la demanda que no compartieron los demás miembros de la Sala y que se convirtió en el salvamento de voto, visible a folio 43.

Los demás miembros de la Sala elaboran el nuevo proyecto en el cual se admitía la demanda pero se negó la suspensión provisional de las normas acusadas (auto de 31 de mayo de 1991).

El actor en memorial visible a folios 45 a 47 procedió a corregir la demanda pero sólo en cuanto a la suspensión provisional y a la demostración de la violación de las disposiciones legales de jerarquía superior en forma ostensible.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala estima que la oportunidad que tiene el demandante para pedir la suspensión provisional se concreta al momento de presentación o en escrito separado, pero en todo caso, antes de que sea admitida, conforme al artículo 152 del C.C.A. que expresa:

" ARTICULO 152: Procedencia de la suspensión".

"El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1) Que la medida se solicite de modo expreso en la demanda o en escrito separado, *presentado antes de que sea admitida"*.

2)... (Lo subrayado es de la Sala)".

Se advierte de la simple lectura del artículo 152 del C.C.A. antes transcrito que si el legislador hubiera querido que la solicitud de suspensión provisional se le diera

el mismo tratamiento procesal de la demanda en cuanto a su corrección, así lo habría expresado, por lo que no cabe la interpretación de que a ella cabe darle el mismo tratamiento de la demanda en cuanto a su corrección, puesto ella no es una petición o pretensión de la demanda, sino una acción accesoria que sólo puede ejercerse en la demanda misma o en escrito separado y en este caso antes de ser admitida, preceptuando en este momento toda posibilidad de corrección o nueva formulación por ministerio de la Ley.

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

RESUELVE :

No se accede a decretar la suspensión provisional presentada como modificación de la demanda, por extemporánea.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en 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 Torrado, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL/ SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

Tratándose de un tema (contribución de valorización) respecto del cual existe un conjunto normativo, el cual establece prescripciones generales y también prescripciones especiales y opcionales, y siendo que el acto demandado adiciona y modifica uno anterior, el análisis de su legalidad debe hacerse teniendo en cuenta todas las disposiciones aplicables que regulan la materia, precisando su vigencia y aplicabilidad al caso en estudio, y con referencia al acto adicionado y modificado, lo cual no es posible hacerlo a través de una simple comparación al decidir sobre una petición de suspensión provisional. La decisión no puede fundamentarse en la aplicación analógica de una providencia de esta Sección, ya que es una técnica jurídica que no es aceptable para resolver sobre una petición de suspensión provisional.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo 16 de 1990 del Consejo Distrital de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3580. Actor: Yolanda Azouth Roa y Ramiro Borja Avila. Apelación auto de marzo 14 de 1991 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de nulidad y suspensión provisional de las expresiones " General", "General Relativo", " Relativo" y " Asociado" contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 14 del Acuerdo 16 de 1990 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

AUTO

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos, mediante sendos apoderados, por el Señor Alcalde del Distrito Especial de Bogotá y por el Instituto

de Desarrollo Urbano IDU, así como por el Señor Personero en su calidad de representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, en su carácter reconocido en el proceso de terceros impugnados, contra el auto proferido por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 14 de marzo de 1991, notificado por estado el día 1o. de abril de 1991, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de algunas expresiones y apartes de algunos artículos del Acuerdo 16 de 1990, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

LA PROVIDENCIA APELADA

El auto apelado, luego de admitir la demanda resolvió:

"...

"2o. Decrétase la suspensión provisional de la expresión 'General' usada para referirse al beneficio, que se utiliza en el título y en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 14 del Acuerdo 16 de 1990, expedido por el Concejo de Bogotá, D.E.

" 3o. Decrétase la suspensión provisional de la expresión ' General Relativo ' usada para referirse al beneficio, utilizada en los artículos 4 y 5 del Acuerdo 16 de 1990, expedido por el Concejo de Bogotá, D.E.

" 4o. Decrétase la suspensión de la expresión ' Relativo' usada para referirse al beneficio, utilizada en el artículo 4 del Acuerdo No. 16 de 1990, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

" 5o. Decrétase la suspensión provisional de la expresión ' Asociado' utilizada para referirse al beneficio en el artículo 10 del Acuerdo No.16 de 1990 expedido por el Concejo Distrital de Bogotá.

"6o. Decrétase la suspensión provisional de las expresiones escritas *resaltadas* y subrayadas en los artículos siguientes del Acuerdo 16 de 1990 expedido por el Concejo de Bogotá D.E. que dicen:

" ' ACUERDO No. 16 de 1990

" Por el cual se adiciona y modifica el Acuerdo 7 de 1987 y se desarrolla el concepto de Valorización por Beneficio *General* en el D.E., de Bogotá.

" ' ARTICULO PRIMERO. DE LAS OBRAS QUE CAUSAN VALORIZACION POR BENEFICIO *GENERAL:* Causan Valorización por Beneficio *General,* los conjuntos de obras de interés público, de amplia cobertura relacionados con el sistema vial general de la ciudad, en especial las vías clasificadas por las normas vigentes como V-O, V-1, V-2, V-3 E, troncales o vías férreas, los

sistemas de transporte especializado, exceptuando el Metro, y las demás obras que en su oportunidad el Concejo de Bogotá aprueba por solicitud del Alcalde Mayor de Bogotá. *La totalidad de las obras incluidas en un Plan Bienal constituyen una unidad de conjunto y procederá una distribución de Valorización que las incluye a todas.* Para efectos de lo aquí dispuesto, el gravamen de Valorización se aplicará según lo consagrado por el artículo 4o. del presente Acuerdo.

" ' ARTICULO 4...*PARAGRAFO PRIMERO. CATEGORIAS DE PREDIOS. Para efectos de la individualización del Beneficio y la distribución de las contribuciones de Valorización que por Beneficio General se cobren a los predios de la ciudad, estos se dividirán en seis categorías: 1) Predios destinados a vivienda o residenciales. 2) Predios destinados a usos industriales. 3) Predios destinados a usos comerciales. 4) Predios destinados a usos institucionales públicos y privados. 5) Lotes y 6) Predios Suburbanos.'*.

" ' PARAGRAFO SEGUNDO'. BENEFICIO *GENERAL RELATIVO.* En la distribución de la contribución de Valorización por Beneficio *General* e individualización del Beneficio, la Junta Directiva del IDU tendrá igualmente en cuenta el beneficio *relativo* que el conjunto de obras genera a la propiedad inmueble, *para lo cual se establecen según el beneficio general resultante en cada área, las siguientes categorías: A) Areas de beneficio mayor; B) Areas de beneficio medio; C) Areas de beneficio menor; y D) Areas de beneficio mínimo. En consecuencia, para cada una de las categorías mencionadas se establecerá un factor que interprete el mayor o menor Beneficio General Relativo, producido por el conjunto de obras.* Sin perjuicio de que las condiciones especiales de determinados predios con relación al conjunto de obras generen un beneficio nulo'.

" ' PARAGRAFO TERCERO. -DISTRIBUCION-APROBACION Y ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE: El Concejo de Bogotá, para cada Plan Bienal que contemple el sistema de Valorización por Beneficio General determinará la proporción del monto distribuible que corresponda *a cada una de las categorías de predios antes mencionados en concordancia con la tabla No. 1, de este Acuerdo, de tal forma que su suma sea equivalente al 100% del mismo.* La Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, aprobará la distribución a que se refiere el artículo 42 del Acuerdo 7 de 1987 y la liquidación respectiva.

" TABLA No. 1

" *ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE*

"*CATEGORIAS DEL PREDIO % ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE*

	Mínimo	**Máximo**
Residencial	*20%*	*40%*
Industrial	*10%*	*25%*

Comercial	*10%*	*25%*
Institucional	*2%*	*10%*
Lotes	*25%*	*45%*
Suburbanos	*0%*	*10%*

" ' ARTICULO QUINTO. LIQUIDACION; En la contribución de Valorización que por Beneficio *General* ha de corresponder a cada predio, se tendrán en cuenta los siguientes criterios para la determinación del valor a liquidar'.

" '. PREDIOS RESIDENCIALES'

" ' El monto distribuible para los predios destinados a uso residencial será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No.1* de este acuerdo. Para determinar el gravamen de cada uno de los predios de uso residencial se aplicará un método de distribución que considere, entre otros, los siguientes aspectos: área del predio, factor de beneficio *general relativo* y factor de estratificación socio-económica para interpretar la capacidad *relativa* del pago por estrato *en consistencia con la tabla No.2 de este Acuerdo,* de manera tal que se cumpla la doble condición de Justicia y equidad en la distribución de la contribución'

" ' TABLA No. 2 '
" ' *FACTORES DE PONDERACION PARA PREDIOS RESIDENCIALES*'

" ' *ESTRATO*	*FACTOR DE PONDERACION*
1	*1.0*
2	*3.0*
3	*5.0*
4	*8.0*
5	*12.0*
6	*20.0*

" ' 2. PREDIOS COMERCIALES'

" ' El monto distribuible para los predios destinados a usos comerciales será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este Acuerdo. Para determinar el gravamen de cada uno de los predios se tendrá en cuenta, entre otros,

los siguientes factores: área del predio, potencialidad comercial, capacidad económica del entorno y beneficio *general relativo,* de tal manera que se interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución.'

" ' 3. PREDIOS INDUSTRIALES'

" ' El monto distribuible para los predios destinados a usos industriales será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este acuerdo. Para determinar el gravamen de cada predio se tendrá en cuenta entre otros, el área del inmueble, el beneficio *general relativo,* y la potencialidad del inmueble con relación al tipo de industria categorizada así: gran industria, mediana industria, pequeña industria y micro industria, de tal manera que se interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución.'

" '4. PREDIOS INSTITUCIONALES'

" ' El monto distribuible para los predios destinados a usos institucionales será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No.1* de este Acuerdo. Para determinar el gravamen de cada uno de los predios, se tendrán en cuenta entre otros los siguientes factores: área del predio, naturaleza de la institución, estrato socio-económico del entorno, beneficio *general relativo* y cualquier otro factor ponderativo que interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución'.

" ' Para lo relacionado con los salones comunales se aplicará lo contenido en la ley 4a-de 1913 Artículo 195 y demás normas vigentes '.

" ' 5. LOTES'

" ' El monto distribuible para los predios comprendidos dentro de la categoría de lotes o áreas desarrollables sin desarrollar, o áreas no edificadas en zonas urbanizadas, será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este Acuerdo. Para determinar el gravamen de cada predio se procederá en forma similar a lo establecido para los predios residenciales, pudiéndose incluír un factor de explotación que considere el área edificable y el uso permitido. El IDU podrá determinar la condición de lote con base en comprobaciones de campo y en las Normas Específicas de orden urbanístico.'

" ' Los predios que dentro de esta categoría tengan un área menor de ciento cincuenta (150) metros cuadrados, y que constituyan la única propiedad inmueble del contribuyente, serán tratados con los mismos criterios que los predios residenciales, siempre que su propietario sea una persona natural.'

" ' 6. PREDIOS SUBURBANOS'

" ' El monto distribuible para los predios comprendidos dentro de la categoría de Suburbanos, será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este Acuerdo. Para determinar el gravamen de cada predio se tendrán en cuenta entre otros, los siguientes factores: tamaño del predio, tipo de área suburbana, beneficio *general relativo* y cualquier otro factor ponderativo que interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución'.

" ' ARTICULO DECIMO. *PRESENTACION, APROBACION Y REVISION DEL PLAN:* El artículo Quinto del Acuerdo 7 de 1987 quedará así: El Alcalde Mayor de Bogotá, presentará a más tardar el 1o. de Agosto del año respectivo al Concejo de Bogotá, el Plan Bienal de Obras, Planes o conjunto de obras ordenadas por el sistema de valorización que a su juicio deban realizarse durante ese período, el cual deberá contener una consideración sobre aspectos ambientales.'

" ' Dependiendo de la cobertura del Plan Bienal de obras, del beneficio *asociado* y de la magnitud del monto distribuible, el Concejo Distrital podrá aprobar la utilización del Sistema de Valorización por *Beneficio General.* En ningún caso podrá aplicarse dicho sistema sin contar con la aprobación del Concejo Distrital.'

" ' El Concejo expedirá el Plan Bienal de Obras antes del 10 de Diciembre del año respectivo. Si el plan no recibiere consideración y aprobación regirá el Plan presentado por el Alcalde Mayor de Bogotá.'

" ' Dicho Plan, podrá ser corregido anualmente durante su vigencia, para ser ajustado técnica, presupuestal y financieramente, para lo cual deberá ser presentado al Concejo de Bogotá a más tardar el primero de Septiembre de cada año'."

La decisión anterior se fundamentó, en síntesis en lo siguiente:

1. De todas las normas que se citan como infringidas y del concepto de la violación, se destaca unicamente la relativa al Decreto 1604 de 1966, por ser esta en la que más se aprecia, en forma nítida la violación flagrante de la norma superior por parte de las expresiones demandadas.

2. Luego de transcribir la sustentación de la suspensión provisional con relación al citado Decreto 1604 de 1966 propuesta por los demandantes, se refiere a las medidas tomadas por el Concejo de Bogotá, D.E. y afirma que sobre un caso análogo se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 20 de enero de 1989, Expediente 0384, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate y al respecto precisa que:

" Concluyó el H. Consejo de Estado en el proveído en estudio que el Concejo Municipal no podía establecer la contribución de Valorización ' en forma

general e indiscriminada a cargo de ' ' toda la ciudad ' 'como dice la norma acusada'. Puntualizó a renglón seguido la Corporación; ' Esta expresión que abarca en forma indiscriminada un gravamen a cargo de las zonas rurales por obras localizadas en el sector urbano, contradice el artículo 1o. del citado Decreto 1604/66 que limita los sujetos a ' ' las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés local' ', norma que tiene su desarrollo en el artículo 2o. del Acuerdo 41 de 1971 (Régimen general de Cartagena), conforme al cual '' la contribución de valorización se exigirá a los propietarios de bienes raíces que se beneficien con la ejecución de las obras'' ' y éstos deben precisarse dentro de las llamadas zonas de influencia para lo cual están determinados los procedimientos legales y técnicos, La imposición indiscriminada a cargo de ' ' toda la ciudad' ', resulta ilegal.

" ' 4o. Y, finalmente, la expresión del acusado artículo 3o. que se pagará ' ' con base en el avalúo catastral ' ' también es contrario a las normas legales y reglamentarias que han conservado como esencia del sistema que la distribución se haga con base en el *beneficio* individual de los predios, según la fórmula consagrada en el artículo 9o. del Decreto 1604: ' ' Para liquidar la contribución de valorización se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, *dentro del límite del beneficio que ella produzca* a los inmuebles que han de ser gravados ... ''' (subrayas del Consejo de Estado).' ."

3. Finalmente afirma:

" La situación que plantea el Acuerdo acusado es análoga a la que se analiza en la jurisprudencia transcrita. Al estatuír aquélla un gravamen de valorización por Beneficio General a todos los predios de la ciudad, se incurrió en un ostensible y flagrante quebranto del Art. 1o. del Decreto 1604 de 1986, en la medida en que esta norma circunscribe la valorización a los predios que, en concreto, se beneficien directamente con la ejecución de las obras. Por ende, la fijación generalizada a todos los predios del Distrito es abiertamente contraria a la disposición legal. Y También lo es a la luz del Art. 9o. ibídem, toda vez que el concepto de Valorización por Beneficio General es manifiestamente antitético con la noción de beneficio individual implícita en las expresiones ' dentro del límite del beneficio que ella produzca ' contenidas en la disposición.

" Son suficientes las consideraciones que preceden para concluir que todas las expresiones y frases materia de la suspensión provisional son palmariamente violatorias de los artículos atrás citados, por lo que habrá de decretarse la medida cautelar deprecada."

LOS RECURSOS DE APELACION

En primer lugar, precisa la Sala que, cuando el Tribunal *a-quo*, en providencia del 15 de abril de 1991, que obra a folio 266 del cuaderno principal, reconoció como tercero impugnador a la " Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá ", estando

el poder otorgado por el Dr. Juan Martín Caicedo Ferrer (fl. 132), "... para que en *mi nombre* y representación ...", y el Apoderado en su memorial (fl. 169) solicita que '... se reconozca al *Dr. Juan Martín Caicedo Ferrer* como tercero interviniente e impugnador en el proceso ..." (subrayas fuera de texto), la Sala entiende que este tercer impugnador reconocido es el Dr. Juan Martín Caicedo Ferrer y no la Alcaldía de Bogotá.

La anterior precisión es necesaria por cuanto en el proceso se han interpuesto tres (3) recursos de apelación: uno, por el apoderado del Dr. Juan Martín Caicedo Ferrer, Alcalde de Santafé de Bogotá, Distrito Capital; otro, por el Señor Personero en su carácter de representante judicial de Santafé de Bogotá, Distrito Capital; y otro por el apoderado del Insitituto de Desarrollo Urbano, cada uno de los cuales se sintetiza a continuación:

1. *Recurso del Señor Apoderado del Dr. Juan Martín Caicedo Ferrer, Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá D.C.*

Precisa que el auto apelado se apoya en la violación " unicamente" del decreto 1604 de 1966, en sus artículos 1o. y 9o. y en la providencia del Consejo de Estado en el expediente 0384 del 20 de enero de 1989, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate y luego de precisar la motivación del *a quo* y de referirse a los requisitos que exige nuestra legislación para que proceda la suspensión provisional afirma:

" ... puedo afirmar, (...) que con el Acuerdo 16 de 1990 no se incurrió en infracción alguna de norma superior; que de la confrontación directa entre las palabras y frases suspendidas y el texto de los artículos 1o. y 9o. del decreto legislativo 1604 de 1966 no se deduce la violación, mucho menos que sea manifiesta la que le deduce el Tribunal; y que la parte demandante no adujo documento público alguno con el cual pudiera hacerse el cotejo respectivo.

" Es que no basta afirmar, como en su lacónica motivación lo hizo el auto impugnado, (sin necesidad de acudir a análisis de fondo, los que están implicitamente excluidos), que porque se estatuyó en el Acuerdo 16/90 un gravamen de valorización por beneficio general ' se incurrió en ostensible y flagrante quebranto del art. 1o. del decreto 1604 de 1986 (sic) en la medida en que esta norma circunscribe la valorización a los predios que, en concreto, se beneficien directamente', sino que era forzoso manifestar en qué consistía el quebranto, y porqué era ostensible. Ni bastaba afirmar que se violó el art. 9o. porque el concepto de valorización por beneficio general era antitético con el de beneficio individual, sin registrar por qué se daba la antítesis tan manifiesta.

" En efecto, la expresión ' que beneficien a la propiedad inmueble', contenida en el artículo 1o., no circunscribe a ciertos límites esa propiedad, como lo pretende el Tribunal. Otro tanto debe decirse de la locución ' dentro de los límites del beneficio', contenida en el art. 9o., pues con ella se está refiriendo es a la proporción entre el gravamen y el beneficio, como regla general."

Afirma que el Tribunal no estuvo en capacidad de conocer el concepto de beneficio general porque no conoció la exposición de motivos ya que los actores no la acompañaron, ni tuvo en cuenta que el acuerdo 16 de 1990 "adiciona y modifica el Acuerdo No. 7 de 1987" el cual también debía examinarse.

Precisa que el artículo 1o. del Decreto 1604 de 1966 habla de obras " que beneficien a la propiedad inmueble", expresión en la cual no hay restricción alguna en cuanto a la extensión del beneficio, sino que se refiere a todos los inmuebles que puedan recibir ese beneficio, luego no es cierto como lo afirma el Tribunal que ese artículo circunscribe la valorización a los predios que, en concreto, se beneficien directamente con la ejecución de las obras.

Y por otra parte, como el artículo citado habla de ejecución " de obras de interés público local", debe entenderse la localidad entera, y no un sector de ella y se refiere al " interés público", no al beneficio individual.

Por lo anterior, no puede decirse que el citado artículo 1o. prohibe el beneficio reflejo o extensivo a otros predios de la ciudad ni se refiere al beneficio " directo " de que habló el Tribunal en la providencia recurrida.

En cuanto al artículo 9o. del mismo decreto 1604 de 1966, anota que cuando la norma prescribe que " se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados", lo que esta significando es que entre el costo de la obra y el beneficio que ella reporta debe existir una relación, y que ese costo es el determinante de la base impositiva o gravable, pero la norma no consagra graduaciones del beneficio como lo pretende el Tribunal, haciéndole decir al precepto lo que no dice.

La citada norma no consagra el concepto de beneficio individual a que alude el Tribunal para afirmar que dicho concepto es antitético con la de beneficio general.

Puntualiza que lo que la norma prescribe es: 1) que el beneficio no puede exceder al costo de la obra y 2) que ese costo determina el valor de la contribución y el límite del beneficio se refiere es al costo de la obra y para nada alude a los beneficios individual y general.

Se refiere luego, el recurrente, a los conceptos de beneficio general y beneficio general relativo y anota que el vocablo local aplicado a las obras de interés público es equívoco y de significación relativa y desarrolla su idea así:

" ... Es evidente que por costumbre se ha aplicado a una sola obra pública en particular, con una restringida zona de influencia, dentro de la cual se comprenden los predios que le son adyacentes, sin que exista un factor fijo e invariable que determine los límites de esa zona, pudiendo ampliarse ellos sobre consideraciones administrativas, económicas y sociales de los beneficios. En ello consiste su relatividad, pues una misma obra, la pavimentación de una calle, por ejemplo,

produce diferentes zonas de influencia, según sea el barrio, o la ciudad en donde se ejecute. De todos modos la obra de interés público local, al producir una zona de influencia, conlleva necesariamente una generalidad, por la multiplicidad de inmuebles que comprende, de suerte que el beneficio ' local ' también puede y debe entenderse como ' general'.

" Por ello, decir que un conjunto de obras son de interés y beneficio ' general ' es tanto como hacer una suma de intereses y beneficios locales, cuando esas obras están interrelacionadas geográficas, económica y socialmente. A ello no se opone la ley, antes bien lo autoriza, por mandatos y exigencias del desarrollo urbanístico, y precisamente para obtener reducciones de los costos administrativos que implicaría una multiplicidad de valorizaciones ' locales' (entendidas en su acepción acostumbrada, propia para las pequeñas ciudades), que aumentan considerablemente los costos administrativos, lo que necesariamente inciden y recargan la cuantía de las contribuciones, que se evitan con el sistema de valorización por beneficio general."

Agrega que impedir la aplicación del sistema de beneficio general es hacer nugatorio el desarrollo por el alto costo de las obras y de las contribuciones, que implicaría el sistema conocido como local, el que por atomizar la cobertura, multiplica costos y contribuciones.

Afirma que, además el sistema de beneficio general, aplica la distribución del gravamen en categorías de predios considerando su área y su estratificación socio económica y los grados de beneficio y en este aspecto precisa que:

" Desde luego, por ser beneficio general, incluye la absorción del monto distribuible, que es *el porcentaje que se calcula sobre ese monto y que corresponde a cada categoría de predios según su destinación,* así como el *beneficio general relativo,* denominación que se dio en el Acuerdo 16 de 1990 a la adecuación del beneficio general al grado de beneficio (mayor, etc) que recibe cada inmueble, y a las peculiares características de las obras. De algún modo debía denominarse esa adecuación, *y por el hecho de haberla llamado beneficio general relativo no es ilegal.*"

Introduce el concepto de planeación, porque, las obras públicas de interés general se realizan no con proyectos de obras individuales sino mediante planes y programas que abarquen un conjunto de obras relacionadas en su interconexión material y socioeconómica especialmente en las grandes ciudades y para este caso se habla de valorización por beneficio general, para la cual se tienen en cuenta varios grados de beneficio.

Y afirma que "... esos planes no se conciben" sin la aplicación de la contribución de valorización por beneficio general y: ...

" Léase el artículo 13o. del Acuerdo 16 de 1990, en donde se encontrará expresa mención de que se aplica el decreto 868 de 1956, así como diversas normas del

Acuerdo 7 de 1987, las concordantes de la ley 9a, de 1989, y los Acuerdos 2 de 1980 y 6 de 1990, *todos los cuales no fueron consultados por el Tribunal al expedir el auto apelado.*

" Fue así, en desarrollo de esta última disposición, del artículo 199 de la C.N. de la ley 195 de 1936, y del decreto 3133 de 1968 como el Distrito Especial de Bogotá expidió el *Plan Bienal de Obras* a que se refieren los artículos 1., 10. y 14 del Acuerdo 16 de 1990, del Concejo Distrital, dictado *en desarrollo del acuerdo 7 de 1987,* del mismo Concejo, que es el Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá."

Cita luego las normas que a su juicio sirven de fundamento legal al sistema de contribución por beneficio general y concretamente el artículo 2o. del decreto legislativo 868 de 1956 adoptado como legislación permanente en la ley 141 de 1961, el artículo 18 del decreto 1604 de 1966, el artículo 37 del decreto reglamentario 1394 de 1970, el artículo 62 del Acuerdo Distrital 7 de 1987, para concluír que las normas citadas tienen plena vigencia " y no pueden ignorarse ni desconocerse al juzgar la legalidad del Acuerdo 16 de 1990."

Cuando la ley habla de " interés público local " no restringe el concepto a una obra en particular, ni excluye la generalidad o conjunto de obras relacionadas entre sí. "*Lo 'local' se refiere al 'interés', no al beneficio o zona de influencia gravable.*" (Texto subrayado).

Aclara que la contribución de valorización por beneficio general no implica la imposición de un gravamen uniforme a todos los inmuebles beneficiados, y por eso, el Acuerdo 16 de 1990 distribuyó los beneficios teniendo en cuenta la totalidad de las obras, su continuidad espacial o territorial, el beneficio de cada una en particular y su relación con el general, la clasificación en categorías de sectores beneficiados, según el grado de beneficio, la distinción de estos sectores en varios estratos según la capacidad de pago, la división de los estratos en diversos grados de beneficio según la superficie del inmueble gravado, la coexistencia o superposición de distintos grados de beneficio como factor de cuantificación del gravamen, dando prelación al de mayor valor, la naturaleza o índole de la destinación de cada inmueble, la existencia de beneficios nulos, y la consideración de vastos sectores suburbanos excluidos del gravamen.

Por lo anterior, no fue arbitraria la asignación de los gravámenes ya que todos los sectores de la ciudad afectados con la contribución recibirán beneficios económicos porque participarán de un evidente acrecentamiento en el mercado inmobiliario con los beneficios que produce el desarrollo urbanístico integral de la ciudad.

El recurrente se refiere luego a las demás normas citadas en la demanda, cuestiona la suspensión provisional del término " general" en algunos artículos, del término " asociado" en otros, y de algunos artículos para afirmar que carece de fundamento legal y finalmente se refiere a que el acuerdo demandado no es análogo

al que estudió y analizó el Consejo de Estado en la providencia del 20 de enero de 1989, expediente 0384, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate.

Y concluye: ...

" 1. Las palabras y frases suspendidas en sus efectos, y en general todo el Acuerdo 16 de 1990, no son violatorias de los artículos 1o. y 9o. del decreto legislativo 1604 de 1966, ni de las demás normas invocadas en la demanda como violadas.

"2. El motivo autorizado para suspender los efectos de los actos administrativos, consistente en que haya por lo menos una *infracción manifiesta* de norma superior, no se da en el caso de autos, pues no hubo infracción y menos ella es manifiesta.

" 3. El carácter manifiesto de la infracción debe resultar de la *confrontación directa* entre el acto acusado y la norma supuestamente violada, y de esa confrontación no resulta infracción alguna. Así como para explicar y fundamentar ampliamente la legalidad del acuerdo demandado se requirió el análisis extenso contenido en este escrito; para decidir la ilegalidad hubiera sido indispensable un similar análisis detenido, pero esos análisis están prohibidos en los autos que decreten o nieguen la declaratoria de suspensión provisional.

"4. Es equivocada la interpretación y los alcances que da el Tribunal al artículo 1o. del decreto legislativo 1604 de 1966, al entender que la expresión ' que beneficien a la propiedad inmueble ' circunscribe a ciertos límites espaciales esas propiedades, como si la ley estuviera en capacidad de hacer mediciones expresas e infranqueables de las zonas de influencia que produce la valorización de obras públicas. De esa manera el auto ignoró la prescripción del art. 27 del C.C.

" 5. Es igualmente equivocada la interpretación y los alcances que da el Tribunal al art. 9o., ibídem, al no entender que la locución dentro de los límites del beneficio ' se está refiriendo es a la proporción entre el gravamen y el beneficio, como lo indica su tenor literal.

" 6. El Tribunal omitió haber consultado previamente a su decisión la *exposición de motivos* del Acuerdo 16 de 1990, que no aportó la parte actora, y sin la cual no podía tener cabal comprensión de dicho Acuerdo.

" De igual modo, el Tribunal no podía ordenar suspensiones provisionales *sin conocer el Acuerdo No. 7 de 1987,* del Concejo Distrital, que es el Estatuto de Valorización del Distrito Especial, del cual es desarrollo el Acuerdo 16 de 1990, como se dice en su preámbulo como también es desarrollo del Acuerdo 6/90, que se ocupó de los estratos en que se divide el área del Distrito Especial. O sea que decidió sobre lo accesorio sin conocer lo principal y originario.

" Así mismo, no estaba facultado el Tribunal para ordenar las suspensiones mencionadas sin consultar previamente la legislación vigente sobre contribución de valorización, entre ella el *decreto legislativo 868 de 1956,* al cual se remite en su artículo 18, el *decreto 1394 de 1970,* reglamentario del 1604 de 1966, y *el Acuerdo 2 de 1980,* del Concejo Distrital, que adopta el Plan de Vías que desarrolla el Acuerdo 16 de 1990.

" 7. El auto apelado confunde el ' *Interés público local* ' a que alude el artículo 1o. del decreto 1604 de 1966, y otras normas invocadas como violadas, con el beneficio particular y personal. Ese error lo induce a encontrar antitético lo local con lo general, e ilegal el concepto de general relativo.

" 8. El auto apelado omitió lamentablemente considerar que *el artículo 2o. del decreto legislativo 868 de 1956, el 37 del decreto reglamentario 1394 de 1970,* y los *Acuerdos 2 y 7 de 1980 y 1987,* respectivamente, consagran la distribución de la contribución por varias obras como una unidad de conjunto, y por lo tanto, expresamente, el concepto de beneficio general.

" 9. El auto impugnado omitió considerar que la adopción de los planes de obras constituyen obligación legal de los Concejos Municipales, y que su ejecución simultánea impone consecuencial e ineludiblemente la aplicación del sistema de valorización por beneficio general, como además lo mandan las leyes y reglas del desarrollo urbano de las metrópolis.

" 10. El auto recurrido no tuvo en cuenta que el Acuerdo 16 acusado observó religiosamente el principio tutelar del reparto proporcional y equitativo de las contribuciones, omisión que lo condujo a suspender palabras y frases del sistema de distribución de gravámenes, contemplado en los artículos 4o. y 5o. del citado Acuerdo 16.

" 11. El auto impugnado consideró aisladamente los varios parágrafos del artículo 4o. del mencionado Acuerdo demandado, sin tener en cuenta su contexto y el del estatuto en general, omitiendo así aplicar la regla de hermenéutica contemplada en el artículo 30 del C.C.

" 12. El auto mencionado interpretó equivocadamente la palabra 'asociado', porque no la relacionó con el contexto del acuerdo, para darle su exacta acepción gramatical.

" 13. El auto cuestionado encontró analogía en otro del Consejo de Estado allí citado, con el cual no guarda semejanza, y esa analogía le sirvió de respaldo para las diversas suspensiones que decretó."

2. *Recurso del Sr. Personero del Distrito Especial de Bogotá.*

El Señor Personero del Distrito Especial de Bogotá, hoy Santafé de Bogotá, Distrito Capital, se refiere en primer término al argumento del *a-quo,* según el cual

existe analogía con el caso ya resuelto por el Consejo de Estado en el expediente 0384, lo cual, " además de improcedente resulta antijurídico, pues dadas las especiales características de excepcionalidad que reviste este Instituto (la suspensión provisional) no admite suposiciones o aplicaciones doctrinales, jurisprudenciales o análogas, como lo hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al decretar la Suspensión Provisional." (Paréntesis fuera de texto).

Y luego de un análisis comparativo entre los dos acuerdos concluye que no hay ninguna similitud o analogía, ...

> " ... pues el Acuerdo No. 29 de 1982 expedido por el Concejo Municipal de Cartagena gravó a la totalidad de la ciudad, sin discriminar que fueran predios urbanos o rurales, y sin considerar el factor beneficio (causa eficiente del cobro de valorización) y su distribución se determinaría con base en el avalúo catastral, o sea, que los beneficiados o afectados según su interpretación fueron la totalidad de predios del Municipio de Cartagena. Ahora bien, el espíritu del Acuerdo 16 de 1990 emanado del Concejo del Distrito Especial de Bogotá no es el de utilizar el método de irrigación del cobro de la valorización en forma general, odiosa e indiscriminada; por el contrario en su artículo 4o. establece para efectos de su *individualización,* unas categorías de predios ..."

En cuanto a la manifiesta violación de los artículos 1o. y 9o. del Decreto 1604 de 1966 afirma que de la comparación del acuerdo demandado con las citadas, de superior jerarquía, no se infiere esa ostensible violación exigida para que proceda la suspensión provisional, de acuerdo con jurisprudencia, que transcribe del Consejo de Estado.

Y luego de transcribir los artículos 1o. y 9o. del decreto 1604 de 1966, anota que de dichos textos legales se desprende que el hecho o circunstancia de que se construya una obra pública, útil a la colectividad, en forma automática genera el cobro de la contribución de valorización, sobre los inmuebles gravados que se benefician, con la ejecución de la obra.

Afirma que el decreto 1604 de 1966 no establece un criterio jurídico para determinar los sujetos pasivos de la contribución, delimitando o determinando una zona de influencia respecto de la cual se ha de exigir el gravamen y, el único factor que tiene en cuenta para su fijación es el beneficio, pero tampoco determina sus alcances y repercusiones, y como ha de manifestarse, obtenerse y capitalizarse.

Considera que el acuerdo demandado establece los sistemas para la distribución de una contribución de valorización por la ejecución de un conjunto de obras de interés público que van a generar beneficios en mayor o menor grado sobre los inmuebles de toda la ciudad y por ello se habla de beneficio general, dada la amplitud y cobertura del programa y ello es legítimo, " ya que si la ejecución de una sola obra causa valorización sobre los inmuebles aledaños, es obvio que un *conjunto de obras* de amplia cobertura como las del plan bienal que cubre una gran

parte de predios de la ciudad, y que reciban un beneficio real, cause u origine contribución de valorización." (Texto subrayado).

Además, que el cobro de la contribución no es indiscriminado, sino de acuerdo con " una serie de parámetros y valores", a partir del grado de beneficio de los inmuebles gravados o sea que el gravamen es particularizado.

Luego de algunas citas doctrinales se refiere al " Conjunto de Obras de Interés Público ", transcribe los artículos: 2o. del decreto 1394 de 1970, 1o. del acuerdo 7 de 1987 y 73 del decreto 604 de 1966 y afirma que no existe prohibición para realizar varias obras simultaneamente y cobrar la valorización por cada una de ellas.

De acuerdo con la ley 9 de 1989, el Distrito Especial de Bogotá, aprobó el Acuerdo 19 de 1990 que es el Plan Bienal de Obras para estructurar toda una malla vial arterial a lo largo y ancho de la ciudad, conjunto de vías que tendrá incidencia positiva en el desarrollo urbano futuro de la ciudad.

Así que no se trata de cobrar valorización por una unidad de obra, sino por un conjunto de 260 obras que interconectan en toda su extensión las vías de la ciudad, incrementan los beneficios de las obras existentes, optimizando en un todo la red vial distrital.

Y concluye, en este aspecto, que: ...

" ... no hay violación del Artículo 1o. del Decreto 1604 de 1966, por cuanto sólo se cobraría valorización a los predios que tengan beneficio directo con la ejecución de las obras, beneficio que se cobra de manera perfectamente discriminada, separada, categorizada y estratificada, y sólo en relación con el beneficio obtenido el cual se ha clasificado en mayor, medio, menor, mínimo y nulo, por lo que hay predios que no pagarán la contribución, ya que no obtendrán ningún beneficio, lo cual desvirtúa el *carácter general* de la contribución de valorización que le endilga el actor y acoge el Tribunal de Primera Instancia, sin mayores consideraciones.

" Corolario de lo anterior, tenemos que el Acuerdo se denominó valorización por beneficio general, porque la cobertura de las obras es tal, que si utilizamos el sistema de cobro de valorización, por cada obra, obtendríamos el mismo número de predios beneficiados, con la desventaja de que un mismo predio tendría que pagar varias veces, se elevarían los costos de administración, pues cada obra genera individualmente, unos costos administrativos, lo que resultaría antieconómico pues, en la misma proporción se incrementarían las cuotas de la contribución de valorización.

" La denominación de beneficio general que es el pecado que le atribuyen los demandantes al Acuerdo 16 de 1990, no implica, como hemos expuesto que se vaya a cobrar la valorización de manera generalizada e indiscriminada a predios que no reciben beneficio alguno."

Precisa luego que la contribución de valorización del Acuerdo 16 de 1990 no es generalizada y su beneficio es limitado, ya que " el área gravada es de solamente 252 millones de metros cuadrados de un total de 303 millones de metros cuadrados. También se grava menos del 50% del área suburbana que son aquellas zonas limítrofes entre el área urbana y el área rural."

Anota que también el acuerdo demandado tiene en cuenta los estratos socio-económicos en que están clasificados los barrios y zonas de la ciudad, la clase o destinación del inmueble, el grado de movilización mediante el fácil acceso a las diferentes vías de comunicación que conforman la malla vial, y el grado de beneficio.

Luego anota que hay incongruencia en la medida tutelar decretada por el *a-quo,* porque éste: ...

" ... ordenó la suspensión solicitada por los actores, sin hacer siquiera un análisis jurídico del caso para determinar en qué consistía esa violación o desconocimiento de la norma superior, para efectos de disponer la medida preventiva, y sobre preceptos sobre los cuales la norma jerárquica no tiene ninguna incidencia o referencia.

" Si se comparan las normas supuestamente quebrantadas con las definiciones y expresiones del Acuerdo antes citadas y que dispuso suspender, se observa que éstas no guardan relación o dependencia alguna con las establecidas en los artículos 1 y 9 del Decreto Legislativo 1604 de 1966.

" Se presenta entonces una incongruencia en el fallo del Tribunal al suspender los efectos de normas que confrontadas con las de superior rango, no se halla en manera alguna subordinación o correlación que permita reducir *prima facie,* la manifiesta y ostensible violación."

Y precisa como conclusiones las siguientes:

" 1. La providencia de marzo 14 de 1991 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no reúne los requisitos de Ley, para decretar la medida cautelar de la suspensión provisional, como quiera que no se presenta la manifiesta violación del Acuerdo No. 16 de 1990 frente a normas de orden superior.

" 2. El Acuerdo No. 16 de 1990 no establece en modo alguno una contribución de valorización de manera generalizada e indiscriminada, como quiera que los sujetos pasivos se hallan plenamente determinados cuando reciben un beneficio por la ejecución de obras en conjunto.

" 3. El beneficio no es ilimitado pues este se pondera en su distribución de acuerdo a la intensidad en que sea recibido.

"4. La distribución de la contribución por la ejecución de un conjunto de obras, no es una institución novedosa del Acuerdo No. 16 de 1990, pues ya el Legislador desde el año de 1970 a través del Decreto 1394 había previsto este sistema, y en el caso del Acuerdo acusado, las obras cubren casi la totalidad del perímetro urbano o interactúan como una sola obra.

"5. Existen en el Distrito Especial de Bogotá, zonas que por hallarse fuera del radio de acción o de influencia de la obra no reciben beneficio alguno, por lo que se excluye del gravamen e igual sucede con cerca de 5 mil inmuebles ubicados en la zona urbana.

"6. El Acuerdo No. 16 de 1990 al emplear la locución '*general*' no pretendió efecto *erga omnes,* sino que para especificar que el beneficio era recibido por la generalidad de los predios ubicados dentro de las zonas de influencia.

"7. Conforme a las definiciones de las expresiones beneficio general, relativo y asociado esbozadas en este escrito, queda aclarado que ellas no corresponden a diferentes tipos o clases de beneficio se trata simplemente de sinónimias con las que el Legislador local buscó que el Acuerdo fuera más técnico.

"8. No todas las expresiones y frases suspendidas por el auto impugnado guardan relación o subordinación con las normas superiores señaladas como infringidas, por ello el fallo es incongruente."

3. *El Recurso Interpuesto por el Señor Apoderado del Instituto de Desarrollo Urbano IDU.*

En primer término afirma el recurrente que la apelación que interpone se circunscribe al examen de los fundamentos del auto del Tribunal que dispuso la suspensión provisional y a la precisa técnica jurídica que gobierna esta medida cautelar, para evitar que se la confunda con los extremos de fondo, propios de la sentencia.

Luego de referirse a la demanda, a la solicitud de suspensión provisional, al auto apelado precisa lo relativo a los presupuestos y requisitos de la suspensión provisional con citas jurisprudenciales y concluye que los extremos que deben ser materia de confrontación son: el ordenamiento jurídico superior que bien puede consistir en una disposición legal o en un conjunto de disposiciones legales que integran una estructura jurídica compleja, cuyo examen de conjunto es indispensable para establecer si otra disposición las infringe, y el acto acusado, que según su naturaleza a su vez, puede consistir en una decisión administrativa aislada o en un conjunto de normas, el cual igualmente debe examinarse en su integridad, para determinar su contenido y alcance jurídicos y si violó o no el ordenamiento superior.

A su juicio en el caso concreto: ...

" ... el tejido normativo que regula la contribución de valorización es complejo, dada la multiplicidad de normas que lo regulan y que se extiende desde la ley 25 de 1921, que consagra los principios fundamentales del sistema hasta el Decreto Legislativo 1604 de 1966, y en su proceso de progresivo desarrollo y complementación, articula en varias disposiciones, mecanismos y procedimientos que habilitan legalmente a las entidades territoriales, como el Distrito Especial de Bogotá, para establecer, reglamentar, distribuir y recaudar la contribución de valorización.

" El otro extremo de la comparación, o sea el Acuerdo 16 de 1990, es también un conjunto de normas que estructuran un sistema para desarrollar y aplicar el concepto de beneficio general que pueden producir las grandes obras viales de desarrollo urbano, que por mandato constitucional y legal, deben integrarse dentro de los planes de desarrollo de la ciudad."

Procede luego a hacer referencia a las leyes 25 de 1921, y 1a. de 1943, para concluir que la ley 25 de 1921 estructuró la contribución de valorización sobre los siguientes elementos: a) que se trate de la ejecución de obras de interés público, b) el costo de las obras, c) el beneficio que produzcan sobre determinados predios d) la distribución proporcional del costo de las obras en relación con los beneficios y el valor de las propiedades beneficiadas.

Y que la ley 1a. de 1943 establece como base para que se pueda cobrar la contribución de valorización, " el mayor valor que reciban los predios favorecidos con las obras de servicio público, sin considerar para ello solamente el costo de las obras."

Se refiere luego al decreto 868 de 1956 para afirmar que introdujo al sistema de valorización orientaciones y principios nuevos que hacen factible y aseguran la construcción de grandes obras públicas de interés general y permiten la adopción de planes de desarrollo urbano, que imponen a la administración avances radicales en sus operaciones, cuando se trata de grandes obras de amplia cobertura que generan por su propia magnitud, beneficios sobre toda la ciudad.

Y luego de transcribir algunos de sus artículos precisa que de los artículos 1o. a 6o. se infiere que en tratándose de obras por el sistema de valorización, su costo puede distribuirse en la totalidad del área urbana y de la rural, lo que encierra el concepto de que el beneficio sea general y que según el artículo 6o., en armonía con el artículo 189 de la Constitución Política, "para hacer efectivo el impuesto de que trata este Decreto, los municipios deberán elaborar y adoptar un Plan de obras sujeto a las determinaciones de la respectiva Oficina del Plan Regulador ..."

Anota que el Decreto 868 de 1956 debe tenerse en cuenta para decidir la suspensión provisional por cuanto el Acuerdo acusado, en su artículo 13 lo incorpora a su contenido normativo.

Se refiere luego a las normas del Decreto 1604 de 1966, transcribe sus artículos 1o., 2o., 9o. y 18 para destacar que el sistema de valorización previsto en la ley 25 de 1921 se hizo extensivo a todas las entidades de derecho público y entre ellas al Distrito Especial de Bogotá y que concretamente su artículo 2o. ratifica el sistema previsto en el decreto 868 de 1956 y faculta a las entidades territoriales, incluido el Distrito Especial de Bogotá, para fijar los términos establecer, distribuir y recaudar la contribución de valorización, lo que significa que es competencia exclusiva de dichas entidades regular todo lo relativo a la forma de distribuir el gravamen, determinar las zonas de influencia y calificar si las obras son de beneficio general o local para disponer la consiguiente extensión del gravamen pudiendo hacer sobre la totalidad del área urbana como lo autoriza el artículo 2o. del Decreto Legislativo 868 de 1956.

Invoca el considerando final del Decreto 1604 de 1966 que dice:

" ' Que toda obra pública, para que tenga justificación técnica y económica, debe traer beneficio a la comunidad y en consecuencia, por lo menos parte de esos beneficios deben reintegrarse al Erario ...' "

Para concluir que " esta noción encierra el concepto de beneficio general desarrollado por el Acuerdo 16 de 1990 ", y anota que en ninguna parte el Decreto 1604 de 1966 alude al concepto de plusvalía como fuente de distribución del gravamen.

Se refiere luego a las normas distritales concretamente a los Acuerdos 7 de 1987 y 16 de 1990, para precisar sus alcances.

El recurrente puntualiza los fundamentos del recurso, en síntesis, así:

1. El Tribunal " desconociendo la compleja realidad legal" sustentó su providencia en la violación tan solo de dos artículos del Decreto 1604 de 1966, ignorando que dicho decreto contiene diferentes normas que en concordancia con las otras disposiciones citadas forman una estructura jurídica armónica que regula el sistema de valorización.

2. En la providencia apelada, el Tribunal se limitó a considerar como violatoria de la ley la expresión " general", prescindiendo del alcance que a ese concepto le da el resto del articulado del Acuerdo 16 de 1990.

3. No se da la violación directa que puede originar la procedencia de una suspensión provisional, toda vez que para llegar a la conclusión de que los artículos 1o. a 5o. del Acuerdo 16 de 1990 y en especial las expresiones suspendidas son violatorias de los artículos 1o. y 9o. del Decreto 1604 de 1966, es necesario hacer una elaboración interpretativa y deductiva enfrente a las diferentes normas que regulan la contribución de valorización.

4. El Tribunal desconoció que el propio Acuerdo 16 de 1990 en su artículo 13 incorpora las disposiciones del Decreto Legislativo 868 de 1956 y no lo tuvo en cuenta para efecto del cotejo que debió hacerse del acto demandado con las normas superiores invocadas como violadas.

Por ello no examinó el verdadero sentido que del contexto del Acuerdo adquieren las expresiones general y general relativo.

5. La decisión del Tribunal confunde los conceptos de beneficio general con gravamen general, porque entendió que por el hecho de que un plan de obras genere, en principio, un beneficio para todos los propietarios de inmuebles, se está estableciendo un gravamen general para todos los predios, pues una cosa es el beneficio y otra muy diferente el gravamen, que puede resultar de medir el efecto de ese beneficio en los predios afectados.

6. El *a-quo* llegó a la conclusión cuestionada en este recurso, no a través de una confrontación objetiva sino de un proceso deductivo y con la aplicación analógica de una jurisprudencia aplicable a un caso totalmente diferente al discutido, ya que mientras el Acuerdo del Concejo Municipal de Cartagena dispuso que el costo de las obras lo pagaría toda la ciudad como impuesto de valorización, con base en el avaluó catastral, el Acuerdo 16 de 1990 del Concejo Distrital de Bogotá establece que las obras que se realicen en Bogotá, para mejorar el sistema vial de la ciudad, por producir un beneficio general causan en principio contribución de valorización, pero no que todas las propiedades inmuebles de Bogotá, resulten gravadas en forma indiscriminada, porque el mismo Acuerdo dispone en su artículo 4o. que para efectos de la individualización del beneficio y la distribución de la contribución de valorización por beneficio general, se tendrán en cuenta entre otros, los siguientes aspectos: categorías de predios, beneficio general relativo y absorción del monto distribuible.

7. Dentro de los principios y conceptos doctrinarios tradicionales sobre la actividad del Estado y el interés público que la inspira, así como sobre la financiación de dichas actividades de acuerdo con los planteamientos propios del Derecho Tributario y la Hacienda Pública, es función del legislador y de las corporaciones públicas de elección popular definir cuando existe utilidad pública, interés social, los principios de equidad o el beneficio general, para establecer los servicios públicos e imponer contribuciones, impuestos o tasas necesarios para atender a su instalación y funcionamiento.

8. De acuerdo con los artículos 189 y 194-3 de la Constitución Nacional, 32 del Decreto Ley 3133 de 1968 y 6o. del Decreto 868 de 1956, los municipios deben adoptar un plan de obras.

Lo anterior se hizo en el Distrito Especial de Bogotá a través de los Acuerdos 6 y 19 de 1990 proferidos por el Concejo Distrital. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto 868 de 1956, según el cual el impuesto de valorización podía distribuirse en la totalidad del área urbana y de la rural o en una

parte de ésta y aquélla o aisladamente con una y otra, según que el beneficio sea general o parcial, el acuerdo demandado (16 de 1990), desarrolló el concepto de valorización por beneficio general que iban a generar los planes viales de desarrollo urbano, para permitir a la administración considerar como una unidad de conjunto, y distribuir la valorización considerando la totalidad de las obras incluidas en el plan.

Lo anterior permite a la administración liquidar el tributo en una sola operación administrativa que considera todas las obras incluidas en el respectivo plan, integrando su costo, con gran beneficio para la eficiencia administrativa y para la oportuna ejecución y financiación de las obras.

Por ello, el Acuerdo 16 de 1990, en su artículo 13 incorpora dentro de sus disposiciones los artículos 1o. a 6o. del Decreto 868 de 1956.

9. El Tribunal para decretar la suspensión provisional, ahora cuestionada, se fundamentó unicamente en los artículos 1o. y 9o. del Decreto 1604 de 1966 sin tener en cuenta las demás normas que regulan la contribución de valorización y las facultades que al efecto tiene el Distrito Especial de Bogotá en esta materia.

10. El acuerdo 16 de 1990 consagra una solución similar a la prevista en el Artículo 37 del Decreto 1394 de 1970, reglamentario del Decreto 1604 de 1966, el cual dispone considerar las obras que integran un plan como constitutivas de una unidad a efecto de que la administración haga una sola liquidación de las contribuciones de valorización ya que si se implanta el sistema de planes en la ejecución de obras, igualmente deben adoptarse los procedimientos adecuados a su desarrollo.

4. *Memorial presentado por el Doctor Hernán Antonio Barrero Bravo.*

A folio 269 y siguientes del cuaderno principal obra un memorial presentado por el Doctor Hernán Antonio Barrero Bravo en el cual manifiesta que coadyuva la demanda y solicita se le reconozca la calidad de " tercero interviniente y parte coadyuvante " en este proceso.

Agrega que analizará los aspectos generales de la contribución de valorización y luego considerará los planteamientos de los recurrentes " ... para concluir que no es procedente revocar el auto del 14 de Marzo de 1991 en relación con el A.16/90 del Concejo de Bogotá D.E. sobre valorización de ' beneficio general'."

Y trae una extensa argumentación para respaldar su afirmación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La extensión de los anteriores puntos en los cuales se han tratado de sintetizar los planteamientos hechos por los recurrentes en extensos y profundos memoriales, lleva a la Sala a recordar como una de las críticas que se hace a la medida de la

suspensión provisional en la relativa a que en ella se puede incurrir en el error de hacer el pronunciamiento de fondo propio de la sentencia final, sin que se haya adelantado el debate procesal, con lo cual se incurriría en un prejuzgamiento.

Por ello, en la presente providencia, la Sala se limitará a establecer si de acuerdo con la petición y sustentación de la Suspensión Provisional, el *a-quo* hizo bien en decretarla porque el acto demandado viola manifiestamente las normas superiores invocadas como violadas y si dicha violación *surge de su simple comparación.*

En el memorial petitorio de la suspensión provisional se citan como normas manifiestamente violadas los artículos 2, 20, 43, 197, 199, 204 y 206 de la Constitución Nacional; 3 de la ley 25 de 1921; 1o. de la ley 195 de 1936; 7o. de la ley 113 de 1937; 18 de la ley 1a. de 1943; 1 y 2 del decreto 868 de 1956; 21 de la ley 25 de 1959; 1 y 9 del decreto 1604 de 1966; 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 26, 27, 34, 35 y 36 del decreto 1394 de 1970; 234 y 236 del decreto 1333 de 1986.

De las normas citadas como violadas, para decretar la suspensión provisional, el Tribunal se refirió solamente a los artículos 1 y 9 del decreto 1604 de 1966; y citó una jurisprudencia que consideró aplicable por tratarse de un caso análogo.

El argumento central esgrimido por la parte actora para fundamentar la solicitud de suspensión provisional es el relacionado con que el Concejo Distrital al expedir el acto acusado, desbordó los límites establecidos por la ley respecto de su competencia para imponer contribuciones, porque mientras las normas citadas como violadas prescriben que la contribución de valorización recaerá sobre las propiedades raíces que se beneficien con la obra y por ello la base impositiva es el costo de la respectiva obra, la valorización del inmueble y la capacidad de pago de los propietarios, el acto acusado consagra el denominado beneficio general, como una especie de presunción de beneficio, dejando de lado el concepto de beneficio real o del mayor valor que adquiere cada una de las propiedades raíces.

De conformidad con los términos mismos de la demanda, de la petición de suspensión provisional, de los memoriales que sustentan el recurso de apelación que ahora se revuelve y de las diferentes normas que regulan la contribución de valorización, surge con claridad para la Sala que el tema planteado es complejo y de difícil resolución en esta etapa procesal, y esa dificultad radica en el hecho de que no es suficiente la simple confrontación del acto impugnado con una o varias normas citadas como violadas, sino que en razón de la compleja, prolija e inconexa legislación existente sobre el tema, es necesario en primer término, establecer si dichas normas preven la posibilidad del cobro de la contribución de valorización por beneficio general y dicha previsión está vigente y en segundo término, si el acto demandado las desconoce al modificar un acuerdo anterior, dando aplicación a las mismas normas que se citan como violadas.

En efecto, si bien es cierto que de conformidad con los artículos 3 de la ley 25 de 1921, 1 de la ley 195 de 1936, 7 de la ley 113 de 1937, 17 de la ley 1a. de 1943,

21 de la ley 25 de 1959, 1 y 9 del decreto 1604 de 1966, 3, 4, 5, 26, 27, 34, 35 y 36 del decreto 1394 de 1970 y 234 y 236 del decreto 1333 de 1986, el hecho generador de la contribución es el beneficio que se genera para un inmueble con motivo de la construcción de una obra y ese beneficio se concreta en términos económicos del mayor valor del inmueble, no es menos cierto que el decreto 868 de 1956 autorizó a los municipios de rentas anuales propias superiores a dos millones de pesos para establecer, reglamentar, distribuir y recaudar el impuesto de valorización a que se refiere la ley 1a. de 1943, para la ejecución de planes de obras tanto en las áreas urbanas como en las rurales, liquidándolo y distribuyéndolo, con base en la capacidad económica de la tierra, establecida a través de coeficientes y sin la necesaria relación directa con el beneficio o mayor valor que las obras, así financiadas, puedan producir a los inmuebles gravados.

Y es el mismo decreto 1604 de 1966, el que en su artículo 18 dispone la opción para determinados municipios de aplicar los artículos 1o. 6o. del Decreto 868 de 1956.

Por otra parte, el Acuerdo 16 de 1990, proferido por el Concejo Distrital, y ahora cuestionado se denomina " por el cual se *adiciona y modifica el Acuerdo 7 de 1987* y se desarrolla el concepto de valorización por beneficio general en el Distrito Especial de Bogotá" y en su artículo 13 cita expresamente como normas aplicables al sistema de valorización por beneficio general los artículos 1o. a 6o. del decreto 868 de 1956.

Lo anterior indica a la Sala que tratándose de un tema respecto del cual existe un conjunto normativo, el cual establece prescripciones generales y también prescripciones especiales y opcionales, y siendo que el acto demandado adiciona y modifica uno anterior, el análisis de su legalidad debe hacerse teniendo en cuenta todas las disposiciones aplicables que regulan la materia, precisando su vigencia y aplicabilidad al caso en estudio, y con referencia al acto adicionado y modificado, lo cual no es posible hacerlo a través de una simple comparación al decidir sobre una petición de suspensión provisional, sino que implica un análisis deductivo propio del fallo de fondo.

En efecto, para establecer la legalidad o ilegalidad del Acuerdo 16 de 1990 del Concejo Distrital sería necesario precisar, entre otros aspectos, los siguientes:

1. La vigencia del decreto 868 de 1956 después de la expedición del decreto 1604 de 1966, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del Decreto 1333 de 1986, toda vez que aunque no fue citado como fundamento legal de la expedición del acto demandado, sí fue incluido como norma reguladora del sistema de valorización por beneficio general que en él se consagra.

2. La posibilidad de aplicar dicho decreto, en forma simultánea con el decreto 1604 de 1966, conocido como el estatuto de la contribución de valorización, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19o. ibídem.

3. La competencia de las autoridades distritales y concretamente del Concejo Distrital, para establecer el sistema de cobro de la contribución de valorización por beneficio general a la luz de las normas de carácter legal que regulan dicha contribución.

4. Alcance y contenido del Acuerdo 7 de 1987 del Concejo Distrital, adicionado por el acto demandado y en el cual se consagra el beneficio general como aplicable al sistema de la contribución de valorización.

5. La existencia de un verdaderdo plan de obras que permita la aplicación del sistema de valorización por beneficio general y el cumplimiento de todas las condiciones que hacen posible su implantación.

Todo lo anterior, debe ser objeto de estudio, análisis y decisión en la sentencia.

Por ello, no comparte la Sala de decisión apelada, en cuanto decretó la suspensión provisional del acto acusado comparándolo solamente con una de las normas que regulan la materia, cuando su legalidad o ilegalidad no es posible establecerla a través de una sencilla comparación, sino que como se ha precisado, requiere un estudio más complejo de todas las normas que la regulan.

Y, en el caso de autos, el auto del Tribunal simplemente afirma que *dos* de las treinta normas invocadas fueron desconocidas, pero se refiere a conceptos *implícitos,* que a su juicio, incluyen dichas normas, lo cual indica que la violación no surge por comparación, ni que es manifiesta.

El *a-quo,* también fundamentó su decisión en la aplicación analógica de una providencia de esta Sección, técnica jurídica que no es aceptable para resolver sobre una petición de suspensión provisional, la cual sólo puede decretarse luego de una simple comparación entre el acto cuestionado y la norma superior invocada; pero además es que el caso citado no es igual al que se pretende resolver, toda vez que en la providencia invocada no se trataba de resolver sobre la contribución de valorización para financiar un plan vial, sino para financiar unas determinadas obras.

Lo anteriormente expuesto lleva a la Sala a la conclusión de que el recurso de apelación debe prosperar, y debe revocarse la suspensión provisional decretada por el *a-quo* en el acto recurrido y dejarse para resolver en la sentencia la legalidad o ilegalidad del acto demandado, todo de conformidad con las normas que regulan la medida de la suspensión provisional y según las cuales ésta procede cuando la violación es manifiesta y surge de una sencilla comparación del acto con la norma superior, es decir que no es necesario un análisis del conjunto de normas aplicables a la materia.

Finalmente, la Sala considera necesario precisar que en cuanto al memorial presentado por el Doctor Hernán Antonio Barrero Bravo, que obra a folio 269 del cuaderno principal no es posible tenerlo en cuenta, toda vez que el memorialista,

no ha sido reconocido como coadyuvante de la demanda y en esta oportunidad procesal la Sala no puede hacer tal reconocimiento, ya que su competencia se limita a resolver el recurso de apelación, el cual de conformidad con el artículo 155 del Decreto 01 de 1984 se resuelve de plano.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE :

Revócase el auto de marzo 14 de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto decretó la suspensión provisional del Acuerdo 16 de 1990 del Concejo Distrital de Bogotá, así:

"2o. Decrétase la suspensión provisional de la expresión 'General' usada para referirse al beneficio, que se utiliza en el título y en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 14 del Acuerdo 16 de 1990, expedido por el Concejo de Bogotá, D.E.

"3o. Decrétase la suspensión provisional de la expresión 'General Relativo' usada para referirse al beneficio, utilizada en los artículos 4 y 5 del Acuerdo 16 de 1990, expedido por el Concejo de Bogotá, D.E.

"4o. Decrétase la suspensión de la expresión 'Relativo' usada para referirse al beneficio, utilizada en el artículo 4 del Acuerdo No. 16 de 1990, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

"5o. Decrétase la suspensión provisional de la expresión 'Asociado' utilizada para referirse al beneficio en el artículo 10 del Acuerdo No. 16 de 1990 expedido por el Concejo Distrital de Bogotá.

"6o. Decrétase la suspensión provisional de las expresiones escritas *resaltadas* y subrayadas en los artículos siguientes del Acuerdo 16 de 1990 expedido por el Concejo de Bogotá D.E. que dicen:

' ACUERDO No. 16 de 1990

Por el cual se adiciona y modifica el Acuerdo 7 de 1987 y se desarrolla el concepto de Valorización por Beneficio *General* en el D.E., de Bogotá.

' ARTICULO PRIMERO. DE LAS OBRAS QUE CAUSAN VALORIZACION POR BENEFICIO *GENERAL:* Causan Valorización por Beneficio *General,* los conjuntos de obras de interés público, de amplia cobertura relacionados con el sistema vial general de la ciudad, en especial las vías clasificadas por las normas vigentes como V-O, V-1, V-2, V-3 E, troncales o vías férreas, los sistemas de transporte especializado, exceptuando el Metro, y las demás obras que en su oportunidad el Concejo de Bogotá apruebe por

solicitud del Alcalde Mayor de Bogotá. *La totalidad de las obras incluídas en un Plan Bienal constituyen una unidad de conjunto y procederá una distribución de Valorización que las incluye a todas.* Para efectos de lo aquí dispuesto, el gravamen de Valorización se aplicará según lo consagrado por el artículo 4o. del presente Acuerdo.

' ARTICULO 4...*PARAGRAFO PRIMERO. CATEGORIAS DE PREDIOS. Para efectos de la individualización del Beneficio y la distribución de las contribuciones de Valorización que por Beneficio General se cobren a los predios de la ciudad, estos se dividirán en seis categorías: 1) Predios destinados a vivienda o residenciales. 2) Predios destinados a usos industriales. 3) Predios destinados a usos comerciales. 4) Predios destinados a usos institucionales públicos o privados. 5) Lotes y 6) Predios Suburbanos.*

' PARAGRAFO SEGUNDO'. BENEFICIO *GENERAL RELATIVO.* En la distribución de la contribución de Valorización por Beneficio *General* e individualización del Beneficio, la Junta Directiva del IDU tendrá igualmente en cuenta el beneficio *relativo* que el conjunto de obras genere a la propiedad inmueble, *para lo cual se establecen según el beneficio general resultante en cada área, las siguientes categorías: A) Areas de beneficio mayor; B) Areas de beneficio medio; C) Areas de beneficio menor; y D) Areas de beneficio mínimo. En consecuencia, para cada una de las categorías mencionadas se establecerá un factor que interprete el mayor o menor Beneficio General Relativo, producido por el conjunto de obras.* Sin perjuicio de que las condiciones especiales de determinados predios con relación al conjunto de obras generen un beneficio nulo'.

' PARAGRAFO TERCERO. DISTRIBUCION - APROBACION y ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE: El Concejo de Bogotá, para cada Plan Bienal que contemple el sistema de Valorización por Beneficio General determinará la proporción del monto distribuible que corresponda *a cada una de las categorías de predios antes mencionados en concordancia con la tabla No. 1, de este Acuerdo, de tal forma que su suma sea equivalente al 100% del mismo.* La Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, aprobará la distribución a que se refiere el artículo 42 del Acuerdo 7 de 1987 y la liquidación respectiva.

TABLA No. 1

' *ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE*

CATEGORIAS DEL PREDIO	*% ABSORCION DEL MONTO DISTRIBUIBLE*	
	MINIMO	**MAXIMO**
Residencial	*20%*	*40%*
Industrial	*10%*	*25%*

Comercial	*10%*	*25%*
Institucional	*2%*	*10%*
Lotes	*25%*	*45%*
Suburbanos	*0%*	*10%*

' ARTICULO QUINTO. LIQUIDACION: En la contribución de Valorización que por Beneficio General ha de corresponder a cada predio, se tendrán en cuenta los siguientes criterios para la determinación del valor a liquidar'.

' 1. PREDIOS RESIDENCIALES'

' El monto distribuible para los predios destinados a uso residencial será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este acuerdo. Para determinar el gravamen de cada uno de los predios de uso residencial se aplicará un método de distribución que considere, entre otros, los siguientes aspectos: área del predio, factor de beneficio *general relativo* y factor de estratificación socio económica para interpretar la capacidad *relativa* del pago por estrato *en consistencia con la tabla No. 2 de este Acuerdo,* de manera tal que se cumpla la doble condición de justicia y equidad en la distribución de la contribución'

' TABLA No. 2'

' *FACTORES DE PONDERACION PARA PREDIOS RESIDENCIALES*

' *ESTRATO*	*FACTOR DE PONDERACION*
1	*1.0*
2	*3.0*
3	*5.0*
4	*8.0*
5	*12.0*
6	*20.0*

' 2. PREDIOS COMERCIALES'

' El monto distribuible para los predios destinados a usos comerciales será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este Acuerdo. Para

determinar el gravamen de cada uno de los predios se tendrá en cuenta, entre otros, los siguientes factores: área del predio, potencialidad comercial, capacidad económica del entorno y beneficio *general relativo,* de tal manera que se interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución.'

' 3. PREDIOS INDUSTRIALES'

' El monto distribuible para los predios destinados a usos industriales será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este acuerdo.' Para determinar el gravamen de cada predio se tendrá en cuenta entre otros, el área del inmueble, el beneficio *general relativo,* y la potencialidad del inmueble con relación al tipo de industria categorizada así: gran industria, mediana industria, pequeña industria y micro industria, de tal manera que se interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución.'

' 4. PREDIOS INSTITUCIONALES'

' El monto distribuible para los predios destinados a usos institucionales será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este Acuerdo. Para determinar el gravamen de cada uno de los predios, se tendrán en cuenta entre otros los siguientes factores: área del predio, naturaleza de la institución, estrato socio-económico del entorno, beneficio *general relativo* y cualquier otro factor ponderativo que interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución'.

' Para lo relacionado con los salones comunales se aplicará lo contenido en la Ley 4a-de 1913 Artículo 195 y demás normas vigentes'

' 5. LOTES'

' El monto distribuible para los predios comprendidos dentro de la categoría de lotes o áreas desarrollables sin desarrollar, o áreas no edificadas en zonas urbanizadas, será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este Acuerdo. Para determinar el gravamen de cada predio se procederá en forma similar a lo establecido para los predios residenciales, pudiéndose incluír un factor de explotación que considere el área edificable y el uso permitido. El IDU podrá determinar la condición de lote con base en comprobaciones de campo y en las Normas Específicas de orden urbanístico.

' Los predios que dentro de esta categoría tengan un área menor de ciento cincuenta (150) metros cuadrados, y que constituyan la única propiedad inmueble del contribuyente, serán tratados con los mismos criterios que los predios residenciales, siempre que su propietario sea una persona natural.

' 6. PREDIOS SUBURBANOS'

' El monto distribuible para los predios comprendidos dentro de la categoría de Suburbanos, será el que resulte de aplicar al monto distribuible total el porcentaje de absorción que le pueda corresponder en concordancia con *la tabla No. 1* de este Acuerdo. Para determinar el gravamen de cada predio se tendrán en cuenta entre otros, los siguientes factores: tamaño del predio, tipo de área suburbana, beneficio *general relativo* y cualquier otro factor ponderativo que interprete el sentido de justicia y equidad en la distribución'

' ARTICULO DECIMO. *PRESENTACION, APROBACION Y REVISION DEL PLAN:* El artículo Quinto del Acuerdo 7 de 1987 quedará así: El Alcalde Mayor de Bogotá, presentará a más tardar el 1o. de Agosto del año respectivo al Concejo de Bogotá, el Plan Bienal de Obras, Planes o conjunto de obras ordenadas por el sistema de valorización que a su juicio deban realizarse durante ese período, el cual deberá contener una consideración sobre aspectos ambientales.'

' Dependiente de la cobertura del Plan Bienal de obras, del beneficio asociado y de la magnitud del monto distribuible, el Concejo Distrital podrá aprobar la utilización del Sistema de Valorización por *Beneficio General.* En ningún caso podrá aplicarse dicho sistema sin contar con la aprobación del Concejo Distrital'.

' El Concejo expedirá el Plan Bienal de Obras antes del 10 de Diciembre del año respectivo. Si el plan no recibiere consideración y aprobación regirá el Plan presentado por el Alcalde Mayor de Bogotá.'

' Dicho plan, podrá ser corregido anualmente durante su vigencia, para ser ajustado técnica, presupuestal y financieramente, para lo cual deberá ser presentado al Concejo de Bogotá a más tardar el primero de Septiembre de cada año'."

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.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Cúcuta/ **TARIFA/ FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/ ACUERDO MUNICIPAL-**Vigencia/ **SUSPENSION PROVISIONAL-**Procedencia

Como a la matrícula se le asignó un costo equivalente al diez por ciento (10%) del capital invertido por el comerciante en su establecimiento, ese valor creado sin autorización ni respaldo legal es lo que configura una violación manifiesta de la ley por establecer un gravamen sin facultad alguna. Conforme a la Ley 14 de 1983, las tarifas que autoriza el artículo 33 se deben aplicar sobre la "base gravable" definida en el mismo artículo como el promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior y no a base de una suma fija aunque discriminada por zonas de ubicación dentro de la ciudad. Los actos de carácter general e impersonal como el Acuerdo Municipal impugnado rigen a partir de su publicación y no a partir de su sanción, motivo también por el cual se encuentra configurado el punto del artículo 152 del C.C.A.
DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo 050 de 1990, dictado por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta en cuanto a los artículos 90, 106 y 120.

CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del art. 10 del Acuerdo 050 de 1990.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3800. Actor: Elías Jaimes Castillo C/ La Nación
AUTO

De plano se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor ELIAS JAIMES CASTILLO contra el Auto dictado el 6 de junio de 1991 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Norte de Santander en cuanto negó la solicitud de suspensión provisional de algunos apartes del Acuerdo Municipal 050 del 30 de agosto de 1990.

Al admitir la demanda que en ejercicio de la acción pública interpuso el actor contra el citado Acuerdo regulador del Impuesto de Industria y Comercio en el municipio de San José de Cúcuta, el Tribunal aceptó decretar la suspensión provisional de una parte del Artículo 10 en cuanto señala que el valor de la "matrícula" será igual al 10% del valor del capital invertido para el funcionamiento del respectivo establecimiento o actividad, conforme al registro de inscripción en la Cámara de Comercio de la ciudad. En cambio, negó la suspensión de otras partes del mismo Acuerdo, en lo cual radica el motivo de este recurso de apelación y será objeto de análisis.

1o. La Sala se refiere, en primer lugar, a la suspensión decretada del aparte del Artículo 10 relacionado con el valor de la " matrícula", a la cual se opuso la señora apoderada judicial del municipio de Cúcuta. La citada apoderada al pretender la defensa de la Entidad Municipal, lo que hace en realidad es confirmar las razones expuestas por el demandante y aceptadas por el Tribunal, al concluir que " se creó la matrícula o registro de los contribuyentes, más no un impuesto".

Pero, precisamente como a dicha matrícula se le asignó un costo equivalente al 10% del capital invertido por el comerciante en su establecimiento, ese valor creado sin autorización ni respaldo legal es lo que configura una violación manifiesta de la ley por establecer un gravamen, contribución o impuesto sin facultad alguna. En consecuencia, esa disposición del Tribunal será mantenida por esta Sala.

2o. El parágrafo 1o. del Artículo 57 en cuanto estableció la posibilidad de notificar la liquidación oficial del Impuesto de Industria y Comercio mediante su envío por correo a la última dirección registrada, notificación que se entenderá surtida en ese momento.

El actor considera transgredidos los Artículos 44, 45, 47 y 48 del Decreto 01 de 1984 de los cuales no se deduce la posibilidad de establecer una presunción en las notificaciones aunque admite que, como lo sostiene el municipio, pudo tener inspiración esta norma en el Artículo 566 del Estatuto Tributario para la notificación de las liquidaciones de impuestos nacionales.

Aunque ciertamente el cargo con relación a las normas invocadas del Decreto 01 de 1984 es razonable, no puede perderse de vista que los aspectos que atañen exclusivamente a los procedimientos o administración de los impuestos no a los de su creación, pueden considerarse de competencia de los Concejos Municipales, siendo estas materias en las cuales tienen autonomía.

En estos aspectos meramente administrativos la aplicación de las disposiciones de la primera parte del Decreto 01 de 1984 es supletiva según lo dispuesto por el Artículo 81 de dicho Estatuto, por lo cual es asunto que no puede decidirse en esta etapa procesal.

3o. Se impugnó el Artículo 90 en cuanto estableció tarifas especiales para vendedoras ambulantes y estacionarios a razón de sumas fijas mensuales según categorías de zonas allí mismo señaladas. No accedió a decretar el Tribunal la suspensión por considerar que el Artículo se remite a otras normas.

Para la Sala es claro que conforme a la Ley 14 de 1983 invocada por el actor y cuya vigencia no se ha cuestionado, las tarifas que autoriza el Artículo 33 se deben aplicar sobre la "base gravable" definida en el mismo Artículo como el promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior. En consecuencia, la tarifa que establece el Acuerdo a base de una suma fija, aunque discriminada por zonas de ubicación dentro de la ciudad pero sin tener en cuenta la base gravable definida por la ley, manifiestamente es contraria a la norma legal invocada y por ello merece ser suspendida en forma provisional.

4o. El Artículo 106 en cuanto establece un sistema de rebajas del Impuesto cuando las utilidades líquidas resultan inferiores a un porcentaje determinado, que concede a su juicio el Secretario de Hacienda.

El Impugnador considera violatorias estas disposiciones del mismo Artículo 33 de la Ley 14 de 1983 que señala en forma general la base gravable sin autorizar ningún sistema de rebajas y el numeral 7o. del Artículo 197 de la Constitución Nacional (1886) en cuanto a la delegación dada al Secretario de Hacienda en forma permanente.

Aunque se comprende la cita de la norma constitucional anterior a la actualmente vigente, por la circunstancia de haberse presentado la demanda antes de julio de 1991 y obviamente referida también a un Acuerdo Municipal expedido con anterioridad, se analiza el cargo en la forma expuesta, pero será necesario que el actor lo actualice con la Constitución vigente desde julio de 1991.

Para la Sala sí resulta contrario al principio de generalización de los impuestos y al texto mismo del invocado Artículo 33 de la Ley 14 de 1983 el mecanismo de rebajas, que por demás quedan a juicio de un funcionario como es el Secretario de Hacienda y no a parámetros generales aplicables a todos los contribuyentes.

En consecuencia, decretará la suspensión provisional de este Artículo.

5o. La impugnación al Artículo 120 en cuanto ordena que el Acuerdo rige a partir de la fecha de su *sanción* se base en la transgresión del Artículo 108 del Código de Régimen Municipal y la Ley 57 de 1985.

Ciertamente según las normas invocadas los actos de carácter general e impersonal como el Acuerdo Municipal impugnado rigen a partir de su *publicación* como lo sostiene el actor y no a partir de su sanción, motivo por el cual la Sala también encuentra configurado el presupuesto del Artículo 152 del C.C.A. para acceder a la suspensión provisional.

En consideración a lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE :

1o. DECRETASE la suspensión provisional del Acuerdo 050 de 1990 dictado por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta y por medio del cual estableció el nuevo Estatuto del Impuesto de Industria y Comercio, en los siguientes apartes:

a) El Artículo 90 que señaló las tarifas para actividades de los vendedores estacionarios y ambulantes.

b) El Artículo 106 que autorizó conceder rebajas del Impuesto a juicio del Secretario de Hacienda.

c) El Artículo 120 en cuanto ordena que rige desde su sanción.

2o. CONFIRMASE la suspensión provisional decretada por el Tribunal en el Auto apelado del Artículo 10 en cuanto señaló el valor de la Matrícula o Registro en el 10% del capital invertido.

3o. No se accede a decretar la suspensión de las demás normas demandadas.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA-Interpretación/ **PARTES**-Designación

La demanda no cumple ninguna de las dos condiciones de los ordinales 1o. y 2o. del art. 137 del C.C.A., pues no señala a la entidad demandada correspondiente ni se señala a su representante legal. Si bien es cierto esta Corporación en algunos fallos ha permitido que cuando se designa como demandada a la Dirección de Impuestos sin señalar a la Nación, cuando la entidad se ha vinculado ciertamente al proceso, porque el juez ha podido establecer inequívocamente a la entidad demandada y ha ordenado efectuarle a ella la notificación, no puede la jurisdicción ante la ausencia absoluta de designación de la parte demandada entrar a suplir por vía de interpretación las fallas de la demanda, ni entrar a determinar su representante, para corregir *motu proprio* el error en que aquélla incurrió.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Trece (13) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2989. Actor: Transportes Sodismal Ltda. Nit: 91.855.063. Apelación de la sentencia de Abril 5 de 1990. Tribunal Administrativo de Boyacá.
Renta 1980
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la actora contra la sentencia del 5 de Abril de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá se declaró inhibido para conocer de fondo de las súplicas de la demanda, dentro del juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad *TRANSPORTES SODISMAL LTDA.* NIT 91.855.063 contra el acto

administrativo de determinación del impuesto de renta que por el año gravable de 1980, le practicó la Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso.

ANTECEDENTES

En escrito de Marzo 30 de 1985, la sociedad Transportes SODISMAL Ltda. identificada con el NIT 91.855.063 acude en demanda al Tribunal Administrativo de Boyacá para que de acuerdo con el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, se revise la operación administrativa de determinación de impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1985 que le fue practicada por la Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso, aduciendo violación de los artículos 47 y 57 de la Ley 52 de 1977 y 14 del Decreto 2821 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá, consideró que la demanda no cumplía los requisitos exigidos por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo en cuanto a la designación de la parte demandada, y lo que se demanda, y que tampoco pidió previamente al restablecimiento del derecho, la nulidad del acto administrativo, conforme lo exige el artículo 85 del mismo Código y antes estas deficiencias produjo fallo inhibitorio.

LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad que demanda manifiesta su disentimiento ya que los requerimientos echados de menos por el *a-quo* son suplidos suficientemente por la demanda que no puede tomarse como un simple agregado de inconexos acápites, sino que se integra en un todo unitario y sistemático.

Considera que si bien es cierto que, el anterior apoderado, omitió incluir en el acápite de peticiones, la nulidad de la operación administrativa demandada, también lo es que en manera alguna puede exigirse, a la luz de los criterios con que la jurisprudencia y doctrina interpretan actualmente nuestras normas procedimentales, la utilización de fórmulas sacramentales propias de otras épocas del derecho.

Estima que tampoco hubo incumplimiento en la designación de la parte demandada porque en el acápite de procedimiento, se indicó que la providencia admisoria de la demanda se notificara al jefe de la División de Recursos Tributarios, y así se estaba cumpliendo con la designación del representante de la Nación, puerto que en el expediente obra comprobación de que la citada jefe concurrió al juicio como delegada de la Directora de Impuestos Nacionales, funcionaria que tiene la representación de la Nación de acuerdo con el último inciso del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo. Cita en apoyo apartes de la sentencia del 20 de Mayo de 1981 de la Corte Suprema de Justicia, para concluir que la demanda sólo requería un mínimo esfuerzo interpretativo por parte del *a-quo*.

OPOSICION A LA APELACION

La Nación por conducto de apoderado, pide ser reconocida como parte y se opone a la apelación argumentando que no es cierta la afirmación del apelante acerca de la solicitud de la nulidad del acto administrativo, y que lo expuesto por él carece en absoluto de solidez, puesto que tal requisito constituye una exigencia legal, expresa y clara, contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, y que por lo tanto la demanda es inepta.

En relación con la segunda omisión en que incurrió la demandante, falta de designación de la demanda, que el Tribunal se fundamentó en la sentencia de Marzo 6 de 1987, de esta Corporación concluyendo que el juez administrativo no puede disponer que se tenga como demandada a la Nación, ni tampoco ordenar que se le notifique la demanda, ya que es una carga para la sociedad actora. Concluye que la persona que se debió designar como representante era al Ministro.

Luego hace unas consideraciones sobre el rechazo de los costos por falta de cumplimiento de requisitos legales, y pide que se confirme la sentencia o se confirme la operación administrativa.

CONCEPTO DEL FISCAL

El agente del Ministerio Público comparte la decisión inhibitoria del Tribunal porque el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo al fijar los requisitos que debe contener toda demanda, señala en el numeral 1o. la designación de las partes y sus representantes y la demanda incurre en el error de citar como demandada a la división de Recursos Tributarios de Tunja, que " no tiene personalidad jurídica y por lo tanto no está legitimada por causa pasiva, pues por tratarse de acusación de la liquidación de impuestos nacionales, es la Nación por medio de su representante, que para el caso en estudio es el Director de Impuestos Nacionales, la que debe comparecer al juicio."

Que de otra parte es importante anotar, que si bien es cierto que mediante auto de Junio 5 de 1985, se reconoció personería para actuar a la doctora Libia Montes de Velandia, la calidad de la funcionaria no fue acreditada en el proceso, pues no aparece documento alguno que pruebe ni el nombramiento, ni la posesión y por lo tanto no puede afirmarse validamente que se haya trabado legítimamente la *litis*.

Comparte igualmente la exigencia del prerrequisito de la petición de nulidad, para el restablecimiento del derecho.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto 01 de 1984, en su artículo 137 estableció los requisitos mínimos que debe contener toda demanda, y en sus ordinales 1o. y 2o. se refiere a: " La designación de las partes y de sus representantes y lo que se demanda"

Para que se considere que se cumple con el primer requisito de los dos anotados, es indispensable que la demanda se dirija contra el ente estatal que tenga personería jurídica (Nación, Departamento, Municipio, etc.) pues no son admisibles las demandas dirigidas contra dependencias que no poseen personalidad jurídica, y así mismo debe señalarse a su representante legal, conforme lo indica el artículo 149 del mismo estatuto, siendo especialmente importante para el *sub-judice* su último inciso que ordena: " En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos Nacionales en lo de su competencia; o el funcionario que expidió el acto."

No cumple la demanda ninguna de estas dos condiciones pues no se señala a la entidad demandada correspondiente, y tampoco se señala correctamente a su representante legal. Si bien esta Corporación en algunos fallos ha permitido que cuando se designa como demandada a la Dirección de Impuestos, sin señalar a la Nación, cuando la entidad respectiva se ha vinculado ciertamente al proceso porque el juez en ejercicio de la facultad de interpretación de la demanda ha podido establecer inequívocamente a la entidad demandada y ha ordenado efectuarse a ella la notificación, no puede la jurisdicción ante la ausencia absoluta de designación de la parte demandada entrar a suplir por vía de interpretación las fallas de la demanda, ni entrar a determinar su representante, para corregir *motu proprio* el error en que aquella incurrió.

Estima la Sala que las fallas anotadas de que adolece la demanda no permiten su recibo para proferir fallo de fondo de las peticiones, y que por lo tanto debió declararse su ineptitud.

Así mismo con relación al *petitum,* incurre la demanda en falla, al pedir textualmente que previos los trámites señalados en la acción de restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 y demás normas concordantes del nuevo Código Contencioso Administrativo, " se revise la operación administrativa de determinación de los impuestos sobre la renta y sanciones a cargo de la sociedad por el año gravable de 1980", practicada por la Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso. Y en el acápite de peticiones dice:

> " La acción se dirige a obtener la Revisión de la Operación administrativa demandada, su revocatoria y la declaratoria de que la liquidación privada presentada por mi poderdante por el año gravable de 1980, se encuentra en firme."

Los actos de postulación, ha dicho la Sala, por ser de competencia exclusiva de la parte, tienen que ser considerados tal como la parte los formula, sin que puede el juez entrar a variarlos. Siendo permitido sólo al juez controlar la aplicación del procedimiento como norma de derecho público que es. Y si bien le compete la interpretación de la demanda en su conjunto, no puede enderezar la actuación de la parte a fin de hacer viable el restablecimiento del derecho, pretendiendo que previamente se pidió la nulidad de los actos administrativos acusados.

También observa la Sala, imprecisión en la demanda cuando pretende bajo nuevo ordenamiento que invoca, la " revisión de una operación administrativa de determinación de impuestos, " procedimiento derogado por el Decreto 01 de 1984.

Son múltiples las fallas en que incurre la demanda que no puede pensarse en corregirlas mediante su interpretación, porque tal procedimiento no está permitido por la ley; y por el contrario el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo ordena no dar curso a la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstas en sus artículos 135 a 142.

Por las razones expuestas el fallo apelado debe ser confirmado.

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; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

RENTA PRESUNTIVA-Reducción/ **CONTROL DE PRECIOS**-Efectos

Para las actividades sometidas a control de precios, la reducción proporcional de la renta presuntiva no opera de *facto,* sino que es fundamental, no sólo elevar la solicitud ante el funcionario competente, sino comprobar la incidencia que tuvo el control de precios en la menor rentabilidad del año, en este caso una pérdida operativa, y que llevó a un determinado contribuyente a obtener una renta líquida inferior al mínimo establecido por presunción legal. Es evidente así que la sociedad no comprobó ante el funcionario competente, que el control oficial de precios sobre sus productos, fue el factor determinante en la menor rentabilidad obtenida en 1986, por cuanto no bastaba demostrar el control de precios, sino la incidencia de éste en el resultado operacional obtenido, para lograr la reducción proporcional.

ACTO ADMINISTRATIVO/ ACTO DEFINITIVO/ RENTA PRESUNTIVA

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 sometidos a su competencia, puede considerarse como un acto administrativo en sí mismo completo y definitivo en relación con su propio contenido, independientemente de la repercusión que pueda tener en otro acto posterior, como es la liquidación de impuestos. Conforme a lo anterior, al dirigirse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los dos actos proferidos por el Ministro de Hacienda y en los cuales se negó la solicitud de reducción de la renta presuntiva de 1986, por tratarse de actos definitivos, deben ser objeto de análisis.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C. Septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3411. Actor: Compañía Upjohn S.A. Apelación sentencia de 18 de Septiembre de 1990, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
FALLO

La sociedad COMPAÑIA UPJOHN S.A. por medio de apoderado, recurre en apelación contra la sentencia del 18 de Septiembre de 1990 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada contra el Oficio No. 0229 de 15 de Abril de 1987 y la Resolución No. 02300 de 13 de Junio del mismo año, actos por los cuales el Ministro de Hacienda y Crédito Público le negó la autorización de reducción de la renta presuntiva por el año gravable de 1986.

Cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

La sociedad actora elevó ante el Ministro de Hacienda y Crédito Público, una solicitud de reducción proporcional de su renta presuntiva del año gravable de 1986, basada en el control de precios a que se encontraban sometidos los productos farmacéuticos - principal actividad económica - evento contemplado por el artículo 50 de la ley 55 de 1985, cómo objeto de la reducción.

En el oficio 229 de 15 de Abril de 1987 el Ministro de Hacienda negó la solicitud de reducción, porque según concepto de la Dirección General de Impuestos Nacionales, el control de precios no había sido el factor determinante en la baja rentabilidad presentada en 1986.

Y en la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, mantuvo idéntico criterio, previo estudio de la situación fiscal y financiera de la demandante, así como del comportamiento de las empresas del sector farmacéutico, que lo llevaron a concluir que el control de precios no había afectado la rentabilidad, sino factores administrativos y financieros, según análisis adjunto a la misma Resolución. Se declaró allí agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Solicita que con base en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se declare la nulidad de los actos por medio de los cuales el Ministro de Hacienda negó la reducción de la renta presuntiva y que como restablecimiento del derecho, se ordene la reducción proporcional de la renta presuntiva sobre la parte de los ingresos netos afectados por el control de precios.

Al exponer los cargos de violación, sostiene que la actuación demandada incurrió en las siguientes contradicciones:

- Aunque la ley considera la renta presuntiva como una renta líquida, el Ministro fundamentó su negativa partiendo de la renta bruta;

- La ley dispone que el control de precios sí afecta la rentabilidad de los contribuyentes y en los actos acusados se sostiene lo contrario;

- Que la ley, al reconocer el derecho a la reducción ordena su reconocimiento a través del Ministro de Hacienda, pero sin conferirle facultades para calificar la incidencia del control de precios y

- Que mientras la ley dispone que se analice la situación económica del contribuyente, el Ministro se funda en la capacidad económica del " sector farmacéutico".

La facultad legal otorgada al Ministro de única y exclusivamente para fijar o cuantificar la proporción de la reducción, pero no para calificar sobre la capacidad de la fuerza mayor - control de precios - para reducir la renta presuntiva.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al pronunciarse sobre la petición de fallo inhibitorio formulado por la Fiscal, reiteró lo sostenido en oportunidades anteriores, cuando se afirmó que las decisiones del Ministro de Hacienda sobre reducción proporcional de la renta presuntiva, no pueden considerarse como simples actos de trámite, porque no tienden a impulsar el proceso; por el contrario, son actos de la voluntad e inteligencia del funcionario, que definen una situación frente al particular. En consecuencia son controlables por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En cuanto al aspecto de fondo el Tribunal negó las súplicas de la demanda. Considera que cuando las normas que regulan la renta presuntiva hacen relación a " la actividad económica del contribuyente", no están limitando el análisis a la actividad exclusivamente de un contribuyente, sino a toda aquella que pueda verse afectada por el control de precios, a fin de determinar si respecto a otras personas dedicadas a la misma actividad de control, ha incidido éste en forma negativa en su rentabilidad.

El hecho de que se trate de una reducción proporcional, indica que la rentabilidad en sí misma no se afecta por el control, debiendo por el contrario, demostrarse su incidencia en la menor rentabilidad. Demostrada la rentabilidad operacional general en el sector farmacéutico y no probado en el presente caso la proporcionalidad en que pudo haber incidido el control de precios en la ausencia de rentabilidad, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la sociedad demandante, reiterando los argumentos del libelo inicial, cuestiona lo afirmado por el fallador *a-quo,* cuando consideró que la reducción proporcional de la renta presuntiva de un determinado sector afectado por el control de precios, debe estudiarse, no frente al resultado de los negocios de un contribuyente en particular, sino frente a la actividad desarrollada por todas las empresas de ese sector. Si esto fuera así, su decisión no podría ser de carácter particular, sino una decisión general para todo el sector afectado por el control. Y de otra parte, el solicitante tendría que aportar documentos y pruebas de cada una de las empresas afectadas, lo cual es imposible.

En el caso de su representada, el ingreso fue inferior al total de costos y gastos necesarios para la producción y venta de los bienes, hecho que se presentó ante la imposibilidad de fijar libremente el precio de sus productos. Contrariamente a lo sostenido en la sentencia, se han acompañado como prueba, las constataciones contables comparativas sobre el movimiento contable de la empresa, durante los años de 1982 a 1986, para destacar que precisamente el control de precios fue el factor determinante de la baja rentabilidad en el año gravable de 1986. Solicita así se acepten la peticiones contenidas en la demanda.

PARTE OPOSITORA

El representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a las pretensiones de la apelante. Como punto fundamental se remite a los argumentos expuestos en el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda, por considerarlos de vital importancia en el caso en cuestión.

Los pronunciamientos del Ministro de Hacienda y Crédito Público que negaron la reducción de la renta presuntiva, no son de carácter definitivo, pues tratan sobre una materia "incidental" en la determinación de los impuestos del contribuyente, pero sin que la decisión sobre su procedencia constituya en sí un acto definitivo, sujeto a control por la jurisdicción contenciosa.

Con base en los argumentos anteriores, solicita en principio una decisión inhibitoria, por cuanto la acción interpuesta no era procedente dada la naturaleza de los actos acusados. En caso de un pronunciamiento de fondo, solicita confirmación de lo expuesto en la sentencia de primera instancia, sobre la improcedencia de la reducción de la renta presuntiva.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Afirma el Fiscal Tercero de la Corporación, Doctor Jaime Ossa Arbeláez, que si conforme a lo sostenido en la demanda, la finalidad de la ley cuando autorizó al Ministro para estudiar las solicitudes de reducción de la renta presuntiva, fuera aprobarlas sin ningún estudio o análisis, le estaría encomendando una labor elemental y simple, que no corresponde al titular de un Ministerio. Estima que el

Ministro debía realizar los estudios pertinentes para establecer si efectivamente el control de precios fue determinante en la reducción de la rentabilidad, pudiendo llegar a conclusiones como la del presente caso el control de precios no afectó la baja rentabilidad de la Compañía Upjhon S.A. por el año de 1986.

Como a la demanda no se acompañaron las pruebas que desvirtuaran la anterior conclusión, no proceden las pretensiones de aquélla, tal como lo decidió la sentencia recurrida, que solicita se confirme.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

El aspecto procedimental relacionado con la procedencia o no del control jurisdiccional sobre las decisiones que profiera el Ministro de Hacienda con respecto a las solicitudes que formulen los contribuyentes sobre reducción proporcional de la renta presuntiva, para los eventos contemplados en el artículo 50 de la ley 55 de 1985, ha sido objeto de diferentes interpretaciones, según dichos actos se consideren como de simple trámite o definitivos.

La Sala, puso fin a la anterior controversia, cuando en sentencia del 10 de Mayo de 1991, con ponencia del Doctor Jaime Abella, introdujo un cambio a las anteriores interpretaciones jurisprudenciales de la Sección sobre el mismo tema, a través de 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 Ministro 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 impuestos 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 previamente lo resuelto 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 sometidos 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 de impuestos".

Conforme a lo anterior, al dirigirse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Oficio No. 0229 de 15 de Abril y la Resolución No. 02300 de 13 de Junio, ambos de 1987 y proferidos por el Ministro de Hacienda y en los cuales se negó la solicitud de reducción de la renta presuntiva de 1986, por tratarse de actos definitivos destinados a producir un efecto jurídico, deben ser objeto de análisis por parte de la jurisdicción. Comparte así la Sala los argumentos que al respecto se expusieron en la sentencia apelada.

El sistema especial de determinación de la renta por presunción legal, aplicable cuando el resultado operacional obtenido en su actividad por cualquier contribuyente se encuentra por debajo de los porcentajes aplicables tanto al patrimonio líquido del año anterior como al ingreso del ejercicio fiscal, admite unas causales especiales de exclusión, cuando se den las circunstancias previstas por el legislador para gozar de este beneficio.

Es así como, para las actividades económicas afectadas por disposiciones legales o administrativas relativas al control de precios, estableció que el beneficio de la reducción proporcional " se efectuará por el Ministro de Hacienda y Crédito Público " (Artículo 15 de la ley 9a. de 1983 y 50 de la ley 55 de 1985) con base en los estudios económicos que sirvieron para fijar el precio de dichos bienes.

La anterior previsión legal implica, contrariamente a lo sostenido en la demanda, que para las actividades sometidas a control de precios, la reducción proporcional de la renta presuntiva no opera de *facto,* sino que es fundamental, no sólo elevar la solicitud ante el funcionario competente, sino comprobar la incidencia que tuvo el control de precios en la menor rentabilidad del año, en este caso una pérdida operativa, y que llevó a un determinado contribuyente a obtener en un ejercicio una renta líquida inferior al mínimo establecido por presunción legal.

Y del análisis de la solicitud que al efecto elevó la demandante, se concluye que para obtener la reducción ésta presentó como único argumento el control de precios que de una manera general se aplica a los productos farmacéuticos, remitiéndose al contenido de los estudios económicos en que se basó el Ministerio de Salud para fijar el precio de venta de dichos productos. Considerando que la reducción se aplicaba de una manera general, no se aportó ningún elemento probatorio tendiente a demostrar cómo en su caso particular, el control de precios afectó la rentabilidad y no otros factores que podrían llevar al mismo resultado operativo de pérdida.

Pero el Ministro sí basó los actos acusados en estudios realizados por la Dirección General de Impuestos, en los cuales, después de analizar el comportamiento general de la rentabilidad de las principales empresas del sector farmacéutico, comparativamente con los resultados arrojados por la actora en los años inmediatamente anteriores a 1986, lo llevaron a concluir que el control de precios no era el factor determinante en la baja rentabilidad de la sociedad.

Es evidente así que la sociedad no comprobó ante el funcionario competente, que el control oficial de precios sobre sus productos, fue el factor determinante en

la menor rentabilidad obtenida en 1986, por cuanto como ya se analizó, no bastaba demostrar el control de precios, sino la *incidencia* de éste en el resultado operacional obtenido, para lograr la reducción proporcional. Por el contrario, se encuentra demostrado que empresas del sector farmacéutico, afectadas también por el control de precios, sí presentaron rentabilidades superiores al mínimo legal en dicho año.

Por otra parte, como el pronunciamiento del Ministro de Hacienda sobre la posibilidad de reducción de la renta presuntiva no tiene otra finalidad diferente a la determinación de la renta líquida gravable del ejercicio a su impuesto correspondiente, la cual podría ser o bien la renta ordinaria o la renta presuntiva sobre el patrimonio o sobre el ingreso, pero determinada en todo caso en una liquidación privada o en una liquidación oficial, es en este momento totalmente inoportuno cualquier pronunciamiento al respecto, por encontrarse vencidos los términos legales para cualquiera de las dos liquidaciones mencionadas. Carece por tanto de interés jurídicos cualquier pronunciamiento de la Sala sobre las pruebas aportadas unicamente ante la jurisdicción, por no tener este análisis ya, ninguna consecuencia de carácter práctico.

Procede así la confirmación de la sentencia apelada, en cuanto denegó las súplicas de la demanda.

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

FALLA

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 Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEDUCCION POR INTERESES-Improcedencia/ **CERTIFICADO DE CONTADOR**-Ineficacia/ **IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

No probada dentro del proceso la existencia de descuentos que tuvieran origen en un título valor, con el lleno de los requisitos legales exigidos no puede admitirse la consecuencia fiscal pretendida de que con los documentos no aceptados por el *a-quo* se reconozca la suma pedida como descuento. Tampoco puede pretenderse que tal naturaleza puede probarse con el certificado expedido por el contador público, porque las normas legales vigentes no les atribuyen a los contadores un poder absoluto en materia de pruebas, ni la calificación legal de hechos económicos ni jurídicos, sino que se limitan a los actos y situaciones que enumera el artículo 8o. de la Ley 145 de 1960, sobre libros de contabilidad (Año gravable 1982).

DEDUCCION POR SALARIOS-Improcedencia/ **RETENCION EN LA FUENTE**-Salarios/ **IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

Alega la actora que en el caso de los salarios globales practicó la retención en la fuente aplicando un porcentaje menor, por haberse acogido al artículo 4 del Decreto 2800 de 1975, pero no prueba haber dado cumplimiento a los requisitos señalados por la norma invocada, consistentes en la información que debió suministrar a la Administración de Impuestos indicando el nombre y NIT del trabajador, radicación, lugar y fecha de la presentación de su última declaración de renta que tuvo a la vista y la renuncia del trabajador a adicionarla, si aún hubiera oportunidad para ello y aplicando el porcentaje de retención que resultara de dividir la totalidad del impuesto de renta y complementarios incluyendo las sanciones y el impuesto de ganancias ocasionales, por los salarios declarados y multiplicarlo por 100. (Período fiscal 1982).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3465. Actor: Dow Química de Colombia S.A. Nit 60.014.659. Apelación de la Sentencia de Septiembre 28 de 1990.
Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
Renta 1982.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 28 de Septiembre de 1990, 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 DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A. NIT 60.014.659, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá le determinó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1982.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1982, el 17 de Junio de 1983, en la que determinó privadamente el impuesto a cargo por el valor de $6.654.475, y una renta líquida gravable por $23.214.782.

Mediante auto comisorio 000273 de Agosto 14 de 1984, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá ordenó inspección contable a los libros de comercio de la contribuyente.

Con base en el acta de visita formuló el requerimiento 000115 de Diciembre 4 de 1984 proponiendo el desconocimiento fiscal de las partidas glosadas por valor de $31.664.747. Requerimiento al cual la sociedad dió respuesta mediante oficio radicado con #00492 del 4 de Marzo de 1985.

La Administración de Impuestos de Bogotá, previo análisis de la respuesta al requerimiento e inspección contable modificó la liquidación privada de la sociedad, mediante la liquidación de revisión #00168 del 31 de Mayo de 1985, en la cual le determinó un impuesto de renta por $18.420.854.

Contra dicho acto administrativo la actora recurrió en reconsideración ante la misma Administración, quien mediante Resolución #1319 del 5 de Diciembre de 1986 aceptó modificar parcialmente el acto recurrido, fijando el impuesto de renta y complementarios en $15.085.755, providencia que consultada gubernativamente con la Dirección de Impuestos fue aprobada por Resolución R-0482 H de Junio 12 de 1987.

Inconforme acude el contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la operación administrativa, alegando violación de los artículos

3o. de la Ley 38 de 1969; 55 inciso 1o. y 70 del Decreto 2053 de 1974; 59, 62, 70 y 72 numeral 2o. del Decreto 3803 de 1982; 4o. del Decreto 2800 de 1975; 5o. numeral 6o. del Decreto 1240 de 1979, 5o. del Decreto 2809 de 1982; 31 de la Ley 20 de 1979; 2o. del Decreto 2026 de 1983; 40 del Decreto 2821 de 1974 y 98 de la Ley 09 de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al considerar que no se configuró la violación de las normas invocadas en la demanda, con relación al rechazo de salarios por $12.488.290 e intereses por $16.927.657. Porque el contribuyente no desvirtuó probatoriamente las glosas correspondientes al rechazo de dichas deducciones. El desconocimiento de salarios fue debido como lo manifiesta el Fiscal, al incumplimiento de la obligación de efectuar la retención en la fuente a que estaba obligada la sociedad pues no demostró mediante los contratos de trabajo o reportes en donde constara la causalidad de los pagos hechos, que se trataba de rentas de aquellas que la ley considera exentas, o de pagos ocasionales o de mera liberalidad, por lo que la Administración procedió a determinar la retención de conformidad con las tablas vigentes para el respectivo año de 1982, sin que la contribuyente haya demostrando válidamente las razones que tuvo para modificar la base de retención para dicho año gravable.

Con relación al rechazo de intereses, apoyándose en el concepto del fiscal, consideró que el análisis a los títulos remitidos por la sociedad que en fotocopia auténtica se allegaron al proceso permite concluir que se trata de documentos sujetos al impuesto de timbre que no pueden aceptarse como prueba por carencia de pago del mencionado gravamen. Con relación al certificado expedido por el Revisor Fiscal sobre el pago a almacenes Tía, consideró que como los soportes allegados se encontraban en fotocopias sin autenticar carecían de valor probatorio y que tampoco se presentó el título correspondiente. Con relación a los pagos a Mc. CANN ERICKSON por $83.471.11 y a la Texas Petroleum Company por $19.230.00 mediante el certificado del Revisor Fiscal porque no aparece prueba alguna que permita establecer que debido al monto diario de los intereses no había lugar a retención y que en cuanto al rechazo de los $493.800 por pagos a Teresa Rubiano no es aceptable la argumentación de la actora cuando expresa que el error se debió a un tercero y que además los documentos allegados tienen fecha cierta de Julio 30 de 1985, posterior al año *sub-lite.*

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia dice que discrepa del concepto del Fiscal aceptado por el Tribunal porque para determinar el monto de las retenciones en la fuente, el Decreto 2800 de 1975 estableció las bases legales para efectuar la retención inferior a la corriente y para tal efecto el artículo 4o. autoriza un beneficio especial para los trabajadores que presentaran su última declaración de renta y certificado de paz y salvo al patrono con el objeto de que le

aplicaran como porcentaje de retención en la fuente el que resultara de dividir el impuesto de renta y complementarios por los salarios declarados y multiplicarlo por 100, prueba que se presentaba ante el patrono y no ante la Administración.

Luego de hacer consideraciones sobre el contrato de trabajo de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo artículos 22, 23 y 39 dice que no es obligación del patrono discriminar en tales contratos los descansos remunerados, los dominicales y festivos, vacaciones, prestaciones establecidas por la ley y mucho menos qué partidas de las sumas recibidas por el trabajador van a tener el carácter de exentas. Concluye que de acuerdo con el artículo 3o. de la Ley 38 de 1969 que prescribe que no están sujetos a retención los pagos o abonos en cuenta que por disposición legal sean exentos en cabeza del beneficiario y que es la empresa que hace los pagos la que en su contabilidad discrimina la naturaleza del pago siendo esta la única prueba conducente que existe para establecer qué clase de pago hizo determinado año gravable y no el contrato de trabajo porque en él no se encuentran los pagos verificados. Solicita de esta Corporación el análisis y reconocimiento de los pagos hechos, explicados en las páginas 8 a 24 de la demanda.

Con relación al rechazo de intereses, dice que la solicitud de la deducción no se hizo a título de intereses sino de descuentos y que la empresa con la presentación de los títulos no pretende probar la existencia de un pasivo, sino que se recibió de las personas naturales y jurídicas que descontaron los pagarés una suma determinada inferior a su valor nominal figura que se denomina descuento y no intereses. Que la no satisfacción de impuesto de timbre da lugar a que se exija su pago y a imponer la sanción respectiva pero no a rechazar la deducción.

Aduce que el cruce con almacenes Tía, que hizo la Administración, es absurdo porque en este caso no se trata de compra de pagarés sino de compra de cartera y que ésta no produce interés sino descuentos. Solicita se reconozca el valor de $3.789.680 pagado a Justo Martínez por corresponder a descuento financiero no sometido a retención en la fuente.

Reitera con relación al error en la cédula de Teresa Rubiano que tal error no es imputable a la empresa, sino a dicha señora que anotó equivocadamente la cédula y que la investigación ha debido adelantarse respecto a ella y no a la empresa. Que también deben reconocerse los pagos a Mc. CANN ERICKSON y Texas Petroleum Company porque están certificados por el Revisor Fiscal de acuerdo al artículo 98 de la Ley 9a. de 1983.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada a través de su apoderado judicial se opone a las pretensiones del apelante, porque si bien el artículo 4o. del Decreto 2800 de 1975, efectivamente establece la posibilidad de que el empleador aplique la retención en porcentaje menor al establecido en las tablas, también exige del retenedor el deber de suministrar a la Administración los datos o informaciones que lleven a la entidad administrativa al convencimiento sobre la voluntad del empleado de acogerse al

sistema especial con el lleno de los requisitos exigidos, con la consecuencia en caso contrario, de entenderse su deseo de que la retención se aplique conforme con la tabla. Dice que la sociedad no incluyó en la relación anual de retenciones a quienes supuestamente se acogen al menor porcentaje no puede convenir la Administración en que se acojan al sistema, quienes precisamente no figuran allí, cuando no se ha dado cumplimiento a la disposición que quiere adoptarse.

Concluye que al no demostrarse que los pagos discutidos correspondían a rentas exentas, ni haberse dado cumplimiento con lo establecido por el artículo 4o. del Decreto 2800 de 1975, era dable aplicar el porcentaje conforme con las tablas y que por ello la decisión del Tribunal se ajustó a derecho.

Comparte la decisión del Tribunal de no aceptar como prueba los documentos aportados cuando no asumen las mínimas condiciones para que así se hagan valer, porque incurrió la actora en contravención con las normas del impuesto de timbre, falta de la autenticación exigida por la ley, o por no especificar en el caso del certificado expedido por el Revisor Fiscal, los períodos en que se efectuaron los pagos, ni su cuantía, ni el haber dado cumplimiento a las condiciones referidas en el numeral 6o. del artículo 5o. del Decreto 1240 de 1979, para poder ser exonerado del impuesto de retención.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación, porque es indudable que la Administración para mantener el rechazo de los salarios se fundamentó en el caso de los pagos hechos al señor Rafael Pavía Lesmes, en la falta de pruebas que demostraran que éste en su calidad de Gerente de la empresa se acogió a lo dispuesto en el artículo 4o. del Decreto 2800 de 1975, para efectos de la retención en la fuente a efectuarse por el año gravable de 1982 y que los viáticos ocasionales y permanentes, que le fueron pagados, se tomaron indebidamente por la comisión visitadora, sin atender lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto 2053 de 1972 y en el caso de los otros empleados que señala la Resolución 1319, en la ineficiencia de pruebas que no permitió establecer las razones que tuvo la empresa para modificar la base de retención establecida a la fecha, por disposiciones vigentes. Y que ante la jurisdicción la sociedad no aportó pruebas que mejoraran su situación y se limitó a señalar las normas violadas (violaciones que no se configuran) y a hacer incontables afirmaciones que no demuestra.

Que así mismo el rechazo de intereses obedeció a insuficiencia de pruebas tal como se analiza en la Resolución No. 1319 a la que se remite, por lo que el cargo no puede prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *Desconocimiento de Salarios por falta de retención*

De acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos 55 y 72 del Decreto 2053 de 1974, los salarios como expensas necesarias que son para la actividad productora de renta constituyen una deducción para efectos fiscales. No obstante de acuerdo con las normas transcritas no basta la realidad del gasto sino que para su reconocimiento la contribuyente debe cumplir determinados requisitos, entre los cuales se encuentran la obligación de efectuar la retención en la fuente de acuerdo con las normas legales, especialmente la Ley 38 de 1969 artículos 1o. y 13. Este último señala que quienes no hagan la retención en la fuente estando obligados a hacerlo, incurrirán entre otras sanciones en el desconocimiento de costos y deducciones. Sanción que fue reiterada por el artículo 72 del Decreto 3803 de 1982 que ordenó en su numeral 2o. el desconocimiento de costos y deducciones por quienes estando obligados a hacer la retención no la hagan, o la efectuén en cuantía inferior a la exigida por la Ley.

Observa la Sala que en la inspección contable efectuada por la Administración a la sociedad, encontró que ella no efectuó la retención en la fuente de acuerdo con las tablas vigentes para el ejercicio impositivo contenidas en el Decreto 3441 de 1981.

Alega la actora que en el caso de los salarios globales practicó la retención en la fuente aplicando un porcentaje menor, por haberse acogido al artículo 4 del Decreto 2800 de 1975, pero no prueba haber dado cumplimiento a los requisitos señalados por la norma invocada, consistentes en la información que debió suministrar a la Administración de Impuestos indicando el nombre y NIT del trabajador, radicación, lugar y fecha de la presentación de su última declaración de renta que tuvo a la vista y la renuncia del trabajador a adicionarla, si aún hubiera oportunidad para ello y aplicando el porcentaje de retención que resultara de dividir la totalidad del impuesto de renta y complementarios incluyendo las sanciones y el impuesto de ganancias ocasionales, por los salarios declarados y multiplicarlo por 100.

La actora no aportó al proceso ni siquiera la información sobre los datos declarados por el contribuyente que permitieran establecer que la retención se aplicó correctamente con base en la opción señalada en la norma reglamentaria.

No demostrada entonces la causa que justificara aplicar una tabla distinta, ni el carácter de exento de los ingresos excluídos de retención, el desconocimiento de los salarios como deducción fiscal hecho por la Administración no es más que la declaración de la consecuencia legal prevista en el artículo 72 numeral 2o. del Decreto 3803 de 1982, vigente para el período gravable y en este sentido la providencia del *a-quo* merece confirmarse.

2. *Desconocimiento de intereses*

Con relación a este tópico alega la contribuyente que la sentencia apelada no tuvo en cuenta que con los títulos valores cuyas fotocopias autenticadas aportó, no se pretende probar un pasivo sino demostrar que el valor recibido al expedir el

pagaré era menor que su valor nominal es decir que se pagaron descuentos y no intereses como se declaró.

En primer lugar observa la Sala que la suma en cuestión se solicitó como intereses, pero que con ocasión del recurso gubernativo se cambió su denominación a la de descuento cuya naturaleza debió probar plenamente la actora.

Por otra parte, el motivo principal de apelación en este punto no es otro que el no haber aceptado el *a-quo* los títulos valores como prueba, por no haber satisfecho el pago del impuesto de timbre, cuando lo que se pretendía probar no era la existencia de una obligación sino el hecho de haber recibido un menor valor del nominal por los títulos valores.

A este respecto es claro el artículo 25 de la ley 2a. de 1976 cuando dispone:

" Ningún instrumento o actuación sujeto al impuesto de timbre podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenidos como prueba mientras no se pague el impuesto de acuerdo con el artículo 18, y las sanciones y los intereses en su caso."

" Establécese una retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que efectúen las personas jurídicas y sociedades de hecho, por concepto de rendimientos financieros, tales como: intereses, descuentos, beneficios, ganancias utilidades y, en general, lo correspondiente a rendimientos de capital o a diferencias entre valor presente y valor futuro de éste, cualesquiera sean las condiciones o nominaciones que se determinen para el efecto.

" En el caso de títulos con descuentos, tanto el rendimiento como la retención se causan en el momento de la enajenación del respectivo título, sobre la diferencia entre el valor nominal del título y el de colocación o sobre la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación, cuando este último fuere inferior al de adquisición.

" En el evento de que el título sea redimible por un valor superior al nominal, este exceso se agregará a la base sobre la cual debe aplicarse la retención..."

El motivo principal de apelación en este punto no es otro que el no haber aceptado el *a-quo* los títulos valores como prueba por no haber satisfecho el pago del impuesto de timbre, cuando lo que se pretendía probar no era la existencia de una obligación sino el hecho de haber recibido un menor valor del nominal por los títulos valores.

A este respecto es claro el artículo 25 de la Ley 2a. de 1976 cuando dispone:

" Ningún instrumento o actuación sujeto al impuesto de timbre podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenidos como prueba mientras no se

pague el impuesto de acuerdo con el artículo 18, y las sanciones y los intereses en su caso."

Entonces si ante el imperativo legal, el juez de primera instancia no aceptó los documentos que no satisfacieron el gravamen, solo dio aplicación a la ley, independientemente del hecho que hubiera pretendido probar la actora, pues cuando la norma dice que no podrá el instrumento ser admitido como prueba está señalando esta consecuencia para cualquier efecto.

Por lo tanto no probada dentro del proceso la existencia de descuentos que tuvieran origen en un título valor, con el lleno de los requisitos legales exigidos no puede admitirse la consecuencia fiscal pretendida por la apelante, en el sentido de que con los documentos no aceptados por el *a-quo* se reconozca la suma pedida como descuento.

Tampoco puede pretenderse que tal naturaleza puede probarse con el certificado expedido por el contador público, porque las normas legales vigentes no les atribuyen a los contadores un poder absoluto en materia de pruebas, ni la calificación legal de hechos económicos ni jurídicos, sino que se limitan a los actos y actuaciones que enumera el artículo 8o. de la Ley 145 de 1960, referidos a los libros de contabilidad, es decir, que allí se contabilizan sumas como descuento pero no el hecho de que realmente lo sean, y menos que dicha constancia releve a la contribuyente del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para aceptar fiscalmente una deducción.

Con relación al valor de descuento pagado a Almacenes Tía por $4.553.144, que dice, no se originó en la emisión de un título valor sino en compra de cartera, es de anotar que la beneficiaria, según cruce de información, lo declara como intereses recibidos, proceder que la actora en el recurso gubernativo califica de error incurrido por otras personas que no puede imputarse a la compañía, pero sin embargo al responder el requerimiento pag. 26 (Fl. 518 numeración tinta verde cuaderno antecedentes) admite que " en relación con los beneficiarios Almacén Tía, Saturnia Corporation y Docaine, que menciona el requerimiento como objeto de cruce de informaciones, *únicamente tuvimos transacciones económicas con Almacén Tía, de quien captamos dinero bajo la modalidad de descuento,* como se demuestra con los documentos externos e internos que soportan los asientos de contabilidad de lo cual da fé el Revisor Fiscal en el certificado que se adjunta (Subraya la Sala).

Entonces aceptado un hecho, mal puede pretenderse que el valor pagado a Almacenes Tía corresponde al descuento en venta de cartera, sin que por otra parte se acredite el cumplimiento de requisitos por hacer viable el reconocimiento de esta deducción. Por el contrario el certificado del Revisor Fiscal de la sociedad que obra a folios 323 y 324 del cuaderno de antecedentes se observa que él afirma: " Que revisados los documentos internos y externos que soportan los registros contables, se comprobó que *Dow Química de Colombia S.A.,* recibió durante los años de 1981 y 1982 *dineros de la sociedad TIA Ltda, por valor de $106.493.389, que causaron*

por el año de 1982, descuentos financieros a favor de esta misma sociedad por valor de $4.553.144..." y mal puede pretenderse ahora cambiar el hecho económico inicialmente alegado por la actora.

Tampoco es admisible dicho certificado para probar los pagos a Mc. CANN ERICKSON y Texas Petroleum Company por no especificar el período dentro del cual se causaron los intereses, ni el monto de la obligación, que hubieran permitido deducir que por la cuantía, no están sujetos a retención en la fuente.

Por último, estima la Sala que si el contribuyente identificó a la beneficiaria Teresa Rubiano con un documento de identidad correspondiente a una persona fallecida distinta, no cumplió con el requisito exigido por la ley para el reconocimiento de la deducción cual es la identificación, correcta ha de entenderse, de la beneficiaria del pago, deficiencia que no subsanó en la vía gubernativa ni se probó en el proceso la verdadera identidad de la beneficiaria razón por la cual el proveído de la sentencia apelada merece confirmarse.

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

FALLA

1) CONFIRMASE la sentencia del 28 de Septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 5952 correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A. NIT 60.014.569 contra la determinación oficial del impuesto de renta que le fue practicada para el año gravable de 1982.

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; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SENTENCIA-Motivación

La motivación de las sentencias no tiene señalada una forma especial. La ley instituye un marco general de estructura, contenido, contingente y valoración en derecho, pero sin referencia a un particular modo de presentar y analizar hechos, pruebas y argumentos inmanentes al litigio, ni menos a la índole o extensión de los medios con los que se pretenda ilustrar el caso, como las citas jurisprudenciales o doctrinarias.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/ POLICIA ADMINISTRATIVA

En ninguna parte del Decreto 2388/76 se dice, que la entidad infractora deba ser oída en descargos, antes de emitirse el concepto del comité asesor, ni que la sanción proceda en el evento de que " permita " la infracción. El correcto entendimiento de la disposición, en este punto, es el de que, infringida la prohibición, se aplique la sanción; y si la infracción persiste, se imponga multas sucesivas; dado que no se aplicaran éstas, el argumento de la persistencia, como presupuesto de la multa única, carece de fundamento. La sanción deriva, no de que la demandante hubiera adquirido acciones, sino de que hubieran usado recursos del ahorro privado en su poder para alcanzar el control de otra empresa.

LEY PENAL-Inaplicabilidad/ GESTION ADMINISTRATIVA-Control

Por lo que hace de la pertinencia de la ley penal se ha dicho que ni por la naturaleza de la sanción o del procedimiento que se surta para su aplicación, ni por la índole del control jurisdiccional del medio punitivo, se colige elemento alguno penal sujeto a las codificaciones invocadas, pues de lo que se trata es de corregir conductas estrictamente administrativas, lesivas del orden público económico, y no de conductas antisociales, comunmente reprimidas por medidas restrictivas de la libertad personal, en cuanto subvierten el orden público. Asimismo el control de la gestión

administrativa, para que sea cumplido y eficaz, requiere objetividad, pues difícilmente podría alcanzar tales fines, subordinado, como se pretende a la prueba de los elementos subjetivos de responsabilidad que lo son el dolo y la culpa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C. Septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3281. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas. Apelación sentencia de Julio 19 de 1990 del Tribunal de Cundinamarca.

Se decide el recurso de apelación interpuesta por conducto de apoderado, por la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS, la actora, a la sentencia de primer grado, de 19 de Julio de 1990, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento promovido contra las resoluciones 2372 y 4987 de 1o. de Junio y 9 de Noviembre de 1983, por las que, en su orden, la Superintendencia Bancaria sancionó, con multa de $3.300.000, infracciones al decreto 2388 de 1976, y decidió el recurso existente.

ANTECEDENTES

La primera de las citadas resoluciones afirma que en investigación oficiosa, se estableció la utilización, por la Corporación sancionada, a través de procedimientos " más o menos complejas", de recursos provenientes del ahorro privado en su poder, para que, vinculados suyos, concretamente la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., y filiales y subsidiarias de ésta, adquirieran, entre el 11 de Septiembre y el 18 de Octubre de 1981, la cantidad de 15.030.734 acciones del Banco de Bogotá, cuya titularidad sería atribuíble a la Corporación, como subordinada del grupo, pues, la misma, aparte de otros medios de financiamiento de recursos, había ejecutado, de Febrero a Octubre de 1981, operaciones activas de crédito para una pluralidad de sociedades estrechamente ligadas entre sí, pertenecientes a dicho grupo, las cuales, sin excepción, con el producto de tales operaciones, constituyeron depósitos a término en la propia Corporación, habiendo obtenido los correspondientes certificados de valor constante que, entre el 2 de Septiembre y el 23 de Octubre del citado año, antes de su vencimiento, se redimieron prácticamente en su totalidad, invirtiéndose los reembolsos en las aludidas acciones del Banco de Bogotá.

Las transacciones, según la Superintendencia Bancaria, se habrían realizado con violación del artículo 1o. del decreto 2388 de 1876, lo que ameritaba la aplicación de la multa.

Lo anterior, según concepto de la comisión asesora prevista en el artículo 4o. ib., al precisar cómo la mayor parte de los recursos que habían permitido, " al

denominado grupo SARMIENTO ANGULO -personas naturales y jurídicas vinculadas a la Corporación- realizar actos conducentes a adquirir el control del BANCO DE BOGOTA, fueron suministrados al fin a la postre por los tres (3) intermediarios financieros enumerados ...", entre los que figuraba, " la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas" (resaltados en el texto).

Además, porque los infractores de la citada disposición podían serlo, no solamente los vigilados e inspeccionados por la Superintendencia Bancaria, sino sus subordinados o vinculados, entendiendo por tales, los regulados por los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, en conexión con el artículo 2o. del decreto 2388 de 1976, pero teniendo en cuenta que las situaciones de subordinación y vinculación descritas por el estatuto mercantil no son taxativas, procediendo, en cada caso particular, el examen de relaciones de índole semejante, hasta determinar la autoría del hecho punible, así se hubiera acudido a métodos indirectos, " más o menos artificiosos, destinados, en últimas, a disimular los actos que la norma prohibe y sanciona ...".

Termina la providencia, que " si bien la evidencia disponible es nuevamente (sic) indicaria y su apreciación resulta extraordinariamente compleja por tratarse, precisamente, de procedimientos defraudatorios de la ley, en donde sus autores no sólo tuvieron que preocuparse por alcanzar el objetivo perseguido, sino también de borrar, o por lo menos disimular cualquier huella o vestigio que pudiera conducir al descubrimiento de la trama, las notas incuestionables de pluralidad, concordancia y convergencia, lleva la íntima convicción de que los hechos son argumentos probatorios concluyentes de la antijuridicidad, frente al precepto del decreto 2388 de 1976, de los mismos...".

La providencia fue confirmada por la que desató el recurso gubernativo.

LA DEMANDA

Se señalan como violados, por las razones que se sintetizan:

1. De la Constitución Nacional, los artículos 20, 26, 55 y 147, por pretenderse, sin pruebas, que la Corporación tuviese a su cargo investigar y supervisar la inversión de los créditos otorgados, como si fuera un funcionario público; aplicarse una sanción no contemplada en la ley y sin subordinación a los procedimientos legales, pues, siendo aquélla de carácter penal, requería " ley preexistente " al acto imputado, que no lo era el decreto 2388 de 1976, contrariándose éste y creándose " tipos comportamentales" y procedimientos diferentes de los contemplados en el mismo, con violación del artículo 1o. del Código Penal y del 3o. del decreto, siendo condición de la multa que la infracción " persistiera " en el momento de sancionarse, hecho no demostrado, fuera de que el haber sometido a concepto del comité asesor " los resultados de la investigación para imponer las sanciones ", sin que se hubiera oído antes a la presunta responsable, significaba tener formado ya un criterio sobre la procedencia de la multa, convirtiéndose los descargos procedentes en mera formalidad; " abrogarse" (sic) la Superintendencia funciones de la rama

jurisdiccional, " como lo es el (sic) de entrar a decidir sobre los alcances de los negocios celebrados entre la Corporación (...) y sus clientes...", desconociéndose el alcance de los contratos suscritos y decretándose la simulación de los mismos; atribuírse, la misma, la función privativa de los jueces de solucionar conflictos a la constitución, ejecución y extinción de relaciones contractuales privadas, violando igualmente, los artículos 7o. y siguientes del Código de Procedimiento Civil, del decreto 250 de 1970 y del artículo 288 del Código de Comercio sobre la prueba en derecho mercantil.

2. Del Decreto 2388 de 1976, los artículos 1o, 2o y 3o, por no estar probado que la Corporación se hallara en posesión de determinados fondos, que éstos provenían del ahorro privado, o que las personas que los habían utilizado estuvieran vigiladas por la Superintendencia Bancaria. La Corporación, " por el principio de la exclusividad de su objeto social", se habría encontrado en imposibilidad jurídica de adquirir las cuestionadas acciones del Banco de Bogotá, como de hecho no las adquirió, no siendo así destinataria de la prohibición, pese a manejar algunos recursos provenientes del ahorro privado. Tampoco hubiera podido infringirla por medio de subordinadas o vinculadas suyas, porque su particular régimen orgánico no le permitía dichos entes, de modo que tener por sus subordinadas y vinculadas a unas sociedades que no eran tales, ni podían serlo jurídicamente, supondría la violación adicional de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y del 406 ib., ya que la única prueba de la adquisición de las acciones era el libro de registro de accionistas del banco de Bogotá, de los artículos 1766 del Código Civil y 396 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por atenerse la investigación administrativa, " al inventario de unas operaciones, dentro de muchas que llevó a cabo la Corporación ", dándoles un alcance que no tenían, y del artículo 47 de la ley 45 de 1923, " que ordena al Superintendente pedir explicaciones antes de pronunciarse sobre sanciones...".

3. Del decreto 678 de 1972, los artículos 2o. y 15, dado que las operaciones supuestamente violatorias del decreto 2388, eran de las autorizadas a las corporaciones de ahorro y vivienda y corporaciones financieras, conforme a la ley 45 de 1923, también violada.

4. Del Código Civil, los artículos 1602, 1741, 1746 y 1749, por cuanto, al pretenderse dar al acuerdo de las partes un contenido que no tiene, " se abroga (sic) la Superintendencia el derecho de escudriñar el alcance de dicho acuerdo", se declara la simulación del mismo quitándole su vigor legal y se hacen declaraciones sobre situaciones contractuales, materia reservada a los jueces.

5. Del Código de Comercio, los artículos 260, 261, 406, 1163 y 1393 a 1415, en razón de que, a determinadas compañías (" como IAC, S.A., INARQ, S.A. SLARCO, S.A., PROCONSTRUIR, S.A., VIMODERNAS, S.A., Viviendas Económicas, Ltda., Viviendas Planificadas, Ltda. y Administraciones Inmobiliarias, S.A."), se atribuyera el carácter de vinculadas de la Corporación, sin que a ésta le fuera dado hacer inversiones de capital de tal naturaleza, según el artículo 2o. del decreto 678 de 1972, además sin prueba de ello, que lo sería el mencionado libro

de registro de accionistas, y con ignorancia de las disposiciones relativas a los contratos de mutuo y contratos bancarios, en desarrollo de los cuales se habían desarrollado las operaciones de crédito y a las cuales se quiso dar un alcance diferente, en contravía de lo dispuesto por el artículo 1766 del Código Civil y el mismo decreto 678 de 1972.

6. Del Código Penal, los artículos 1o, a 5o, 35 a 39 y 375, en cuanto se impuso la sanción con base en un decreto, el 2388 de 1976, y no en la ley, respecto de una conducta que no "persistía" a tiempo de imponerse aquélla y que carecía de los caracteres de "tipicidad, antijuricidad (sic) y culpabilidad", mayormente frente a la "vaguedad" del artículo 1o. del decreto 2388 en cita, y tomando en consideración que, proscrito cualquier evento de responsabilidad objetiva, se debían analizar el dolo y la culpa, o la preterintencionalidad del hecho imputado, lo que no se hizo, precisamente por haberse pretermitido la aplicación extensiva que cabía dar a las normas penales, en la materia penal de que trataba el artículo 3o. del decreto 2388.

7. Del Código de Procedimiento Penal, los artículos 1o, 215, 216, 271 y 560, porque se declaró concluída la investigación administrativa y " se estimó posible " imponer sanciones sin oír a la inculpada, habiéndose aplicado éstas sin prueba del hecho sancionado, ya que la Superintendencia, " confiesa paladinamente (...), que por ser difícil, le fue imposible demostrarlo..."; igualmente, porque se valoró la prueba, no por tarifa legal, sino por " íntimo convencimiento ".

8. Del Código de Procedimiento Civil, los artículos 7o, 396, 174 y siguientes, en conexión con el 822 del Código de Comercio, y 187, por ser privativa de los jueces la competencia para establecer el alcance de los contratos; haberse declarado que éstos tenían una finalidad distinta o que eran simulados, sin las formalidades propias del proceso ordinario; haber tenido por cierto, sin prueba, el fenómeno de la vinculación, incluso con personas naturales, circunstancia no prevista por los artículos 260 y 261 del Código de Comercio; y haberse apreciado la prueba, no por " sana crítica ", sino por " íntimo convencimiento ", sólo aplicable en los procesos penales con jurado, según el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal.

LA SENTENCIA APELADA

Recapitulados los hechos e incidencias, tanto de la investigación oficiosa adelantada por el Superintendente Bancario, con la participación de su comité asesor, como de la iniciada, a su vez, el 6 de Octubre de 1981, por la Comisión Nacional de Valores, y las conclusiones de ambas, el fallo impugnado dice reiterar, "en lo pertinente, los planteamientos expuestos en sentencia de 14 de diciembre de 1989, expediente No. 84-D-1799, actora, Corporación Financiera de los Andes...", proferida por la misma Sala de Decisión, "en razón a que los supuestos fácticos y jurídicos y las razones en que se sustenta la impugnación son idénticos en el proceso que dio origen al fallo (...) mencionado y en el proceso que es materia de esta división (sic)...", procediendo a reproducir la motivación y conclusiones de dicho fallo.

Con referencia, en particular, a la aducida transgresión de los artículos 2 y 15 del decreto 678 de 1972, cargo no formulado en el proceso en que se profirió la sentencia transcrita, no encuentra cómo se hubieran podido desconocer tales disposiciones, destinadas a regular la constitución de corporaciones privadas de ahorro y vivienda para la promoción y canalización del ahorro privado hacia la industria de la construcción, dentro del sistema de valor constante, si, contrariamente, la sanción se había aplicado, " con fundamento en previsiones legales que hacen parte del régimen aplicable a tales entidades...".

EL RECURSO DE APELACION

Buena parte se dedica a censurar el hecho de que el *a-quo* se hubiera ocupado del estudio "de otro proceso " y decidido en consonancia con las particularidades del mismo, circunstancia que haría violatoria, la sentencia, del artículo 170 del decreto 01 de 1984 y, " quizá ", del 17 del Código Civil, por no haberse contraído al debate planteado por las partes, irregularidad no sólo " académica", sino de tales connotaciones que, por su causa, se habría omitido considerar hechos, fundamentos de derecho y pruebas que diferenciaban el proceso de otros y cuya estimación habría redundado en la prosperidad de la acción; a más de que, siendo ajena al proceso la motivación, no sólo se habría obrado con absoluto desconocimiento de la forma de las decisiones judiciales, sino incurrido en afirmaciones contradictorias, carentes de análisis probatorio, con quebrantamiento del principio de contradicción.

Al respecto, se citan apartes de las sentencias de la Corte, de 27 de Abril de 1978 y 18 de Abril de 1990.

Del, " único aporte original de la sentencia recurrida " el referido a la violación de los artículos 2 y 15 del decreto 678 de 1976, se afirma que aquélla" elude el estudio de la cuestión especial para llevarlo a la fosa común de las ' entidades financieras' y así enmarcarlo dentro del fallo que se transcribió...".

La inspección judicial y peritaje de carácter contable, practicados en la primera instancia del juicio, " no apreciados en la sentencia", habrían demostrado, en cambio, que la Corporación había actuado dentro del ámbito de su objeto social, pues, la totalidad de los créditos glosados por la Superintendencia Bancaria se habían otorgado a constructores profesionales, no para adquirir acciones, sino para el desarrollo de planes de vivienda debidamente acreditados ante la Corporación prestamista, planes ejecutados realmente dentro de los plazos previstos en cada caso y cuyo cumplimiento habría vigilado aquélla, habiéndose cancelado los créditos por los prestatarios, mediante el sistema habitual de las subrogaciones parciales de la deuda, a los adquirentes de las viviendas construidas.

Sobre el particular, habrían dicho los peritos, " que efectivamente, todas las operaciones de otorgamiento de crédito por parte de la Corporación de Ahorro y Vivienda 'Las Villas", S.A, a sus clientes de compañías constructoras durante el año de 1981, fueron utilizados en la construcción de viviendas, finalidad con la cual se constituyeron los créditos, todo lo cual se prueba con la documentación aportada

y que fue estudiada minuciosamente por los peritos. Por el análisis y estudio que hemos hecho en la contabilidad interna de " Las Villas ', deducimos que, contablemente, se ha cumplido con todos los requisitos exigidos para esta clase de operaciones...".

Referente al decreto 2388 de 1976, en que se basó la multa, se admite que la Corporación era ente vigilado, pero no que hubiera empleado recursos de ahorro privado para adquirir el control del Banco de Bogotá, directamente o por conducto de subordinadas, primero, porque de conformidad con el decreto 1269 de 1972, las corporaciones de ahorro y vivienda no pueden adquirir acciones de otra sociedad, ni es cargo que se hubiera formulado en las providencias impugnadas, o probado en juicio; y, segundo, porque el artículo 7o. del decreto 1269 citado, prohibe que tales corporaciones tengan subordinadas. Tampoco que la Corporación hubiera, " procedido al servicio o en favor de una sociedad ' vinculada ' ", puesto que, de acuerdo con las precisiones que, sobre el fenómeno de la vinculación, hace el artículo 261 del Código de Comercio, quienes, según la inspección judicial, habían adquirido las acciones en cuestión, con fondos provenientes del ahorro privado, a saber, " Julio Figueroa, Germán Rodríguez, Gestionar, Proestudios, Afinvar y Siarco, S.A.", no eran ni podían ser subordinados o vinculados de la Corporación, estando demostrado, además, que no eran accionistas de ésta. Menos se podrían reputar de vinculadas a las personas naturales, por no estar incluídas en el artículo 261 citado.

Se afirma también que la vinculación se tendría que concretar, no en una relación cualquiera, sino en una que generara " control o dependencia", esto es, dada por el importe efectivo de las partes de interés social.

La Superintendencia Bancaria, habría procurado, " convertir en instrumentos de goma los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, para estirarlos hasta obtener una interpretación de una amplitud exhorbitante (sic)", pues, " sin ningún pudor afirma que el artículo 261 es aplicable a personas naturales " e, incluso, que tales normas son meramente enunciativas y que admiten otras formas de subordinación o vinculación, siendo, realmente, de interpretación restrictiva.

En este punto, el fallo apelado incurrió en manifiesta contradicción, ya que, teniendo la vinculación como presupuesto de la multa, sostiene que no se requería probar tal vinculación, porque los actos acusados no aludían a que existiera ésta entre los beneficiarios de los préstamos y la Corporación, " sino a la subordinación entre ésta y la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo", tesis de la "vinculación indirecta" que sería el mejor argumento sobre la ilegalidad de la multa,por falta de uno de sus presupuestos fácticos, pues se habría pretendido sancionar la vinculación entre los mencionados prestatarios y un tercero, cuando, a la luz del artículo 261, " es claro que las empresas se entienden vinculadas, si tienen intereses comunes *entre sí,* no con terceros ..." (Subrayas en el texto).

Adicionalmente, la vinculación indirecta (la habida entre los adquirientes de las acciones y la Organización y la subordinación entre ésta y la Corporación),

tampoco se habría demostrado, puesto que los únicos medios a que se podía referir la sentencia apelada, eran unos documentos aportados por la parte demandada, cuyo contenido declarativo exigía ratificación, conforme a los artículos 168 del decreto 01 de 1984 y 277 del Código de Procedimiento Civil, no cumplida.

En cuanto a la destinación de los préstamos, se afirma que la inspección judicial sólo probó la adquisición de acciones por uno de los beneficiarios, SIARGO, S.A., pero en Diciembre de 1981, tiempo después de las fechas de autos y, en tal proporción o cantidad (3.021.441), frente al total de las emitidas, (85.025.891), que no permitía " adquirir control" alguno sobre el banco emisor.

Se niega, por otra parte, que la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., o el "imaginario " Grupo Sarmiento Angulo, fueran " subordinantes " de la Corporación y que, aún siéndolo, no cabría deducir hecho sancionable, pues lo que el decreto 2388 de 1976 contempla, es el caso inverso, que la presunta infractora tenga la condición de " subordinante" y no de subordinada. El Grupo Sarmiento Angulo, apenas existiría en la imaginación del " artista " que elaboró un dibujo presentado por la Superintendencia Bancaria, sin ningún valor probatorio.

Se repite el argumento de que, previamente a remitir el expediente de la investigación al comité asesor para concepto se debió dar la oportunidad a la Corporación para que se justificara, a fin de que el comité evaluara la posición de la encausada y no se violara su derecho de defensa, como habría ocurrido.

ALEGATOS DE CONCLUSION :

La parte demandada, respecto de la motivación del fallo apelado, sostiene que, siendo los supuestos fácticos y jurídicos y las razones de la impugnación, idénticos a los del proceso citado por el *a-quo,* se debía tener tal motivación por suficiente, además, acorde con el principio de la economía procesal.

De la " tipificación de la conducta sancionada", estima que, "la providencia apelada es especialmente clara en expresar cómo la conducta de la Corporación actora se adecuó íntegramente a los presupuestos exigidos por el artículo 1o. del decreto autónomo 2388 de 1976, sustento de la sanción impugnada...", en cuanto los recursos suministrados por aquélla pertenecían al ahorro privado, por ser de los captados por esta clase de intermediarios en desarrollo de su objeto social; se habían destinado los mismos a la adquisición de acciones del Banco de Bogotá, " por personas naturales y jurídicas vinculadas a la Corporación demandante", con las que tenía ésta intereses comunes económicos, administrativos y financieros, a través de la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., y sus filiales y subsidiarias; y se había demostrado plenamente tal vinculación, según lo expuesto por el comité asesor.

Sobre el " derecho de defensa en la actuación administrativa ", asevera que, según el artículo 3o. del decreto 2388, " la norma sólo exige que previo a la imposición de la sanción, se requiera concepto de la Comisión Asesora del

Superintendente Bancario, mas en momento alguno se exige el cumplimiento de este requisito a la previa la (sic) solicitud o recibo de las explicaciones que de o pueda dar el infractor, tal como lo pretende erróneamente el impugnante, en un claro desconocimiento de la norma en comento...".

La demandante insiste en que el fallo atacado es incongruente y, por ello, violatorio del derecho de contradicción, basado como se halla en supuestos de hechos ajenos a la *litis*, como que se refiere a una corporación financiera de régimen excepcional diferente al también excepcional de las corporaciones de ahorro y vivienda.

Asimismo, en la naturaleza, destinación e inversión efectiva de los créditos otorgados y la ausencia de subordinación o vinculación, incluso por vía indirecta, con los adquirentes de las acciones en controversia.

En que SIARCO, S.A., única empresa comprometida en la negociación, había adquirido solo una cantidad " irrisoria " de tales acciones, frente al volumen de las emitidas, y, en todo caso, tiempo después de la época a que se remontan los hechos investigados. En que, según el *a-quo*, la Corporación resultaría " subordinada" y no " subordinante " del imaginario grupo Sarmiento Angulo, lo que haría "atípica" su conducta, por falta de otro de los presupuestos del decreto 2388 de 1976.

Y, finalmente, en la supuesta violación del derecho de defensa, por haber conceptuado, la comisión asesora, sin haber oído las explicaciones de la Corporación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO :

Se extracta en estos términos:

Aunque las citas jurisprudenciales para ilustrar providencias o fundar conceptos, no son censurables, sino que, al contrario, vigorizan la concepción jurídica y la tendencia doctrinaria, no parece acertada la motivación presentada en un esquema ya estructurado, de bases probatorias, elementos de juicio y perspectivas disímiles, pertenecientes a otro proceso, propensión extrema, opuesta a la prohibición que tienen los jueces en el artículo 17 del Código Civil, pues la jurisprudencia no tiene la virtud de fijar, de modo general, el alcance de la ley, sino para cada caso en particular, aparte del demérito de la congruencia que apunta la apelante.

La facultad del Presidente de la República para intervenir el aprovechamiento, manejo e inversión del ahorro privado, conforme al artículo 120-14 de la Constitución, en ejercicio de la cual se dictó el decreto 2388 de 1976, es atribución propia, de naturaleza administrativa, que no requiere ley previa.

A su vez, a las corporaciones de ahorro y vivienda, que se constituyen como sociedades por acciones, les son aplicables, en general, las normas de los establecimientos bancarios y de las sociedades anónimas, como se desprende del artículo 5o. del decreto 1412 de 1979, pero al Estado incumbe, directamente,

conceder el permiso para desarrollar su objeto, que, a términos del artículo 3o. del decreto 677 de 1972, es el de promover el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construcción, dentro del sistema de valor constante.

Resulta, pues, indiscutible, que la Corporación demandante recaudaba y manejaba fondos provenientes del ahorro privado y que, por tanto, se hallaba sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

La restricción del decreto 2388, exhibe los perfiles proteccionistas de la intervención gubernamental autorizada por el artículo 120-14 de la Carta, en forma que a las corporaciones de ahorro y vivienda que, para la doctrina, son prestatarias de un servicio público para beneficio de la comunidad, no les es permitido realizar otras operaciones que las expresamente previstas por la ley. Es claro, entonces, que las destinatarias del decreto 2388, son las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y sus subordinadas y vinculadas, como se conciben éstas en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio (lo que no incluye a los accionistas, pues de lo que se trata es de sancionar la concentración económica por parte de los entes vigilados) y que, por otro lado, el procedimiento investigativo, en el caso *sub-judice,* se ciñó a las prescripciones del artículo 3o. del citado decreto 2388, de modo de haber garantizado el derecho de defensa, sin que la reserva demeritara la seriedad de la investigación, a más de que, estando condicionada la sanción al concepto previo de la Comisión Asesora, que no era meramente facultativo, se trataba de un acto complejo.

En los apartes siguientes, el señor Fiscal Tercero hace un estudio de las sociedades subordinadas y vinculadas, según el Código de Comercio, advirtiendo, sin embargo, que las previsiones del artículo 261 no son taxativas, por lo que bien podrían darse otras formas de subordinación.

En igual forma, emprende el examen de la prueba obrante en el proceso para determinar la naturaleza y cuantía de las transacciones, las personas que las realizaron y los nexos entre éstas, para concluír que " la actuación administrativa demandada, continúa incólume en frente a las acusaciones de que fue objeto ", por lo que, no habiéndose demostrado su ilegalidad, debe mantenerse, y confirmarse la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

1. *De los motivos del fallo apelado.*

La motivación de las sentencias no tiene señalada una forma especial. El artículo 170 del decreto 01 de 1984, norma sustantiva del juez, instituye un marco general de estructura, contenido, contingente y valoración en derecho, pero sin referencia a un particular modo de presentar y analizar hechos, pruebas y argumentos inmanentes al litigio, ni menos a la índole o extensión de los medios con los que se pretenda ilustrar el caso, como las citas jurisprudenciales o doctrinarias .

En el entendimiento de que lo que se prohija o recoge, no son los hechos mismos, sino los postulados, fundamentos jurídicos y soluciones, dada la similitud del presupuesto fáctico, resolver con razones ajenas, no solamente no implica proveer " por vía de disposición general o reglamentaria", que es a lo que se contrae la prohibición del artículo 17 del Código Civil, sino que no se afecta la congruencia, si el pronunciamiento remite a hechos propios del proceso y observa identidad con las pretensiones y excepciones de la demanda y contestación.

La motivación que reproduce la sentencia apelada, parte del mismo supuesto de hecho de la infracción a las restricciones del decreto 2388 de 1976 y estudia los mismos cargos de violación, excepto uno, resuelto por separado, el referente a los artículos 2 y 15 del decreto 678 de 1972, casualmente por la distinta categoría del ente infractor, luego es palmario que la sentencia, contrario a lo afirmado por la apelante, se profirió " inter partes" y en consonancia con los extremos de la controversia, no observándose hechos, fundamentos de derecho o pruebas no considerados por el *a-quo,* ni las " afirmaciones contradictorias " que se mencionan en el escrito de apelación, sin demostración alguna.

En este punto, se debe mantener la sentencia.

2. *De las violaciones constitucionales y penales.*

Si bien, la tesis de la inaplicabilidad de los principios de la Constitución porque éstos no se hayan desarrollado a través de leyes, se considera errónea, lo cierto es que, mediando dichos desarrollos, resulta opuesta a elementales reglas de técnica procesal la sustentación de conceptos de violación, aisladamente, en preceptos constitucionales, como si el acto demandado no se hubiera expedido en virtud de una ley o un reglamento, hipótesis improbable, pues la función administrativa siempre está subordinada a la ley.

Por lo que hace a la pertinencia de la ley penal, la Sala tiene dicho que, ni por la naturaleza de la sanción o del procedimiento que se surta para su aplicación, ni por la índole del control jurisdiccional del medio punitivo, se colige elemento alguno penal sujeto a las codificaciones invocadas por la demandante, pues de lo que se trata es de corregir conductas estrictamente administrativas, lesivas del orden público económico, y no de conductas antisociales, comunmente reprimidas por medidas restrictivas de la libertad personal, en cuanto subvierten el orden público.

Asimismo, que el control de la gestión administrativa, para que sea cumplido y eficaz, requiere objetividad, pues difícilmente podría alcanzar tales fines, subordinado, como se pretende, a la prueba de elementos subjetivos de responsabilidad, que lo son el dolo y la culpa, menos tratándose de actividades no ejercidas ordinariamente por personas físicas (Cfr., en el sentido anotado, sentencia de la Sala, de 23 de Marzo de 1990, expediente 1952, actor, Banco Ganadero).

Carecen, pues, de relevancia, los cargos formulados en supuestas violaciones de la Constitución o de las normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, los primeros por referirse a situaciones objeto de regulación legal o reglamentaria, caso en el que la presunta violación se debía explicar en función de la ley o el reglamento; los segundos, porque no es cierto que en materia administrativa se deban aplicar a *foritiori* las normas penales.

3. *De otras infracciones a la ley.*

A) *El decreto 2388 de 1976. Contenido y extensión.*

En el numeral 14 del artículo 120 de la anterior Constitución se consagraba el poder de intervención del ejecutivo, "... en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado...", que es, como bien lo dice el señor Fiscal Tercero, atribución propia, no subordinada a autorizaciones previas de la ley.

La prohibición del artículo 1o. del decreto 2388 de 1976, recae sobre la utilización de recursos provenientes del ahorro privado para obtener el control de otra empresa, o la ejecución de actos conducentes a tal fin, y se predica, tanto de las entidades sujetas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, que se hallen en poder de dicho recursos, como de las subordinadas de las mismas y sus vinculadas, independientemente de que éstas, a su vez, sean vigiladas, o no, o se hayan constituido como personas jurídicas, o no, pues la norma no hace tales destinciones.

En cuanto al procedimiento sancionatorio, el artículo 3o. ib., prevé que, realizada la investigación, de oficio o a petición de parte, con el concepto favorable de la comisión asesora, el Superintendente Bancario imponga, " mientras persista la infracción, multas sucesivas a la entidad infractora, hasta el doble del valor de la respectiva operación...".

Constituyendo objeto propio de las corporaciones de ahorro y vivienda, la promoción y captación del ahorro privado y la canalización de éste a la industria de la construcción, según los términos de los decretos 677 y 678 de 1972, 1312 de 1979, y 2928 de 1982, la Corporación demandante no solo se encontraba sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, sino que se encontraba en posesión de los recursos de que se trata, sin consideración a la cuantía y origen de los mismos, entre otras razones, porque jamás negó su objeto social, ni adujo el cambio o la reforma de éste.

Por otro lado, en ninguna parte del decreto 2388 de 1976, se dice, que la entidad infractora deba ser oída en descargos, antes de emitirse el concepto del comité asesor, ni que la sanción proceda solamente en el evento de que " persista " la

infracción. El correcto entendimiento de la disposición, en este punto, es el de que, infringida la prohibición, se aplique la sanción; y si la infracción persistente, se impongan multas *sucesivas;* dado que no se aplicaran éstas, el argumento de la persistencia, como presupuesto de la multa única, carece de fundamento.

De la circunstancia de que la demandante, en razón de su objeto social, se hallara "en imposibilidad jurídica" de adquirir acciones, no se colige que, de hecho, no las hubiera adquirido. La conclusión, sin embargo, falsa, o no, es irrelevante como medio de esquivar el efecto de la prohibición, pues, tampoco en parte alguna del decreto 2388 se lee que la operación ilícita sea, unicamente, la de que la entidad en cuyo poder se hallen los recursos, adquiera para sí acciones nominativas, sino la de que esos fondos se usen para obtener, o intentar obtener, el control de otras empresas, lo cual es posible no solamente por negociación directa o mediante la compra de acciones.

Se concluye, que las disposiciones del decreto 2388 de 1976 le eran aplicables a la Corporación demandante y que el procedimiento sancionatorio se ajustó a sus prescripciones, no encontrándose probada la violación de ninguno de sus artículos, ni de los preceptos constitucionales desarrollados por los mismos.

b) *Subordinación y vinculación, según el Código de Comercio.*

El decreto 2388 de 1976, remite la noción de entidades subordinadas y vinculadas, a las definiciones de los artículos 260 y 261 del estatuto mercantil, que no son taxativas, según lo destacó también la Fiscalía, ya que en ellos se expresa que las subordinadas " pueden ser " filiales o subsidiarias, que hay subordinación, " entre otros ", en los casos de que hace enunciación el artículo 261 ib. o que la vinculación existe, por " cualquier situación " de control o dependencia.

No es exacto, por tanto, que la subordinación o vinculación se configuren exclusivamente por el nexo del valor de las partes de interés social de unos entes en otros.

El concepto de " vinculación ", como se precisa en el inciso final del citado artículo 261, prescinde, incluso, del elemento cuota o porcentualidad, dejándolo delimitado solo por la existencia, entre dos o más sociedades, de " intereses económicos, financieros o administrativos (...) comunes o recíprocos, así como (de) cualquier situación de control o dependencia...".

Tampoco es cierto que, con miras a establecer factores de subordinación o vinculación, el Superintendente Bancario careciera de facultad para examinar, " la realidad de las transacciones sobre bienes que se negocien, a cualquier título, entre una sociedad y sus subordinadas, filiales y subsidiarias ", pues es atribución de que goza, en los términos del artículo 265 ib., parcialmente copiado.

No se violan, los artículos 260 y 261 citados, por el hecho de establecerse un vínculo, sin consideración a la cuantía o porcentualidad de éste.

Ni los artículos 406, 1163 y siguientes y 1393 a 1415 ib., porque ya se expresó, que la sanción deriva, no de que la demandante hubiera adquirido acciones, sino de que se hubieran usado recursos del ahorro privado en su poder para alcanzar el control de otra empresa; y se acaba de decir, que los organismos de control gubernamental disponen de facultad para examinar y comprobar la realidad de una o varias transacciones, gestión que, por supuesto, no implica desnaturalizar la voluntad expresada en los respectivos pactos o contratos, ya que la parte de negociaciones que se reputan y reconocen formalmente perfectas, para averiguar si las mismas encierran manifestaciones de voluntad inaperantes, de las que se deduzca, además, un vínculo.

Por lo mismo, puesto que la simple verificación del contenido de los contratos, no se traduce en pronunciamientos de nulidad o simulación, no se altera la voluntad contractual, ni se usurpan funciones judiciales, de suerte que menos se podrían haber infringido las disposiciones del Código Civil o del Código de Procedimiento Civil, u otras disposiciones conexas, citadas por la accionante, o los principios constitucionales regulados por las mismas.

c) *Nexos y operaciones de la demandante.*

Según actas de la Comisión Asesora del Superintendente Bancario y de éste, y los documentos que obran en los cuadernos de antecedentes, en la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas, poseían acciones o partes de interés social, las sociedades Urbanización Villa Claudia, Ltda., Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., Viviendas Económicas Ltda., Construcciones Beta, Compañía de Seguros Alfa, S.A. y Banco de Occidente, las dos primeras controladas por la Familia Sarmiento Gutiérrez, la tercera por las esposas de los señores Luis Carlos Sarmiento Angulo, Enrique Santamaría Hermida y René Salazar Montoya, la cuarta, por la señora Fanny Gutiérrez de Sarmiento, y las dos últimas, por la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo.

Está demostrado, igualmente, que la Corporación demandante otorgó, de Febrero a Octubre de 1981, créditos de construcción, por valor acumulado de $1.334.008.036, con los cuales se constituyeron depósitos de ahorro de valor constante en la misma Corporación, a las siguientes sociedades: IAC, S.A.; ENARQ S.A.; SIARCO, S.A., PROCONSTRUIR, S.A., VIMODERNAS, S.A., VIVIENDAS ECONOMICAS. LTDA., VIVIENDAS PLANIFICADAS, LTDA Y ADMINISTRACIONES INMOBILIARIAS, S.A.

El control accionario o de fracciones mayoritarias de interés social, se ejerce, en IAC, S.A., por Villa Claudia, Ltda. e INARQ, S.A.: en Inarq, S.A., por villa Claudia, Ltda. y Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda.; en Siarco, por el señor Julio Figueroa Meluk, su gerente, y miembro de la Junta Directiva de otras compañías vinculadas; en Proconstruir, S.A., y Vimodernas, S.A. por los señores Luis Carlos Sarmiento Angulo, Fanny Gutiérrez de Sarmiento y Organización Luis Carlos Sarmiento, Ltda.; en Viviendas Económicas, Ltda. por la señora Fanny Gutiérrez de Sarmiento; y en Viviendas Planificadas, Ltda., por el señor Luis Carlos

Sarmiento Angulo y Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda.; Administraciones Inmobiliarias, S.A. es socia de AFINVAR, LTDA. junto con Siarco, S.A., Inversiones La Cabrera, Cofinco, S.A. y Vimodernas, S.A.; Afinvar, Ltda., figura gerenciada por el señor René Salazar Montoya, socio de Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda. y administrador de IAC, S.A. Viviendas Económicas, Ltda. y Construcciones Beta, Ltda.

Los certificados de valor constante, expedidos a los prestatarios, fueron redimidos entre el 2 de Septiembre y el 23 de Octubre de 1981, antes de su vencimiento, y su importe, en cifra total de $1.028.191.007, reembolsado a dichos prestatarios.

Estos, a su turno, consignaron los reembolsos en cuentas corrientes que, la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., AFINVAR, LTDA. y GESTIONAR, S.A., y los señores Germán Rodríguez Navas y Julio A. Figueroa Meluk, poseían en varias oficinas del Banco de Occidente, por la misma suma de $1.028.191.007.

Los cinco beneficiarios, por su parte, obtuvieron cheques de gerencia del Banco de Occidente, por la misma suma anotada, a nombre de los comisionistas de bolsa, VALORES INTEGRADOS, para que éstos compraran acciones del Banco de Bogotá, para AFINVAR, LTDA., GESTIONAR, S.A., Germán Rodríguez Navas y Julio A. Figueroa Meluk.

El 14 de Septiembre de 1981, la Corporación había cancelado certificados de valor constante por $114.948.224.73, pertenecientes a varias personas naturales, entre ellas, el señor Luis Carlos Sarmiento Angulo, con cuyo producto, la misma giró el cheque No. 309800, sobre su cuenta corriente del Banco de Occidente, Sucursal San Martín, a favor de AFINVAR, LTDA., por valor de $103.000.000, constituyendo al propio tiempo, con la diferencia dos certificados de valor constante a nombre de los señores Luis Carlos Sarmiento Angulo y Manuel Gómez, por $11.358.318.97 y $589.905.76, respectivamente.

Simultáneamente, AFINVAR, LTDA., gira el cheque No. 2019 sobre el Banco de Occidente, Sucursal San Martín, a favor de la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, por $103.000.000, la cual, a su turno, gira, sobre la Sucursal Carrera 10a. del mismo banco, los cheques 5808 y 5809 a favor de José Buitrago, por $89.406.675 y $13.168.425, el primero endosado al Banco de Occidente para la compra de cheques de gerencia a favor de VALORES INTEGRADOS, comisionistas de bolsa, y el segundo, endosado al mismo banco para la compra de cheques de gerencia a favor de la Fundación Hospital San Carlos; ambos cheques, a la postre, se utilizaron para la compra de acciones del Banco de Bogotá.

En la misma forma, el 7 de Septiembre de 1981 la Corporación había convertido 17 certificados de valor constante de varias personas naturales, por valor acumulado de $34.160.954.08, con cuyo producto, giró el cheque 313625, sobre su cuenta del Banco de Occidente, Sucursal San Martín, por $34.000.000, a favor de

INVERSOCIOS, LTDA., constituyendo, a la vez, un certificado de valor constante, por la diferencia, $160.954.08, a nombre de Manuel Gómez.

INVERSOCIOS, LTDA., simultaneamente, gira por $34.000.000 a favor de la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., la que hace otro tanto, por $40.000.000, a favor de VIVIENDAS ECONOMICAS, LTDA., y ésta, a su vez, a favor de José Buitrago, su gerente, por $39.979.500, quien endosa el cheque al Banco de Occidente, Parque Nacional, para la compra de dos cheques de gerencia a favor del comisionista de bolsa VALORES INTEGRADOS Y ASES, LTDA., por las cantidades de $38.329.500 y $1.650.000, respectivamente.

Ni las cancelaciones o conversiones de los certificados de valor constante, ni los giros subsiguientes a favor de AFINVAR, LTDA. e INVERSIONES LTDA. o la constitución de nuevos depósitos a favor de los señores Luis Carlos Sarmiento Angulo y Manuel Gómez, cuentan con las autorizaciones de las personas naturales titulares de tales certificados. A tres de éstos, los señores Gualberto Velandia, Luis Bermúdez y Jaime Guevara, que eran accionistas del Banco de Bogotá, se le hicieron cheques de gerencia en su orden, por $2.622.880, $1.966.907.70 y $1.923.348.40 por cuenta de la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo.

Finalmente, con fecha 7 de Octubre de 1981, la Corporación demandante confirió un mandato a la Corporación Financiera de los Andes, para que ésta celebrara " contratos de compraventa de títulos valores, constitución de depósitos u otras inversiones (...), en forma preferencial con el Consorcio Agroindustrial y Manufacturero de los Andes, AGROANDES LTDA...", a cuyo efecto, la mandante giró a su mandataria, sobre su cuenta del Banco de Occidente, Carrera 10a. el cheque No. 1155005, por $350.000.000.

Con tales recursos, esta última negoció tres letras giradas por ADMINISTRACIONES INMOBILIARIAS, S.A., COFINCO, S.A., y SIARCO, S.A., a favor de AGROANDES, LTDA.; ésta las endosa a Corporación Financiera de los Andes y la autoriza, el 9 de Octubre de 1981, para que gire, a ADMINISTRACIONES INMOBILIARIAS, S.A. $120.000.000, a COFINCO, S.A., $130.000.000 y a SIARCO, S.A., $100.000.000.

El 7 de Octubre de 1981, las tres últimas sociedades citadas, habían girado, en su orden, los cheques números 7894, 7200 y 5622, por $120.000.000. $130.000.000 y $100.000.000, a favor de la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., la cual, a su vez, giró al Banco de Occidente, Parque Nacional, la suma de $397.214.52 por la expedición de cinco cheques de gerencia, por cuenta de GESTIONAR S.A., a favor de VALORES INTEGRADOS, para la compra de acciones.

El 22 de Octubre siguiente, la Corporación Financiera de los Andes recibió, por concepto de las letras negociadas, la cantidad de $355.910.000, así: de PROCONSTRUIR, S.A. $131.950.000, de INVERSIONES LA CABRERA, $101.800.000 y de VIOMODERNAS, S.A. $122.160.000. Para el giro de estas

sumas, las tres compañías citadas habían recibido, de la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., en su orden, las cantidades de $132.455.000, $101.800.000 y $122.160.000.

Al propio tiempo, la Organización, para girar tales cantidades, había recibido, de PROCONSTRUIR, S.A., $88.978.000 y $37.600.000, de SIARCO, S.A. $43.714.000, de IAC, S.A., $125.919.000 y de ADMINISTRACIONES INMOBILIARIAS, S.A. $62.000.000.

Y, por su parte, estas cuatro compañías, habían recibido de la Corporación demandante, las siguientes cantidades: PROCONSTRUIR, S.A, $37.600.198.65 y $88.978.478.45, SIARCO, S.A., $43.714.221.57, IAC, S.A., $48.529.352.56, $43.135.064.84 y $34.255.329.23, y ADMINISTRACIONES INMOBILIARIAS, S.A. $62.007.243.73.

La demandante había girado los respectivos cheques, los días 14 y 15 de Octubre de 1981, consignados el 22 siguiente, con fondos provenientes de la cancelación de certificados de valor constante constituídos, como se vio al principio, por los beneficiarios de los préstamos otorgados por aquélla.

En la misma fecha, 22 de octubre de 1981, la Corporación Financiera de Los Andes giró, a la Corporación demandante, la suma de $355.250.000, para cancelar el encargo fiduciario.

De la Corporación Financiera de los Andes, son accionistas mayoritarios, Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., Banco de Occidente, IAC S.A. y Seguros Beta, S.A.

Resumiendo, tanto el importe de las operaciones realizadas con certificación de valor constante, como el del encargo fiduciario, quedaron finalmente en poder de AFINVAR, LTDA., GESTIONAR, S.A., Germán Rodríguez Navas, Julio A. Figueroa Meluk y José Buitrago Esguerra, para, con la mediación de los comisionistas de bolsa, VALORES INTEGRADOS, adquirir las acciones en cuestión, y sobre quienes, las actas de la investigación administrativa reportan, en resumen, esto:

GESTIONAR, S.A., adquirió del 30 de Septiembre al 2 de Octubre de 1981, el 7.95% de las acciones en circulación del Banco de Bogotá, habiendo admitido su gerente, señor José Buitrago Esguerra, en declaración jurada rendida ante la Comisión Nacional de Valores, que las acciones se habían pagado con fondos suministrados por " Empresas del Grupo Sarmiento Angulo (Banco de Occidente, Viviendas Económicas, Ltda. y Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda.)" (Paréntesis en el texto).

En su propia exposición, ante la misma entidad, el señor Luis Carlos Sarmiento Angulo aceptó que, entre GESTIONAR, S.A., y su organización, " mediaba un convenio que le impedía a la primera usar y disponer de las acciones sin el consentimiento de la segunda...".

AFINVAR, LTDA., cuyos socios mayoritarios son PROCONSTRUIR S.A., VIMODERNAS, S.A., COFINCO, S.A., INVERSIONES LA CABRERA, SIARCO, S.A. Y ADMINISTRACIONES INMOBILIARIAS, S.A., compró, entre el 8 y el 15 de Octubre de 1981, el 2.46% de las acciones en cuestión, con recursos de la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., según se vio antes, y lo admitió el propio señor Luis Carlos Sarmiento Angulo en su exposición.

El señor Germán Rodríguez Navas, empleado de la Organización, con sueldos que no excedían de $200.000, adquirió también, entre el 11 de Septiembre y el 16 de Octubre del mismo año, el 3.46% de las acciones de que se trata (3.021.441 acciones), que el 30 de Diciembre siguiente vendió a SIARCO, S.A., a $81.92 cada acción, cuando éstas se cotizaban, el mismo día, a $183.93.

El Señor Julio Figueroa Meluk, empleado de la Organización, gerente y accionista mayoritario de SIARCO, S.A. y miembro de las directivas de PROCONSTRUIR S.A. e INVERSIONES LA CABRERA, S.A., adquirió, igualmente, del 12 de Septiembre al 18 de Octubre de 1981, el 3.05% de las acciones, no obstante que, según su propia declaración, solo devengaba $80.000 mensuales. Las acciones son vendidas por FIGUEROA MELUK, entre el 17 y el 30 de Diciembre de 1981, a la firma PROESTUDIOS, S.A., de la que son accionistas mayoritarios, los señores Luis Carlos Sarmiento Angulo (83%), Fanny Gutiérrez de Sarmiento, Enrique Santamaría Hermida y Elsa Gómez de Santamaría.

Ahora bien, ninguno de los hechos anteriormente relacionados y discriminados, debidamente soportados por el Superintendente Bancario con los documentos que obran en los cuadernos principal y de antecedentes, fueron desvirtuados o siquiera controvertidos sistemáticamente, toda vez que la demandante planteó el debate, fundamentalmente, como cuestión de puro derecho.

El nexo entre los accionistas de la Corporación (principalmente, la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, Ltda., el Banco de Occidente, la Urbanización Villa Claudia, Ltda. y Viviendas Económicas, Ltda.), los beneficiarios de los préstamos otorgados por aquélla (en particular, IAC, S.A., SIARCO, S.A., VIMODERNAS, S.A. y ADMINISTRACIONES INMOBILIARIAS, S.A.) y las entidades y personas naturales que adquirieron acciones del Banco de Bogotá (AFINVAR, LTDA. y GESTIONAR, S.A., entre otros), se traduce en una comunidad de intereses económicos, financieros y administrativos recíprocos, que hacen indiscutible una situación de vinculación como la descrita en el inciso final del artículo 261 del Código de Comercio y que, obviamente, constituye presupuesto de hecho suficiente para la aplicación de la sanción discutida, conforme al artículo 1o. del decreto 2388 de 1976.

El hecho de que, según la inspección judicial y experticio practicados en la primera instancia del juicio, resulte probada la inversión de los préstamos otorgados, en la industria de la construcción, no desvirtúa la manipulación de recursos provenientes del ahorro privado en poder de la demandante, ni el intento por obtener el control accionario del Banco de Bogotá. Al contrario, que no se hubiera

alcanzado tal fin, revela que, finalmente, las operaciones de crédito activo ejecutadas tuvieron que seguir su curso.

No se consideran, pues, probados los restantes cargos de violación que no fueron objeto de especial consideración en el presente fallo, no estando así llamado a prosperar el recurso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, 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 Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/ INTERES MORATORIO/ SANCION POR MORA

La Ley 14 de 1983 no autorizó a los Concejos Municipales para establecer intereses sobre las sanciones a cargo del contribuyente, ya que dicha ley es precisa al respecto cuando en su artículo 88, ordena que en el caso de mora en el pago de los impuestos de que trata la ley se aplicarán las sanciones que para el mismo efecto están establecidas respecto del impuesto de renta y complementarios. No hay duda que cuando el acuerdo extiende la sanción a hechos no previstos en la ley, la excede y viola, sin que resulte válido el argumento de que por ser el impuesto de industria y comercio un impuesto de carácter municipal y por tener los Concejos Municipales la facultad de regular los asuntos administrativos propios de su esfera no sean aplicables las normas nacionales.
CONFIRMA LA NULIDAD del literal e) del parágrafo del artículo 86 del Acuerdo 21 de 1983, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Trece (13) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3333. Actor: Arnaldo Marquez Galue. Apelación de la sentencia de Agosto 30 de 1990. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Asuntos Municipales.
FALLO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia del 30 de Agosto de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accediendo a las súplicas de la demanda declaró la nulidad del Literal E) del parágrafo del artículo 86 del Acuerdo 21 de 1983 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

ANTECEDENTES

El 9 de Diciembre de 1983 el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, invocando el ejercicio de facultades constitucionales y legales y en especial de las conferidas por la Ley 97 de 1913, la Ley 14 de 1983 y el artículo 13 del Decreto 3133 de 1968 expidió el Acuerdo 21 del mismo año, mediante el cual se fijaron las normas reguladoras del impuesto de industria y comercio aplicables en el Distrito.

El capítulo VII del Acuerdo 21 de 1983 establece lo concerniente a la causación y pago de la obligación tributaria y dentro de éste, el artículo 86 al regular los cargos financieros por mora, en su parágrafo único determina, que el pago extemporáneo del impuesto causa intereses moratorios iguales a los establecidos por el impuesto de renta y complementarios, y su literal E) las impone para las sanciones que se computen conjuntamente con la liquidación desde la fecha de su notificación hasta la cancelación.

Dicho literal fue demandado por el ciudadano ARNALDO MARQUEZ GALUE que invocó su nulidad por violación de normas superiores constitucionales y legales, especialmente los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional, 88 de la Ley 14 de 1983; 2o. de la Ley 4a. de 1913, por no existir facultad para que el Concejo impusiera sanción sobre sanción violando el principio de *Nos Bis in Idem.*

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, oido el representante judicial del Distrito Especial de Bogotá y atendiendo el concepto del agente del Ministerio Público, declaró la nulidad de la norma acusada, al encontrar que confrontada con el ordenamiento superior invocado como violado por la demanda, efectivamente transgredía el artículo 88 de la Ley 14 de 1983, que remite en materia de sanciones de mora a la legislación tributaria del impuesto sobre la renta, ordenamiento que no establece sanción de mora para las sanciones y que determina además, un término diferente para el cálculo de los intereses de mora.

LA APELACION

El apoderado judicial del Distrito Especial al apelar la sentencia manifiesta que no comparte los planteamientos del Tribunal, porque el Honorable Concejo del Distrito Especial de Bogotá, mediante el parágrafo del artículo 86 del Acuerdo 21 de 1983 no creó gravamen o impuesto de ninguna naturaleza como lo afirma el libelista y que tampoco puede aceptarse que la sanción por mora tenga carácter penal, pues sólo se trata del efecto al incumplimiento de una obligación, y que para el caso resulta conveniente recordar que el regimen de los intereses moratorios se halla consagrado por el propio Código Civil en su artículo 1617.

Estima que, al consagrar el acuerdo el pago de tres tipos de sanciones: extemporaneidad, inexactitud y aforo, el no pago oportuno de las mismas causa interés de mora, que sólo se cobran una vez notificada la decisión de la Administración

que impone la sanción y hasta cuando el contribuyente satisface la obligación, luego si el contribuyente satisface oportunamente la obligación no hay lugar al cobro de intereses.

Agrega que las sanciones y los intereses tienen causas diferentes, no son concomitantes y son independientes ya que la sanción es la consecuencia que se origina en la transgresión de una norma de carácter tributario, al paso que los intereses, consisten en la retribución que debe pagar el contribuyente por el no pago oportuno de una obligación.

Solicita de la Corporación examine la realidad jurídica procesal y brinde nueva oportunidad a las partes para abundar en mayores razonamientos jurídicos.

Estima que la decisión de nulidad es muy exigente para ser adoptada por las mismas consecuencias que apareja, ya que puede llegar a paralizar la actividad de los entes administrativos, y que la violación de la norma superior debe se completamente manifiesta para que pueda tenerse como transgresión.

Luego de hacer consideraciones del carácter municipal del impuesto de industria y comercio, y por habérsele otorgado a los Concejos la facultad de regular los asuntos administrativos propios de su esfera de competencia, como consecuencia del principio constitucional de la descentralización administrativa, afirma que no son siempre ni del todo, aplicables las normas nacionales que regulan las actuaciones administrativas y por ello se hace necesario acudir a la investigación de las normas municipales.

Cita en apoyo la sentencia del 23 de Junio de 1989, de esta misma Sala, referida a un caso particular relacionado con la acción de restablecimiento del derecho intentada contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria y comercio a la sociedad Autolarte S.A.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación porque, efectivamente la Ley 14 de 1983, cuya finalidad principal fue fortalecer los fiscos de las entidades territoriales, destinó el capítulo II a tratar lo relativo al impuesto de industria y comercio, gravamen por excelencia municipal que debe ser reglamentado y unificado, pero dejando a los Concejos Municipales la posibilidad de adecuar el ordenamiento en la forma que lo consideran más conveniente, respetando las condiciones y límites fijados por la ley.

Anota que más adelante el capítulo VIII consagró la autorización para que los municipios aplicaran sanciones, en el caso de mora en el pago de los impuestos de que trata la misma ley (art. 88), y remitió su regimen al previsto para las sanciones que se imponen en el regimen del impuesto de renta y complementarios, no pudiendo en consecuencia el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, establecer

el pago de interés moratorio en el caso de las sanciones como lo hizo en el literal E) del parágrafo del artículo 85 del Acuerdo 21 de 1983, ya que debía ajustar el ordenamiento local a la Constitución Nacional y en especial a la Ley 14 de 1983, que fijó los límites dentro de los cuales podían actuar los municipios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a transcribir integramente las normas en conflicto, a efecto de establecer si confrontados sus propios términos existe la contradicción que señala la demanda entre la disposición acusada y el ordenamiento superior.

Constitución Nacional:

" Artículo 43. En tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones."

" Artículo 197. Son atribuciones de los concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

" 2a.) Votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales..."

Ley 14 de 1983:

" Artículo 88. En caso de mora en el pago de los impuestos de que trata la presente ley, se aplicarán las sanciones que para el mismo efecto están establecidas respecto del impuesto de renta y complementarios."

El parágrafo único literal E) del artículo 86 del Acuerdo 21 expresa los siguiente:

" La obligación tributaria definitiva no causa intereses siempre y cuando se cancele dentro de los plazos para pagar la liquidación privada, establecidos por la Secretaría de Hacienda.

" Parágrafo: El pago extemporáneo del Impuesto causa intereses moratorios iguales a los establecidos para el impuesto de Renta y Complementarios...

" a)...

" e) Para las sanciones que se computen conjuntamente con la liquidación, desde la fecha de su notificación hasta la cancelación."

Del análisis del contexto literal de las normas transcritas resulta fácil deducir que la facultad de los municipios en materia impositiva está condicionada a los términos de la ley de tal manera que los Concejos Municipales no pueden tomar

determinaciones en este sentido cuando la ley no los autoriza expresamente y menos disponer en contra del mandato claro de la ley en uno u otro sentido.

La sencilla comparación de las normas en conflicto permite concluir que cuando la Ley 14 de 1983 autoriza a los Concejos de los Municipios para fijar la tarifa del impuesto de industria y comercio le impuso como límite, los porcentajes establecidos en la misma ley y en materia de sanción por mora la limitó al pago de los impuestos de que trata la misma ley (predial; renta; industria y comercio; circulación y tránsito y de timbre sobre vehículos automotores; consumo de licores; consumo de cigarrillos e impuesto a la gasolina) sin establecer dicho interés sobre el pago de las sanciones a cargo del contribuyente.

Tampoco dicho ordenamiento autorizó a los Concejos Municipales para establecer intereses sobre dichas sanciones; es precisa la norma de la Ley 14 de 1983 al respecto cuando en su artículo 88, ordena que en el caso de mora en el pago de los impuestos de que trata la ley se aplicaran las sanciones que para el mismo efecto están establecidas respecto del impuesto de renta y complementarios, de donde debe concluirse:

a) Que la sanción por mora sólo se aplica en el caso de los impuestos de que trata la misma ley.

b) Que las sanciones para el efecto son las que a fecha de la vigencia de la ley estaban establecidas para el impuesto de renta, esto es las normas contenidas en el Decreto 3803 de 1982 artículos 44, 45 y 46 y aquellos que los sustituyen, complementan o modifican.

No hay duda que cuando el acuerdo acusado extiende la sanción a hechos no previstos en la ley, la excede y viola, sin que resulte válido el argumento del apelante, en cuanto afirma que por ser el impuesto de industria y comercio un impuesto de carácter municipal, y por habérsele otorgado a los Concejos Municipales la facultad de regular los asuntos administrativos propios de su esfera de competencia, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de descentralización administrativa no sean aplicables las normas nacionales, porque las autoridades municipales deben ejercer dicha facultad dentro de los límites que establece la ley.

Por último, es preciso anotar al apelante que si bien, de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Nacional vigente la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, que de otra parte la jurisprudencia debe enfocarse dentro de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas en la demanda para un caso específico y que no tiene aplicación como norma general, por ello no resulta aplicable la jurisprudencia invocada en el recurso en cuanto se trata de un caso diferente, ya que se refiere a una acción de restablecimiento del derecho en interés particular mientras que la que dio origen al presente proceso es una acción pública de nulidad en interés general.

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; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

VENTA DE CARTERA/ DEDUCCION-Improcedencia/ **INGRESOS**-Omisión

La actora al no inclur el ingreso por venta de cartera, pero sí deducir como costo el valor contable de la cartera incurrió en omisión de ingresos, pues si consideró que la enajenación no le produjo utilidad alguna y por ello se abstuvo de declararla no ha debido imputar dentro del costo de ventas brutas el valor de la cartera enajenada, pues al hacerlo así detrajo arbitrariamente costos aplicables a un ingreso omitido. Es procedente el rechazo de la pérdida en la venta de cartera porque esta pérdida no está contemplada como deducible en la ley tributaria ya que ella no corresponde al concepto de pérdida de deudas, pérdidas de capital, que son las únicas que como deducibles contempla la ley fiscal (Período Fiscal 1975).

COMPROBANTE DE CONTABILIDAD/ DOCUMENTO INTERNO/ DOCUMENTO EXTERNO/ PRUEBA CONTABLE

El comprobante de contabilidad es el documento que debe elaborarse previamente al registro de cualquier operación y en el cual se indica el número, fecha, origen, descripción y cuantía de la operación. A cada comprobante se anexarán los documentos que la justifiquen. Estos documentos se han clasificado como de orden interno y externo. Los primeros son aquellos que sirven para registrar operaciones que no afectan directamente a terceros, como el movimiento de reservas, diferidos, salidas de inventario para consumo, apropiaciones para impuestos, que deben contener fecha, número, descripción y cuantía de la operación. Son de orden externo los documentos que se producen para registrar operaciones realizadas con terceros, como contratos, facturas, recibos de caja, comprobantes de pago, etc.

VENTAS A PLAZOS/ MERCANCIA RECUPERADA-Costo/ **RENTA BRUTA**-Adición

Cuando en caso de incumplimiento del comprador no sea posible recuperación alguna, el costo no recuperado *es deducible de la renta bruta.* Entonces si al monto total de ingresos se le aplica de acuerdo con la ley el porcentaje que resulta de la proporción costo total sobre ingreso bruto, es indudable que al disminuir, desconociendo la ley, el ingreso por ventas, cuando lo ordenado era que se llevara a la contabilidad por el costo inicial menos la parte de los pagos recibidos que corresponda a recuperación del costo, y sin determinar además si la rescisión correspondía a los contratos celebrados en el ejercicio fiscal o en un ejercicio anterior, se está disminuyendo el ingreso fiscal del período correspondiente en una cantidad que no es la autorizada por la ley. (Período fiscal de 1975).

PROVISION PARA PRESTACIONES SOCIALES/ PROVISION PARA PENSIONES DE JUBILACION/ DEDUCCION-Rechazo

Con relación al cargo a gastos con abono a la cuenta "pasivos acumulados" correspondiente a nómina, provisión para primas, provisión bonificación, provisión cesantías y provisión varios, no puede aceptarse como deducción en razón de que la sociedad solicita como gastos deducibles el valor causado en el año por concepto de pagos a empleados y en consecuencia la provisión para cubrir los mismos es inaceptable como gasto, menos aun cuando como lo afirma el dictamen la actora durante el mismo año cargó a gastos de administración y ventas la cifra que resultó por defecto en las provisiones hechas para los pagos de servicios y la nómina del año anterior. De otra parte de acuerdo con el D. 2053 de 1974, sólo era deducible, en materia de pagos al personal, la provisión para el pago de pensiones de jubilación. (Período fiscal 1975).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Veinte (20) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2237. Actor: Singer Sewing Machine Company. Apelación de la sentencia de 18 de Mayo de 1988 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta.
Año gravable de 1975.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 18 de Mayo de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, dentro del juicio de revisión, intentado por la sociedad " SINGER

SEWING MACHINE COMPANY", contra la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta correspondiente al año gravable de 1975.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó oportunamente la declaración tributaria del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente a la vigencia fiscal de 1975, en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

La Administración de Impuestos Nacionales practicó a la declarante inspección sobre sus libros de contabilidad y como consecuencia de las glosas propuestas en el acta de visita, que consideró no desvirtuadas, practicó liquidación de revisión, adicionando la renta bruta declarada en la suma de $352.592.984, rechazando; costos y deducciones por valor de $17.414.408, pasivos por valor de $255.344.735 descuentos por CATS e imponiendo sanciones por inexactitud en cuantía de $142.739.938 y de libros por valor de $14.739.398.

Inconforme la sociedad interpuso recurso de reposición, alegando la nulidad de la liquidación de revisión por violación del Código de Procedimiento Civil artículo 152 numeral 4o.; el estatuto procedimental de renta, falta de competencia del funcionario que practicó la liquidación, y el rechazo por los ingresos adicionados y costos y deducciones desconocidos así como contra la imposición de las sanciones.

La División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, al avocar el conocimiento del recurso reiteró las adiciones de ingresos, admitiendo solamente las partidas de $1.469.350.70 y $1.744.557, correspondientes a gastos de financiación que la Administración considera cuenta de ingresos, en razón de que ellos ya fueron materia de adición dentro del total de $4.387.911 al tratarlo como gastos pagados por anticipado pero que realmente afectaban los ingresos de 1975, y el valor de $54.588.64 sobre los cuales determinó, no ser necesario el cumplimiento de requisitos sobre pagos a terceros, por no constituir renta para su beneficiaria.

Con ocasión del recurso de apelación, la Dirección General de Impuestos Nacionales, mediante la Resolución 02546 H del 5 de Agosto de 1980, no accedió a decretar la nulidad pedida contra el acto administrativo ni contra la resolución que falló el recurso de reposición, acusada de no haber decretado una inspección contable solicitada.

Pero con relación a los planteamientos de fondo reconoció el valor de $15.230.584.25, correspondiente a descuentos en ventas, la suma de $24.323.124, adicionada en la liquidación de revisión al constatar que estaba gravada doblemente, la primera por hacer parte de la cantidad de $31.055.485, correspondiente a mercancías recogidas con cargo a cuentas por cobrar, cuya adición se mantuvo. El valor de $6.744.119.57 correspondiente a la cuenta #40.000. " Costo de ventas "

cargos con abonos al admitir que se trata de un ajuste para valorar al costo real el valor de las existencias tanto en fábrica como en el departamento de mercadotecnia.

La suma de $1.409.485.61 al considerarla como reversión de las provisiones efectuadas, ya que además dicha suma no se solicitó como gasto. Los valores de $1.458.350.70 y $1.744.557.08 por concepto de gastos de financiación sin devengar, en razón de que tales cantidades se encuentran incluidas en la suma de $4.387.911, que a su vez hace parte del valor de $96.185.827 que se adicionó como menor valor en ventas.

Cuentas por pagar por $1.677.010, que se habían rechazado por tratarse de vigencias expiradas, en razón de que con ocasión de los descargos al acta de visita se enviaron las facturas correspondientes a los meses de Enero a Agosto de 1975.

Reconoció la suma de $540.788.68, correspondiente a erogaciones menores, que no estaban sujetas a las exigencias establecidas en el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, y $457.618.61, correspondiente a la cuenta " 11600 " provisión para pérdidas; $200.485, correspondiente a reversión de la cuenta con Distribuidora Rook A. C.; $40.000 por arriendos pagados a Milanesa Ltda; $69.170 por gastos de viaje en el exterior.

Así mismo redujo el valor de la renta adicionada por concepto de recuperación de deducciones en $23.785 y aceptó pasivos con terceros en cuantía de $22.065.947.25, por haberse comprobado plenamente; pasivos con proveedores por $1.677.010; y 8.740.000 por concepto " de otras obligaciones por pagar ", por hacer parte de la suma de $22.068.947, propuesta en el acta de inspección contable.

Como consecuencia del valor total de $54.008.876 reconocido, se reliquidaron las sanciones por inexactitud y libros.

Inconforme la sociedad acude ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de revisión de la operación administrativa que le determinó el impuesto sobre la renta a cargo, alegando violación de los artículos 20, 26, 34 y 63 de la Constitución Nacional; 152 numeral 2o, 4o y 6o del Código de Procedimiento Civil; 51, 65, 91, 92 y 126 del Decreto 1651 de 1961; 85 inciso 1o. literal d) del Decreto 074 de 1976; 1o, 14 numeral 3o, 15, 16, 18, 30, 32, 55, 64, 124, 126 y 127 del Decreto 2053 de 1974; 66 del Decreto 2247 de 1974; 13 numeral 8o, 16, 34, 35 y 40 del Decreto 2821 de 1974; 8o. del Decreto 2348 de 1974; 17, 40, 41, 84 y 86 del Decreto 187 de 1975; 16 del Decreto 400 de 1975; 1500, 1849 y 1857 del Código Civil; 905 del Código de Comercio; 115 del Código Penal y 66 inciso 2o. del Código Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no accedió a decretar la nulidad del acto administrativo acusado, pero accedió en parte a las súplicas de la demanda en lo relacionado con la adición al rechazo inicial de ventas a plazos por $231.864.755;

adición por reducción de inventarios $3.407.386, adición por ajuste de financiación no devengada por $295.083, gastos de financiación sin devengar, abonó a provisión para pérdidas por $5.813.384, adición por ajuste de cambio por $7.937.664 e intereses pagados a Martínez Cruz Ltda por $5.811.307. Como consecuencia fijó la renta gravable en la suma de $101.718.915, fijó un impuesto de renta, después de aplicar los descuentos en la de $40.309.321 y reliquidó las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia demuestra su disconformidad por:

1) Desconocimiento de la nulidad del acto administrativo:

a. Por pretermisión de los artículos 91 y 92 del Decreto 1651 de 1961.

b. Por carencia de competencia del funcionario que practicó la liquidación de revisión.

2) La confirmación de la adición a la renta bruta por concepto de la mercancía recuperada por $31.055.485. Valor que la sociedad llevó como devoluciones en ventas, con las cuales disminuyó los ingresos brutos ya que considera que dado el sistema de ventas a plazos que tenía la sociedad, la utilidad bruta se obtiene de las cuotas recibidas de las cuentas por cobrar, originadas en ventas de años anteriores cuya utilidad fue diferida, y de las cuotas recibidas por las ventas efectuadas en el año gravable de que se trata, pues la utilidad correspondiente a las cuotas no recibidas se difiere para ser declarada en los años siguientes en que se reciban. Y que en consecuencia, jamás en un sistema de ventas a plazos el monto de las ventas del año constituye ingreso fiscal y que en tal evento la disminución de las ventas del ejercicio en manera alguna afecta el ingreso fiscal ni la renta bruta.

3) Adición a la renta bruta por $11.027.467, porque el Tribunal incurre en error al decir que la realidad de las ventas efectuadas del 19 al 31 de Diciembre de 1974 y por ende la realidad de su reversión no fueron demostradas, ya que el experticio rendido por los peritos da cuenta perfecta del registro de las ventas de este período en el año de 1975 y de su reversión, así como también fotocopias de los comprobantes de diario por medio de los cuales se registra en los libros oficiales el valor de las ventas *registradas en 1976,* de las dos primeras semanas del calendario Singer, por $3.17218.65 (sic) de tal manera que en ningún momento las reversiones anteriores corresponden a disminución de ventas reales del año fiscal de 1975, sino a una reversión de ventas de los registros consolidados del corte de cuentas para los estados financieros de la Compañía Singer Internacional, los cuales se cierran el 17 de Diciembre de cada año y la diferencia de tiempo transcurrido del 18 al 31 de Diciembre corresponde al cierre del año fiscal colombiano. Que la afirmación hecha por los peritos de haber hecho un largo estudio, verificación, demostración

y comprobación, necesariamente significa que examinaron no solamente los comprobantes de diario, sino todos los documentos probatorios base de los comprobantes de diario.

4) Adición a la renta bruta de la suma de $4.387.911 por financiación no devengada, de la cual no discute el rubro de $295.083.29 aceptado en la sentencia limitándose la apelación al ajuste de gastos, reversado por el comprobante de diario # 40 y los cargos con comprobantes de cierre por valor de $3.290.577.81, ya que estima que el Tribunal no apreció correctamente el informe de los peritos cuando manifiestan que: " Con la operación contable descrita en la explicación de este punto, se muestra claramente que dicho cargo a la cuenta 30.000 ventas, obedece como se dijo anteriormente, en caso similar, para ajustar, corregir o mejor dicho separar de las ventas contabilizadas, la parte correspondiente a la cuenta #11.500 sin devengar en la vigencia de 1975 para la División de Productos Industriales D.P.I. como se muestra en los comprobantes de diario adjuntos ", con lo cual a su entender los peritos afirman que con el comprobante 14 ADP, se contabilizó un ingreso por financiación sin devengar, es decir un ingreso inexistente, que se reversó con el comprobante #40. Y que el segundo guarismo hace referencia exclusivamente a una situación de técnica contable y no de derecho, como es definir si se afectaron o no las ventas y en consecuencia la renta gravable declarada, cuestión que definieron los peritos.

5) Adición por venta de cartera por $6.753.869, que la Administración fundamentó como no declarada como parte integrante de las ventas. Dice que como lo reconoce el Tribunal, el salvamento de voto y el experticio dicha cantidad si fue declarada.

6) Adición de la suma de $6.379.384 por concepto de " Descuentos en ventas" con abono a la cuenta 11500 " Gastos de financiación sin devengar", que hace parte del valor de $12.192.768 que adicionó la Administración por concepto de ingresos financieros, ya que considera que las conclusiones de los peritos sobre este punto son más que suficientes para demostrar la inconsistencia de las apreciaciones del Tribunal de primera instancia.

7) Adición de la suma de $6.079.039 por concepto de financiación no devengada. Manifiesta que no está de acuerdo con la sentencia porque a pesar de que para el Tribunal no es cuestionable el registro en si de las operaciones, que corresponde a una técnica contable que muestra una sustracción de valores al ingreso fiscal, mantiene la adición con el argumento de que los comprobantes de contabilidad mediante los cuales se registró la operación no tienen soporte alguno, cuando se trata de un movimiento de cuenta interno, mediante el cual se cancelaron unos intereses que no se devengaron, pero que se habían contabilizado como tales, y no de la realización de transacciones con terceros, por lo cual no pueden existir documentos externos.

8) Adición a la renta de la suma de $229.135 por concepto de facturas por pagar, ya que estima que el Tribunal se limitó a repetir el planteamiento formulado en la

vía gubernativa, desatendiendo el aporte correspondiente de la demanda, que es suficientemente claro.

9) Adición a la renta bruta de la suma de $32.307.728 por concepto de cuentas por pagar " *intra singer* " y otros, que considera improcedente porque el Tribunal no aceptó en primer lugar el error aritmético planteado, porque los cargos a cuentas " cargos de administración y ventas " fueron de $18.682.681.79 y no de la suma anteriormente anotada, limitándose a repetir las conclusiones del acta de inspección y afirmando que la suma discutida está incluida en el total de gastos por $241.369.736.17 y que "...correspondía al contribuyente acreditar el valor probatorio de los registros correspondientes a las participaciones señaladas mediante la presentación de sus comprobantes internos y externos de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2821 de 1974..."

Cuando el informe de los peritos da cuenta que los cargos efectuados a gastos de administración y venta solo ascendieron a la suma de $16.911.420.67 con lo cual se precisó la existencia de un error aritmético, no sóo en la liquidación de revisión, sino en la misma demanda y que además, según los mismos peritos, el registro de tales gastos se ajustó a la técnica contable y los soportes están conformados por facturas, comprobantes de egreso, nómina de pago, listado de consolidación y pagos de cesantía del año de 1975. Concluye que en consecuencia los gastos pedidos no pueden rechazarse porque no se demostró que tales gastos reales no constituían expensas deducibles.

Reitera con relación a la misma suma, la petición de nulidad de la liquidación por no haber sido explicada su adición en el memorando explicativo de la liquidación de revisión, e insiste que la inspección de libros practicada por la Administración no es prueba idónea para la adición cuestionada.

10) Adición a la renta de la cantidad de $3.629.218 por pérdida en venta de cartera, por lo expuesto en el memorial demandatorio.

11) Adición a la renta bruta por la suma de $1.720.559 por provisión para pérdidas, ya que considera que al contrario de lo manifestado por el Tribunal, el dictamen de los peritos concluye que la suma en referencia si corresponde a la parte del costo de la mercancía vendida a plazos y no recuperada por incumplimiento de los compradores.

12) Rechazo de costos y deducciones en cuantía de $6.900.385, por lo expuesto en la demanda, reiterando la petición de nulidad.

13) Rechazo de la deducción por arrendamiento de equipo electrónico en cuantía de $3.131.295, ya que considera que correspondía al estado demostrar que los bienes estaban ubicados en Colombia para desvirtuar la presunción de veracidad que amparaba la afirmación hecha por la sociedad de estar los mismos ubicados en Caracas.

14) Rechazo de intereses en cuantía de $1.400.704, porque dado el sistema de causación contable que lleva la sociedad, ésta tenía derecho a deducir los intereses causados aun cuando no se hubieren pagado en dicha vigencia. Afirma que en la certificación expedida por la entidad bancaria en el año de 1974 sobre intereses pagados se encuentran algunos que sólo se causaron en 1975.

15) Rechazo de pagos por servicios profesionales por valor de $164.689, ya que considera que la no aceptación por parte del Tribunal del certificado expedido por el revisor fiscal, aduciendo que carece de firma auténtica, y porque su texto no hace referencia a los registros y comprobantes externos exigidos por la ley, es errada, porque no existe, ninguna norma que exija la autenticación de la firma del revisor fiscal en los certificados que éste expida y que antes por el contrario el Decreto 01 de 1984, artículo 3o. enseña que en virtud del principio de la economía no se deben exigir autenticaciones, y porque en segundo lugar, el revisor fiscal, dejó expresa constancia en su certificación, que el registro en los libros se hallaba debidamente respaldado por lo comprobantes externos exigidos por la ley.

16) Sanción por inexactitud por $40.687.566. Alega el apelante que esta sanción es absolutamente improcedente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 126 del Decreto 1651 porque en ninguna parte de la declaración de renta aparece que la sociedad hubiera omitido ingresos o solicitado costos, o deducciones inexistentes, y que los propios funcionarios, en lo controvertido, lo más que adujeron fue un tratamiento diferente al de su propia apreciación, y que tampoco de los cargos denegados por el Tribunal, existe razón para aplicar la sanción por inexactitud.

17) Discrepa, por último de la sanción por libros, al considerar que si el Tribunal aceptó que el sistema de ventas a plazos o por instalamentos estaba correctamente manejado contablemente, es un contrasentido afirmar que los libros de contabilidad no eran los apropiados para las características del negocio o que fueron llevados en forma que no reflejaban su verdadero movimiento.

OPOSICION A LA DEMANDA

La entidad demandada a través de apoderado judicial se opone a las pretensiones de la apelación, reiterando frente a los motivos de nulidad, los planteamientos hechos por el *a-quo* y en cuanto a los aspectos de fondo manifiesta igualmente, estar de acuerdo con su decisión, transcribiendo las impugnaciones de la demanda y análisis del Tribunal para el rechazo de los cargos.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas Fiscal Sexta de la Corporación considera que la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar proceder al reconocimiento de las partidas rechazadas por la Administración que se han considerado suficientemente probadas dentro del proceso y que igualmente se efectuen los

ajustes correspondientes en la baste para calcular la sanción de inexactitud y se mantenga la sanción por libros.

Estima, analizando los cargos de la demanda que:

1. No procede la nulidad pedida por pretermisión de los artículos 91 y 92 del Decreto 1651 de 1961, porque, pese a lo afirmado por el demandante de no haberse estudiado ni tenido en cuenta los descargos al acta de visita, estos sí fueron analizados por la Administración y sobre ellos se produjo el concepto contable visible a folios 6102 y 6105, y que además la actuación oficial fue el resultado de las glosas efectuadas por la Administración en una inspección a los libros de contabilidad de la empresa, en cuya acta se pormenorizó cada una de las partidas y el fundamento legal para proponer su rechazo, acta que fue trasladada para descargos y discutida en la vía gubernativa.

Con relación al argumento de falta de competencia en el funcionario que produjo la resolución, estima que no es cierta la afirmación, pues la competencia para proferir una liquidación de impuestos nace bien de la facultad conferida por una ley a una determinada dependencia o bien de la delegación que por virtud del artículo 146 del Decreto 1651 de 1961 pueden efectuar los funcionarios de la Dirección General de Impuestos en sus subalternos.

Señala que el artículo 9o. del Decreto 2821 de 1974, que determina los elementos que debe contener una liquidación de revisión, hace referencia a la firma del funcionario o sello de control manual o automatizado, por lo cual las liquidaciones de impuestos no necesariamente deben ir firmadas por el funcionario competente, sino que dicho requisito puede ser sustituido por un sello manual o automatizado que no necesariamente debe indicar el nombre o el cargo del funcionario responsable, pues no lo exige así la norma. Y que en consecuencia pretender inferir incompetencia de la impresión de un sello no tiene fundamento alguno.

2. En cuanto a la improcedencia de las adiciones a la renta bruta.

2.1 Que debe mantenerse la adición por la mercancía recogida por valor de $31.055.485, porque la sociedad no les dio el tratamiento contable exigido por el artículo 32, ordinal 3o. del Decreto 2053 de 1974, violando así el principio contable de la consistencia, al apartarse, en el tratamiento de la mercancía recuperada de su sistema especial. Y que no es cierto que con dicho proceder no se altere la determinación de la renta bruta, pues en el sistema de ventas a plazos la renta bruta se afecta con costos proporcionales y si se distorsionan éstos, al no efectuar los registros contables tal como la norma lo exige, (costo inicial menos la parte de los pagos recibidos que corresponden a recuperación de costos o costo total cuando la mercancía no se recupera) es obvio que la renta bruta también se distorsiona.

2.2. Que debe mantenerse la adición correspondiente a la revisión contable por $11.027.467 rechazada por la Administración, porque solicitada por la comisión visitadora las facturas correspondientes a las ventas de 1974 que por efectos del

calendario singer, debieron reversarse en 1975, la sociedad informó que era imposible tal demostración y que, en consecuencia los comprobantes de diario no tienen los soportes correspondientes, " por lo cual es preciso concluir que no se cumplió con respecto a estas contabilizaciones, con los requisitos exigidos por el artículo 40 numeral 2o. del Decreto 2821 de 1974. Y por esta razón la conclusión que al respecto expone el dictamen pericial no es suficiente para desvirtuar el rechazo oficial, porque en él ninguna mención se hace a esos soportes externos que no fueron presentados a la comisión visitadora. Que la pericia se limitó a los comprobantes de diario pero en parte alguna menciona haber examinado los soportes que dieron lugar a tales comprobantes.

2.3 Que debe mantenerse la adición por el cargo de financiación no devengada porque:

a) Ante el ajuste por gastos en cuantía de $802.250, solicitada su comprobación, la sociedad se vio en la imposibilidad de hacerlo y pretendería justificarla con las diferencias en los listados producidos por el computador en la cuenta de financiaciones reabiertas.

Y que aun cuando la demanda explica que este asiento fue posteriormente revervado con el comprobante # 40 de Diciembre del mismo año, y que en definitiva el gasto no fue solicitado, en la parte correspondiente de la prueba pericial se solicitó la comprobación de la reversión del registro, pero el experticio en su conclusión no hace mención a alguna de dicho comprobante. Y que por otra parte en el el comprobante #40, cuya fotocopia auténtica obra en el proceso a folio 414, no figura reversión alguna, sino que se trata de un comprobante de cierre de cuyo contenido no se puede establecer que se este efectuando reversión, sino ajustes a algunas cuentas.

b) Cargos en el comprobante de cierre por $3.290.578. Conceptúa que debe mantenerse su adición, porque no se justificó el cargo ya que lo manifestado por los peritos nada aclara, ya que al plantear el punto solo afirman que la partida corresponde a reversión de ventas efectuadas entre el 20 y el 31 de Diciembre de 1974 y posteriormente en la conclusión agregan, que igualmente incluye reversión por máquinas recogidas y reclasificación de timbres, llevados inicialmente a mayor valor de las ventas.

2.4 Con relación a la adición del ingreso por venta de cartera y el rechazo de la pérdida solicitada por el mismo motivo, conceptúa que debe mantenerse la actuación oficial, porque si bien podía la contribuyente registrar su operación en concepto diferente a ventas ordinarias, estaba obligada a declararla de conformidad con el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974. Y que contabilizados el ingreso por venta de cartera como el costo de la operación, si la contribuyente, habida consideración de que la venta no le produjo utilidad resolvió no incluir el ingreso en la declaración, debió igualmente excluir su costo, pues éste a su vez disminuye la renta bruta, o sea que la renta resultó doblemente disminuida.

2.5 Considera que así mismo, fue acertado el rechazo de la pérdida por valor de $3.629.219, porque las únicas pérdidas deducibles de acuerdo con el Decreto 2053 de 1974 son las operacionales y de capital.

2.6 Que debe mantenerse también la adición de $6.379.384 por concepto de gastos de financiación sin devengar, que la sociedad llevó como descuento en ventas, pero que después admitió que, no se trataba de un descuento sino de una reversión, porque si bien las reversiones de las contabilizaciones son un mecanismo cuya aplicabilidad es reconocida dentro de las técnicas contables, dicho movimiento debe estar respaldado y justificado plenamente y debe saberse con certeza qué cuentas se están afectando con dicha reversión. Que por el contrario existen contradicciones entre lo afirmado en la demanda y el dictamen pericial respecto a la periodicidad de los movimientos de la cuenta 11.500 (por una sola vez al final del ejercicio según la demandante y mes a mes según el dictamen) y a la razón de no haber sido devengada la financiación y justificación de la reversión (ajustes en asiento de cierre según la demanda y reversión de descuentos en ventas según la pericia) que tampoco se explica la contradicción en que incurre la demanda cuando de una parte afirma que con la reversión se rebaja el monto de la financiación sin devengar que precisamente se había contabilizado como ingreso, y más adelante sostiene que el comprobante #40 no disminuye el ingreso sino que se utiliza para efectos de ajuste y control de las diferentes cuentas. Por lo que parece indicar que la pericia se refirió a otro tema y por ello quedan sin sustento las afirmaciones de la actora, que estaba obligada a probar los hechos alegados.

2.7 Que igual suerte corre la adición a la renta de la suma de $6.079.039, por concepto de financiación no devengada, que según la demanda obedece a financiación que se contabilizó en su oportunidad como un ingreso pero que debido al incumplimiento del cliente (venta de las cuentas por cobrar y otros) el ingreso finalmente no se percibió; porque según dan cuenta las observaciones del acta de visita dicha contabilización se efectuó sin comprobantes internos y externos, actuación que no puede aceptarse, pues en la medida que fuera necesario ir disminuyendo el ingreso por pago adelantado de la cuenta, desaparición del cliente, cesión de la cuenta por cobrar o cualquier otro motivo, el respectivo comprobante de soporte de contabilización de la operación debía identificar, que clientes y por concepto de que venta no se dio el ingreso contabilizado. Porque en estas operaciones hay terceros involucrados y documentos contables, contratos, facturas, ventas de cartera, que debían respaldar las transacciones que motivaron la disminución del ingreso, y que además, si como lo afirma la demanda y pudo establecerse en la visita, corresponde a deudas perdidas, su reconocimiento estaba supeditado por la ley al cumplimiento de requisitos especiales contenidos en el artículo 61 del Decreto 2053 de 1974, 80 y 81 del Decreto 187 de 1975.

2.8 Conceptúa que debe mantenerse la adición de $229.135 correspondiente a facturas de otras vigencias fiscales que aumentaron los costos de ventas en 1975, pues se trata de una deducción improcedente.

2.9 Con relación a la adición de la suma de $32.307.720 luego de estimar improcedente la pretendida nulidad por falta de explicación sumaria por el rechazo de cuentas por pagar, considera que:

a) Cargo a gastos por $389.883 con abono a la cuenta 11.350, debe aceptarse porque como lo afirma el dictamen, sus soportes contables internos y externos se encuentran debidamente archivados y adjuntos a las respectivas notas de contabilidad.

b) El cargo a gastos por $2.778.870, con abono a la cuenta 17.100, correspondiente a las subcuentas, sueldos y jornales anticipados, gastos pagados por anticipado y bonificaciones especiales a empleados, debe aceptarse ante la claridad que arroja el dictamen, pero disminuido con $1.658.000 que según la observación que obra a folio 54, corresponde a prima de servicios y nómina del año de 1974 y no de 1975.

c) Cargo a gastos por $930.544, con abono a la cuenta 21.400, debe aceptarse de acuerdo con el dictamen de los peritos.

d) Que el rechazo del cargo a gastos por $11.105.708 con abono a la cuenta No. 21.600 que corresponde al manejo de la cuenta provisiones por concepto de primas, vacaciones, cesantías y varios, las cuales se abonan a pasivos acumulados no puede aceptarse porque la provisión tiene como única finalidad proveer partidas para atender los gastos que se van presentando en el curso del ejercicio, pero cuando éstas se presentan realmente se debe ir castigando, con el objeto de que al finalizar el ejercicio no figure como cuenta de resultado, sin que pueda aceptarse adicionalmente a la deducción solicitada por pagos a empleados, estas provisiones que obedecen al cálculo estimado de pagos por efectuar.

e) Que el cargo a gastos por $1.712.414 y correspondiente a la contabilización mensual del servicio de procesamiento electrónico, que se efectua a través de una cuenta " intercompañías ", debe aceptarse ante su legalización al final del ejercicio, con la factura enviada por la beneficiaria, que totaliza el valor de los cargos y cuya fotocopia auténtica se adjunta como anexo 20 del dictamen.

Que no procede el reconocimiento del supuesto error aritmético alegado por la actora, sobre la cifra legal que totalizó para su rechazo la Administración, que el dictamen conceptúa que es incorrecta por cuanto las contabilizaciones registradas por la sociedad en dicha cuenta solo totaliza $16.911.420, porque tal como lo afirma el Tribunal en la sentencia apelada, el valor total de los " Gastos de Administración y Ventas" establecido por la Administración en su visita, corresponde exactamente al solicitado por la sociedad en su declaración de renta, esto es la suma de $241.369.736, cifra de la cual la Administración rechaza $32.307.728 que totalizó en la cuenta 21.100. Concluye que comprobado como está, mediante el dictamen, que las cuentas en mención solo tuvieran cargos por $16.911.420 es obvio que la Administración omitió la cuenta origen de la partida restante, lo cual no constituye error aritmético por cuanto no puede afirmarse que no esté incluido dentro del gran total de $241.356.736. Pero si da lugar a que se infirme su rechazo, porque para la

contribuyente era imposible controvertir su fundamento ante el desconocimiento de cuales fueron los gastos objetados. Considera que por ésta deben aceptarse $15.639.308.

2.10 Estima que debe mantenerse la adición a la renta bruta por $1.720.559 por concepto de provisión para pérdidas porque según lo establecido en el acta de inspección ocular a los libros de contabilidad de Singer (Hoja 56 del acta) y lo afirmado en el dictamen pericial el valor cargado a gastos de aduana y ventas fue abonado a la cuenta No. 11.600 de provisiones, que a su vez está integrada por subcuentas 11.620, 11610, sin que quepa duda de que se trata de una provisión y no como afirma la demanda, de "costo de mercancia no recuperada".

3. Rechazo de costos y deducciones.

3.1 Deducciones generales por $6.900.385, dice que debe denegarse la pretensión, pero que el valor de la sanción por inexactitud debe mantenerse sólo sobre el concepto de provisiones por ser fiscalmente improcedentes, pero no así, sobre los restantes costos y deducciones sobre los cuales no cumplió requisitos.

3.2 Conceptúa que debe mantenerse el rechazo de deducciones por arrendamiento de equipo electrónico por $3.131.295, ya que de conformidad con el artículo 63 del Decreto 1651 de 1961, el contribuyente estaba obligado a demostrar los hechos en que funde los recursos intentados entre las liquidaciones o providencias administrativas. Y rechazados por la Administración los gastos en el exterior, por falta de retención en la fuente, ha debido demostrar que la renta no era de fuente nacional.

3.3 a) Comparte el desconocimiento del pago de intereses pagados a entidades bancarias por valor de $1.400.704, porque la interpretación del artículo 37 del Decreto 2053 de 1974 que hacen la Administración de Impuestos y el Tribunal es acertada. Y que por otra parte, revisados por la fiscalía los antecedentes administrativos, no encontró los anexos de la declaración de renta en cuyo movimiento de diferidos se apoyó la demanda, que han debido se adjuntados para efectos de probar el hecho en que ésta se basa.

b) Otros intereses, dice que debe mantenerse el rechazo porque el único apoyo es la pretensión de nulidad, que no procede.

3.4 Estima que debe aceptarse el pago por concepto de honorarios por $164.689, porque la certificación del revisor fiscal de la sociedad es suficiente para probar el hecho de acuerdo con la Ley 145 de 1960.

4. Sanción por libros.

Conceptúa la agente del Ministerio Público que según consta en el acta de inspección contable (hoja 84) la comisión visitadora pudo constatar que la sociedad incurrió en hechos que dan piso jurídico a la aplicación de la sanción por libros, que debe mantenerse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala las peticiones de la apelación se reducen a cuatro puntos: nulidad, adiciones a la renta, rechazo de costos y deducciones, e imposición de sanciones, que habrán de analizarse con base en las normas fiscales vigentes para el período y las pruebas aportadas dentro del juicio de revisión de impuestos intentado por la actora.

1. Nulidad del acto administrativo de determinación del tributo por violación de los artículos 91 y 92 del Decreto 1651 de 1961.

Conforme con esta norma, cuando se practique inspección ocular sobre la contabilidad del contribuyente, del acta de visita deberá darse traslado al contribuyente con el fin que éste presente los descargos y observaciones pertinentes.

Considere así mismo, que los datos consignados en el acta de inspección contable estén fielmente tomadas de los libros, salvo que el contribuyente demuestre su inconformidad. Siendo obligación del funcionario a quien corresponde resolver el negocio calificar los conceptos y observaciones respectivas. Según la demanda, el poco tiempo que tuvo la Administración, desde el momento en que se presentaron los descargos 5 de Mayo de 1978 y la fecha de la liquidación (8 de Mayo) del mismo año, hacía fisicamente imposible el análisis de los descargos y los anexos probatorios, de donde infiere que no se estudiaron las mismas.

Observa la Sala que en la liquidación oficial, se hace mención punto por punto de la adición de ingresos y del rechazo de costos y deducciones aduciendo los valores glosados en el acta y el incumplimiento de normas legales de donde debe inferirse que los descargos hechos no fueron suficientes a juicio de la Administración para controvertir las partidas adicionadas o rechazadas, pero sí fueron analizadas por la Administración produciendo concepto contable (Fl.6102 a 6105).

Así mismo con oportunidad del conocimiento de los recursos de reposición y apelación interpuestos por la vía gubernativa por la actora, tan se tuvieron en cuenta dichos descargos que implicó la modificación del acto recurrido. No se configura entonces la transgresión de los artículos 91 y 92 del Decreto 1651 de 1961 invocados en la demanda, porque a tenor del artículo 92 del Decreto 1651 de 1961, era al funcionario de la División de Recursos Tributarios a quien correspondía atender, analizar y evaluar los descargos y pruebas presentadas. Además de acuerdo con la ley, las nulidades son de consagración taxativa y no puede prohijarse por analogía, menos en materia tributaria en donde, como bien lo anota la colaboradora fiscal, rige el principio de la especificidad.

b) Falta de competencia del funcionario que practicó la liquidación de revisión.

Que hace consistir la demanda en el hecho de no haber sido practicada la liquidación por el jefe de la sección de auditoría interna del impuesto sobre la renta y sucesoral, de acuerdo con el artículo 85 del Decreto 074 de 1976, y que afianza

en las exigencias que de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 2821 de 1974 debe contener la liquidación de revisión, entre las cuales está la firma del funcionario, el sello de control manual o automatizado, cuya existencia niega porque el impuesto corresponde al sello autorizado por la resolución 37 A del 10 de Agosto de 1961, para reemplazar la firma de quien para la época de la liquidación objetada no era el competente para practicar liquidaciones de revisión, pues se refiere al jefe de la sección de liquidación, cargo que no existía por haber sido suprimido por el Decreto 074 de 1976 artículo 73.

Comparte la Sala en este aspecto el concepto de la colaboradora fiscal en el sentido de que la competencia para proferir una liquidación de impuesto de renta nace bien de la facultad conferida por la ley a una determinada dependencia o por la delegación, que por virtud del Decreto 1651 de 1961 pueden efectuar los funcionarios de la Dirección de Impuestos en sus subalternos.

Para precisar si el acto administrativo es válido porque quien lo produjo tiene facultad legal, es necesario acudir al decreto invocado cuyo artículo 75, radica como norma general de competencia en las Administraciones de Impuestos Nacionales, la atribución de determinar en el territorio de su jurisdicción, los impuestos de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales, sin perjuicio de lo previsto en el mismo decreto para las unidades de auditoría externa y la sección de sociedades de la Administración de Impuestos de Bogotá.

No hay duda alguna que fue la Administración de Impuestos de Bogotá a través de una de sus dependencias la que practicó el acto acusado y que para su legalización se impuso un sello oficial autorizado por acto administrativo, cuya revocación para la fecha no ha sido alegada ni probada sin que pueda inferirse de su utilización la falta de competencia del funcionario que practicó la liquidación, pues fue voluntad de la Administración legalizar su acto con el sello que hasta ese momento estaba autorizado por resolución anterior, es decir que se presume su legitimidad y validez, máxime cuando la actora no ha probado ni alegado siquiera que éste no fuera el autorizado por la Administración al momento de practicar y notificar la liquidación.

No prospera entonces el cargo de nulidad.

2. Adiciones a la renta bruta

2.1 Confirmación de la adición a la renta bruta por concepto de mercancía recuperada por valor de $31.055.485 que la sociedad cargó a cuentas por cobrar, disminuyendo con el mismo valor las ventas del ejercicio al castigarlas con la mencionada suma que trató como "devoluciones en ventas."

El artículo 32 del Decreto ley 2053 de 1974, consagra un tratamiento específico para la determinación de la renta bruta, cuando el contribuyente que lleva contabilidad por el sistema de causación, realiza sus ventas por el sistema de crédito a plazos,

pagando el comprador una cuota inicial que no puede exceder del porcentaje que para el efecto fije la Junta Monetaria.

El reconocimiento de este sistema no es objeto de controversia en el *sub-judice,* pues si bien lo cuestionó en principio la Administración, fue aceptado por el *a-quo.* Sólo se discute si con el cargo de las devoluciones a la cuenta ventas se omitieron ingresos volviendo a la norma antes citada, se observa que es la misma ley la que establece el procedimiento que deben seguir tanto la Administración como el contribuyente para determinar la renta bruta, en el sistema de ventas a plazos sin que uno u otro estén facultados para apartarse de dicho ordenamiento legal en la determinación de la renta bruta.

Al establecer el procedimiento aplicable tanto al artículo 32 del Decreto 2053 de 1974 como el 42 del Decreto reglamentario 187 de 1975, enseñan que:

1) Que de la suma de los ingresos efectivamente recibidos en el año o período gravable, por cada contrato, se sustrae a título de costo una cantidad que guarde con tales ingresos la misma proporción que exista entre el costo total y el precio del respectivo contrato. Dado el sistema de pago por cuotas en dicho precio va involucrado el costo por financiación.

2) La parte del precio de cada contrato que corresponde a utilidad bruta por recibir en años o períodos posteriores al gravable, debera quedar contabilizada en una cuenta especial como producto diferido por concepto de pagos pendientes de ventas a plazos.

3) *El valor de las mercancías recuperadas por incumplimiento del comprador, debe llevarse a la contabilidad por el costo* inicial menos la parte de los pagos recibidos que corresponde a recuperación del costo.

Cuando en el caso de incumplimiento del comprador no sea posible recuperación alguna, el costo no recuperado *es deducible de la renta bruta.*

Entonces si al monto total de ingresos se le aplica de acuerdo con la ley el porcentaje que resulta de la proporción costo total sobre ingreso bruto, es indudable que al disminuir, desconociendo la ley, el ingreso por ventas del ejercicio de 1975, cuando lo ordenado era diferente, y sin determinar además si la rescisión correspondía a los contratos celebrados en el ejercicio fiscal o en ejercicios anteriores, se está disminuyendo el ingreso fiscal del período correspondiente en una cantidad que no es la autorizada por la ley.

En consecuencia, cuando la Administración no admitió la disminución que de los ingresos hizo la sociedad contribuyente, no hizo cosa distinta de dar aplicación de la ley a cuya observancia estaba obligada. No prospera el cargo de violación del artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, pues ante la existencia de norma especial, ha de proferirse ésta a la norma general por mandato del artículo 5o. de la Ley 57 de 1887.

2.2 Adición a la renta bruta por valor de $11.027.467. Suma que la sociedad contribuyente, reversó en las ventas de 1975, por corresponder al " ajuste debido al calendario Singer " que involucra las ventas del 19 al 30 del mes de Diciembre del año anterior y que la Administración no aceptó por considerar que con ella se disminuía igualmente las ventas del año 1975.

El Tribunal encontró razonables las explicaciones dadas por la sociedad pero negó su reconocimiento por falta del suficiente respaldo probatorio, al considerar que los comprobantes de diario no hacen mención sobre los soportes externos o facturas que los respalden.

De acuerdo con el artículo 51 del Código de Comercio, " harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios."

El inciso 2o. del artículo 53 del mismo ordenamiento enseña que:

" El comprobante de contabilidad es el documento que debe elaborarse previamente al registro de cualquier operación y en el cual se indicará el número, fecha, origen, descripción y cuantía de la operación, así como las cuentas afectadas con el asiento. A cada comprobante se anexaran los documentos que la justifiquen."

Estos documentos han sido clasificados como de orden interno y externo. Son los primeros aquellos que sirven para registrar operaciones que no afectan directamente a terceros, como el movimiento de reservas, diferidos, salidas de inventario para consumo, apropiaciones para impuestos, etc. que deben contener fecha, número, descripción de la operación y su cuantía.

Son de orden externo los documentos que se producen para registrar operaciones realizadas con terceros, como contratos, facturas, recibos de caja, comprobantes de pago, recibo de mercancías etc.

No en todos los casos para asentar y dar por válida una operación contable se requiere de la existencia de soportes que hagan mención a documentos externos, pues estos sólo se requieren para el registro de operación con terceros.

Estima la Sala que tratándose de una operación contable que tiene por objeto reversar ventas del 19 al 31 de Diciembre de 1974, que por efecto del calendario contable de la empresa quedaron incluídas en el correspondiente a 1975, pero que era necesario excluir de este período, entre otras razones por la de independencia de las anualidades fiscales, era suficiente el comprobante de diario interno, ya que el movimiento no afectaba operaciones con terceros, que si debieron registrarse en 1974, tomando como soporte en dicha oportunidad los documentos externos.

Acreditado como está dentro del proceso la reversión del asiento, respaldado con el respectivo comprobante de diario, y admiitida que la explicación dada por

la sociedad contribuyente es lógica y válida, habrá de aceptarse el reconocimiento de la disminución de los ingresos correspondientes al ejercicio de 1974, por valor igual al adicionado por la Administración, pues además el experticio practicado da fe sobre dicha contabilización y reversión.

Prospera el cargo.

2.3 Adición a la renta bruta por la suma de $4.387.911 por concepto de financiación no devengada, de los cuales el Tribunal aceptó el valor de $295.082.29 por lo que la apelación se concreta al ajuste de gastos, reversado por el comprobante de diario #40 por $802.250 y el cargo de cierre de ejercicio por valor de $3.290.577.71.

Con relación al primer ajuste por $802.250, se observa que su adición a la renta declarada por el contribuyente, fue propuesta en razón de que con ella se disminuían los ingresos del año gravable así:

" Subcuenta No. 30.140 " Venta de mercancías recogidas con abono a cuenta No. 11.500. Gastos de financiación sin devengar $4.387.911."

Con relación a este punto, el dictamen (hojas 39 a 41) ante la pregunta No. 2. " La cantidad de $802.250, está respaldada por el comprobante No. 40 de Diciembre de 1975, por medio del cual se reversó el registro con base en el comprobante 14 ADP, también de Diciembre de 1975, por lo cual en definitiva no quedó contabilizado como gasto."

Responde " En principio obedece esta contabilización, mediante el comprobante de diario No. 14 A de la División de productos industriales, de Diciembre de 1975, a la diferencia presentada entre la financiación causada por ventas y la financiación sin devengar acumulada, calculada y contabilizada, habiéndose afectado las siguientes cuentas:

	DR	**CR**
Cuenta 30.000 cargo a ventas	$ 802.250	
Cuenta 11.500 financiación sin devengar		$ 802.250

Y explica el experticio que la operación descrita, demuestra claramente que el cargo a ventas, obedece al fin de separar de las ventas contabilizadas, la parte correspondiente a la cuenta 11.500 " Financiaciones sin devengar", en la vigencia de 1975, para la división de productos industriales D P C, como se demuestra en los comprobantes de diario adjuntos.

Como puede observarse, el experticio no se refiere en absoluto al comprobante #40 de 1975, en el cual afianza la demanda su pretensión sobre este punto, y con

el cual pretende probar la reversión del asiento respectivo, para concluir, que habiéndose producido la reversión no puede proponerse la adición.

Como el experticio no permite probar el asunto alegado cual es la reversión del asiento con movimiento en las cuentas 30.000 y 11.500, habrá de mantenerse la adición.

Con relación al valor de $3.290.911, que la demanda hace consistir exclusivamente en situación de técnica contable relacionada con la reversión de financiación no devengada en el año de 1975, por corresponder a ventas de 1974 que se reversaron igualmente, observa la Sala que los peritos dan cuenta de que este valor involucra además de la financiación no devengada por ventas de las dos últimas semanas de 1974, la reversión por financiación de máquinas recogidas y reclasificación de timbres llevados inicialmente a mayor valor de las ventas, habrá de aceptarse como consecuencia lógica de la reversión de las ventas por el mismo período comprendido entre el 19 al 31 de Diciembre de 1974, en razón de que los comprobantes de diario son suficiente soporte para el registro contable de la operación.

2.4 Adición por ventas de cartera por $6.753.869 que la contribuyente omitió en su declaración tributaria, y rechazo de la pérdida por el mismo concepto por $3.629.218.

La sociedad contribuyente omitió en su declaración de renta denunciar los ingresos correspondientes a la venta de cartera, por $6.753.869, la que según el experticio tenía un valor de $10.383.089, y que le representó una pérdida de $3.629.218.

La Administración de Impuestos adicionó a la renta el valor de la enajenación y desconoció la pérdida, al considerar por una parte que la sociedad estaba obligada a declarar el ingreso y que no declarado éste, no había lugar a deducir la pérdida, ni a reconocer su costo.

El análisis de la conclusión a que llegaron los peritos acerca de la realidad de la venta de cartera y la pérdida en su enajenación, coadyuva a afirmar que la actora al no incluir el ingreso, pero si deducir como costo el valor contable de la cartera incurrió en omisión de ingresos, pues si consideró que la enajenación no le produjo utilidad alguna y por ello se abstuvo de declararla no ha debido imputar dentro del costo de ventas brutas el valor de la cartera enajenada, pues al así haberlo hecho detrajo arbitrariamente costos aplicables a un ingreso omitido.

Como bien afirma la colaboradora fiscal, podía en tal evento la Administración tomar dos caminos:

a) Adicionar el ingreso
b) Disminuir del costo de ventas el valor de cartera enajenado imputado dentro de los mismos, con lo cual la situación fiscal de la contribuyente queda ajustada a

su realidad económica, independientemente de que en su enajenación el precio recibido fuera inferior. Por esta razón, estima la Sala que la adición del ingreso por venta de cartera es perfectamente válido.

No prospera el cargo.

Con relación al rechazo de la pérdida por la enajenación o venta de cartera, precisa la Sala que es procedente su rechazo por tres motivos:

a) Porque la pérdida en venta de cartera no está contemplada como deducible en la ley tributaria ya que ella no corresponde exactamente al concepto de pérdida de deudas, pérdida de capital, que son las únicas que como deducibles contempla la ley fiscal.

b) Porque si como lo afirma la demanda la pérdida en venta de cartera, no constituye pérdida operacional sino pérdida en la enajenación de un activo fijo para la sociedad, la regulación de ganancias ocasionales para las sociedades sólo tuvo vigor a partir de la ley 20 de 1979, cuyo artículo 6o. parágrafo 3o, estableció que las pérdidas ocasionales se restan de rentas de la misma naturaleza para determinar la ganancia o pérdida neta, pero sin establecer su deducibilidad o compensación con la renta ordinaria.

c) Porque es indudable que al haber incluido el valor de la cartera en los costos de operación contabilizados, su importe quedó deducido en dicho total, y pretender una deducción por pérdida adicional equivale a un doble beneficio fiscal no permitido en la ley.

No prospera el cargo.

2.5 Adición de la suma de $6.379.384 por concepto de cargo a la cuenta No. 31.100 " descuentos en ventas" con abono a la cuenta No. 11.500 " gastos de financiación sin devengar" y que la demanda explica manifestando que, para propósitos de presentación de la utilidad a consolidar en los Estados Unidos debe mantener el registro de ventas sin incluir la financiación por devengar, que resulta como consecuencia del sistema particular de ventas a plazos colombiano, en el cual se debe registrar el valor total del contrato incluyendo el precio de la mercancía más la financiación y que por dicha circunstancia se requiere de una cuenta de ajuste que al *final* debe reversarse, lo cual efectuó la compañía, mediante el comprobante de cierre de tales cuentas No. 40.

Con el fin de probar tal aseveración, la demanda inquiere de los peritos que digan:

" Si es cierto que el cargo de $6.379.384 integrante del total de $12.192.768, a la cuenta No. 31.100 " descuentos en ventas " con abono a la cuenta No. 11.500 " Financiación sin devengar ", no alteró la renta bruta, puesto que la cuenta No. 11.500 no es una cuenta de resultado sino de activo de balance."

El concepto de los peritos, sobre ingresos financieros no devengados, refiriéndose a la utilidad de $6.379.384 ilustra previamente, a modo de ejemplo el tratamiento contable de " estos descuentos en ventas" en el mes de Febrero que afectaban directamente la financiación sin devengar, discriminando los items utilizados para el registro por la sociedad, señalando que dicho sistema se registra mes a mes.

Indica así mismo que para efectos del cierre de operaciones del año de 1975, se procedió a reversar todo el movimiento contable mediante el movimiento de "las ventas" y " financiación sin devengar " en cifras totales por cada uno de los conceptos y que con dicho movimiento, no se alteró la renta bruta mediante la contabilización de los comprobantes de diario 40 y 41. Como soporte de las explicaciones y conclusiones adjuntó hoja de trabajo resumen (anexo 16) en donde analiza los descuentos en ventas que totaliza en $17.056.142.45 que castiga con los comprobantes de cierre Nos. 30, 40 y 41 para un saldo total de la cuenta de -0-.

No obstante, el movimiento según el comprobante No. 40 indica un cargo a la cuenta 11.500 por valor de $6.379.384, llevado al estado de pérdidas y ganancias como lo anota la Administración de Impuestos.

En conclusión la cuenta creada para efectos de demostración de financiación por ventas, separadamente del ingreso por venta de máquinas, fue cancelada para dejar como saldo cero, dicha cancelación se efectuó parcialmente con el comprobante No. 40 con saldo no de cero sino de $6.379.384 con el cual se disminuye la utilidad en el estado de pérdidas y ganancias. En consecuencia no es admisible la justificación dada por el apoderado judicial sobre la adición de esta suma.

No prospera el cargo.

2.6 Adición de $6.079.039 por " Financiación no devengada. Cargada a la cuenta 11.500.

Esta suma fue adicionada a la renta de la sociedad en razón de la ausencia de soportes internos y externos que justificaran las operaciones.

La contribuyente pretende desvirtuar dicho cargo, manifestando que la suma adicionada corresponde a financiación que se devengaría si el cliente hiciera sus pagos mensualmente, pero que si éste paga anticipado, o desaparece y no paga, o la sociedad cede a un tercero las cuentas por cobrar, jamás recibira esos ingresos.

Comparte la Sala en este punto tanto las consideraciones de la señora fiscal, como las del juez de primera instancia, porque si la financiación no devenga corresponde a pagos anticipados, cancelación de contratos por incumplimiento de clientes, o venta de la cartera, estas son transacciones con terceros que requieren documento externo cuya mención a su vez era necesaria para la elaboración del comprobante que soportara el cargo a la financiación causada.

No existiendo prueba que permita determinar con certeza la procedencia del cargo, habrá de mantenerse su rechazo, habida cuenta de que el experticio tampoco da concepto sobre el asunto.

No prospera el cargo.

2.7 Adición de $229.135 por facturas pagadas por vigencia fiscal distinta.

Con relación a esta partida, dice la demanda que la Administración de Impuestos se equivoco al proponer la adición porque aun cuando existe el cargo a costo de ventas, que es la manera correcta de contabilizar el pasivo, dicha cantidad no incidió en la determinación del costo de ventas, porque la razón de ser del asiento es la de mostrar en libros el valor real de las deudas.

A juicio de la Sala este razonamiento no desvirtúa el cargo hecho por la Administración, de que con dichas facturas se afectaron los costos del año de 1975, cuenta del estado de pérdidas y ganancias.

De otra parte en relación al hecho alegado por la demanda no existe prueba alguna que permita deducir que la glosa de la Administración no es verdadera, ni sobre este punto se pidió concepto de los peritos.

No prospera el cargo.

2.8 Adición del valor de $32.307.720, cuentas por pagar " Intra Singer ", No. 60.000, cargo a costos, con abono a cuentas y documentos por cobrar, que la Administración desconoció por el hecho de carecer su contabilización de soportes contables y además, debido a la existencia de registro de subcuentas por gastos no deducibles según la ley, correspondiente a vigencias expiradas, y abonos a cuentas sobre provisión sobre pagos a empleados no deducibles por no existir norma legal que lo permita.

Con relación a esta partida la demanda alega en primer lugar la existencia de un error numérico, afirmando que los cargos hechos a la cuenta " gastos de administración y ventas" con abono a la cuentas Nos. 11.350, 17.100, 21.400, 21.600 y 22.100 sólo ascendieron a la suma de $18.682.681.79, y que además la sociedad no solicitó como deducción ninguna provisión, sino que se limitó a crear dichas provisiones, deducir de la renta los cargos a la misma cuenta, reversando los excesos. Se atiene en este aspecto a la prueba pericial.

El dictamen de los peritos ante la pregunta específica y concreta de la demanda "si es cierto que los cargos a las cuentas "Gastos de administración y ventas", según lo comprobantes de diario Nos. 14 y 14A con abono a las cuentas 11.350, 17.100, 21.400, 21.600 y 22.100, sólo ascendieron a $18.682.681.79 y que éstos fueron gastos reales respaldados con los comprobantes exigidos por la ley ? Responde que analizados los comprobantes y cuentas especificadas en la pregunta:

" En nuestro examen constatamos que los cargos hechos a gastos de administración y ventas con abono a estas subcuentas, corresponden a gastos reales que la compañía registró por concepto de viaje y castigo de cuentas por cobrar a empleados por la no recuperabilidad de las deudas. Los soportes contables externos e internos (facturas, pasajes, etc), de los gastos de viaje, están archivados, junto con la forma 606 reporte de gastos, en carpetas individuales por cada empleado. La correspondencia, liquidaciones de prestaciones sociales y otros soportes contables con las que la Compañía determinó la no cobrabilidad de algunas cuentas por cobrar a sus empleados están adjuntas con las notas de contabilidad analizadas en las carpetas personales de cada empleado.

La conclusión de los peritos analizadas las cuentas y comprobantes de contabilidad aducidas fue que los cargos hechos a gastos de administración y ventas con los comprobantes 14 y 14A sólo ascendieron al valor de $16.911.420.67 y que la diferencia de $1.771.261.12, se debe a reversiones hechas en los registros contables con notas 1-24, 1-36 y III-68A de los mismos comprobantes de diario de Enero y Marzo de 1975, por valor de $1.434.621.44 que no fueron incluidos en el análisis presentado por la actora, siendo incorrectos los valores de $32.307.728 y $18.628.681.79 señalados.

El análisis de los cargos a la cuenta indica:

a) Que el cargo a gastos con abono a la cuenta 17.100 " gastos pagados por anticipado por $2.778.870.24, corresponde a causación de la porción mensual de gastos que la compañía paga por anticipado, y que es correcto diferirlos en la medida que los mismos representan beneficios para ingresos futuros. Considera el dictamen que dicha contabilización es correcta y afirma estar debidamente soportada con los documentos anexos a los comprobantes de egreso. Pero también da cuenta el dictamen que el cargo por el valor de $1.658.800, con abono a pasivos acumulados, resultó de la provisión para pago de primas y nómina del año de 1974, que solo se registraron en el año de 1975.

Estima la Sala que el concepto de los peritos de certeza sobre la realidad del gasto que habrá de aceptarse, excluido el valor de $1.658.800, que corresponde a gastos causados en vigencia fiscal distinta no imputable para el año de 1975.

b) El cargo a gastos por $383.883 con abono a la cuenta 11.350, compuesta por las subcuentas " anticipo a empleados para gastos de viaje ", " despidos de empleados ", " préstamos a empleados " y " cuentas varias por cobrar a empleados " a juicio de la Sala deben aceptarse en razón de que el dictamen pericial da cuenta de la realidad del gasto, su contabilización y la existencia de los soportes contables externos e internos como son las facturas, pasajes, reporte de gastos, correspondencia, liquidación de prestaciones, etc.

c) De igual manera habra aceptarse el cargo a gastos por concepto de causación mensual de aportes parafiscales, porque el dictamen da cuenta de la existencia de los correspondientes soportes contables anexos a los comprobantes de egreso,

además de que adicionalmente verificaron en los anexos No. 66 de la declaración tributaria la existencia de los certificados de paz y salvo por concepto de los pagos efectuados. Se acepta $930.544.

d) Con relación al cargo a gastos con abono a la cuenta 21.600 " pasivos acumulados por $11.105.708.54," correspondiente a nómina, provisión para primas, provisión bonificación, provisión cesantías y provisión varios, no puede aceptarse en razón de que la sociedad solicita como gastos deducibles el valor causado en el año por concepto de pagos a empleados, y en consecuencia la provisión para cubrir los mismos es inaceptable como gasto. Menos aun cuando, como lo afirma el dictamen. " Durante el año de 1975 Singer Sewing Machine Company, cargó a gastos de administración y ventas $1.658.800, con abono a la cuenta No. 21.600 " pasivos acumulados " cifra que resultó por defecto en las provisiones hechas para los pagos de servicios y la nómina del año 1974, y que se registraron en el año de 1975.

De otra parte de acuerdo con el Decreto 2053 de 1974, sólo era deducible, en materia de pagos al personal, la provisión para el pago de pensiones de jubilación.

e) El cargo a gastos por $1.712.414 con abono a la cuenta 22.100, que corresponde a la causación mensual de gastos por concepto de servicio de procesamiento electrónico de datos, prestado por la misma principal a través de su sucursal Caracas, deberá aceptarse por estar debidamente legalizada la cuenta con la factura enviada por la beneficiaria y en razón de que para el año de 1975 no existía una restricción legal que impidiera el reconocimiento de pagos entre las sucursales de una misma empresa extranjera.

f) Con relación al supuesto error aritmético alegado por la demandante observa la Sala que el dictamen se rindió sobre la cuenta 60.000 con cargo a las cuentas 11.350, 17.100, 21.400, 21.600 y 22.100, sobre las cuales inquirió la actora, pero no incluyó los valores señalados a cargo de las cuentas 21.113, 21.625, 21.650, 21.699 y 11.364, que menciona la resolución que agotó la vía gubernativa, razón por la cual resulta válida la afirmación hecha por la señora fiscal en el sentido de que el valor total de los " gastos de administración y ventas " establecido por la Administración en la visita corresponde exactamente al valor solicitado por la contribuyente, solo que al indicar el rechazo de las cuentas " Intra Singer " al identificar las cuentas no se esta refiriendo a su valor sino al total de la cuenta 21.100, omitiendo los números de la cuenta origen de la partida restante, que está incluida en el gran total de $241.356.736 de gastos.

No obstante en razón de no haberse identificado la totalidad de las cuentas rechazadas habrá de reconocerse el valor de $13.625.047, porque ante este defecto, el contribuyente estuvo imposibilitado de probar los cargos correspondientes. De otra parte notificada la demanda al Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales, el 11 de Diciembre de 1980, en obedecimiento al mandato del artículo 78 de la Ley 52 de 1977, ni éste ni su delegado presentaron controversia a lo manifestado en la demanda y con ocasión de la apelación el apoderado judicial

de la demandada, se limita a manifestar que la Administración si analizó y estudió cada uno de los argumentos y recaudo probatorio allegado por la accionante, pero nada dice, con relación a la identificación y monto de las cuentas que totalizaron el valor del rechazo de $32.307.728, ni explica porqué las cuentas identificadas arrojan sólo un cargo de $18.628.681, argüido por la contribuyente desde la misma vía gubernativa.

2.9 Adición a la renta bruta de la suma de $1.720.559 por provisión para pérdidas.

Este valor cargado a gastos de administración fue abonado, según informa el dictamen pericial, a las subcuentas 11.600, 11.620 y 11.690, que corresponden en su orden a " Provisión para pérdidas instalamentos", " Previsión para pérdidas distribuidores y Book account " y " provisión para pérdidas otros", y que los cargos a gastos realizados mediante los comprobantes de diario No. 5 y 14 presentan un total de $1.811.354.05 y en la subcuenta 11.690 se registran siete partidas que reversan el movimiento inicialmente cargado a gastos por $244.540 que se consideró exceso de provisión. Y que en definitiva el cargo neto a la cuenta 60.000 " gastos " fue por valor de $1.566.814, con abono a la cuenta 11.600.

En segundo término, los cargos a esta cuenta 11.600 con abono a cuentas por cobrar 11.311 y 11.321, realizadas mediante el comprobante de diario #10 arrojó un castigo por valor de $1.684.223.42, con cargo a la provisión que corresponde al saldo no cancelado de las cuentas por cobrar de clientes que han desaparecido y por lo tanto la cuenta se convierte en incobrable.

Esta manifestación de los peritos no deja la menor duda de que la sociedad incrementó la cuenta de gastos con el valor de provisiones, cuya deducción no está permitida en la ley. Si bien pudo haber incurrido la sociedad en pérdidas operacionales, debido al incumplimiento de sus compradores, o si bien consideró las deudas manifiestamente pérdidas, ha debido seguir para su deducción las regulaciones contenidas en los artículos 32 numeral 3o; 60; 61 y 62 del Decreto 2053 de 1974 según fuere el caso.

Es de anotar además que alegado por la actora el hecho de que el cargo a gastos corresponde al costo de la mercancía no recuperada, el tratamiento contable dado a la misma, no corresponde a este concepto sino al aumento de gastos como resultado del cargo a la cuenta 60.000 " gastos de administración y ventas" con abono a la provisión para pérdidas, operación que como lo afirma el *a-quo,* no permite establecer que el valor llevado a gastos corresponde al valor de la mercancía no recuperada.

No prospera el cargo.

3. Rechazo de Costos y Deducciones

3.1 Deducciones Generales por $ 6.900.385

Este rubro se integra por los siguientes items:

Provisión para prestaciones sociales	3.821.328
Amortización de diferidos	623.665
Descuentos sociedades anónimas	18.057
Reservas para ventas a plazos	1.253.196
Provisiones para prestaciones sociales	641.800
Gastos varios	196.063
Desfalco de empleados	90.550
Gastos financieros	7.546
Donaciones	248.180

Sobre este valor que rechazó legalmente la Administración por incumplimiento de requisitos y por no corresponder a gastos deducibles según la ley y algunos de los cuales generan derecho a descuentos tributarios (descuentos sociedades anónimas y donaciones) pero no a deducción, el único motivo de solicitud de reconocimiento es la manifestación del apoderado judicial de la actora de que se admitan como consecuencia de la nulidad del acto acusado. Petición que no prosperó. No existiendo fundamento legal ni probatorio que modifique la determinación del *a-quo,* el rechazo debe confirmarse.

3.2 Deducción por arrendamiento por $3.131.295.

El motivo de rechazo de esta deducción por parte de la Administración fue el hecho de no haberse practicado retención en la fuente, de acuerdo con el artículo 64 numeral 2o. del Decreto 2053 de 1974.

Al respecto alega la actora que no estaba obligada a efectuar dicha retención puesto que el ingreso no constituía para la beneficiaria renta de fuente nacional e invoca para el efecto el artículo 14 del Decreto 2053 de 1974, y arguye que el equipo arrendado estaba situado en Caracas pero no suministra prueba alguna que permita inferir su ubicación en el exterior.

Además en el año de 1975, el endeudamiento externo en materia de contratos en moneda extranjera, debía registrarse en la oficina de cambios del banco de la República de acuerdo con el artículo 101 del Decreto 444 de 1967, en consecuencia para mostrar la legalidad del pago en el exterior cuya deducción solicita la actora no es suficiente la simple aseveración que hace cuando de conformidad con los artículos 64 del Decreto 2053 de 1974 y 101 del Decreto 444 de 1967, era

indispensable que sobre estos gastos efectuados en el exterior se practicara la retención en la fuente o acreditar en defecto el hecho que permite excepcionar el pago del ordenamiento general, y demostrar el registro del contrato de acuerdo a las exigencias del control de cambios.

No prospera el cargo.

3.3 Intereses por $1.400.704

a) Pagados a entidades bancarias, que fueron rechazados por la Administración, por no estar incluidos en la certificación bancaria de acuerdo con lo exigido por el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974.

Norma que interpreta en el sentido de solo son deducibles en la medida que efectivamente se paguen y hasta el monto certificado. Razonamiento que es reiterado por el juez de primera instancia y por la colaboradora fiscal.

Contrariamente a lo expuesto por el *a-quo* estima la Sala que si bien el Decreto 2053 de 1974, prevé en su capítulo III deducciones, artículo 47 " Los intereses que se paguen a entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria son deducibles en su totalidad, siempre que estén certificados por la entidad beneficiaria del pago...", esta norma no puede interpretarse aisladamente, sino que, debe estudiarse armónicamente con las disposiciones especiales que regulan la determinación de los ingresos y deducciones para aquellos contribuyentes que llevan su contabilidad con base en el sistema de causación.

Estima la Sala que la deducción de intereses causados por aplicación del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, alegada por la actora y cuyo motivo de rechazo por parte de la Administración fue no coincidir con el valor certificado por las beneficiarias sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria debe aceptarse, debido al manejo contable que lleva la sociedad en forma permanente por cuentas de diferidos, que le permiten demostrar el saldo que viene del año anterior, los intereses causados dentro del ejercicio impositivo que deben coincidir con los solicitados en el año y los efectivamente pagados en el ejercicio (certificados por la entidad bancaria) y el saldo (que debe figurar en el activo). En esta forma la deducción causada armoniza con la exigencia legal de presentación del certificado expedido por la entidad bancaria por el valor efectivamente pagado.

Además, obra dentro del cuaderno de antecedentes administrativos el cuadro relacionado con los intereses causados por el año de 1974, en donde la misma Administración da cuenta de que los certificados presentados están por cantidad superior a la relación, pero que no se modificó puesto que en el oficio de adición la contribuyente expresa claramente que no modifica su privada, pues si se dedujeron los intereses por su valor real se modificaría la privada produciendo un menor impuesto, cosa que no puede hacerse.

Esta circunstancia encaja perfectamente con los hechos que alega la demanda (pag. 47) cuando afirma que el valor de $1.388.057 corresponde a saldos diferidos conforme lo indica en los anexos 63, 106 y C-88 de la declaración tributaria, en los cuales la sociedad discriminó los intereses causados, pagados, solicitados y diferidos en el año gravable. Razón por la cual deberán reconocerse los intereses solicitados por ajustarse al sistema de causación y cuentas diferidas que lleva la actora, lo cual no está en contra de la obligación de soportar el asiento de los intereses pagados con los certificados bancarios, tal como lo exige la ley.

b) Otros intereses pagados a varios por $12.617

El motivo que tuvo para su desconocimiento la Administración fue la carencia de formalidades legales. El apelante para su reconocimiento se acoge al resultado que se produzca de la solicitud de nulidad del acto acusado. No declarada ésta, no prospera el cargo.

3.4 Rechazo de honorarios por pago de servicios profesionales por $164.689.

El rechazo de esta deducción se debió al incumplimiento de los requisitos señalados por el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, que la sociedad ha insistido en que se encuentra probado con certificado expedido por el revisor fiscal de la contribuyente en que da cuenta del asiento del gasto debidamente soportado con comprobantes externos.

La Sala comparte el criterio de su colaboradora fiscal en el sentido de que el certificado del Revisor Fiscal es suficiente para aceptar este gasto por varias razones. En primer lugar, porque la condición del cargo de revisor fiscal de quien lo firmó está acreditada con certificaciones de la Cámara de Comercio y en segundo lugar, porque la forma como está expedida la certificación cumple con las exigencias de la Ley 145 de 1960, para aceptarlo.

4. Sanciones

4.1 Inexactitud. La actora considera que la sanción por inexactitud es improcedente de acuerdo con el artículo 126 del Decreto 1651 de 1961, porque la sociedad no omitió ingresos ni incluyó deducciones o costos inexistentes.

Para mayor entendimiento se transcriben las disposiciones pertinentes:

Artículo 124. " El solo hecho de la inexactitud en las declaraciones de renta y patrimonio, aun cuando exista total ausencia de dolo o culpa, acarreará a los contribuyentes una sanción pecuniaria equivalente a cinco veces el valor del impuesto de renta, complementarios y recargos, atribuible a la inexactitud ".

Artículo 125. " El impuesto atribuible a la inexactitud, sobre el cual debe computarse la sanción, será la diferencia entre la liquidación oficial y la

especial que para el efecto se practique sin tener en cuenta los factores de la inexactitud..."

Artículo 126. " Constituye inexactitud sancionable la omisión de ingresos o bienes susceptibles de gravamen; la inclusión de costos, deducciones, exenciones especiales o pasivos inexistentes; la solicitud de exenciones por personas que no hayan sido sostenidas por el contribuyente y, en general la utilización en las declaraciones de renta y patrimonio o en las correcciones y adiciones a ella, o en los informes suministrados a las oficinas de hacienda, de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto para el contribuyente.

No configuran inexactitud los errores de apreciación y las diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes en cuanto a la interpretación de las leyes y reglamentos siempre que los hechos y cifras denunciadas por el contribuyente sean completos y verdaderos..."

Como bien puede determinarse del contexto legal de la norma transcrita, constituye inexactitud la utilización en la declaración de renta de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados de los cuales se derive un menor impuesto para el contribuyente.

El largo y complejo proceso recorrido para determinar finalmente el impuesto a cargo de la compañía ha demostrado que tanto en su declaración como en su contabilidad incurrió en claras causales sancionables, pues no puede negarse que cuando la sociedad, desconociendo abiertamente la ley disminuyó el valor de ventas con el monto de las mercancías recuperadas por incumplimiento del deudor, desfiguró el carácter del ingreso; cuando le dio a provisiones no deducibles legalmente, el carácter de gasto cargándolos a la cuenta de gastos; cuando omitió denunciar el ingreso por venta de cartera; cuando incluyó una pérdida por la venta de la misma, siendo ésta no deducible, y en fin en los demás cargos no desvirtuados, no por diferencia de criterio, significa que utilizó dichos datos equivocados, incompletos y desfigurados que hubieran incidido en la determinación de un menor impuesto de no haberse realizado la acción de fiscalización.

Es por ello que se hace acreedora a la sanción por inexactitud prevista en la ley, obviamente sobre los factores no aceptados, independientemente del elemento intencional o culposo de su conducta.

4.2 Sanción por libros

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974:

"En lo concerniente al control tributario se consideran irregulares los siguientes hechos:
1. No llevar contabilidad, si hubiere obligación de llevarla, establecida por la ley o reglamento;

2. No tener registrados los libros de contabilidad, si hubiere obligación de registrarlos, establecida por la ley o reglamento.

3. No llevar los libros apropiados para las características del negocio o llevarlos en forma que no reflejan su verdadero movimiento;

4. No exhibir los libros de contabilidad, cuando las autoridades tributarias competentes lo exigieren;

5. Llevar doble contabilidad.

Del acervo probatorio que obra dentro del proceso como del mismo experticio contable, se infiere que la sociedad llevaba sus libros de tal manera que no reflejaba su verdadero movimiento, que es obvio, debe ajustarse a los requerimientos de la ley en la forma de registrar las operaciones respectivas; que sus operaciones carecían parcialmente de soportes contables; que no llevaba registrado el libro de actas; que carecía de los documentos soporte de las ventas a plazos, hechos que configuran la conducta punible tipificada en el artículo transcrito, razón por la cual no puede exonerarse a la contribuyente de la misma.

Como consecuencia de los cargos aceptados habrá de practicarse una nueva liquidación que quedará así:

RENTA		**BASE**	**IMPUESTO**
La determinada en la primera instancia		$ 101.718.951	
Menos: Sumas que se reconocen:			
1) Ventas reversadas correspondientes alperíodo comprendido del 19 al 30 de Diciembre de 1974	$ 11.027.467		
2) Reversión financiación no devengada	$ 3.290.911		
3) Cuentas Intra Singer:			
a- Gastos pagados por anticipado (2.278.870.24 - 1.658.800)	$ 620.870		
b- Cargo gastos con abono cuenta 11.350 (anticipo empleados etc)	$ 383.853		

c- Cargo a gastos por aportes parafiscales (ibídem)	$ 930.544			
d- Gastos por servicio procesamiento de datos	$ 1.712.414			
e- Gastos rechazados sin explicaciones de la Administración	$ 13.625.047			
4) Intereses a entidades Bancarias	$ 1.400.700			
5) Honorarios a profesionales	$ 164.689	$ 33.156.495		
GRAVABLE DEFINITIVA al 40%		$ 68.562.456	$ 27.424.982	
Menos descuentos tributarios por donaciones	$ 99.272			
por CATS	$248.973		$ 378.245	
Impuesto renta después de descuentos			$27.046.737	
Más sanciones				
Inexactitud Limitada el 100% del valor Impuesto	$ 27.424.982			
Libros 5% del patrimonio líquido según determinación primera instancia	$ 2.433.198		$29.858.180	
TOTAL A PAGAR POR IMPUESTO DE RENTA Y SANCIONES			$56.904.917	

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) En su lugar, *FIJASE* en la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS ($56.904.917) el valor total del impuesto de renta y sanciones que por el año gravable de 1975, corresponde pagar a la sociedad *SINGER SEWING MACHINE COMPANY* NIT 60.005.212, según la liquidación y 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; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DESCONTABLE-Improcedencia/ IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/ SERVICIO GRAVADO

El impuesto pagado por los servicios sólo es deducible si éste es computable como costo o gasto de la empresa y siempre y cuando el servicio esté gravado con el impuesto y que ante su cuestionamiento aparezca plenamente probado, en el caso discutido la adición de repuestos que tornen el servicio correctivo. Si bien los contratos celebrados prevén el suministro de repuestos, no se ha probado que efectivamente en dicho mantenimiento se hayan incorporado repuestos ni se especifican éstos, pues no obra factura que disgregue dichos conceptos, o sea, el mantenimiento es esencialmente preventivo y no correctivo, ante lo cual no puede aceptarse como gravado el servicio con el impuesto sobre las ventas que permita deducir proporcionalmente el impuesto sobre las ventas calculado (1, 4, 5 y 6 Bimestre de 1984; 1 a 5 bimestre de 1985).

IVA/ IMPUESTO DESCONTABLE-Procedencia/ IMPUESTOS SOBRE LAS VENTAS

En el certificado expedido por el representante legal y el contador público de la firma Corredora de Seguros, se hace constar claramente que en su carácter de corredor de seguros recaudó de la contribuyente los valores por concepto de primas de seguros e IVA, conforme con la relación que anexa en donde identifica a la compañía de seguros que asume el riesgo con su razón social, NIT, número de póliza, su fecha de vigencia, clase de seguro el valor asegurado, precio de la prima e IVA recaudado. Igualmente los intermediarios en venta de tiquetes dan cuenta de haber recaudado el impuesto sobre las ventas por la venta de tiquetes a la actora y el pago de la totalidad de los recaudos a las correspondientes empresas aéreas, conforme con una relación discriminatoria de información necesaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 3385. Actor: Floramerica S.A. Nit: 60.025.707. Apelación de la sentencia del 8 de Agosto de 1990. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, contra la sentencia del 8 de Agosto de 1990, 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 FLORAMERICA S.A., NIT 60.025.707 contra el acto administrativo que le negó parcialmente la devolución del impuesto sobre las ventas correspondiente al primer trimestre y 4o, 5o y 6o bimestre de 1984 y 1o a 5o bimestres de 1985.

ANTECEDENTES

El 16 de Enero de 1986 la sociedad contribuyente, presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá solicitud de devolución por la suma de $34.545.120 por concepto de saldos a favor del impuesto sobre las ventas por los períodos correspondientes al primer trimestre de 1984, 4o, 5o y 6o bimestres del mismo año y 1o a 5o bimestres de 1985, de acuerdo con las declaraciones que del respectivo impuesto presentó para dichos períodos.

Mediante autos comisorios Nos. 024 de Enero 31 y 037 de Febrero 18, ambos de 1986, la Administración ordenó inspección contable a la contribuyente con el fin de determinar los ingresos por concepto de ventas nacionales o exportaciones y la cuantía correspondiente a las ventas gravadas, exentas y excluídas del impuesto.

El 26 de Febrero de 1986, la Administración de Impuestos Nacionales por Resolución #000173 negó la devolución, en razón de haber encontrado diferencias entre los valores consignados en libros y en las declaraciones, falta de relación de las ventas nacionales, y ausencia del prorrateo de los impuestos descontables por costos y gastos comunes a las exportaciones. Además la improcedencia de descuentos por incumplimiento de requisitos legales por $2.128.374 y los descuentos proporcionales por ventas de flores en el país, excluídos del impuesto por $1.521.460, y la omisión de ingresos por $75.692.482 por operaciones exentas y excluidas del impuesto.

Contra dicha resolución, la contribuyente ejercitó el recurso de reposición, aceptando rechazos por $117.589 y solicitó inspección contable.

La División de Recursos Tributarios, mediante Resolución A 000164P de Junio 9 de 1988, previa inspección contable ordenó la devolución de $31.011.997 y negó el valor de $3.533.123. Con dicha resolución se agotó la vía gubernativa.

Inconforme la sociedad, acude en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitando el reconocimiento de la devolución por $1.866.511 valor al que limita su petición aceptando de plano el rechazo del prorrateo del impuesto sobre las ventas por $1.521.460; indebida identificación de beneficiarios $27.614, compra de activos fijos $21.035, servicios de mantenimiento $31.878, pasajes internacionales $21.771, error en suma $42.754, para un total de $1.666.512.

Alega violación de los artículos 11 del Decreto 570 de 1984; 72 y 75 del Decreto 3541 de 1983; 25 del decreto 1988 de 1974 y 31 de la Ley 52 de 1977.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca reconoció a favor de la actora el valor de $560.495, al considerar que se encontraban comprobados los pagos del impuesto a Umerca Ltda; Máquinas Bogotá y Texins de Colombia, pero que no sucedía lo mismo con el impuesto pagado a Suramericana de Reservaciones y Turismo Ltda, Montejo Hoyos y Cía Ltda y Viajes Delta Ltda, por seguros y pasajes que el libelo limita a $1.306.115, que la Administración rechazó por deficiencia probatoria en la identificación de los responsables de tales impuestos, porque aun cuando en el acápite sobre concepto de la violación expone que la sociedad si dio cumplimiento a los artículos 72 y 75 del Decreto 3541 de 1983, e invoca las pruebas presentadas ante la Administración y un nuevo certificado del revisor fiscal de FLORAMERICA en lo referente a las compañías aseguradoras y de transporte internacional, al interponer el recurso la sociedad admite que incurrió en error al señalar como beneficiarios de los pagos a los corredores de seguros y oficinas de turismo respectivamente y acompaña los certificados de las mismas, dichas certificaciones no son suficientes por no cumplir con los requisitos señalados por los artículos 72 y 75 del Decreto 3541 de 1983, pues no se identificó al responsable como lo exigen las normas mencionadas.

En cuanto al cargo de no haberse hecho la devolución en el término señalado por el artículo 25 del Decreto 1988 de 1974, no lo consideró por no haberse discutido en la vía gubernativa.

LA APELACION

1. *De la entidad demandada*

No comparte la decisión del *a-quo,* al aceptar el pago del impuesto a Umerca Ltda, porque de acuerdo con el artículo 3o. del Decreto 570 de 1983 (sic), el impuesto descontable es el impuesto facturado al responsable por la adquisición de bienes y servicios, y así lo ratifica el parágrafo 1o. inciso 2o. del susodicho artículo

3o, norma que sólo repite lo establecido por el Decreto 3541 de 1983 artículo 15 literal a) y parágrafo 1o. enciso 2o.

En cuanto a la aceptación del impuesto pagado a Texins de Colombia y Máquinas Bogotá, por mantenimiento preventivo, lo cuestiona porque si bien el contrato determina que se suministran repuestos cuando fuere necesario, no está probada la incorporación de repuestos, ni la certificación del contador señala los comprobantes de diario, los soportes internos ni las cuentas que se afectaron y que tampoco está acreditada la condición de contador público de quien suscribe la certificación.

2. *De la actora*

Manifiesta inconformidad con la sentencia por:

1) No haber admitido el reconocimiento de los impuestos pagados por tiquetes aéreos y seguros, adoptando el criterio errado del fiscal, que considera las pruebas presentadas, de acuerdo con la doctrina contenida en el concepto 14249, como modificaciones extemporáneas de las declaraciones de ventas. Considera que no siendo dicho concepto, una norma jurídica de aquellas a las que se refiere el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo, y que como tal su texto debía acompañarse a la demanda, se está haciendo una indebida aplicación análoga de esta norma al asimilar dicho concepto a norma jurídica de alcance no nacional, cuando sólo era necesaria su transcripción.

Reitera que debe aceptarse el descuento pagado a través de las Compañías de Corredores de Seguros y Agencias de Turismo, de acuerdo con las certificaciones expedidas por Montejo Hoyos y Cía Ltda. que indican el nombre de las compañías de seguros que asumieran el riesgo, número, fecha y valor de las pólizas respectivas y los impuestos de ventas o IVA pagados así como la expedida por Suramericana de Reservaciones y Viajes Delta Ltda.

2) Por haberse declarado inhibido el Tribunal, para no reconocer el pago de intereses de mora a favor de la contribuyente acusa de incongruente la sentencia, porque en el punto primero del fallo al reconocer la suma de $560.495, ordena el pago de los intereses legales; que no son otros que los corrientes y de mora, tal como aparece recopilado en el artículo 863 del Estatuto Tributario, pero a renglón seguido, en el numeral 2o. de la parte resolutiva de la sentencia el Tribunal se declara inhibido para decretar el pago de los intereses moratorios que se causen a partir del mes siguiente de la solicitud escrita de devolución.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe modificarse y en su lugar adoptar una decisión que fije la suma a devolver incrementada con los impuestos descontables pagados por la emisión de pólizas de seguros y pasajes aéreos internacionales por

$1.306.115, y la exclusión del impuesto pago por $560.495 por compras de vajillas para regalar. No comparte la fiscalía el razonamiento del *a-quo* porque 1) las agencias de viajes, según el artículo 1317 del Código de Comercio poseen capacidad para representar al empresario principal o compañías transportadoras en este caso, en la promoción de sus negocios y actúan como comerciantes de acuerdo con el artículo 20 de dicho Código, con la obligación de expedir facturas o documento equivalente que cumplan además con los requisitos establecidos en las normas tributarias, como la discriminación por separado del impuesto a las ventas y que no es menos clara la reglamentación que orienta la función de los intermediarios en el campo de los seguros cuyo control y vigilancia según la ley corresponde a la Superintendencia Bancaria, por lo que resulta cuestionable afirmar, que la factura o documento equivalente que incluya la liquidación del impuesto expedidos por dichos agentes o intermediarios, no poseen valor probatorio para acreditar la causación del tributo, por creerse que la Compañía responsable puede tener conocimiento tardío del hecho y por lo tanto también tardíamente dé lugar a la causación en su sede principal.

Propende porque la factura expedida por el agente de viajes o por el corredor de seguros, se acepte como prueba de la causación del impuesto, apta para permitirle al responsable la comprobación válida de sus derechos al descuento y a la devolución o compensación, siempre que se permita establecer a la beneficiaria aseguradora y demás datos requeridos por la Dirección de Impuestos Nacionales, los que considera suficientemente probados en el proceso.

2) Porque la adquisición de vajillas no constituye un costo de producción y venta vinculado a los artículos que se exporten conforme al parágrafo 1o. inciso 2o. del artículo 15 del Decreto 3541 de 1983.

Estima inoficiosa la decisión inhibitoria contenida en la sentencia para pronunciarse de fondo el Tribunal sobre el reconocimiento de los intereses moratorios al lado de las sumas cuya devolución ordeno, porque si en gracia de discusión a ello hubiere lugar lo accesorio sigue a lo principal, de suerte que este aspecto no exige alegatos ni demostraciones especiales en la vía gubernativa, como lo considera el Tribunal en su fallo.

Estima que la causación del interés moratorio no está prevista en los artículos 25 del Decreto 1988 de 1974 y 31 del Decreto 3541 de 1983 que sucesivamente sólo contemplan el interés corriente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Impuestos descontables

Este aspecto estaba regulado en el año *sub-judice* por el artículo 15 del Decreto 3541 de 1983 que por su importancia para el *sub-lite* transcribe la Sala.

" Los impuestos descontables son:

a) El impuesto sobre las ventas *facturado* al responsable por la adquisición de bienes corporales muebles y servicios, hasta el límite que resulte de aplicar al valor de la operación que conste en las respectivas facturas o documentos equivalentes, la tarifa del impuesto a la que estuvieren sujetas las operaciones correspondientes. Cuando la tarifa del bien o servicio adquirido fuere superior al diez por ciento (10%), la parte que exceda de dicho porcentaje constituirá un mayor valor del costo o del gasto respectivo, y por lo tanto, no otorgará derecho a descuento, salvo cuando se trate de productores de bienes sometidos a las tarifas diferenciales del treinta y cinco por ciento (35%) o del veinte por ciento (20%) y de sus vinculados económicos, en lo referente a tales bienes, en cuyo caso el impuesto correspondiente a los costos imputables a dichos bienes, se descontará en su totalidad..."

"Parágrafo 1o. Sólo otorga derecho a descuento, el impuesto sobre las ventas por las adquisiciones de bienes corporales muebles y servicios, y por las importaciones que, de acuerdo con las disposiciones del impuesto a la renta, resulten computables como costo o gasto de la empresa y que se destinen a las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas."

1) De acuerdo con la norma parcialmente transcrita son requisitos para que proceda al descuento de los bienes que se adquieren, o por los cuales se pagó el impuesto resulten computables como costo o gasto de la empresa y que se destinan a las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas. Circunstancia que no se da en el *sub-lite,* ya que los bienes adquiridos consistentes en vajillas, se destinaron a regalo por la celebración de aniversario de la sociedad y en manera alguna a las ventas de exportación. Comparte la Sala en este aspecto el concepto de su colaborador fiscal en el sentido de que el impuesto pagado a UMERCA LTDA por $245.120, no es descontable.

2) Así mismo, de acuerdo con la norma arriba transcrita, el impuesto pagado por los servicios, sólo es deducible si éste es computable como costo o gasto de la empresa y siempre y cuando el servicio esté gravado con el impuesto. No en todos los casos es admisible el cálculo previsto en el artículo 13 del Decreto 0570 de 1984, sino que es supuesto básico, se repite, que el bien o servicio adquirido se haya gravado previamente y que ante su cuestionamiento aparezca plenamente probado, en el caso discutido, la adición de repuestos que tornen el servicio preventivo de mantenimiento en servicio correctivo.

La Administración al glosar el gasto tuvo en cuenta que en el servicio de mantenimiento contratado no estaba demostrado que su prestación implicara la incorporación de repuestos, único evento en que de acuerdo con el artículo 19 numeral 10o. del Decreto 3541 de 1983 el servicio total se grava a la tarifa del 10%.

Estima la Sala que si bien los contratos celebrados con Texins de Colombia y Máquinas Bogotá preven el suministro de repuestos, no se han probado que efectivamente en dicho mantenimiento se hayan incorporado respuestos ni se especifiquen éstos, pues no obra la factura que disgregue dichos conceptos y por el

contrario de los contratos que obran a folios 30 a 37 del cuaderno de antecedentes, el mantenimiento es esencialmente preventivo y no correctivo y el suministro de repuestos nuevos o reutilizados es condicional a factores, que no se han detallado dentro de la ejecución del contrato, ni probado mediante las facturas de los servicios respectivos.

En conclusión no probada la incorporación de repuestos al servicio de mantenimiento, no puede aceptarse el mismo como gravado con el impuesto sobre las ventas, que permita deducir proporcionalmente el impuesto sobre ventas calculado.

Impuestos por pasajes aéreos y seguros

Comparte la Sala en este punto el criterio de su colaboradora fiscal con relación a la aceptación del impuesto pagado a través de las agencias de viajes ya que efectivamente de acuerdo con el artículo 1317 del Código de Comercio, por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero y en materia de seguros existe reglamentación sobre la función de los intermediarios en este campo, controlada y estrictamente vigilada por la Superintendencia Bancaria.

Obran dentro del expediente a folios 169 a 172, del cuaderno principal el certificado expedido por el representante legal y el contador público de las firmas Monejo Hoyos y Cía Ltda, Corredores de Seguros, como el certificado del contador público de las sociedades Suramericana de Reservaciones y Turismo y Viajes Delta Ltda., en donde claramente hacen constar, el primero, que en su carácter de corredor de seguros recaudó de la contribuyente los valores por concepto de primas de seguros e IVA, conforme con la relación que anexa en donde identifica a la compañía de seguros que asume el riesgo con su razón social, NIT, número de póliza, su fecha de vigencia, clase de seguro, el valor asegurado, precio de la prima e IVA recaudado.

De igual manera los intermediarios en venta de tiquetes dan cuenta a folios 173 a 180, del cuaderno principal de haber recaudado el impuesto sobre las ventas por la venta de tiquetes a la actora y el pago de la totalidad de los recaudos a las correspondientes empresas aéreas, conforme con la relación discriminatoria de la línea aérea, la factura, fecha, base gravable e IVA recaudado, certificados que fueron aportados a la Administración de Impuestos, desde el proceso gubernativo y con los cuales la Administración estaba en la posibilidad de verificar la realidad del pago por concepto de seguros, pasajes y el valor del impuesto a las ventas discutido.

A juicio de la Sala lo certificados aportados, dan plena convicción sobre la realidad del impuesto sobre las ventas pagado, susceptible de aplicarse como descuento de acuerdo con la ley y cuya devolución solicita la actora.

En consecuencia probado como está el pago del impuesto a las ventas por la compra de seguros y tiquetes de transporte aéreo, procede el reconocimiento del mismo como impuesto descontable que generó saldo a favor de la sociedad contribuyente y por lo tanto la sentencia del Tribunal en este aspecto debe revocarse.

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) RECONOCESE a favor de la sociedad FLORAMERICA S.A. NIT 60.025.707 la suma de UN MILLON TRESCIENTOS VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS ($1.327.886) más los intereses legales sobre la misma a que haya lugar, por concepto de saldo a favor del impuesto sobre las ventas por los períodos correspondientes al 2o. trimestre de 1984; 4o, 5o y 6o bimestres de 1984 y 1o, 2o, 3o, 4o y 5o bimestres de 1985.

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; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

COSTO-Rechazo/ IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ IMPUESTO DESCONTABLE

Solicitada por el contribuyente la devolución no hay la menor duda de que el impuesto de ventas calculado sobre las compras no podía incluirse como costo, y que con dicha actitud se persiguió un doble beneficio fiscal no previsto en la ley, sin que sea admisible la justificación de la actora de "declarar una vez obtenida la devolución el ingreso como recuperación de deducciones" porque el impuesto sobre las ventas no es deducible de la renta, pues la ley prevé textualmente en los Decretos 2053 y 2348 de 1974, cuáles son los impuestos deducibles, entre los cuales no está el de ventas, razón, por la cual no podría darse la recuperación de una deducción no prevista como tal por la ley (Período fiscal de 1982).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Veinte (20) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2827. Actor: International Emerald y Co. Ltda. Nit 60.024.307. Apelación de la sentencia del 20 de Octubre de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal.
Impuesto de Renta 1982
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 20 de Octubre de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda formuladas en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad INTERNATIONAL EMERALD Y CO. LTDA, con NIT 60.024.307 contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta a cargo para el año fiscal de 1982.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó su declaración tributaria del impuesto sobre la renta por el año gravable de 1982 el 7 de Junio de 1983, en la cual se fijó en la liquidación privada un impuesto a cargo de CERO (0) pesos.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante auto R 000164 de Junio 8 de 1984, ordenó una inspección a los libros de contabilidad de la actora, cuyas conclusiones quedaron consignadas en el acta del 11 de Junio de 1984 en la que se da cuenta:

a) De la omisión de ingresos por concepto de rendimientos financieros por valor de $1.567.500.

b) De la solicitud como costo de ventas de la partida de $75.881.850 que hizo parte del impuesto " calculado " sobre compras en el ejercicio, relacionados en el informe que, como comerciante exportador no responsable, presentó la sociedad con el fin de obtener la devolución del impuesto a las ventas calculado en $76.032.748 por los seis bimestres del mismo año gravable. Es decir, que la sociedad pretende un doble beneficio fiscal de una suma calculada: como impuesto descontable con derecho a devolución y como costo para disminuir la renta bruta del comerciante.

c) La indebida identificación de los beneficiarios por compras, pues los números de cédulas y Nits no corresponden a los nombres de las personas.

Ante esta circunstancia la Administración de Impuestos Nacionales mediante requerimiento especial 000084 de Noviembre 7 de 1984, propuso a la contribuyente la modificación de su liquidación privada como consecuencia de la adición de los ingresos omitidos y el desconocimiento del impuesto de ventas calculado por las compras, sobre el cual solicitó devolución en los bimestres 1 a 6 de 1982; el rechazo de costos por valor de $18.083.360 por falta de identificación de los beneficiarios.

Propuso así mismo la imposición de sanción por libros e inexactitud.

Mediante oficio de Febrero 7 de 1985 la sociedad contribuyente dio respuesta al requerimiento, manifestando que los rendimientos financieros no estaban causados y que se llevaron a ingresos diferidos y que si bien había solicitado devolución por el impuesto a las ventas por la compra de mercancías, una vez obtenida la devolución la haría figurar como ingreso por recuperación de deducciones.

El 14 de Agosto de 1985, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la liquidación de revisión #000272 en la cual determinó un mayor valor por impuesto de renta en cuantía de $11.704.285 y sanciones por libros e inexactitud por valor de $38.263.084.

Contra dicho acto administrativo la contribuyente interpuso recurso de reconsideración que fue fallado mediante la Resolución 0130 del 2 de Marzo de 1987, confirmando el acto administrativo recurrido.

Inconforme acudió INTERNATIONAL EMERALD Y CO.LTDA, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de las siguientes normas: Ley 52 de 1977, artículo 33; Decreto 1651 de 1961, artículo 78; Decreto 3803 de 1982, artículo 15 y Código del Comercio artículos 652 a 657.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda considerando que prosperaban los cargos de violación del artículo 9o. del Decreto 1494 de 1978, que si bien consagra la prohibición para los responsables del impuesto sobre las ventas de llevar el monto del impuesto como parte del valor de costos y gastos no era aplicable por no ser el actor responsable del impuesto, y que además el derecho al reconocimiento del costo requiere que las compras gravadas tengan relación de causalidad con la producción de la renta, situación que se da en el caso.

Arguye que al revisar el expediente no se logra determinar la existencia de la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas, requisito indispensable para obtener el beneficio consagrado en el artículo 25 del Decreto 1988 de 1974, por lo cual realmente no podrá operar el doble beneficio a que alude la Administración como fundamento del rechazo.

Acepta así mismo el valor de $7.576.300 por concepto de compras que la sociedad contribuyente indentificó indebidamente en la declaración tributaria, pero que considera probados con fotocopias autenticadas de varios cheques endosados y con sello de canje girados a favor de los proveedores, que la Administración no estimó.

Considera inaplicable la sanción por libros y redujo la de inexactitud a Cero.

LA APELACION

La entidad demandada a través del apoderado judicial apela la sentencia de primera instancia, manifestando que de una parte la cuenta compras de la sociedad por el año gravable, según se desprende del acta de visita, se abonó con cargo al haber social en el mes de diciembre por $240.959.001, que es el valor que debió solicitar la contribuyente en su declaración de renta, sin embargo en el renglón 195 del formulario lleva la suma de $320.798.523, que indica que los costos fueron incrementados en $75.881.850, que corresponde a impuesto sobre las ventas calculado.

Aduce que si bien es cierto que la actora no es responsable del impuesto sobre las ventas, no es menos cierto qaue al tenor de los artículos 48 del Decreto 2053 de 1974 y 56 del Decreto 2348 de 1974 el impuesto sobre las ventas no es deducible, por lo que no es válido el argumento de que, solicitados como deducibles se declararían como recuperación de deducción una vez obtenida su devolución.

Estima que si la sociedad se acogió al tratamiento establecido por el artículo 19 del Decreto 2815 de 1974, con el fin de solicitar la devolución del impuesto de ventas pagado, como efectivamente lo hizo, no puede tomar como costo lo que en la contabilidad figura como un menor valor del impuesto calculado, puesto que por un mismo concepto se estaría solicitando un doble beneficio fiscal, y además del hecho de la simple afirmación del actor en el sentido de que las devoluciones no prosperaron, no es mérito suficiente para considerar que se dio la violación alegada por el demandante. Y que de otra parte no cumple el gasto solicitado, con la exigencia del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, por que en el caso *sub-judice* el costo corresponde a un cálculo efectuado sobre compras, esto es, no es real.

Considera que contrariamente a lo afirmado por el Tribunal, de que al revisar el expediente no logró determinar la existencia de la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas, requisito indispensable para lograr el beneficio del artículo 25 del Decreto 1988 de 1974, las conclusiones del acta de visita, al costo de ventas que hace parte del impuesto a las ventas calculado, que figura en la contabilidad de la empresa como un menor valor del impuesto de ventas calculado, hace presumir la existencia de la cuenta del impuesto sobre las ventas.

Reitera la procedencia de las sanciones impuestas por la Administración.

CONCEPTO DEL FISCAL

La Fiscal Sexto de la Corporación al emitir concepto de fondo estima que debe revocarse la sentencia apelada, y en su lugar denegar las súplicas de la demanda, porque:

a) Con relación a la solicitud como costo del valor del impuesto de ventas calculado por $75.881.850, sobre el valor total de compras que solicitó como costo en la declaración de renta y a su vez cuya devolución pidió como impuesto descontable, surge evidente la intención de la demandante de defraudar al fisco, pues de la solicitud de devoluciones por impuesto a las ventas pagados en 1982, surgía la imposibilidad jurídica de llevar estos " impuestos calculados", sobre facturas de compras ya solicitadas en devolución, como parte integral de su costo de venta del mismo ejercicio.

Considera improcedente la actuación del Tribunal al pretender establecer si la sociedad era o no beneficiaria del derecho a la devolución de impoventas, pues su decisión debió referirse exclusivamente a establecer si fue válida la actuación de la Administración de Impuestos al rechazar el valor solicitado como costo de compras en renta, que ya había sido solicitado como devolución de impuesto de ventas

Estima improcedente así mismo la actuación del Tribunal, cuando a pesar de que la demandante no lo solicitó en su libelo, eliminó la sanción por libros aplicando el numeral 3o. del artículo 34 del Decreto 2821 de 1974, sanción que estima aplicable de acuerdo con el artículo 57 del Decreto 2821 de 1974, que sanciona aquellos registros contables que no reflejen de manera razonable el movimiento del negocio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el asunto fundamental de la apelación es la pretensión de la entidad demandada la Nación-Dirección de Impuestos Nacionales, en el sentido de que se revoque la sentencia y se confirme la actuación administrativa, aspecto este que hace necesario analizar la sentencia recurrida frente a las peticiones de la demanda, observando que la demandante no presentó objeción a la apelación.

Efectivamente, obran dentro del cuaderno de antecedentes administrativos (folio 165 numeración tinta verde) el aviso expedido por el Banco Real de Colombia, debidamente certificado por contador público, en donde consta, el abono a ésta, razón por la cual sólo se analiza la sentencia en los puntos que fueron desfavorables a la demandante, estos son:

1) La aceptación del Tribunal de la suma de $75.881.850 por concepto del cálculo del impuesto sobre las ventas solicitado como costo.

2) La no imposición de la sanción por libros de contabilidad.

1o. impuesto sobre las ventas computado como costo.

El motivo fundamental del rechazo por parte de la Administración fue el hecho de que la actora pidió, sobre el impuesto de ventas calculado sobre las compras, la devolución correspondiente según solicitudes Ns. 90882, 105282, 109282, 115082, 116182 y 264883 presentadas los días 24 de Noviembre y 22, 23, 28 y 30 de Diciembre de 1982 por $76.032.748, con base en lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto 2815 de 1974, y que en consecuencia no podía llevar su valor como costo.

Efectivamente, para la Sala de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 2815 de 1974, " los comerciantes exportadores no responsables deberán presentar dentro del mes siguiente al respectivo período en la Administración de Impuestos Nacionales correspondientes al lugar en donde se encuentre el asiento principal de sus negocios, una declaración de sus exportaciones donde se efectuará una liquidación privada de los impuestos descontables y conjuntamente podrán solicitar la devolución de dichos impuestos."

La razón de ser de la norma no es otra que evitar el sobrecosto de las mercancías de exportación, con el impuesto sobre las ventas que en su adquisición debió pagar el comerciante, circunstancia que implica que el valor del impuesto pagado no

puede llevarse como costo de la mercancía, sino en cuenta aparte, con miras a su repetición por parte de la Administración.

Solicitada por el contribuyente la devolución no hay la menor duda de que el impuesto no podía incluirse como costo, y que con dicha actitud se persiguió un doble beneficio fiscal no previsto en la ley, sin que sea admisible la justificación de la actora de " declarar una vez obtenida la devolución el ingreso como recuperación de deducciones," porque el impuesto sobre las ventas no es deducible de la renta, pues la ley prevé textualmente en el Decreto 2053 de 1974 artículo 48, y el Decreto 2348 de 1974, artículo 56, cuáles son los impuestos deducibles, entre los cuales no está el de ventas, razón, por lo cual no podría darse la recuperación de una deducción no prevista como tal por la ley.

Además, ejercitada por la contribuyente la opción de la devolución del impuesto sobre las ventas, no podía incluirla como costo del ejercicio, pues en ello, se repite, persiguió un doble beneficio no permitido por la ley, independientemente de la prosperidad del reintegro de las sumas pagadas, cuestión que no se discute en el presente juicio.

Censura la Sala por ello la actuación del Tribunal Administrativo, que se afianza en requisitos exigidos por un procedimiento distinto cual es el de devolución, ajeno a la cuestión discutida, para estimar que por adolecer la contabilidad de un vicio u omisión de una cuenta necesaria en ese otro procedimiento, cual era el del impuesto a las ventas calculado, tal negligencia sirviera de soporte a la actora para solicitar también como costo la devolución pedida, cuando en el mismo proceso se afirma la existencia de la solicitud de devolución, admitida por la propia actora. Incurre también el *a-quo* en falla censurable, cuando fundamenta la violación de la ley en una norma no invocada por la actora como violada, en decisión extra *petita* que no le es permitida al juez administrativo.

En consecuencia, la sentencia apelada en cuanto admite como costo el valor del " impuesto a las ventas calculado " con base en las compras efectuadas por la actora debe ser revocada y en su lugar denegar las súplicas de la demanda.

Sanción por libros de contabilidad.

De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2821 de 1974 artículo 34, en lo concerniente al control tributario se considera irregular el hecho de llevar los libros de contabilidad en forma que no reflejen el verdadero estado de los negocios, hecho que es evidentemente, por dos razones:

a) Llevar a costo una suma que constituye una acreencia (cual fue el valor de lo pagado por concepto de impuesto a las ventas por bienes de exportación), sobre el cual se pidió restitución a la Administración, y que afectó considerablemente el estado de pérdidas y ganancias de la sociedad.

b) Identificar a los beneficiarios de pagos con cédulas correspondientes a personas distintas, hecho que no permite determinar en un momento dado quienes son los terceros afectados por negociaciones con la sociedad.

Por lo tanto la sanción por libros impuesta por la Administración habrá de confirmarse y revocarse en este punto la sentencia apelada.

Así las cosas, es procedente confirmar la actuación administrativa.

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 del 20 de Octubre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del juicio 5757, y en su lugar, nieganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

DEDUCCION POR AGOTAMIENTO DE MINAS-Cálculo/ RENTA EXENTA-Cálculo/ IMPUESTO SOBRE LA RENTA

De conformidad con la letra E.del Decreto 2310 de 1974, el explotador de una mina tenía derecho a una EXENCION una vez que hubiere cesado el derecho a la " deducción " por agotamiento en virtud de haber amortizado el costo de la propiedad agotable. La forma de cálculo de esta exención está tomada de la que utilizó el mismo artículo para determinar la " deducción " por agotamiento a base de porcentaje fijo o sea 10% del valor bruto de la producción determinada conforme a lo producido en boca de mina, debiendo restarse previamente de dicho valor cualquier arrendamiento o regalías por concepto de la propiedad explotada; de aquí se deduce que la exención es sólo para el explotador, no para el propietario. Además, el cálculo debe hacerse sobre los datos de la misma compañía explotadora, es decir sobre sus propios costos (Período fiscal 1985).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3364. Actor: Cales y Cementos de Toluviejo S.A. "Tolcemento" C/ La Nación
Impuesto Renta
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad CALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A. " TOLCEMENTO", contra la sentencia proferida el 8 de octubre de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Sucre, negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, formulada contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto sobre la Renta por el período gravable de 1985.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previa inspección practicada a los libros de contabilidad de la empresa y Requerimiento Especial 002 del 13 de mayo de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales, practicó la Liquidación de Revisión 002 de septiembre 8 de 1988. En dicho acto limitó la exención de $49.869.312 solicitada en el renglón 260 del formulario rentístico, a la suma de $7.151.765 equivalente esta última al 10% del valor bruto de producción, que la Administración obtuvo de multiplicar las 459.625 toneladas producidas en 1985 a razón de $155,60 cada una y no a $1.085 como lo solicitó la declarante. El fundamento legal de esta exención que se discute, es la que se concedía a los explotadores de una mina cuando ya había cesado el derecho a la deducción por agotamiento, de acuerdo a los establecido en el Artículo 12 letra E del Decreto 2310 de 1974.

Esta decisión fue confirmada por Resolución 002 del 24 de abril de 1989, al desatar el recurso de reconsideración interpuesto contra el acto liquidatorio.

Agotada la vía gubernativa, de manera impropia demandó la actora ante la jurisdicción que se revise la operación administrativa por medio de la cual la Administración de Impuestos determinó el Impuesto de Renta a cargo de la sociedad por el período fiscal 1985 y se practique una nueva liquidación del tributo que reemplace a aquélla.

Insiste el actor en síntesis, en que la exención del 10% que solicita se le reconozca, con base en el literal E del Artículo 12 del Decreto 2310 de 1974, se determine teniendo en cuenta el precio de los productos extraídos en boca de mina y no con fundamento en el costo de producción, como lo interpretó la Administración de Impuestos.

Esto es, considera que la Oficina de Impuestos se equivocó porque confundió " valor bruto de producción " con " costo de producción " términos que tienen significado distinto. Siendo el que aspira de $1.085 por tonelada, contra $155,60 que fue el concedido.

Cito como disposiciones violadas las siguientes:

- Artículos 27, 28 y 30 del Código Civil
- Artículos 2 y 59 del Código Contencioso Administrativo
- Artículos 22 numeral 2o. y 19 inciso 2o. del Decreto 2053 de 1974
- Artículo 12 literal E del Decreto 2310 de 1974 y
- Artículos 31 y 32 inciso 2o. Ley 52 de 1977

El Tribunal Administrativo de Sucre negó las súplicas de la demanda.

Para el *a-quo,* está claro que la sociedad tiene derecho a una exención del Impuesto sobre la Renta equivalente al 10% del valor comercial de los productos vendidos o enajenados en el lugar de producción, pero desconoce el beneficio porque las pruebas que se aportaron al proceso son inadmisibles para acreditar el valor comercial que aquéllos tienen.

DE LA APELACION

El actor no está de acuerdo con el Tribunal porque conforme a las normas que regulan la exención, éstas no establecen la obligación de adjuntar a la declaración tributaria prueba al respecto y el valor comercial bruto en boca de mina, no podía determinarlo la empresa con base en su propia contabilidad, como quiera que el producto que explota (piedra caliza), no lo enajena a terceros sino que lo utiliza como materia en la fabricación del cemento, motivo por el cual para establecerlo tuvo que recurrir a entidades que por ser comerciantes en esta clase de bienes pueden certificarlo.

Solicita que se tengan en cuenta los conceptos de la Dirección General de Impuestos números 03773 de febrero 21 de 1989, 017842 de julio 23 de 1990 y 020970 de agosto de 1990, en consideración a que están íntimamente ligados al objeto del proceso y fueron expedidos después de vencido el término para pedir pruebas en primera instancia (Art. 214 C.C.A).

PARTE OPOSITORA

El apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales, se opone a las pretensiones de la compañía y solicita se confirme la sentencia apelada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Sexta de la Corporación, Dra. Ana Margarita Olaya de Obando en su concepto de fondo adhiera a lo expuesto por el Tribunal.

Comparte la señora Fiscal la decisión del *a-quo* porque la empresa, si bien es cierto tiene derecho a la exención por agotamiento, prevista en el Decreto 2310 de 1974, Artículo 12 literal E, no allegó al proceso ni en la vía gubernativa ni ante la jurisdicción prueba idónea que permita obtener el cálculo respectivo.

La única prueba que aportó dice, para demostrar el valor de la tonelada de caliza en boca de mina, fue la certificación expedida por el señor Jaime Romero Bustamante, quien dijo actuar en calidad de Gerente de la sociedad TRITURADORA RUMAR y ésta no se encuentra ratificada en los términos previstos por los Artículos 229 y 277 del Código de Procedimiento Civil.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

EXENCION POR AGOTAMIENTO DE MINAS

En el caso que se decide, los funcionarios de impuestos limitaron la exención solicitada por la empresa con fundamento en el Artículo 12 literal E del Decreto 2310 de 1974, porque según su entender ésta no se determina con base en el valor comercial y también el certificado que presentó la sociedad demandante para acreditar este valor, no era prueba suficiente del mismo.

La Sala no puede aceptar los argumentos que éste soporta en normas que tuvieron vigencia antes del año gravable al cual se refiere la controversia, como la regulación que esta materia tuvo en la Ley 81 de 1960 y su Decreto Reglamentario 437 de 1961, que fueron sustituídos por el Decreto Legislativo de Emergencia Económica 2310 de 1974.

Así como tampoco sería viable aplicar en este proceso los cambios que la Ley 75 de 1986 le introdujo el condicionar la exención a la inversión de su valor dentro de los tres años subsiguientes.

Es cierto que la contribuyente tiene en principio derecho al tratamiento que invoca, pero éste no se determina como pretende el apelante, como quiera que el estatuto que lo consagra, aunque no define lo que debe entenderse "*por valor bruto de la producción*' base de cuantificación del beneficio, sí señala los parámetros que deben utilizarse para determinarlo. Evidentemente prescribe en la parte final el literal E del Artículo 12 del Decreto 2310 de 1974: " el explotador tendrá derecho, año por año, a una exención del impuesto sobre la renta equivalente al diez por ciento (10%) del valor bruto de la producción *determinada conforme a lo establecido en este artículo*". (Subraya la Sala).

De conformidad con la letra E de esta norma, que se acaba de transcribir parcialmente, el explotador de una mina tenía derecho a una EXENCION, una vez que hubiere cesado el derecho a la " deducción" por agotamiento en virtud de haber amortizado el costo de la propiedad agotable. Es decir, que concluída la razón de ser de la deducción, surgía la de seguir gozando de una disminución de la base gravable pero ahora a título de " exención" como estímulo o privilegio concedido por el legislador. Para comprender la naturaleza de esta exención, es necesario recordar que tiene el carácter de sustituto de la deducción que se venía gozando.

La forma de cálculo de esta exención está tomada de la que utilizó el mismo Artículo en la letra D literal b) para determinar la " deducción" por agotamiento a base de porcentaje fijo, (por contraposición a la de costo estimado de unidades de operación). Con este significado se ha tomado la expresión final que dice " 10% del valor bruto de la producción determinada conforme a lo dispuesto en este artículo ", o sea, que no es otra que la señalada en la parte que regula la deducción que dice " 10% del valor total de la producción en el año o período gravable, calculado en boca de mina, debiendo restarse previamente de dicho valor cualquier arrendamiento o regalías...por concepto de la propiedad explotada". De aquí se deduce que la exención es sólo para explotador, no para el propietario, y al igual que

en el cálculo de la deducción, debe descontarse lo pagado o causado por arrendamiento o regalía al propietario pues no habría justificación para deducir ésta como gasto ordinario y además gozar del 10% de la misma a título de exención.

Además, una cosa es bien clara: el cálculo debe hacerse sobre los datos de la misma compañía explotadora, es decir, sobre sus propios costos y no sobre el valor comercial del producto, ni sobre los costos de otro minero. Esto porque al adoptar la ley el concepto de costo " en boca de mina" excluye factores como el transporte al sitio de venta y el de utilidad o margen de comercialización y, en todo caso, se refiere la ley a los costos propios y no a los de otros.

En este orden de ideas, los dos conceptos que se han disputado la aceptación en este proceso, son igualmente equivocados: el de la Administración que se basó en el valor del inventario final de productos en proceso, porque es incompleto, y el de la compañía reclamante que ha insistido en que sea el " valor comercial" de la piedra caliza, porque es excesivo.

La base adoptada por la Administración en la liquidación es incomprensible desde todo punto de vista; como se sabe, el inventario final corresponde al producto no vendido ni utilizado y para estos efectos se debe tener en cuenta es la producción en el año y no sólo la que quedó al final; y en cuanto a valor, aunque se tomara el promedio, es incompleto porque no está concluído el producto y falta incorporarle los costos finales.

La base " comercial ", pretendida por la sociedad, ya se explicó porqué razón es admisible.

En estas condiciones el debate probatorio sobre la forma de acreditar este último, o si la certificación de otra compañía es o no auténtica, carece de objeto, porque la base para la exención debía establecer la sociedad de sus propios informes y registros contables de costos.

En consecuencia, no prospera la pretensión de la demandante. Y aunque las razones expuestas difieren de las consideradas por el Tribunal y por la señora Fiscal, el fallo apelado debe confirmarse.

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

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia dictada en este proceso por el Tribunal Administrativo de Sucre el 8 de octubre de 1990.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

CHEQUE NO NEGOCIABLE/ SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia

Mientras el Código indica que los cheques no negociables (con endoso restringido) pueden cobrarse por conducto de un banco, la Circular establece una excepción al permitir pagarlo directamente al beneficiario. La contradicción observada en los textos comparados permite suspender la Circular acusada, sin que sea el momento adecuado para inquirir sobre la naturaleza y el alcance de esta clase de documentos generados por el Superintendente en ejercicio de sus variadas e importantes funciones.
DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Circular Externa No. 026 de 1991 del Superintendente Bancario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3803. Actor: Martha Cecilia Forero Galán C/ Superintendencia Bancaria.
Autoridades Nacionales
AUTO

La ciudadana MARTHA CECILIA FORERO GALAN obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo demanda la nulidad de la Circular Externa 026 del 3 de mayo de 1991 expedida por el señor Superintendente Bancario.

Formalmente la demanda cumple los requisitos legales, hay copia autenticada del acto acusado y constancia de su publicación en el Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda- Superintendencia Bancaria y la demanda contiene la designación de las partes, la cita de las disposicione que se estiman infringidas y el concepto

correspondiente. Por ello, debe ser aceptada la demanda para que inicie su curso legal.

SUSPENSION PROVISIONAL

La pide la actora con base en la consideración de que mediante la Circular acusada *so* pretexto de ejercer la función de inspección al Superintendente modifica el ordenamiento contenido en el Código de Comercio con relación a la negociabilidad restringida de los cheques.

El inciso 2o. del Artículo 715 del Código de Comercio indica que " los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la ley, *sólo podrán cobrarse por conducto de un banco*", mientras que la Circular, después de un análisis de la restricción de la negociabilidad de los cheques, concluye que " el cheque no negociable por disposición que haya quedado vertida en el documento o por virtud de una norma legal que así lo consagre, *puede ser pagado directamente por el banco librado a su beneficiario*".

Esta disposición aparece *prima facie* contradictoria, como lo dice la demandante, pues mientras el Código indica que tales cheques solamente pueden cobrarse por conducto de un banco, la Circular establece una excepción al permitir pagarlo directamente al beneficiario.

La contradicción observada en los textos comparados permite suspender la Circular acusada, sin que sea el momento adecuado para inquirir sobre la naturaleza y el alcance de esta clase de documentos generados por el Superintendente en ejercicio de sus variadas e importantes funciones.

En atención a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE :

ADMITESE la demanda de nulidad de la Circular Externa No. 026 de 1991 (mayo 3) expedida por el Superintendente Bancario, entablada con base en el Artículo 84 del C.C.A. por la ciudadana MARTHA CECILIA FORERO GALAN vecina de Santafé de Bogotá, a quien se le tendrá como parte demandante. En consecuencia, se dispone:

1o. Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.

2o. Notifíquese personalmente al señor Superintendente Bancario o su delegado para recibir notificaciones.

3o. Fíjase en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes pueden contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

4o. Solicítase a la Superintendencia Bancaria el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición de la Circular Externa No. 026 de mayo 3 de 1991 y certificado de su vigencia, en el término de diez (10) días.

DECRETASE la suspensión provisional de la Circular Externa No. 026 de 1991 del Superintendente Bancario.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION

Existe independencia entre la Contribución de Valorización y otras contribuciones, tasas o impuestos que los dueños de inmuebles deben sufragar para realizar otras obras como pavimentaciones locales, andenes, sardineles, vías peatonales, zonas verdes y comunales y otras allí señaladas, por Fondos Rotatorios diferentes al de Valorización. Pero de esta independencia de obligaciones fiscales en razón de unas y otras obras, que se supone debe realizar el Distrito con financiación distinta y manejo mediante el sistema de fondos rotatorios, no se deduce en manera alguna que los predios de propiedad particular, destinados por sus dueños a conservarse como " zona verde " sean las mismas " zonas verdes y comunales " a las cuales se refiere el artículo 96 del D. 536/81.

DEVOLUCION/ INTERES COMERCIAL

Aunque el Tribunal en la liquidación practicada determinó un menor valor a cargo no pudo disponer su devolución porque desconoció el hecho de haberse pagado en su totalidad el gravamen inicialmente liquidado. Para efectos de su devolución se acreditó oportunamente el pago total mediante fotocopia autenticada de veinte recibos y dos constancias de la División de Tesorería del I.D.U. que indican haber pagado la actora en su totalidad los gravámenes respectivos. El demandante no respaldó con cita legal alguna, su petición de ajuste al valor monetario para la época de la sentencia y la solicitud de " intereses comerciales causados hasta el día de la devolución " tan solo vino a plantear al tiempo de sustentar la apelación y también sin apoyo en ninguna norma.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., Septiembre veintisiete (27) de mil mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2949. Actor: Country Club de Bogotá C/ I.D.U. Impuestos (Valorización)
FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de febrero de 1990, mediante la cual se modificó la contribución de valorización liquidada a cargo de la Corporación COUNTRY CLUB DE BOGOTA S.A. por la obra de la ampliación de la Carrera 7a. y las Avenidas 116 (Pepe Sierra) y 127 (La Calleja) de esta ciudad.

Ambas partes apelaron. La parte demandada representada por la apoderada judicial del Instituto de Desarrollo Urbano I.D.U., se pronuncia en contra de la aceptación que dio el Tribunal a la petición relacionada con el descuento de la cantidad de $ 2.433.594.12, correspondiente a costas de instalación de redes de servicios públicos, pidiendo además que se denieguen todas las súplicas de la demanda; igualmente, propugna por la inhibición para resolver sobre la petición primera o principal debido a la caducidad de la acción.

El apoderado de la actora pide no solamente que se confirme la rebaja ya mencionada, sino que se ordene devolver junto con los intereses comerciales más el ajuste monetario, por haber sido cancelada la totalidad del gravamen según pruebas que acompaña en esta oportunidad, dado que en la primera instancia no se presentaron en virtud de que las resultas del pleito se garantizaron con el registro del gravamen en la matrícula inmobiliaria de los predios afectados.

Por otra parte, insiste en la procedencia de la reducción del gravamen por tratarse de terrenos que forman parte de la Zona Verde Metropolitana o que se revise el coeficiente utilizado, o se ordene al I.D.U. que lo haga. Además solicita la deducción del gravamen correspondiente al área de los lagos existentes en el mismo predio y del cual dieron cuenta los peritos que actuaron en la inspección decretada en la primera instancia.

ALGUNOS ANTECEDENTES

La Junta Directiva del I.D.U., mediante Resolución 05 del 12 de febrero de 1982 aprobó el presupuesto, el monto distribuíble y el método de distribución por las obras de la ampliación de la Carrera 7a. (Calle 112-170), que luego comprendió la ampliación de las Calles 116 y 127 o Avenidas Pepel Sierra y La Calleja. El presupuesto aprobado fue de $ 1.423.409.374.

Mediante Resolución 03 de julio 27 de 1982, se asignó a predios de la sociedad actora las siguientes contribuciones de valorización:

Numeral 2800	Diagonal 127 A # 14-70	$	11.935.269.82

Numeral 2037 Calle 129 # 15-02 53.241.456.76

Interpuestos los recursos de reposición y subsidiario de apelación, fueron resueltos en forma adversa a la sociedad mediante Resolución 301 de marzo 7 de 1984 el primero, y Resolución 030 de abril 16 de 1984 (notificada en mayo 31/84) el segundo, con la cual quedó agotada la vía gubernativa.

Presentada la demanda el 20 de febrero de 1984, pidió la declaratoria de nulidad de todas las anteriores Resoluciones por razón del gravamen liquidado, en resumen:

a) Por haberse incluido dentro de los costos de la obra partidas no autorizadas (instalación de servicios públicos).

b) Por haber incluído como objeto del gravamen el predio a que se refiere el numeral 2037 que pertenece o corresponde a la Zona Verde Metropolitana Ambiental, y en subsidio que se reduzca el gravamen sobre el precio unitario por metro cuadrado de acuerdo a lo que se acredite en juicio.

c) Que, como consecuencia de las peticiones anteriores, se reduzca el gravamen y se ordene al I.D.U. a devolver las sumas pagadas en exceso más los intereses causados, reajustándose el valor monetario para la época de la sentencia y se condene en costas al I.D.U..

Cita como disposiciones violadas:

- El Estatuto de Valorización Distrital o sea, el Decreto 536 de 1981, en sus artículos 6, 53 y 96.

- El Decreto 1604 de 1966 en su artículo 9o.

- El Acuerdo 7 de 1979 del Concejo de Bogotá, artículo 178.

- Del C.C.A. los artículos 44, 45 y 61.

- Del C. de P.C. el artículo 152 numeral 2o.

Para los efectos del recurso de apelación que se atiende, se destacan los siguientes aspectos de la controversia:

a) No fue aceptado por el Tribunal el cargo de nulidad de la Resolución No. 301 por no haberse notificado, ya que ésta falló la resposición y pasó el negocio a consideración del superior, para resolver el subsidirario de apelación, en procedimiento que se encontró acorde con el trámite previsto en el Decreto 536/81, cuyo artículo 62 prescribe resolver los recursos de reposición y apelación de plano.

b) El gravamen sobre el predio que se considera pertenecer a la Zona Verde Metropolitana tiene un primer aspecto de general aceptación, en el sentido de que

algunos de los terrenos del COUNTRY están clasificados como Zonas Verdes, pero la controversia surge sobre la aplicación del artículo 96 del Acuerdo 7o. de 1979, en el sentido de que las obras a que se refiere dicho artículo son las que se adelantan en predios o en zonas que por principio pertenecen al Distrito Especial y no a los particulares y en el caso debatido, aunque el predio haya sido clasificado como Zona Verde, continúa siendo de propiedad particular y por tanto sujeto al pago de las contribuciones. Esta afectación del predio fue tenida en cuenta por el I.D.U. al hacer la liquidación correspondiente, ya que gravó a razón de $32.29 metro cuadrado, con la advertencia de que si Planeación Distrital autorizara en el futuro un cambio en el uso de Zona Verde, dicha contribución sería aumentada en el orden de 300%.

Por las dos razones anteriores fué confirmado este punto contra el cual el actor insiste en su planteamiento inicial para que se excluya totalmente dicho inmueble por estar calificado como Zona Verde.

c) El *a-quo* aceptó rebajar la liquidación impugnada en $ 2.433.594.12 determinado en peritazgo como parte proporcional de los costos de conexión y empates de servicios públicos, que conforme a los artículos 6 y 53 del Decreto 536/ 81 no debían computarse en el cobro por ser costos a cargo de las respectivas empresas que prestan dichos servicios públicos.

La señora apoderada del I.D.U. en su defensa, trata de explicar que no se debe confundir los costos inherentes a las obras, con los necesarios para que la obra funcione y que es cierto, que conforme al artículo 53, no se pueden incluir partidas en la liquidación provisional que no se pueden cobrar, pero que además, el I.D.U. no las cobró según planillas relativas al costo de una pequeña parte de la obra de cuyo análisis deduce que dejó de cobrar $ 3.852.201 preguntándose entonces, si ésto sólo fue en una parte, cuanto no dejaría de cobrarse en la obra total; en resumen, que no se le cobró lo que el actor afirma.

d) En cuanto al descuento del área total correspondiente a los lagos, el Tribunal simplemente consideró que ese aspecto específico no fué solicitado en la demanda y por ello no hubo pronunciamiento. Contra esta inhibición el actor insiste en que dicho aspecto sí estaba incluido dentro de la petición general de reducción del gravamen por los factores que resultaran " comprobados en el juicio " y el área de los lagos fué determinada por los peritos.

e) La entidad apelante insiste en la devolución de las sumas que resulten a su favor adicionadas con la condena por intereses comerciales y ajuste de su valor monetario para lograr lo cual complementó oportunamente la prueba de los pagos de la contribución.

CONCEPTO FISCAL

El Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, Dr. Jaime Ossa Arbeláez, como Fiscal Tercero, tras el análisis de la demanda, pruebas, alegatos y

del fallo apelado examina cada uno de los puntos de los recursos interpuestos por las dos partes para concluir en resumen, que la sentencia debe ser confirmada por no haber sido desvirtuada la aceptación que hizo el Tribunal en el punto relativo al costo de los servicios, pero tampoco demostrada por el actor la nulidad en los demás punto alegados, ni asistir motivo para el fallo inhibitorio. Sus juiciosas apreciaciones serán tenidas en cuenta en este fallo.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Con el análisis de los aspectos que se tratan a continuación, la Sala estima que cubre todos los temas expuestos en lo no muy ordenados alegatos de las partes:

1a. ASPECTOS PROCESALES.

No se configuró presentación extemporánea de la demanda, como lo plantea la apoderada del I.D.U. con apoyo en disposiciones de la Ley 167 de 1941.. Para la Sala es evidente que la vía gubernativa quedó cerrada con la Resolución 030 de abril de 1984, que por haber sido notificada el día 31 de mayo siguiente, la demanda presentada el 20 de septiembre/84 lo fué dentro del término de cuatro meses establecido en el art. 135 del Decreto 01 de 1984, dentro de cuya vigencia se entabló el juicio, sin que tuvieran alguna aplicación de norma del anterior Código Contencioso Administrativo que resulta innecesario examinar.

Por otra parte, concuerda la Sala con la decisión del *a-quo* de no aceptar como motivo de nulidad la alegada "falta de notificación" de la Resolución 301 de marzo 7 de 1984, que resolvió el recurso de reposición y pasó al Alcalde para resolver la apelación subsidiaria interpuesta simultaneamente con el primero, porque si bien es cierto que el particular debe tener por lo menos noticia del rumbo de su queja, el trámite se ajustó a las normas especiales de preferente aplicación sobre los generales y en concreto a lo señalado por el art. 62 del Decreto 536 de 1981, que permite interponer los recursos de reposición y subsidiario de apelación dentro de los diez días y *resolverlos de plano,* puesto que las pruebas deben acompañarse al escrito de interposición.

En cambio, no se observó en su oportunidad, ni por el Magistrado sustanciador ni por la demandada, la irregularidad de haber incluido en la misma demanda acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución de carácter general No. 05 de febrero 12 de 1982, que aprobó el presupuesto general de la obra y monto distribuible en $ 1.423.409.374 y adoptó como método de distribución el indicado en el artículo 48 del Decreto 536 de 1981, sin que contra ella se hubiera demostrado el agotamiento de la vía gubernativa y estando caducada. En efecto, presentada la demanda el 20 de septiembre de 1984, es claramente extemporánea por tratarse de acción de restablecimiento del derecho como la planteó el actor. Pero, por otra parte, tampoco se acreditó haber hecho uso por aparte, de acción pública de nulidad, ni podía acumularse a aquélla, por todo lo cual, el contenido de tal Resolución debe tenerse en este proceso como acto en firme, no susceptible de pronunciamiento alguno en contra de lo dispuesto en él.

2a. ZONA VERDE METROPOLITANA.

Se pidió la exclusión total del predio de la Calle 129 # 15-02 (# 2037) o en subsidio reducir la liquidación por metro cuadrado a un valor inferior al de Colegios, Universidades, Clínicas, etc. El fundamento legal principal de esta petición es el art. 96 del Decreto 536 de 1981 " en el sentido de que la valorización no es aplicable a la Zona Verde calificadas como tales (sic) en forma legal", calificación que se estima acreditada en el expediente y que emana del Acuerdo No. 7 de 1979. El actor se apoya además en el dictamen de los peritos sobre la destinación restringida del predio y que no recibió valorización especial por las obras realizadas y que hay diferencia entre Zona Verde Metropolitana y Zonas Institucionales, con cuyo carácter se gravó la zona verde del Country.

Para la comprensión del tema, se recuerda que la norma invocada forma parte del Decreto 536 de 1981, Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá, cuyo Título IX está dedicado a la reglamentación del Fondo Rotatorio de Valorización, para lo cual en el artículo 95, indica que dicho Fondo tiene por objeto la administración y disposición de bienes y rentas originados en la Valorización e incorpora las normas especiales del Acuerdo 41 de 1958 y a continuación expresa:

" ARTICULO 96. Autonomía del Tributo: La Contribución de Valorización es independiente de las contribuciones, impuestos o tasas a que están obligados los propietarios de los inmuebles para la construcción de obras de pavimentación local, andenes, alcantarillados, sardineles, vías peatonales, zonas verdes y comunales, de desarrollo, interés histórico y demás obras ejecutadas en el Disrito Especial de Bogotá, por Fondos Rotatorios diferentes al de Valorización".

La interpretación que la Sala le da a la norma anteriormente transcrita, dista mucho de la atribuida por el demandante, tanto por la materia a que se refiere como a los alcances en cuanto a la Contribución de Valorización. Lo que se deduce en primer lugar, de su texto, es la independencia que existe entre la Contribución de Valorización y otras contribuciones, tasas o impuestos que los dueños de inmuebles deben sufragar para realizar otras obras como pavimentaciones locales, andenes, sardineles, vías peatonales, *zonas verdes y comunales* y otras allí señaladas, por Fondos Rotatorios diferentes al de Valorización y que deben manejarse por aparte. Pero de esta independencia de obligaciones fiscales en razón de unas y otras obras, que se supone debe realizar el Distrito con financiación distinta y manejo independiente mediante el sistema de fondos rotatorios, no se deduce en manera alguna que los predios de propiedad particular, destinados por sus dueños a conservarse como " zona verde", sean las mismas " zonas verdes y comunales"a las cuales se refiere el artículo 96 transcrito.

Estas las debe construir el Distrito y su destino no puede ser otro que el servicio a la comunidad y obviamente no pueden pertenecer a los particulares.

Y en cuanto a la incidencia de esta norma en la causación de la obligaciones, lo que enseña la norma es que jurídicamente son independientes, tanto que el título

del artículo está destinado a resaltar " la autonomía del tributo" pero en manera alguna establece una exclusión automática en el sentido de que si causada una (por ejemplo Valorización) no se causa la otra (por ejemplo Andenes), si obedecen a decretaciones diferentes.

De manera que la regulación contenida en la norma invocada, en lugar de aparecer como infringida por la actuación administrativa impugnada, es ajena o extraña a la controversia, porque no se trata de zonas verdes construidas o que deban construirse con contribuciones dispuestas en forma independiente.

Para la Sala, lo que se trata es de dilucidar el gravamen o cuota de Contribución por Valorización que le corresponda a la Corporación COUNTRY CLUB DE BOGOTA como dueña de un terreno destinado a la recreación y el deporte de sus socios y sobre el cual pesa la congelación de su destino o utilización en razón a lo dispuesto por el artículo 178 del Acuerdo 7 de 1979, también invocado por el actor.

Este artículo forma parte del Capítulo IV sobre normas de las áreas de actividad especializada y trata en el sub-capítulo V de las Zonas Recreativas; autoriza como uso principales los recreativos del grupo I (forestal) y del grupo 2 (conservación de las fuentes hídricas naturales) y en el Parágrafo prohibe la subdivisión y cambio de uso en los siguientes términos:

> " Las áreas que actualmente son utilizadas como clubes campestres, parques y Zonas Verdes, no podrán ser subdivididas ni cambiar sus usos".

Pero debe resaltarse que las áreas a que se refiere esta norma no cambian el régimen de su propiedad y uso puesto que son y continúan siendo de propiedad particular (en el caso del Country Club) y su uso no se vuelve público o de la comunidad, sino que continúa siendo privativo de sus socios o de quienes ingresen en él conforme a sus propios reglamentos.

No surge de las normas invocadas ninguna exoneración de la Contribución de Valorización como la que ha pedido el actor, como tampoco puede aceptarse la afirmación de que en razón de su destinación especial e inmodificable sin permiso oficial, no reciba la propiedad beneficio por las obras realizadas, puesto que evidentemente, ellas tuvieron por objeto mejorar las vías de acceso, por lo que tampoco es aceptable el cargo tangencial que hubo violación del art. 9o. del Decreto 1604 de 1966.

3o. REDUCCION DE LA CUOTA.

Como petición subsidiaria a la exoneración total, se planteó la reducción correspondiente "de acuerdo con lo que aparezca acreditado en el juicio ". Y, sobre este aspecto, el apelante se remite a ls " múltiples pruebas y en especial las actas de la Junta Liquidadora y el dictamen rendido en el juicio".

No hay un análisis pormenorizado y técnico de confrontación de las normas reguladoras de esta actividad con la liquidación practicada al Club demandante, sino insistencia en que se acepte el dicho de los peritos para los cuales el gravamen debió ser de $ 47.497.734 y refiriéndose a lo que éstos expusieron en su dictamen, concluye que " estos conceptos deben tenerse especialmente en cuenta en el análisis probatorio frente a los cargos de la demanda".

El anterior planteamiento del memorialista olvida que el proceso se halla en segunda instancia, o sea, que se trata primordialmente de la impugnación de la sentencia del Tribunal y por ello se echa de menos el análisis o crítica de lo que expuso el a-quo sobre el material probatorio y la petición subsidiaria del actor que va de la pág. 10 a la 18 de la sentencia. No obstante se observa que el principal cargo que se hizo fué el de que se aplicó al predio # 2037 del Club, calificado como Zona Metropolitana Ambiental el mismo coeficiente de Zona Institucional. El I.D.U. refutó este cargo anotando que si fueron objeto de tratamiento especial los predios del Club comparado con lo asignado a los ubicados frente a la Diagonal 127A (Manzana 85) " hacen evidente la especial consideración de que fue objeto. Es así como para ésto el factor definitivo es de 19.95 en promedio, en tanto que para los dos (2) predios objeto del recurso, de propiedad del Country Club, los factores definitivos son de 3.73 y 9.59 respectivamente, correspondiendo el mas bajo a la zona destinada a campos deportivos o zona verde".

El fallador de primera instancia, analizados los diversos elementos de juicio no encontró desvirtuado lo anterior y, por el contrario, aceptó que " la Administración actuó de manera ajustada a derecho y en forma equitativa al incluir los predios gravados dentro de las zonas institucionales" y el apelante hace referencia a varios de los conceptos de los peritos en forma general para pedir que deben tenerse especialmente en cuenta pero sin concretar cuál fue el error del cálculo, de clasificación o de método de la liquidación definitiva frente a las normas que regulan estos aspectos, cuando los peritos tampoco las señalaron y por el contrario debieron aclarar al actor que el valor de $ 77.50 M2 con que se gravó al Country Club correspondió a las sumas de las valorizaciones por las Avenidas Callejas y Pepe Sierra ($45.35 M2) y carrera 7a. ($ 32.29). Además, es preciso aclarar que ciertas afirmaciones de los peritos no se refieren al reflejo de factores objetivos o hecho concretos, sino a su concepto particular, son opiniones que no obligan al juez. En resumen, la Sala encuentra que sí se tuvo en cuenta la clasificación de la Zona Verde Metropolitana para reducir el gravamen asignado y que el actor no ha demostrado específicamente en qué consistió la ilegalidad de sus cálculos oficiales, no siendo aceptable la modificación solicitada.

4o. DESCUENTO DEL AREA DE LOS LAGOS.

La forma general e imprecisa de los ataques a la liquidación, sin que ésta tampoco se hubiera analizado ni demostrado en detalle por el actor, condujo fácilmente al Tribunal a considerar que este aspecto del área de los lagos no fue pedida, porque evidentemente a eso daba lugar la pretensión de reducción " sobre el precio unitario por metro cuadrado de acuerdo con lo que aparezca acreditado en

el juicio" y puesto que se demostró que sí hubo reducción en razón del destino y características del predio del Country, no había lugar a esta petición concreta sobre los lagos que advierte en la apelación el actor.

Pero aunque se comparte la inhibición del a-q*uo,* es notoria la falta de señalización de norma alguna que estatuya la exclusión del área ocupada por los lagos, la cual al parecer forma parte del " área verde" definida por el Acuerdo 7/79 y sometida al mismo tratamiento que se le dió al predio calificado como Zona Verde Metropolitana.

5o. REDUCCION POR COSTO DE REDES Y SERVICIOS.

Aceptó el Tribunal que " del estudio de las pruebas allegadas al expediente, se desprende que en el valor de la obra quedaron incluídas las partidas correspondientes a instalación de redes de servicios públicos, pero de acuerdo con los artículos 6 y 53 del Decreto 536 de 1981, esos costos no podían incluirse en una liquidación provisional, para hacer los descuentos correspondientes al liquidar los costos definitivos, al término de la obra". Con este fundamento y aceptando los respectivos cálculos que hicieron los peritos, estableció en $ 2.433.504.12 el valor a devolver a la demandante.

La defensora del I.DU. afirma que no se le cobraron a la actora las obras " no inherentes" a la constitución de la vía dando una no muy clara explicación y fundamentación de dicho concepto con base en los artículos 6 y 52 del Decreto 536 de 1981 y respaldado con análisis de unas planillas de recibo de obra por parte del interventor que simplemente agregó al memorial de sustentación del recurso de apelación sin pedir que se le tuvieran como prueba con arreglo al art. 214 del C.C.A..

Fuera de que por la razón anotada, la oposición debe considerarse sin respaldo probatorio, la argumentación en sí inaceptable pues lo que concluye es que si con el análisis de una pequeña parte de la obra se deduce que se dejaron de cobrar por redes telefónicas 3.852.201, para toda la obra, cuánto dejaría de cobrar el I.D.U. ?. Por estos motivos resulta procedente, concordando con el concepto del Agente del Ministerio Público, confirmar la sentencia de primera instancia, quedando por analizar lo relativo a la devolución solicitada.

6o. DEVOLUCION DE $ 2.433.594.12.

Como punto séptimo de su demanda, el actor pidió la devolución de las sumas pagadas en exceso sobre las reducciones reconocidas, más los intereses causados sobre las sumas indebidamente cobradas, debiendo ordenarse esta devolución con el valor monetario ajustado a la época de la sentencia.

Es notorio que el demandante no citó ninguna disposición legal en respaldo de estas peticiones, pues aunque correspondan a una consecuencia de las nulidades

planteadas, deberían expresar los fundamentos de derecho en los cuales se apoye el pretendido restablecimiento del derecho.

El Tribunal, aunque en la liquidación practicada determinó un menor valor a cargo de $ 2.433.594.12 no pudo disponer su devolución porque desconoció el hecho de haberse pagado en su totalidad el gravamen inicialmente liquidado. La apelación se dirige a reiterar la solicitud de devolución, para lo cual acreditó oportunamente el pago total mediante fotocopia autenticada de veinte recibos y dos constancias de la División de Tesorería del I.D.U. - Sección Cartera - que indican haber pagado la actora en su totalidad, los siguientes gravámenes por la obra 1003:

- numeral 2800	predio Diagonal 127 A # 14-70 $	11.935.269.82
- numeral 2037	predio Calle 129 # 15-02	53.241.456.76

Aunque allí se indica la financiación también cancelada, ésta no será reducida por no estar acreditada ninguna causal legal para ello, además porque no fue materia propia controvertida, sino consecuencial, del proceso.

Igualmente se observa que el demandante tampoco respaldó con cita legal alguna, su petición de ajuste al valor monetario para la época de la sentencia y la solicitud de " intereses comerciales causados hasta el día de la devolución" tan sólo la vino a plantear al tiempo de sustentar la apelación y también sin apoyo en ninguna norma.

Sobre este tema, la Sala observa que la disposición especial que en materia de devolución de impuestos y contribuciones, daba sustento a un reconocimiento en este sentido era el art. 140 del C.C.A. el cual fue declarado inexequible, mediante fallo de la Corte Suprema de Justicia de julio de 1991 (Expediente No. 2273 M. Ponente: Dr. Simón Rodríguez) y, por otra, ni se ha pedido, ni resultaría clara la aplicación del art. 178 del C.C.A..

CONCLUSION. De conformidad con lo expuesto, se confirmará la liquidación de la Valorización discutida, en la forma como quedó concretada en la sentencia de primera instancia y se ordenará devolver a favor del contribuyente la cantidad de $ 2.433.594 que fue rebajada en la misma.

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. REVOCASE el numeral 2o. de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de febrero de 1990 en el expediente No. 3914 y en su lugar, se dispone: De conformidad con la liquidación incluida en la parte motiva de dicha providencia, fíjase en SETENTA Y DOS MILLONES

SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y DOS PESOS ($ 62.743.132) el valor total de la Contribución de Valorización de la Obra 1003 que corresponde pagar al I.D.U. a la Corporación COUNTRY CLUB DE BOGOTA en razón de los inmuebles de su propiedad ubicados en la Diagonal 127 A # 14-70 (numeral 2800) y Calle 129 # 15-02 (numeral 2037).

2o. El INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE BOGOTA D.E., hoy Santafé de Bogotá D.C., dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo devolverá al COUNTRY CLUB DE BOGOTA la cantidad de DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO ($ 2.433.594) pesos que pagó en exceso por la obligación anterior.

3o. Confírmase en lo demás la citada sentencia del 16 de febrero de 1990.

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; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

VENTAS IN BOND/ EXPORTACION/ IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ EXENCION TRIBUTARIA/ DEPOSITO FRANCO

Se ha precisado que las ventas de artículos nacionales a viajeros del exterior sin manifiesto aduanero, sí constituye una exportación, aunque *sui generis,* tanto que el mismo Decreto 444 de 1967 se ocupa de los mismos para exonerarlos de algunos impuestos y su entrega al abordaje de la nave, como claramente lo demuestra la inspección judicial, garantiza su salida del país, sin que pueda exigirse el requisito del formulario único de exportación para darle dicho carácter. Cosa distinta ocurre con el expendio en el mismo establecimiento de mercancías nacionales o que aún no han ingresado jurídicamente al país pues obviamente tal hecho no está respondiendo al objetivo de promoción de exportaciones de bienes nacionales y en consecuencia, mal puede ampararse su comercialización con el beneficio del no gravamen.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Veintisiete (27) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3159. Actor: Alfonso Valbuena Bastidas. Apelación de la sentencia de Mayo 18 de 1990. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Industria y Comercio 1983.
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 18 de Mayo de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por el señor *ALFONSO VALBUENA BASTIDAS* C.C. 17.037.117 de Bogotá, contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de Industria y Comercio por el año de 1983.

ANTECEDENTES

El 5 de Abril de 1984 el señor Alfonso Valbuena Bastidas, presentó la declaración de industria y comercio correspondiente al año de 1983, en la cual no se determinó impuesto a cargo, en razón de que consideró exentas la totalidad de sus ventas por tratarse de mercancías de exportación.

La Dirección de Impuestos Distritales no aceptó el carácter de exentas de las ventas efectuadas, y mediante la liquidación oficial #21125 del 26 de Febrero de 1986 le determinó el impuesto a cargo por valor de $730.616 y sanción por inexactitud de $1.043.736. (Fl. 22).

Recurrida por el contribuyente la liquidación oficial, la Junta Distrital de Hacienda solicitó del contribuyente el envió de una certificación expedida por la Aduana Interior de Bogotá, en donde constara la salida de las mercancías extranjeras y nacionales, requerimiento que atendió el contribuyente, aportando la certificación expedida por la Dirección General de Aduanas y otros documentos que consideró pertinentes.

La Junta Distrital de Impuestos mediante la Resolución 041 de 13 de Febrero de 1987, confirmó la liquidación recurrida, aduciendo con relación al motivo de la controversia, que el contribuyente no aportó la certificación de la respectiva Administración de Aduanas que exige el parágrafo 1o. del artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983.

Inconforme el contribuyente acude ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en acción de restablecimiento del derecho, alegando violación de: la Constitución Nacional artículo 28; Decreto 444 de 1967 artículos 47 y 169; Ley 14 de 1983 artículos 32 y 40 y de los acuerdos 21 de 1983 y 3o. de 1984 del Concejo de Bogotá.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, luego de practicar las pruebas solicitadas y las que consideró necesarias accedió a las súplicas de la demanda, al considerar que conforme con lo expuesto por la Junta Distrital de Hacienda en la resolución que agotó la vía gubernativa, no se desconoce el carácter de ventas de exportación a las mercancías enajenadas por el contribuyente, sino que su rechazo se motivó unicamente por no haber presentado el certificado de la Administración de Aduanas exigido, cuando el certificado pedido sí existía, por haberlo solicitado el contribuyente en los términos exigidos y acompañado en el procedimiento gubernativo, y que, sí entendía la Administración que dicho certificado no llenaba las exigencias del parágrafo 1o. del artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983, ha debido emprender el análisis del documento aportado en lugar de apoyarse en una consideración, a todas luces falsa, de que tal prueba no existía hecho que constituye falsa motivación.

Analizando el certificado aportado, consideró que, si bien no estaba redactado en la forma pedida por la Junta Distrital de Hacienda, tal hecho no puede imputarse a culpa del actor y que además del mismo, debe concluirse que no niega que las ventas de mercancías nacionales y extranjeras efectuadas por el IN BOND Santafé en el año de 1983, se hayan realizado en su totalidad a viajeros del exterior y que por el contrario afirma que es esa la destinación normal de tales operaciones, porque tacitamente está admitiendo que ello ocurrió con el establecimiento en cuestión.

LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada, al apelar manifiesta que en los actos acusados no se incurrió en falsa motivación, porque si se estudian los antecedentes y las normas legales contenidas en el reglamento general de aduanas 329 de Agosto 3 de 1979, preven la posibilidad, aunque no es frecuente, de la venta de IN BOND hacia el interior y que por ende se presume la realización de ventas interiores, y de ahí la necesidad de probar las sumas de las ventas al exterior, a fin de poder dar aplicación a la no sujeción del impuesto de industria y comercio a exenciones o deducciones previstas en el acuerdo 21 de 1983 y que de acuerdo con su artículo 16, el contribuyente para excluir de la base gravable dichas ventas estaba obligado a presentar el formulario único de exportación.

Que de otra parte el certificado solicitado por el contribuyente a la Aduana Interior de Bogotá no se hizo en los términos exigidos en el requerimiento administrativo, documento que cuestiona porque no se sabe quién tiene la competencia en la Aduana Interior de Bogotá, para expedirlas toda vez que se presentaron dos certificados.

Cuestiona el carácter de ventas libres de impuesto, que se da a las ventas realizadas en el IN BOND Santafé, porque contrariamente a lo que considera el actor, el impuesto de industria y comercio no grava el consumo sino la actividad industrial, comercial o de servicio y que el hecho generador es el ingreso y que tan es evidente que la actividad del señor Valbuena no está exenta de impuesto, que en el proceso obra la declaración de renta en donde se autoliquida y paga el impuesto correspondiente. Concluye que es absolutamente imposible que las operaciones de ventas de la sociedad (sic) se realicen bajo la modalidad de reexportación, cuestión que resulta metaforica a la luz de la misma resolución 849 de Julio de 1973, de la cual concluye que el declarante no la cumplió, para hacer reflexiones ajenas al proceso.

OPOSICION A LA APELACION

La apoderada judicial de la parte actora se opone a las pretensiones de la entidad demandada, porque los razonamientos de orden jurídico, el acervo probatorio y el texto mismo del fallo del Tribunal son suficientes para que la Corporación confirme la sentencia. Pues en síntesis lo que se debate es, si la totalidad de las mercancías vendidas por el establecimiento IN BOND Santafé salieron efectivamente del país mediante el sistema especial que regula las actividades propias de esta clase de

almacenes, para determinar con ello la constitucionalidad y legalidad de los actos demandados.

Expone a continuación las condiciones operativas y medios de control a que están sujetos dichos establecimientos que obligan a que sus mercancías sean expedidos unicamente a los viajeros hacia el exterior, para concluir que es fisicamente imposible que los productos vendidos por este tipo de almacenes se dirijan al mercado interno. Se afianza en la inspección judicial practicada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso y profundiza en el alcance y contenido de la certificación expedida por la Aduana para concluir que los productos vendidos por la contribuyente en el año de 1983, salieron realmente del país.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexto de la Corporación, estima que la sentencia apelada merece ser revocada y en su lugar denegar las súplicas de la demanda, porque, en opinión de la Fiscalía, hay que distinguir dos situaciones en cuanto a los ingresos obtenidos por los almacenes IN BOND para poder determinar si en efecto, se trata de bienes exportados o no, porque con relación a aquellos artículos extranjeros traídos por el comerciante que se pueden expender en este tipo de establecimientos, mal se puede hablar de exportación de productos cuando la mercancía permanece en el establecimiento practicamente en tránsito practicamente en tránsito, puesto que se recibe en depósito o a crédito sin cumplir con el procedimiento de nacionalización, atendiendo además a que el comerciante debe acreditar, que ha obtenido crédito externo de proveedores, para así evitar los giros al exterior, a fin de que se le conceda autorización para el funcionamiento del establecimiento comercial por parte de la Dirección General de Aduanas.

Estima que no puede predicarse la exención sobre los artículos extranjeros traídos en tránsito para esos almacenes porque no son exportaciones, y, que de otra parte, verificado por la Administración en la visita de Julio 16 de 1986 que el 90% de la mercancía encontrada era mercancía extranjera y sólo el 10% nacional, tal hecho demuestra que la mayoría de los ingresos obtenidos y declarados por el contribuyente, no podían provenir de mercancías nacionales exportadas. Y que tampoco demostró el contribuyente cuales eran los ingresos por uno u otro concepto a fin de que la Administración pudiera determinar las partidas descontables por exportaciones, con el fin de dar aplicación al artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983. Ni cumplió con la obligación de aportar la certificación expedida por la Administración de Aduanas en la que se de fé que las mercancías objeto del descuento salieron del país

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental de la controversia está en precisar si a la luz de las normas vigentes, procede el reconocimiento de exento del impuesto de industria y comercio para las ventas hechas a viajeros con destino al exterior por la actora, a

través de su establecimiento de comercio IN BOND Santafé, localizado en el muelle internacional del aeropuerto "El Dorado", actividad para la cual la contribuyente contaba con la autorización administrativa.

Son fundamentales para el su*b-judice* los artículos 1o, 47 y 169 del Decreto 444 de 1967, que señala como violadas la parte actora. Si bien precisa el artículo 47 que:

> " Dentro de los límites y condiciones que establezca el Gobierno, estarán libres de gravámenes de importación y de consumo los artículos que adquieran los viajeros al exterior para que les sean entregados dentro de la respectiva nave al momento de su salida al exterior".

Esta norma en manera alguna se refiere al impuesto de industria y comercio que grava no el consumo por el destinatario final de la mercancía, sino el ejercicio de la actividad industrial, comercial y de servicios, conforme lo señala claramente el artículo 32 de la Ley 14 de 1983; entonces no puede buscarse el fundamento del no gravamen del impuesto de industria y comercio en esta norma.

El artículo 1o. del Decreto 444 de 1967, vigente para el año *sub-lite,* fijó como objetivo del régimen de cambios y de comercio exterior regulado por dicho estatuto, promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario del país, utilizando como herramienta de política fiscal, entre otras, el fomento y diversificación de las exportaciones, tal como lo indica en su literal a). Para lograr dicho objetivo y permitir que los productos nacionales fueran competitivos en el exterior el artículo 169, ibidem, consagra en forma absoluta la prohibición para los departamentos y municipios de gravar con impuestos los bienes de exportación o el tránsito de los mismos destinados al mismo fin. Prohibición que quedó reiterada en la Ley 14 de 1983, cuando en su artículo 33, al determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio dispuso:

> " El impuesto de industria y comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de devolución, ingresos provenientes de activos fijos, y de *exportaciones* ..." (Subraya la Sala).

Es preciso entonces aclarar atendiendo al objetivo fijado en la ley, si realmente la contribuyente realizó ventas que configuren exportación con el fin de declarar que tienen derecho al beneficio de exención del gravamen discutido.

En repetidas ocasiones ha precisado la Sala que las ventas de artículos nacionales a viajeros del exterior sin manifiesto aduanero, sí constituye una exportación, aunque *sui generis,* tanto que el mismo Decreto 444 de 1967 se ocupa de los mismos para exonerarlos de algunos impuestos y su entrega al abordaje de la nave, como claramente lo demuestra la inspección judicial, garantiza su salida

del país, sin que pueda exigirse el requisito del formulario único de exportación para darles dicho carácter, pues ellos están respondiendo al objetivo de promoción de exportaciones de bienes nacionales señalados por la ley y que mejor vitrina que un muelle internacional.

Cosa distinta ocurre con el expendio en el mismo establecimiento de mercancías no nacionales o que aún no han ingresado jurídicamente al país pues obviamente tal hecho no está respondiendo al objetivo de promoción de exportaciones de bienes nacionales y en consecuencia mal puede ampararse su comercialización con el beneficio del no gravamen de impuesto municipal establecido en la Ley 14 de 1983.

Sentando entonces que la exención tributaria en materia de impuesto de industria y comercio ampara solo a las mercancías nacionales que se vendan en el IN BOND, era indispensable, como lo afirma el colaborador fiscal, que la actora hubiera discriminado uno y otro volumen de ventas para dar aplicación al beneficio fiscal pedido.

Sin embargo no encontró la Sala documento ni soporte alguno que permitiera su cuantificación dentro del proceso. Pues si bien puede pensarse que existen en el depósito IN BOND mercancías nacionales en un 10%, no necesariamente este hecho refleja que del volumen de ventas la misma proporción corresponda a enajenación de mercancías colombianas, pues tampoco existe elemento que permita determinar la rotación de los inventarios.

En consecuencia considera la Sala que la sentencia apelada merece revocarse en cuanto excluye de la base gravable el total del volumen de ventas a viajeros al exterior, pero no ocurre lo mismo cuando exonera de la sanción por inexactitud, porque realmente la actora señaló el volumen de sus ventas, solo que excluyó, interpretando erradamente la ley, los ingresos por venta de mercancías que consideró de exportación; por lo tanto, la nueva liquidación quedará así:

CONCEPTO	CODIGO ACTIVIDAD	TARIFA	BASE MENSUAL	IMPUESTO ANUAL
Ingresos brutos anuales $130.467.839	210	4%	$10.872.320	$521.868
Impuesto avisos		15%	$ 521.000	$ 78.280
Parágrafo transitorio		1%		$130.468
TOTAL A CARGO				$730.616

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 del 18 de Mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 5705 correspondiente a la acción de restablecimiento del derecho intentado por ALFONSO VALBUENA BASTIDAS C.C. 17.037.117 de Bogotá contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de Industria y Comercio a cargo por 1983.

2) *FIJASE* en la suma de SETECIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS DIEZ Y SEIS PESOS ($730.616) el valor total del impuesto de industria y comercio, avisos y complementarios que por el año gravable de 1983 corresponde pagar a ALFONSO VALBUENA BASTIDAS C.C. 17.037.117 de Bogotá, de acuerdo 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; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SECCION

QUINTA

JUICIO EJECUTIVO/ EXCEPCIONES/DEMANDA-Ineptitud/ **INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES/ PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL**

Por el carácter especialísimo de jurisdicción coactiva puede no haber demanda. Para el cobro de obligaciones a cargo del mismo contribuyente, la acumulación de pretensiones está permitida por economía procesal. Excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E. , julio diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor: Jorge Penén Deltieure.*

Referencia : Expediente N° 0030. Actor : Distrito Especial de Bogotá contra Murcia Vélez y Compañía Limitada.

Se resuelve la excepción previa propuesta por el apoderado de la Sociedad MURCIA VELEZ Y COMPAÑIA LIMITADA contra el auto de mandamiento de pago proferido por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales el 14 de septiembre de 1990.

ANTECEDENTES

Con fundamento en la Resolución N° 001089 de julio 19 de 1990, de la Tesorería de Bogotá, D.E. , el Juzgado Segundo de Ejecuciones Fiscales libro orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor de la Tesorería Distrital y en contra de Murcia Vélez y Compañía Limitada, por la suma de $3'295.193, más intereses y costas, por concepto de mora en el pago de Impuesto de Industria Comercio y Avisos por los años gravables 1981 a 1986.

Notificado personalmente el auto de mandamiento de pago al representante legal de la Sociedad el 20 de febrero de 1991, (fl.61), propuso por conducto de apoderado excepción previa de "Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones", con el argumento de que no existe en el expediente "...una demanda en concreto de la cual se le haya corrido traslado a la demandada, como lo ordenan los artículos 75 y 87 del C. de P. C., (fl. 69) por lo que la acción no puede prosperar; y de indebida acumulación de pretensiones por cuanto las obligaciones claras, expresas y exigibles plasmadas en las declaraciones de industria, comercio y avisos debieron especificarse en el mandamiento de pago, lo que no se hizo, y en el evento de que su representante fuere vencida, sería condenada a pagar intereses sobre intereses , práctica que está prohibida. Culmina diciendo que la Administración "no puede ser omnímoda en sus poderes para castigar a sus súbditos"; sino que debe existir igualdad de condiciones con el particular para resolver los conflictos que entre ellos surjan.

CONSIDERACIONES

Excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones

La jurisdicción coactiva es el medio por el cual una entidad pública puede, a través de los funcionarios que señala la ley, iniciar y tramitar el cobro de un crédito a su favor y a cargo de una persona natural o jurídica, y el procedimiento aplicable es el del proceso ejecutivo de mayor o menor y de mínima cuantía, según fuere el caso, que para imprimirle mayor celeridad y facilidad al cobro, no son necesarios los mismos requisitos y formalidades.

En los juicios por jurisdicción coactiva lo importante es el título que preste mérito ejecutivo, en que conste una obligación clara, expresa y exigible conforme al artículo 68 del Decreto 01 de 1984. Y una resolución administrativa base del mandamiento de pago, en principio se presume reúne estas condiciones.

Una vez en firme el acto administrativo, porque se agotó la vía gubernativa es suficiente por sí solo para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento.

La Resolución N° 001089 de julio 19 de 1990 de la Tesorería de Bogotá D.E., fue dictada por autoridad competente y constituye título que presta mérito ejecutivo porque contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible en cuantía de $3.295.193 a cargo de MURCIA VELEZ Y COMPAÑIA LIMITADA, sobre el cual el Juzgado Segundo de Ejecuciones Fiscales es competente para librar mediante auto, como así lo hizo el 14 de septiembre de 1990, la respectiva orden de pago, cuya notificación personalmente se le hizo al representante legal de la ejecutada el 20 de febrero de 1991 advirtiéndose sobre los términos de ley para plantear su defensa a través de las excepciones.

Se sigue de lo anterior, que por el carácter especialísimo de la jurisdicción coactiva puede no haber demanda, por lo que las argumentaciones del señor apoderado resultan improcedentes, más aun cuando pudo proponer excepciones oportunamente en defensa de la demandada.

En cuanto al otro aspecto que plantea el apoderado, precisa señalar que para el cobro de obligaciones a cargo del mismo contribuyente, la acumulación de pretensiones está permitida por economía procesal. En el caso *sub-judice,* en el auto de mandamiento de pago consigna el valor total de las deudas fiscales de años distintos que tiene la Sociedad Murcia Vélez y Compañía Limitada con la Tesorería Distrital, porque se basa el auto en la Resolución N° 001089 de julio 19 de 1990 que constituye el título ejecutivo, expedido en los mismos términos y contra el cual la Sociedad no hizo reparo alguno en la oportunidad que tuvo de recurrir ante la Administración.

Resta agregar que en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, como en cualquier otro, rige el principio de la igualdad de las partes ante la ley reconocido por el artículo 26 de la Constitución Nacional y plenamente observado dentro de esta actuación.

En consecuencia, la excepción propuesta por el peticionario bajo la denominación de " Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones" no prospera por las razones dichas.

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

RESUELVE :

1°.- Declárase no probada la excepción previa aducida por el apoderado de la parte ejecutada.

2°.- Devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha, cinco (5) de Julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO/ RECURSO DE APELACION/ EXCEPCIONES

Es criterio sostenido y reiterado por la Sala, que en trantándose de desatar recurso de apelación contra el mandamiento ejecutivo, unicamente cabe tener en cuenta aquellos medios de convicción obrantes en autos al tiempo de proferir la decisión recurrida. No es procedente tomar en consideración nuevos elementos de prueba, en este evento encaminados a desvirtuar la obligación, precisamente por no existir oportunidad para su publicidad y controvertimiento. Cualquier hecho liberatorio que proponga la parte ejecutada solamente es comprobable y discutible en el trámite de las excepciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente :*Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia : Expediente N° 0066. Jurisdicción Coactiva.- Apelación del mandamiento de pago.- Partes: La Nación C/. "Exportadora de Productos Básicos de Colombia Limitada", Expobac Ltda, ahora Expobac S.A.-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación, subsidiario del de reposición que no prosperó, interpuesto por el apoderado de la firma "Exportadora de Productos Básicos de Colombia Limitada", EXPOBAC LTDA., contra el auto calendado a 10 de septiembre de 1990 (fl.25), en virtud del cual el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales le ordenó pagar, por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva y a favor del Tesoro Nacional, la cantidad de tres millones trescientos quince mil ochocientos noventa y seis pesos con cincuenta centavos ($3'315.896.50) M/Cte., más las costas que se causaren.

El título de recaudo lo constituyen las Resoluciones números 253, 254 y 255 de 12 de enero de 1990, por medio de las cuales el " Instituto Colombiano de

Comercio Exterior ", INCOMEX, declaró el incumplimiento de obligaciones de reintegro de divisas al Banco de la República, con las garantías personales números 5946, 5949 y 5950 de 7 de marzo de 1989, constituidas por EXPOBAC LTDA. por las sumas de ochocientos doce mil ochenta y cuatro pesos ($812.084.oo) M/Cte.; un millón cuatrocientos ochenta y cinco mil trescientos doce pesos con cincuenta centavos ($1'485.312.50) M/Cte. , y un millón dieciocho mil quinientos pesos ($1.018.500) M/Cte. , respectivamente.-

El mandamiento de pago fue notificado al apoderado especial de la sociedad comercial ejecutada el 16 de abril de 1991 (fl. 36) , quien oportunamente lo recurrió en reposición y subsidiariamente apeló (fls. 37 a 39).

Por auto de 3 de mayo de 1991 (fls. 42 y 43), el Juzgado del conocimiento no repuso el proveido materia de inconformidad y concedió el de apelación, reconociendo además personería al apoderado de la firma ejectuada.

Prentende el apelante se declare que las garantías números 5949 y 5950, de 7 de marzo de 1989, se las ordenó hacer efectivas sin soporte legal, por lo que no prestan mérito ejecutivo, explicando al efecto que las divisas correspondientes a las operaciones así garantizadas fueron reintegradas dentro del término fijado, por lo que las Resoluciones números 254 y 255 de 12 de enero de 1990, emanadas del INCOMEX, obedecen nada más que a la falta de coordinación entre ese Instituto y el Banco de la República.

Y en relación con la garantía número 5946, de 7 de marzo de 1989, aunque el reintegro de divisas se hizo extemporaneamente, ello obedeció a riesgos cambiarios frente a los cuales el exportador carece de protección, circunstancia que de haberse apreciado por el INCOMEX seguramente lo hubiera inhibido de proferir la Resolución número 253 de 12 de enero de 1990.-

Por consecuencia de esas declaraciones, pide se disponga el levantamiento de las medidas cautelares dentro del proceso de la referencia.

Solicita el recurrente se tenga y aprecien como pruebas, fotocopias que presenta de certificaciones expedidas por funcionarios del Departamento de Cambios Internacionales del Banco de la República, en las que consta el oportuno reintegro de los registros números 5949 y 5950 de 7 de marzo de 1989.

Para resolver,

SE CONSIDERA :

Es criterio sostenido y reiterado por la Sala, que en tratándose de desatar recurso de apelación contra el mandamiento ejecutivo, unicamente cabe tener en cuenta aquellos medios de convicción obrantes en autos al tiempo de proferir la decisión recurrida.- No es procedente tomar en consideración nuevos elementos de prueba, en este evento encaminados a desvirtuar la obligación, precisamente por no existir oportunidad para su publicidad y controvertimiento.

Cualquier hecho liberatorio que proponga la parte ejecutada solamente es comprobable y discutible en el trámite de las excepciones, aunque con las limitaciones establecidas en los artículos 509 y 561, inciso segundo, del C. de P. Civil.

Sobre el particular el profesor Hernando Morales expresa :

"...aunque el deudor lleve la prueba del cumplimiento de su obligación antes de librarse la ejecución, si este no consta plenamente en el título mismo, no puede tenerse en cuenta, y el mandamiento ejecutivo debe pronunciarse, pues el pago constituye una excepción.- Será cuando se propongan excepciones el momento adecuado para decretar, con citación del actor, las pruebas tendientes a demostrarlo.- Por esta razón, y por la no menos poderosa de que un auto no puede reponerse ante material procesal no existente en el juicio cuando se dictó, no es pertinente revocar o reformar el mandamiento ejecutivo por el juez que lo dictó, ni por el superior, pues en la segunda instancia no hay término probatorio, a pesar de que el demandado aduzca la prueba del cumplimiento de la obligación, ya que ello, repítese, es materia de excepciones..." (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial, pág. 255, 3ª Ed.).

Por el alegado pago de la obligación no cabe, entonces, revocar el mandamiento ejecutivo impugnado; mucho menos cuando, como lo admite el recurrente, dicho pago no fue total dentro del término señalado al efecto, en la medida que parte del mismo se cumplió extemporáneamente.

Las Resoluciones números 253, 254 y 255 de 12 de enero de 1990, dictadas por el INCOMEX, son actos administrativos en firme y, por tanto, de obligatorio cumplimiento mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contenciosa administrativa o no hayan perdido su fuerza ejecutoria conforme a la previsión del artículo 66 del C.C.A.

Dichas Resoluciones prestan mérito ejecutivo, pues la obligación que contienen es clara y expresa, por estar determinado su valor en la suma global de tres millones trescientos quince mil ochocientos noventa y seis pesos con cincuenta centavos ($3'315.896.50) M/Cte. a favor del Tesoro Nacional y a cargo de la sociedad comercial EXPOBAC LTDA.; y es exigible, en la medida que no está sujeta a plazos ni condiciones.

Y como antes se expresó, la prueba del cumplimiento de la obligación exigida ejecutivamente solo es aducible en el incidente de excepciones, dentro de las limitaciones que contemplan los artículos 509 y segundo inciso del 561 del C. de P. Civil.- Antes de ello en la etapa gubernativa; también en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en proceso ordinario ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

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

RESUELVE :

Confirmar el mandamiento de pago dictado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, fechado a 10 de septiembre de 1990, a favor del Tesoro Nacional y en contra de la sociedad comercial " Exportadora de Productos Básicos de Colombia Ltda", ahora "EXPOBAC S.A." por la suma global de tres millones trescientos quince mil ochocientos noventa y seis pesos con cincuenta centavos ($3'315.896.50) M/Cte. más las costas que se causaren.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.- Cúmplase.

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO/ EXCEPCIONES

Cuando lo que se debate es la existencia o validez de algún requisito indispensable para trabar la relación procesal que para las acciones por jurisdicción coactiva tendría que ver con la eficacia ejecutiva del documento que sirve de título, en el que deben concurrir las condiciones de contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible, no puede hablarse de excepciones toda vez que constituyen un medio de defensa que las comprenda, pues, no pretende enervar ni tampoco niegan las pretensiones de la parte ejecutante. La "carencia de título" alegada se analiza como presupuesto del proceso por jurisdicción coactiva y no como medio exceptivo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta- Santafé de Bogotá, D.C. , julio quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia : Expediente N° 0006. Actor : Municipio de Neiva contra Secundino García Perdomo. Jurisdicción Coactiva.

Procedente del Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Neiva, ha llegado el proceso de referencia para conocer de las excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada.

ANTECEDENTES

Mediante sentencias proferidas los días 6 de octubre y 29 de octubre de 1986, el Tribunal Administrativo del Huila decretó nulos un total de veintiseis (26) actos administrativos expedidos por la Contraloría Municipal de Neiva por medio de los cuales se declaró insubsistente el nombramiento de igual número de funcionario adscritos a esa dependencia. Como consecuencia de esa declaración, la misma providencia ordenó el reintegro de los demandantes a los cargos que tenían antes de expedir los actos de insubsistencia y al pago de los respectivos salarios,

prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que aquélla se hizo efectiva y hasta que se operara el reintegro. Igualmente dispuso, de conformidad con el artículo 78 del C.C.A. que el funcionario nominador, doctor Secundino García Perdomo debería reponer al municipio de Neiva un 50% de los perjuicios pagados por la entidad condenada conforme lo ordena el artículo 79 del C.C.A.

Las sentencias aludidas y la resolución N° 097 del 15 de febrero de 1989 (folios 165 y 166), mediante la cual el municipio de Neiva ordenó hacer efectivo el cobro de trece millones doscientos treinta y un mil cuatrocientos veintiún pesos con ochenta y un centavos ($13.231. 421.81) correspondientes al 50% del valor de la condena de que fue objeto el municipio mencionado y las resoluciones de reconocimiento y pago a favor de los reintegrados (folios 53 y siguientes), constituyeron el título ejecutivo complejo que sirvió de base para librar el mandamiento de pago a favor de la Tesorería de Neiva y contra Secundino García Perdomo, Ex-Contralor Municipal.

LA EXCEPCIONES PROPUESTAS

Los argumentos en los que la parte demandada fundamentó los medios de defensa referidos, los resume la Sala así :

1.- *CARENCIA DEL TITULO.*- Dado que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila no determinó la suma líquida a pagar, correspondiente a los perjuicios sufridos por la entidad, no constituye una obligación clara, expresa ni actualmente exigible y por lo tanto la sentencia referida no presta mérito ejecutivo.

2.- *INDEBIDA REPRESENTACION DEL DEMANDADO.*- De la expresión contenida en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, según la cual *El funcionario nominador,* doctor Secundino García Perdomo deberá responder en la mitad o el 50% al municipio de Neiva *mediante la Contraloría Municipal* a satisfacer ..."., el incidentalista infiere que quien debe cancelar el 50% del valor de la condena de que fue objeto el municipio de Neiva es la Contraloría Municipal y no el señor García Perdomo como presona natural, pero, como funcionario nominador sí debía ordenar el respectivo pago, es decir que es el Contralor Municipal por medio de la Contraloría quien debe satisfacer al municipio de Neiva los perjuicios causados. Finalmente pregunta : ¿ quién debe repetir lo pagado por la Contraloría Municipal? y se responde, citando el aparte de la sentencia que dice: "Por medio del procedimiento que repetirá la entidad contra el funcionario".

3.- *FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA.*- Al determinar en concreto la suma líquida de dinero a pagar, el a-quo carece de competencia por jurisdicción, pues, debió acudirse inmediatamente al procedimiento ordinario ante el Juez Civil del Circuito para que, mediante sentencia dispusiera el crédito a favor del

municipio de Neiva y a cargo del señor Secundino García Perdomo como persona natural y entonces sí, la condena prestaría mérito ejecutivo.

Agotado el trámite establecido en el artículo 510-1 del C. de P. C. , para las excepciones previas, procede la Sala a resolver las propuestas por la parte ejecutada.

CONSIDERACIONES

1.- De conformidad con lo establecido en el artículo 128-13 del C.C.A. , esta Corporación es competente para conocer en única instancia de las excepciones que fueron propuestas por el apoderado del demandado dentro del término que para ese efecto señala el artículo 509-1 de la codificación procesal civil.

2.- Antes de analizar la naturaleza de las excepciones referidas, conviene recordar que éstas las constituyen aquellos medios de defensa utilizados por los demandados tendientes a contrarrestar la acción. Si dichos medios van dirigidos a desvirtuar el derecho en litigio, se denominan de mérito, pero si lo que pretenden es atacar el procedimiento empleado para la consecución del mismo, se denominan previas.

Cuando lo que se debate es la existencia o validez de algún requisito indispensable para trabar la relación procesal que para las acciones por jurisdicción coactiva tendría que ver con la eficacia ejecutiva del documento que sirve de título, en el que deben concurrir las condiciones de contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible, no puede hablarse de excepciones, toda vez que no constituye un medio de defensa que las comprenda, pues, no pretenden enervar, ni tampoco niegan las pretensiones de la parte ejecutante.

En tal virtud la Sala analizará la "carencia de título"alegada por el incidentalista como presupuesto del proceso por jurisdicción coactiva y no como medio exceptivo y al respecto es suficiente anotar que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila no es el único documento que en el *sub-lite* sirvió de título ejecutivo; además de este proveído el Tesoro Municipal de Neiva , tuvo en cuenta las resoluciones de reconocimiento números 215, 218, 221, 216, 217, del 18 de junio de 1987; 206, 202, 209, 203, 207, 208, 204, 198, 201, 119 y 200 de junio 10 de 1987 y la N° 097 del 15 de febrero de 1989 que ordenó hacer efectivo el cobro del 50% del valor de la condena de que fue objeto el municipio de Neiva, a Secundino García Perdomo, por la suma de trece millones doscientos treinta y un mil pesos cuatroscientos ventiun pesos con ochenta y un centavos ($13.231.421.81) (folio 174), título que, conforme al artículo 68-1 del C.C.A., presta mérito ejecutivo, pues en él consta una obligación *expresa*, porque el documento que la contiene es cierto e inequívoco; *clara,* en cuanto es perfectamente e inteligible y *actualmente exigible,* dado que su cumplimiento puede demandarse como en efecto se está haciendo por no encontrarse sujeto a plazo o condición que lo impida o postergue.

3.- En relación con la falta de jurisdicción y competencia alegadas, cabe anotar que, siendo complejo el título ejecutivo, no puede tomarse aisladamente, sin

que pierda su naturaleza, - tal como hace el excepcionante- uno solo de los documentos que lo integran, pues, es con base en las sentencias emanadas del Tribunal Administrativo de Neiva y en las resoluciones que profirió la Alcaldía Mayor del mismo municipio para hacer efectivas dichas providencias, que el Juez de Ejecuciones Fiscales de Neiva, como funcionario investido de jurisdicción coactiva, libró mandamiento de pago con el ánimo de proveer el cobro de la pretensión de la entidad territorial ejecutante.

4.- En cuanto tiene que ver con la excepción de indebida representación del demandado, la Sala observa que los presupuestos fácticos que invoca el excepcionante para estructurarla no la configuran, pues entratándose de personas naturales, esta causal se presenta, en el evento de que en el proceso hubiere actuado por sí mismo un incapaz sin haber sido representado o autorizado por sus representantes legales o cuando la representación se ha ejercido con fundamento en poder defectuosamente conferido o sin el lleno de los requisitos legales.

Las circunstancias referidas, en este caso, brillan por su ausencia, pues la parte demandada, señor Secundino García Perdomo es persona mayor de edad, con capacidad para constituir apoderado y a través de él comparecer como en efecto compareció al proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO : Decláranse no probadas las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago, proferido el 29 de de octubre de 1990, por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Neiva contra el señora Secundino García Perdomo, Ex-Contralor de la misma municipalidad, por la suma de trece millones doscientos treinta y un mil cuatroscientos veintiun pesos con ochenta y un centavos ($13. 231.421.81) M/cte. , más lo correspondiente a intereses de mora hasta cuando se verifique el pago total, incluidas -si las hubiere -las costas del proceso.

SEGUNDO : Continúe la ejecución.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE A LA OFICINA DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha once (11) de julio de mil novecientos noventa y uno. (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MEDIDAS CAUTELARES-Oportunidad

Haya o no demanda ejecutiva, exista o no la solicitud de medidas cautelares, lo único cierto e indiscutible es que ya sea a petición de parte o de oficio, trátase de un ejecutivo ordinario o de jurisdicción coactiva, por regla general, salvo expresas excepciones ninguna aplicable al asunto en examen, la oportunidad para el decreto de embargo y secuestro previos no es otra que la contemplada en el inciso quinto del artículo 513 del C. de P. C.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., julio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia : Expediente Nº 0060. Jurisdicción Coactiva. - Apelación auto medidas cautelares.- Partes : La Nación C/. Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, GRANAHORRAR.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la Corporación financiera ejecutada, por conducto de apoderado especial, contra el auto calendado a 1° de marzo de 1991 (fl. 56), por medio del cual la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales dispuso el embargo de la cuenta corriente que aquella tuviera en el Banço de la República, hasta por el límite de doscientos treinta y tres millones de pesos (233'000.000.oo) M/cte., " ...con el fin de salvaguardar los intereses del Estado y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 513 y 681 del C. de P. Civil. . ".

ANTECEDENTES

1.- Mediante Resoluciones expedidas todas en el año de 1990, así : la 0610 de 1° de marzo, modificada por la 1755 de 21 de mayo (fls. 42, 43, 46, 47 y 50 a 55); 0614 de 1° de marzo, confirmada por la 1754 de 21 de mayo (fls. 24 a 41); 0822 de

14 de marzo, modificada por la 1755 de 21 de mayo (fls. 44, 45, 48, 49 y 50 a 55); y 1378 de 20 de abril confirmada por la 2526 de 10 de julio (fls. 2 a 23), la Superintendencia Bancaria impuso a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, GRANAHORRAR, sanciones pecuniarias a favor del Tesoro Nacional por la suma global de doscientos treinta millones novecientos cincuenta y nueve mil novecientos ochenta pesos ($230.959.980.oo) M/cte., por defectos de colocación de porcentajes de cuentas de ahorro de valor constante y del total de préstamos nuevos en la financiación de vivienda de interés social, obras de urbanismo y lotes con servicios, en el lapso comprendido entre abril de 1989 y el mes de enero de 1990.

2.- Con base en las Resoluciones aludidas la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto de 5 de marzo de 1991 (fl. 59), libró mandamiento de pago, por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva, por la suma preanotada más las costas que se causaren, contra GRANAHORRAR, con Nit. 860.034.133-8 de Bogotá.

3.- El mandamiento de pago fue notificado personalmente el 7 de marzo del año en curso al señor apoderado de la entidad ejecutada (fl. 62), sin que se interpusieran recursos o propusieran excepciones.

4.- Con antelación, esto es, mediante auto de 1° de marzo de 1991 (fl. 56), la División Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales había decretado el embargo de la cuenta corriente que en el Banco de la República posee la sociedad ejecutada, limitando la medida a la cantidad de doscientos treinta y tres millones de pesos ($233'000.000.oo) M/cte.

5.- De ese proveído, de inmediato comunicado al Banco de la República que le dio efectivo cumplimiento, recurrió la parte ejecutada en reposición y subsidiariamente apeló (fls. 68 a 75), procurando su revocatoria para que, en su lugar, se disponga el desembargo de la suma retenida. Al efecto alega que las medidas previas se decretaron con antelación al mandamiento de pago, en franca contradicción con lo dispuesto en el quinto inciso del artículo 513 del C. de P. Civil, que ordena que ambas situaciones se decidan simultaneamente.

Además, que la entidad ejecutada siempre ha estado dispuesta a otorgar caución suficiente, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 519 del C. de P. Civil, con miras a evitar la medida cautelar irregularmente decretada que hoy la afecta gravemente en sus intereses patrimoniales, sin que el Juzgado ejecutor se haya pronunciado al respecto.

También, que la corporación ejecutada acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para impugnar las resoluciones objeto de la presente ejecución, otorgando caución a favor de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 140 del C.C.A. , para garantizar el eventual pago de las multas impuestas.

Consiguientemente, -agrega- habiéndose prestado esa caución, no existe razón para que al mismo tiempo se retengan mediante medidas ejecutivas grandes sumas de dinero con idéntica finalidad.

6.- El Juzgado de instancia, por el auto de 18 de marzo de 1991 (fl.160), afirmando que a folio 158 del expediente aparece el título de depósito judicial j-3212029 de 7 de marzo de 1991, por la suma de doscientos treinta y tres millones de pesos (233.000.000.oo) M/cte. , expedido por el Banco Popular, con el cual GRANAHORRAR "...cubre el valor total de la ejecución que este Despacho persigue a favor de la Nación, por concepto de las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria...", dispuso el levantamiento de las medidas cautelares decretadas por auto de fecha 1° de marzo de 1991, determinación que comunicó al Banco de la República para lo de su competencia.

7.- No obstante lo anterior, mediante auto de 16 de abril de 1991 (fls. 163 a 165), al decidir del recurso de reposición contra el auto que ordena las medidas preventivas resolvió mantenerlo en firme y conceder, con efecto devolutivo, el de apelación.

Argumentó el *a-quo,* que si el artículo 513 invocado por el recurrente faculta a los particulares para pedir el embargo de los bienes del ejecutado desde el momento mismo de la presentación de la demanda, con mayor y "...justificada razón la Nación haciendo uso de su poder exhorbitante (sic) lo puede hacer sin que se someta al rito procesal establecido...- Es apenas lógico que la Nación asegure el pago de las obligaciones de aquellas personas que son reticentes a cumplir con las decisiones gubernamentales inmediatamente la obligación cierta se encuentre en poder de los funcionarios competentes para ejecutar". Desde ese momento, agrega, esto es, desde cuanto tenga a disposición el título ejecutivo, o mejor, desde el instante en que avoca el conocimiento del acto administrativo contentivo de una obligación cierta, clara y exigible, el funcionario ejecutor es competente para, de oficio, como oficioso es el impulso de esta clase de proceso, decretar las medidas precautelares que se impongan.- Lo contrario es desatender las necesidades y fines del cobro fiscal y la especial naturaleza y carácter del respectivo proceso.

8.- Sustentado el recurso ante esta Corporación, la señora apoderada de la entidad ejecutada reitera el criterio de la indebida aplicación del quinto inciso del artículo 513 del C. de P.C. , en la medida que primero se decretó el embargo preventivo de bienes del ejecutado y con posterioridad se libró en su contra mandamiento de pago, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 561 de la codificación en cita, en cuanto ordena que los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva se seguirán por los trámites del proceso ejecutivo de mayor, menor o mínima cuantía , según el caso, sin que sea viable ni jurídico atender "...el interés que se persiga...". sino, como lo enseña el tratadista Arturo Alessandri, con "...la determinación del significado, alcance sentido o valor de la ley frente a las situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse...". - "...En el caso que nos ocupa no sólo se interpretaron las normas en la forma en que se

consideraron convenientes, sino que se lesionaron los principios del debido proceso y esencialmente el derecho de defensa de mi mandante dentro del proceso".

Lo último advertido, porque también se desconció a la entidad financiera ejecutada el derecho a garantizar mediante el pago de las sanciones pecuniarias impuestas para evitar medidas precautelares sobre sus bienes, como lo previene el artículo 519 del C. de P. C., modificado por el numeral 277, artículo 1° del Decreto 2282 de 1989.

"...De lo anterior se desprende claramente - concluye la recurrente que el juzgador de primera instancia no solo violó las normas tantas veces citadas sino que no tuvo en cuenta que las medidas de embargo y secuestro se dictan precisamente para evitar la insolvencia del deudor y garantizar con su patrimonio el pago de la obligación a su cargo, supuesto este último, que mi mandante cumplió cabalmente al ofrecer la póliza judicial con el lleno de los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, especialmente el artículo 519 del C. de P. C.", razones todas por las que se impone la revocatoria del auto apelado (fls. 289 a 295).

Para resolver,

SE CONSIDERA :

El motivo por el que las presentes diligencias han subido a esta Corporación, procedentes de la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales, es para que se decida el recurso de apelación, subsidiario del de reposición resuelto desfavorablemente, contra el auto de 1° de marzo de 1991, visto a folio 56 del expediente, por el cual se decretó el embargo preventivo de la cuenta corriente que en el Banco de la República posee GRANAHORRAR, hasta por el límite de doscientos treinta y tres millones de pesos ($233.000.000.oo) M/cte., para cautelar el pago de las obligaciones que se cobren y las costas del proceso.

Sin embargo, observa la Sala que el auto recurrido formalmente cesó en sus efectos por expresa disposición del Juzgado del conocimiento, por cuanto mediante providencia calendada a 18 de marzo de este año, obrante a folio 160 del informativo, resolvió "Levantar la medida de embargo decretada por auto de fecha primero (1°) de marzo de 1991, en contra de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, GRANAHORRAR, con Nit. 860.034.133-8 de Bogotá; limitada a la suma de doscientos treinta y tres millones de pesos ($233.000.000.oo) M/cte; en consecuencia comunicar esta determinación al Banco de la República, para lo de su competencia".

Y se dice que formalmente, en cuanto, por el contrario, lo que hizo el *a-quo* con erróneo fundamento, fue mantener la vigencia de las medidas cautelares al tomar el depósito que en el Banco Popular hizo el Banco de la República, en cumplimiento del auto del 1° de marzo, como si fuera caución constituida por la sociedad demandada para obtener el levantamiento del embargo, conforme a la previsión del Art. 519 del C. de P. Civil en su segundo inciso.- Allí, como bien se

ve del mismo título de depósito, se trata de dinero previamente embargado por el juzgado de ejecuciones fiscales, que el Banco de la República acreditó en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Popular, en obedecimiento al oficio Nº 0398, de marzo 1° de 1990 (fls. 57 y 66 de los numerales).

Por ello resulta lógico que a pesar del auto en mención, el del levantamiento del embargo, la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales profiriera el ordenamiento datado a 16 de abril de 1991, visto a folio 163 y siguientes de las copias que se examinan, por medio del cual confirmó, lo que luego corrigió en el sentido de dejar en firme, el proveido impugnado, concediendo el recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria.

Ahora bien: para la resolución a tomar se tiene que las antedichas medidas cautelares, como argumenta el recurrente, fueron decretadas contraviniendo el claro y expreso mandato del quinto inciso del artículo 513 del C. de P. Civil, según el cual

"...Simultáneamente con el mandato ejecutivo el juez decretará, si fueren procedentes, los embargos y secuestros de los bienes que el ejecutante denuncie como de propiedad del ejecutado, bajo el juramento que se considerará prestado por la presentación del escrito, los cuales se practicarán con sujeción a lo dispuesto en el artículo 515 y el título XXXV de este Código."

De allí infiere la ilegalidad del decreto de medidas cautelares impugnando, pues estima que esa decisión se tomó extemporaneamente, antes de proferido el mandamiento ejecutivo, que sólo vino a ser dictado el 5 de los mismos mes y año.

Y agrega que no sólo se infringió la norma transcrita, si no también el inciso 6° del Art. 513 del C. P. C., que "...sólo autoriza el decreto de embargo y secuestros previos al mandamiento ejecutivo cuando se trata de títulos ejecutivos que carezcan de plena autenticidad... " (fl. 68 fte.).

Al respecto la Sala considera que trátese del proceso ejecutivo ordinario o del coactivo, salvo la expresa excepción consagrada en el sexto inciso aludido, las medidas ejecutivas se pueden decretar "...simultáneamente con el mandamiento ejecutivo....". o después de ejecutoriado éste, pero no anteladamente como mal lo dispuso el a-quo.

Ciertamente se está frente a un proceso ejecutivo especialísimo, el de jurisdicción coactiva, donde la Administración Pública es parte privilegiada y con poderes excepcionales, como los de crear el título ejecutivo y cobrarlo por sí misma a través de sus agentes de ejecución fiscal, pero con sujeción y acatamiento a unas reglas procedimentales de orden público limitantes del arbitrio oficial y que son garantía para todas las partes intervinientes en el proceso.

Que el ejecutivo por la vía de jurisdicción coactiva requiera o no demanda es aspecto intrascendente para los fines del quinto inciso del artículo 513 del C. de

P. Civil, por cuanto dicha norma hace referencia a un factor de temporalidad de la medida cautelar : que ésta se decrete simultaneamente con el mandamiento de pago, sin que tampoco importe si el embargo se solicitó o no, o si su disposición es oficiosa como en el caso en examen.

Debe distinguirse también, porque el artículo 513 citado distingue sin lugar a dubitaciones , entre el momento de solicitud de las medidas precautelares y el momento del decreto de las mismas; lo primero, de acuerdo con el primer inciso de la norma aludida, puede pedirse "...desde que se presente la demanda ejecutiva ...", pero de acuerdo con el inciso quinto tantas veces traído a colación, la medida sólo puede ordenarse "...simultáneamente con el mandamiento ejecutivo..." momentos situaciones distintas que el juzgado a-*quo* confunde y subsume equivocadamente.

Haya o no demanda ejecutiva, exista o no solicitud de medidas cautelares, lo único cierto e indiscutible es que ya a petición de parte o de oficio, trátase de un ejecutivo ordinario o de jurisdicción coactiva, por regla general, salvo expresas excepciones ninguna aplicable al asunto en examen, la oportunidad para el decreto de embargo y secuestro previos no es otra que la contemplada en el inciso quinto del artículo precitado.

Así es, porque contrario a la discrecionalidad que atribuye la juzgadora de primera instancia a la jurisdicción coactiva, como realizadora de "actos de soberanía", conforme a lo dispuesto en el Art. 561 del C. de P. Civil los procesos de esa naturaleza deben rituarse ineludiblemente por el procedimiento señalado para el ejecutivo ordinario de mayor, menor o mínima cuantía en ese Código.

No sobra advertir que las excepciones consagradas en el ordinal 6° del Art. 513 del C. P. C. respecto de la oportunidad para decretar las medidas previas de embargo y secuestro, se explican en razón de la no exigibilidad del título mientras no se produzca su reconocimiento por el deudor, o la notificación a este de la cesión del crédito o la de éste a los herederos de aquél, o el requerimiento para constituir en mora al deudor.- No teniendo ejecutividad el título antes de surtirse el trámite anticipado que se echa de menos, no sería procedente decretar mandamiento ejecutivo, y por ende, tampoco el simultáneo embargo y secuestro previos conforme a lo ordenado en el inciso 5° de la norma en cita.- Ello podría generar grave riesgo al interés del acreedor que presenta demanda ejecutiva con el pedimento de que se ordene previamente la práctica de embargo y secuestro, pues en tanto se verifica el reconocimiento del título, o su notificación o el requerimiento para constituir en mora al deudor, puede éste hacer traspaso de sus bienes o un tercero colocándose en insolvencia.

Fuera de esos eventos exceptivos, en todos los demás, como resulta armonizar los incisos 1 y 5 del Art. 513 del C. de P. Civil, debe ser simultáneo el decreto de mandamiento de pago y de medidas previas de embargo y secuestro, lo que no ocurrió respecto del auto recurrido con manifiesto desconocimiento del ordenamiento legal.- Por ello habrá de revocarse ese proveido, disponiendo la cancelación del embargo de la cantidad dineraria depositada por el Banco de la República en la

cuenta de depósitos judiciales N° 379012 del Banco Popular, dinero perteneciente a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda "GRANAHORRAR" a la que será devuelto mediante la entrega del título N° J 32120291, constituido el 07 de marzo del año en curso.

Prosperando de modo dicho el recurso de apelación, resultaría innecesario referirse a los demás argumentos que el recurrente esgrime.- No obstante, en gracia de la amplitud del debate conviene observar que el fundado en las cauciones constituidas al tenor del inciso final del Art. 140 del C.C.A., para la admisibilidad de las demandas con acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoadas contra las resoluciones que sirven de título al presente proceso ejecutivo, carece de toda virtualidad respecto del decreto de medidas previas que se analiza.- Ello por cuanto aquella es una garantía de pago que se da en el proceso contencioso administrativo, en tanto la que se ordena en este busca salvaguardar los resultados del proceso ejecutivo, y aunque en la práctica son idénticos resultan ordenados por jurisdicciones distintas, en diferentes procesos con finalidades también dispares.- Aquí se cautela el pago de la obligación declarada en las ameritadas resoluciones; allá, que se tramite el proceso ordinario de nulidad a que se contrae la acción consagrada en el Art. 85 del C.C.A. , para que declarada la invalidez de los actos administrativos impugnados se restablezca a la Sociedad actora en el derecho que estima lesionado con aquéllos.

Pero también habría otra razón para no poder considerar ese aspecto en este proveído, cual es el de la prueba allegada para fundamentarlo. Tratándose de apelación de auto interlocutorio no existe período probatorio en segunda instancia y, por ende, no cabe tener en cuenta los distintos medios allegados por el recurrente en apoyo de su tesis.

A igual conclusión se debe llegar, por consiguiente, respecto de la oferta de garantía de pago que alega haber formulado de modo reiterado la Sociedad Granahorrar para impedir el embargo.

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

RESUELVE :

1.- Revócase el proveido de fecha marzo 1° del año en curso, visible en estas copias al folio 56 fte. , por el que se decretó el embargo de la cuenta corriente de la Corporación de Ahorro y Vivienda Granahorrar en el Banco de la República, ordenada cumplir mediante oficio 0398 de la fecha atrás consignada.

2.- Devuélvase a la citada Corporación la suma total embargada en el Banco Popular, de que da cuenta el título de depósito judicial N° J321202 91, constituido por el Banco de la República a favor del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales - hoy División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales- con fecha 7 de

marzo de 1991, (fol. 159 de estas copias), por valor de doscientos treinta y tres millones de pesos ($ 233.000.000.oo) M/cte.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.- Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONTRATO DE SEGURO/ INTERES MORATORIO

El artículo 83 de la L. 45/90, de cuyo supuesto se pretende derivar el cobro de intereses por todo el período de vigencia de la norma, no es de aplicación en este caso ni antes ni después de su vigencia, porque el contrato de seguro se celebró bajo el postulado del artículo 1080 del C. de Co. y esta norma se entiende incorporada a dicha convención y es la que señala el derecho del beneficiario a cobrar el interés del 18% anual y la obligación correlativa del asegurador de pagarlo durante todo el tiempo de la mora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia : Expediente N° 0058. Actor : D.E. Bogotá contra Seguros del Estado. Jurisdicción Coactiva.

Resuelve la Sala, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, en su orden, ejecutante, Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y ejecutada , Seguros del Estado S.A. , contra el auto de fecha 7 de mayo de 1991, dictado por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales, por medio de la cual, se negaron las objeciones que aquéllos formularon y se aprobó la liquidación del crédito y las costas.

ANTECEDENTES

Por conducto de la Secretaría, el Juzgado Segundo Distrital de ejecuciones Fiscales, con fecha 30 de abril de 1991, dando cumplimiento al auto de fecha abril 22 de 1991, practicó la liquidación del crédito y las costas en este proceso de jurisdicción coactiva, tomándose como base para la liquidación, la cantidad de

$5'533.671 pesos M/cte., o sea, la suma por la cual se libró mandamiento de pago y se ordenó seguir adelante la ejecución contra Seguros del Estado S.A.

Sobre la anterior cifra tomada como capital, el juzgado liquidó los intereses moratorios así : a partir del mes de abril de 1983 hasta el 12 de diciembre de 1990, al 18% anual, con fundamento a lo previsto en el artículo 1080 del Código de Comercio; y desde el 21 de diciembre de 1990, al 30 de abril de 1991 al 36.41% anual, certificado por la Superintendencia Bancaria, de acuerdo a lo establecido por el artículo 83 de la ley 43 de 1990, norma esta que modificó la anterior del Código de Comercio.

Dentro del término de traslado, los apoderados, con argumentos opuestos, objetaron la liquidación del crédito, objeciones que fueron desestimadas confirmándose la liquidación.

El apoderado de la entidad demandante sustentó el recurso de apelación que interpuso como subsidiario al de reposición, argumentando que el Juzgado practicó casi en su totalidad la liquidación de intereses, con fundamento en lo normado por el artículo 1080 del Código de Comercio, el cual fue modificado por el artículo 83 de la ley 45 de 1990, dando aplicación a esta ley, unicamente para liquidar intereses de 4 meses y 6 días; disposición que es del siguiente tenor :

" El asegurador estará obligado a ejecutar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurador o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Que el contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre el tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro. Como puede apreciarse, agrega el apoderado, se ha reformado sustancialmente el inciso primero del mencionado artículo 1080, fundamentalmente en lo referente a la tasa de intereses que debe reconocer y pagar el asegurador al asegurado o beneficiario y que según el artículo 83, " la tasa máxima de interes moratorio que se pagará es la vigente en el momento en que efectúe el pago".

Considera por último, que al no haberse hecho pago alguno en favor de su representada, no cabe duda que para efectos de la liquidación de intereses de la totalidad del tiempo debido 8 años, debe darse aplicación a lo preceptuado en la nueva ley.

Como normas de derecho aplicables citó los artículos 2°, 3° y 4° de la ley 153 de 1887 y, finalmente solicita la revocatoria del auto impugnado y consecuencialmente, se imparta aprobación a la liquidación elaborada, dando aplicación a la ley 45 de 1990.

De otra parte, el apoderado de la Sociedad ejecutada sustenta el recurso mostrando su inconformidad con la aplicación que dio el Juzgado al artículo 83 de la ley 45 de 1990 considerando que, por haberse celebrado el contrato seguro bajo el imperio del artículo 1080 del Código de Comercio, es esta la disposición aplicable en materia de intereses y no la inicialmente señalada, recordando el artículo 38 de la ley 153 de 1887, en virtud de la cual, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Complementa su alegato citando un aparte de la sentencia de la Sala de la H. Corte Suprema de Justicia de 9 de mayo de 1983 y solicita la revocatoria parcial del auto apelado en cuanto a la aplicación de la tasa más alta autorizada por la ley a partir del 21 de diciembre de 1990 y en su lugar se aplique el 18% anual.

Durante el traslado, los apoderados de las partes no alegaron.

SE CONSIDERA

Es claro que, al celebrarse el contrato de seguro mediante la póliza de cumplimiento número 38676 del 5 de agosto de 1982, estaba vigente el artículo 1080 del Código de Comercio y al no haberse estipulado el interés que debía pagar el asegurador al beneficiario en caso de mora en el pago del siniestro, por ser supletiva de la voluntad de las partes, dicha disposición es la aplicable al señalar un interés moratorio del 18% anual. Y es éste el que debe regir con relación a la liquidación y pago de la deuda, desde la ocurrencia misma de la mora hasta la completa satisfacción del crédito, porque la convención se celebró con conocimiento y aceptación de la norma existente en el momento de la relación contractual, y no es viable una modificación en esta materia, sin el concurso de la voluntad de las partes. Este aserto tiene su fundamento en el artículo 38 de la ley 153 de 1887 y 2036 del Código de Comercio de cuya aplicación la H. Corte Suprema de Justicia al hacer pronunciamiento sobre la ley que rige los contratos, en sentencia del 28 de agosto de 1974, que prohija esta Sección, dijo :

" Como quiera que de las relaciones contractuales surgen derechos y obligaciones para las partes, éstas deben quedar al abrigo del cambio de legislación, pues no parece justo y equitativo que celebrara una convención consultando la legislación existente, queden las partes expuestas en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones a una legislación posterior que acaso no previnieron ni se imaginaron. Es esta la razón para que desde el siglo pasado se hubiere sentado el principio legal de su celebración (art. 38 ley 153 de 1887), postulado reiterado por el actual Código de Comercio cuando preceptúa que " Los contratos mercantiles bajo el imperio de la legislación que se deroga conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación, con arreglo a lo establecido en los artículos 38 a 42 de la ley 153 de 1887".

Se tiene, entonces, que el artículo 83 de la ley 45 de 1990, de cuyo supuesto pretende el apoderado de la entidad ejecutante, derivar el cobro de intereses por todo el período de vigencia de la norma, no es de aplicación en este caso ni en uno u otro sentido, es decir, ni antes ni después de la vigencia de dicha norma, porque

se reitera, el contrato de seguro se celebró bajo el postulado del artículo 1080 del Código de Comercio y esta norma se entiende incorporada a dicha convención y es la que señala el derecho del beneficiario a cobrar el interés del 18% anual y la obligación correlativa del asegurador y de pagarlo durante todo el tiempo de la mora. Y no se ve razón alguna para establecer una contradicción entre estas disposiciones, como lo prevé el apoderado del ejecutante, recurriendo a los artículos 2° y 3° de la ley 153 de 1887, ni tampoco la aplicación del artículo 40 de la misma ley que se refiere a las leyes sobre sustentación y ritualidad de los juicios, cuyo supuesto no encaja en la situación de hecho y de derecho relacionados con el caso que es materia de estudio.

No prospera, entonces, el recurso de apelación que como subsidiario al que reposición interpuso el apoderado de la entidad ejecutante, contra el auto de la referencia.

En cambio, sí prospera el mismo recurso de apelación que en forma parcial formuló el apoderado de la entidad ejecutada.

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

RESUELVE

Revocar parcialmente el auto de fecha 7 de mayo de 1991, en cuanto confirmó la liquidación de intereses al 36% anual, entre el 21 de diciembre de 1990 y el 30 de abril de 1991, y en su lugar se ordena practicar nueva liquidación, a la tasa del 18% anual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE A LA OFICINA DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff,* Ausente con excusa; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO

La existencia del mérito ejecutivo de los documentos bases de cualquier recaudo, supone la estructura de una obligación en la que deben concurrir las condiciones de ser clara, expresa y actualmente exigible (art.68 C.C.A); la falta de alguna de éstas, como en el sub judice, la de claridad y expresividad, niega la calidad de ejecutivos a los títulos resoluciones exhibidos por la entidad municipal acreedora, razón ésta suficiente para revocar como en efecto se revocará el mandamiento de pago objeto del recurso de apelación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C. , julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Dr. Luis Fernando Jaramillo Mejía*

Referencia : Expediene Nº 0007. Jurisdicción Coactiva. Actor: Municipio de Medellín contra Compañía Productora de Papeles S.A. "PROPAL". S.A.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto oportunamente (folio 39 vto.) contra el mandamiento de pago proferido el 24 de octubre de 1990, por la suma de cuarenta y cuatro millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil novecientos trece pesos (44'464.913.oo) M/cte. en contra de la Sociedad Productora de Papeles S.A.

ANTECEDENTES

El Juzgado Quinto de Ejecuciones Fiscales- Tesorería de Rentas Municipales de Medellín -encontró que de las resoluciones números 0055 del 6 de diciembre de 1982, 00037 del 3 de diciembre de 1983,15196 del 25 de noviembre de 1986, 15805 del 26 de octubre de 1987, 26360 del 25 de ocubre de 1988 y 563 del 29 de marzo de 1990, expedidas por el Departamento de Impuestos Municipales, se desprendía una obligación expresa, clara y exigible de pagar a favor del municipio de Medellín una suma líquida de dinero, observando además que dichos títulos prestaban mérito

ejecutivo al tenor del artículo 68 del Decreto 01 de 1984 y con base en ellos libró el mandamiento de pago objeto del recurso que se estudia.

FUNDAMENTOS DE APELACION

Sostiene la apoderada de la parte demandada, que en proceso ejecutivo similar a este, adelantado por el municipio de Medellín en el año de 1987, interpuso recurso de apelación, con los argumentos que la Sala resume así :

1.- No existe título ejecutivo y mal puede librarse mandamiento de pago contra la sociedad demandada, pues según el artículo 562 del C. de P. C. , prestan mérito ejecutivo en las ejecuciones por jurisdicción coactiva "" 2.- *Las liquidaciones de impuetos contenidas en providencia ejecutoriadas* que practiquen los respectivo funcionarios fiscales a cargo de los contribuyentes, las certificaciones expedidas por los administradores o recaudadores de Impuestos Nacionales sobre el monto de las liquidaciones correspondientes a la copia de la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios para el cobro de las cuotas vencidas (Subrayas fuera de la Sala)" ".

A juicio de la recurrente, en este caso, no existen las liquidaciones de impuestos contenidas en providencia ejecutoriadas, praticadas por el respectivo funcionario fiscal, a cargo de " PROPALS.A.", pues, no tienen el carácter de tal ni la certificación la que solo se admite como título ejecutivo en casos de impuestos nacionales, ni las resoluciones con las cuales se alega haber liquidado el impuesto, pues ellas se reducen a una forma continua de computador con las cuales el municipio creyó cumplir con las normas de notificación personal.

Dicho recurso sostiene la apelante fue resuelto a su favor, mediante proveído calendado el 11 de agosto de 1988, radicación N° 1929, con ponencia de la doctora CONSUELO SARRIA OLCOS.

2. Mediante el certificado de liquidación del 12 de septiembre de 1990, se refiere a 118 cuentas vencidas entre 1982 y 1990, la cuenta aritmética entre enero de 1982 y agosto de 1990, da un total de 104 cuentas mensuales.

3. Aun cuando el mandamiento de pago parte de la resolución N° 0055 del 6 de diciembre de 1982, el municipio está intentando realmente el cobro de impuesto de industria y comercio desde 1978, afirmando que dichas cuentas vienen desde 1982 en adelante, y, a ello agrega el hecho de que los valores no corresponden al de las resoluciones, por lo cual, pregunta ¿ de dónde se dedujo la suma líquida sobre la cual se dictó mandamiento de pago?.

CONSIDERACIONES

Ante todo cabe observar que el artículo 562 del C. de P. C. , invocado por la recurrente, no es aplicable al caso por cuanto este se regula por el artículo 68 del Decreto 01 de 1984, cuyo numeral 1° reza :

" Art. 68.- Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara,expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

" 1. T*odo acto administrativo ejecutoriado que imponga* a favor de la nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, l*a obligación a pagar una suma líquida de dinero*, en los casos previstos en la ley " (Se subraya).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, los títulos ejecutivos que sirvieron de base para proferir el mandamiento de pago, están constituídos por varios actos administrativos expedidos por el Departamento de Impuestos Municipales de Medellín así : 563 del 29 de marzo de 1990 (folios 3 y 4) 26360 del 25 de octubre de 1988 (folio 5), 15805 del 26 de octubre de 1987 (folio 7) 15196 del 27 de noviembre de 1986 (folio 9) 0037 del 6 de diciembre de 1983 y 0055 de diciembre 6 de 1982. El primero de los actos administrativos citados, ordenó practicar la liquidación de aforo del impuesto de industria y comercio, por la actividades que desarrollara la Sociedad " Productora de Papeles S.A.", correspondiente al año gravable de 1988, e igualmente señala y ordena el cobro de la cantidad de $360.000, como sanción por la no presentación del impuesto de industria y comercio; las tres resoluciones mencionadas seguidamente, practican la liquidación de aforo y señalan el valor de una sanción, traducida en una carga tributaria, por no declarar el impuesto causado y cuyo valor mensual fue calculado, tomando como base gravable el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos por la "Productora de Papeles S.A." en los años 1987, 1986 y 1985 respectivamente. En cuanto a las resoluciones Nos. 0055 y 0037, que también sirvieron de título ejecutivo, no obra en el expediente.

Dado que el valor de las sanciones señaladas en las resoluciones referidas, corresponden a un solo mes, sin llegar a determinar si aquella debía o no aplicarse a todo el año gravable respectivo, o tan solo a unos meses, tampoco podría calificarse de títulos ejecutivos a las resoluciones que sirvieron para imponerlas, pues, en ellas no consta una obligación clara, ya que, como se demostró, su alcance y contenido son imprecisos, la cuantía que aparece en ellas no es exacta ni puede deducirse de las resoluciones mencionadas, las que dicho sea de paso, tampoco son excepciones porque no demuestran en forma concreta la carga tributaria que le asignan a la " Sociedad Productora de Papeles S.A.".

La existencia de mérito ejecutivo de los documentos bases de cualquier recaudo, supone la estructura de una obligación en la que deben concurrir las condiciones de ser clara, expresa y actualmente exigible (art. 68 del C.C.A.); la falla de alguna de éstas, como en el sub-judice, la de claridad y expresividad, niega la calidad de ejecutivos a los títulos resoluciones exhibidos por la entidad municipal acreedora, razón esta suficiente para revocar como en efecto se revocará el mandamiento de pago objeto del recurso de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO : Revócase el mandamiento de pago.

SEGUNDO : Cese la ejecución.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE A LA OFICINA DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff,* Ausente con excusa; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO/ TITULO EJECUTIVO/ LEGITIMACION EN LA CAUSA

El mandamiento de pago en el proceso ejecutivo es el auto admisorio de la demanda pero constituye providencia de fondo porque se libra sobre la base de la legitimación en la causa activa del acreedor y pasiva del deudor lo que equivale a decir que necesita como requisito indispensable que el título ejecutivo pruebe una obligación clara, expresa y actualmente exigible a cargo de determinada persona y en favor de otra también específica. Los recursos que proceden contra el mandamiento de pago tienen por objeto discutir el fundamento del auto admisorio de la demanda, pero a través de tales recursos no puede efectuarse evaluaciones de hecho de una connotación diferente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente : *Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff*

Referencia : Expediente Nº 0057. Actor : La Nación C/ Distribuidora Gas del Sur. Apelación Auto.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra el mandamiento ejecutivo de pago emanado del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales en favor del Tesoro Nacional y en contra de la firma " Distribuidora Gas del Sur", por la suma de ochocientos veinte mil trescientos noventa y dos pesos mcte. ($820.392.oo), junto con las costas que se causaren.

ANTECEDENTES

1. Mediante resolución Nº 066 de 6 de agosto de 1987, el Ministerio de Minas y Energía- Dirección General de Asuntos Legales- concedió a la Compañía

Distribuidora Gas del Sur, propietaria de un vehículo distribuido de gas propano, el término de un mes para que atendiera un requerimiento e informara sobre las condiciones de seguridad de éste.

2. Por resolución N° 002887 de 15 de octubre de 1987, el Ministerio de Minas y Energía, a través de la oficina mencionada en el numeral precedente, impuso a la Compañía Distribuidora Gas del Sur una multa por valor de ochocientos veinte mil trescientos noventa y dos pesos mtce. ($820.392.oo)

Por auto del 5 de enero de 1988 el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales decidio librar orden de pago contra Distribuidora Gas del Sur por la suma de $820. 392.oo.

El mandamiento de pago fue notificado a Bertha Galvis de Gómez el 27 de enero de 1989.

El 1° de febrero de 1989 por conducto de apoderado la sociedad Gómez Galvis y Cía. S. en C. interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación. El primero de los recursos fue decidido por auto de 16 de noviembre de 1990.

EL RECURSO DE APELACION

La alzada se fundamenta en la razones que se resumen así:

1. No existió claridad respecto de la persona ni de la calidad de quien se notificó de la resolución N° 66 del 6 de agosto de 1987, pues, la señora Betha de Cámez -notificada- no acreditó en el momento de la diligencia la calidad en la que actuaba, y de ello, el recurrente deduce que existe una indebida representación, "...sin la cual era imposible haber adelantado cualquier actuación jurisdiccional".

2. El mandamiento de pago se notificó a Bertha Galvis de Gómez en calidad de representante legal de " Distribuidora Gas del Sur", y ella, al momento de la diligencia entregó dos certificaciones, una, que la acreditaba como representante legal de la sociedad en comandita "Gómez Galvis " y otra, consistente en la matrícula mercantil del establecimiento denominado " Gas del Sur ".

Según la interpretación que el recurrente hace del artículo 515 del C. de Co., los establecimientos de la misma clase no son susceptibles de procesos ejecutivos, pues un mandamiento no puede ni debe ser librado a nombre comercial alguno, ni de la mercancía, mobiliario o instalaciones de un almacén, sino que debe dirigirse contra la sociedad propietaria respectiva, que en este caso era " Gómez Galvis " y no contra el establecimiento de comercio denominado "Gas del Sur", por lo cual, concluye, el mandamiento de pago fue mal librado.

CONSIDERACIONES

El mandamiento de pago en el proceso ejecutivo es el auto admisorio de la demanda pero constituye providencia de fondo porque se libra sobre la base de la legitimación en la causa activa del acreedor y pasiva del deudor lo que equivale a decir que necesita como requisito indispensable que el título ejecutivo pruebe una obligación clara expresa y actualmente exigible a cargo de determinada persona y en favor de otra también especifíca.

Los recursos que proceden en contra del mandamiento de pago tienen por objeto discutir el fundamento del auto admisorio de la demanda, es decir, si se justifica o no a la luz del título ejecutivo; pero a través de los recursos contra el mandamiento ejecutivo no puede efectuarse evaluaciones de hecho de una connotación diferente, y los recursos deben ser resueltos con base en los elementos tenidos en cuenta cuando se profirió el mandamiento de pago.

En este caso la señora Bertha Galvis de Gómez se notificó personalente del mandamiento de pago como representante de la entidad demandada Distribuidora Gas del Sur y en su calidad de representante de la entidad demandada, mediante apoderado, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el mandamiento ejecutivo.

En el memorial mediante el cual se interpusieron los mencionados recursos la representante de la parte ejecutada no controvirtió el título ejecutivo.

La Sala considera que el recurso de apelación contra el auto ejecutivo tiene por objeto verificar si están o no cumplidos los requisitos legales para expedirlo. En este orden de ideas la Resolución N° 002887 del 15 de octubre de 1987, expedida por la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Minas y Energía impuso una multa a cargo de la " Compañía Distribuidora Gas del Sur " por valor de $820.392.oo a favor de la Nación.

Esta providencia fue notificada por Edicto a la mencionada entidad y como no hay constancia de que hubiere sido recurrida, quedó en firme.

Por consiguiente, el mencionado título demuestra una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la "Compañía Distribuidora Gas del Sur" y en favor de la Nación.

En consecuencia, como no se ha desvirtuado el mérito del título ejecutivo que sirvió de fundamento al mandamiento de pago, éste debe ser confirmado.

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

DISPONE :

Confirmar el auto de 5 de enero de 1989.

Una vez en firme esta providencia vuelva el negocio a la Oficina de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE-Inahibilidades/ **AUTORIDAD CIVIL/ AUTORIDAD POLITICA**

Por cuanto el recurrente fue alcalde hasta el 30 de marzo de 1991, por haberse declarado la nulidad de su elección, siendo su nueva declaratoria de elección para ese cargo el 23 de abril siguiente, o sea, a menos de 30 días de haber cesado en el ejercicio de la autoridad civil y política de que lo investía el cargo de jefe de administración municipal, se configura la causal de inhabilidad para ser elegido alcalde.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. agosto primero (1°) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.

Referencia : Expediente N° 0568. Actor : Antonio Duván Hernández. Apelación del decreto de suspensión provisional del acto acusado.

De plano, conforme lo prevé el inciso último del Art. 155 del C.C.A. , decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor Oscar Elite Erazo Quinayas, por conducto de apoderado, contra el auto proferido por el H. Tribunal Administrativo del Cauca calendado a junio 11 del año en curso, pero solo en cuanto dispuso la suspensión provisional del acto declaratorio de la elección del precitado Erazo Quinayas como alcalde de Páez para lo que resta del período comprendido entre el 1° de junio de 1990 y el 31 de mayo de 1992.

No encontrado en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide lo que en derecho corresponde teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES :

I. El señor Oscar Elite Erazo Quinayas fue elegido alcalde de Páez Belalcázar- para el período 1990-1992 en las elecciones del 11 de marzo de 1990-. Pero con

sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca, confirmada por esta Corporación mediante fallo de enero 31 del año en curso, proveído este último que se ejecutorió el 12 de febrero siguiente, fue declarada la nulidad de esa elección.

Copias de dichos fallos y del edicto de notificación de la sentencia de segunda instancia obran en autos debidamente autenticadas.

II. En atención a la referida declaratoria de nulidad, el Gobernador del Departamento del Cauca designó alcalde interino de Páez al señor Zabaraín Pardo Vargas, mediante decreto N° 00391 de marzo 26 del año en curso; también convocó a elección de alcalde para el resto de período.

El interino en mención se posesionó ante testigos el 30 de marzo de este año, según reza la copia del acta visible al fl.1 de los autos, que al igual que la del decreto mencionado, de fl. 3, no están autenticadas.

III. Para la nueva elección fue inscrito el señor Oscar Elite Erazo Quinayas.- Así se lee del oficio que el Registrador del Estado Civil de ese municipio dirigió al Sr. Francisco Quintero Hurtado, también candidato a la alcaldía de Páez, fechado a 10 de abril retropróximo.- En el citado oficio, visible original al fl. 2, se observan borrones o enmendaduras en cuanto a la fecha de inscripción de la candidatura de Erazo Quinayas, aspecto que si bien no tiene incidencia en la decisión a tomar desdice del contenido de ese documento.

IV.- En comicios efectuados el 21 de abril del año en curso resultó elegido nuevamente alcalde de Páez - Belalcázar el señor Oscar Elite Erazo Quinayas.

El, acto declaratorio de esa elección, visible en copia auténtica al fl. 18 de los autos (Formulario E-28 hoja 5), fue culminación del escrutinio general realizado por la comisión escrutadora municipal el 23 de los aludidos mes y año.

V.- El acto declarativo de la nueva elección del Sr. Erazo Quinayas como alcalde de Páez - Belalcázar fue suspendido provisionalmente por el H. Tribunal Administrativo del Cauca.- Al respecto sostiene el a-quo ser ostensible "...que el Sr. Oscar Elite Erazo Quinayas se encontraba inmerso (sic) dentro de la inhabilidad consagrada en el Art. 5° de la Ley 78 de 1986 modificado por el Ar. 1° de la Ley 49 de 1987 al momento de realizarse la elección, ya que como el Alcalde ejerció autoridad civil y política en ese Municipio dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección ". (fl.57 fte.).

De ese modo acogió el pedimento formulado por el Sr. Antonio Duván Hernández, quien en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública especial de nulidad estatuida en el Art. 223 y siguientes del C.C.A., demandó la nulidad del acto administrativo electoral en mención y también su suspensión provisional, esto último por ser manifiesta la violación de las normas constitucionales y legales que gobiernan la elección de alcalde popular.- Además de la que el Tribunal acogió para disponer la suspensión provisional apelada, citó el actor como infringidas por ord.

5°, Art. 223 del C.C.A. y el 201 de la Carta Política, este último en cuanto prohibe la reelección del alcalde para el período siguiente.

VI.- El apelante erige su inconformidad alegando inexistencia de norma legal que regle la suspensión provisional de la credencial expedida a quien resulta elegido, por ser ese documento mera constancia de que " se ostenta la calidad que en aquella se expresa...". - Además, porque la medida impugnada sólo procede cuando hecha la confrontación " ha doble " ' columna' " (sic) de la presunta norma violada y el acto administrativo acusado puede determinarse exactamente la inhabilidad.

Agrega que la solicitud de suspensión provisional debe solicitarse y sustentarse de modo expreso en la demanda o en escrito separado, ocurriendo en el caso de autos que "...el actor no manifiesta alguna de las disposiciones presuntamente violadas...limitándose solamente a transcribirlas en forma textual..." (fls. 62 a 64 fte.) .- Además, que habiendo escogido como disposición violadas el Art. 201 de la Carta Política, no cabe decretar la medida precautoria en cuestión, porque el señor Oscar Elite Erazo no ha sido reelegido para el período siguiente si no para el mismo en que inicialmente se lo eligió.

CONSIDERACIONES :

I.- No encuentra la Sala razón de ser a la primera objeción del recurrente al decreto de suspensión provisional, que no versa con la credencial expedida al alcalde electo sino, y muy precisamente, con el "...acto de elección como Alcalde del Municipio de Páez- Belálcazar (C) del Sr. Oscar Elite Erazo Quinayas..." (fl. 58 fte.).- El actor erróneamente impetró la declaratoria de nulidad de la inscripción como candidato a la alcaldía, acto de trámite electoral cuya suspensión no es dable decretar por la expresa derogatoria del Art. 153 del C.C.A., pero subsanó el yerro cuando seguidamente pide "...la declaratoria de nulidad de la elección" del citado Erazo Quinayas.- Indudable que la demanda no es modelo de perfección y ni siquiera reúne los requisitos de la técnica procedimental; pero siendo la electoral acción popular, incoable por cualquier persona, es de entender que no resultaría lógico exigir estricto apego a los requisitos formales, pues como ya tuvo ocasión de expresar la Sala.

" En cuanto al primero de los cargos es oportuno señalar que si bien la jurisdicción en lo contencioso administrativo es rogada y no oficiosa, por lo que resulta indispensable que a ella se le indique no sólo la norma o normas de superior jerarquía que se consideran infringidas por los actos acusados, sino, además, que se explique el concepto de la violación, cuando se trate de la impugnación de actos administrativos, conforme lo ordena el num. 4° del art. 137 del C.C.A. y que la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo deberá ser solicitada y sustentada de modo expreso al tenor de lo dispuesto por el art. 152 del C.C.A. , es lo cierto que para el estudio de la ley procesal, como lo afirma el profesor Devis Echandía, " no puede el juzgado aferrarse a las palabras ni al sentido literal, sino que debe

perseguir el conocimiento del contenido jurídico que en ella se encierra", porque también en esta jurisdicción el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial siempre y cuando se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes (art. 4° del C.P.C.).

Es por ello que esta sala de decisión ha dicho que la demanda debe interpretarse como un todo armónico y que, por consiguiente, cuando de su contexto surge claramente que el fundamento legal de la solicitud de suspensión provisional coincide con el que se indica en el libelo como causal de nulidad del acto administrativo acusado, no es dable acudir a formalismos para omitir un pronunciamiento en relación con tal solicitud, especialmente tratándose de acciones públicas, como lo es la de carácter electoral.- Por este aspecto, pues, no prosperará la impugnación de la providencia recurrida." (Auto de julio 15 de 1988 . Exp. 177. Actor : Alfonso Santos Montero. Consejero ponente Dr. Miguel González Rodríguez).

II.- Respecto de los otros dos motivos de impugnación, sin duda que en el capítulo de normas violadas y concepto de la violación, al que remite el actor al proponer la suspensión provisional del acto acusado, además de transcribir apartes del literal e), art. 5° de la Ley 78 de 1986, incluido entre las disposiciones de superior jerarquía transgredidas, formula consideraciones acerca de la inhabilidad para ser elegido alcalde en quien desempeñó empleo oficial hasta el día de su inscripción como candidato a ese cargo, el 30 de marzo de 1991, o sea, menos de un mes del día del acto comicial.- Con mayores veras si el cargo fue el de alcalde, " jefe de la administración municipal; " aunque, seguidamente, incurre en confusión al decir que ". . . por tanto no podrá ser reelegido para el período siguiente. . . "(Fl.7).

La transcripción de la mencionada disposición legal implica entender que con esa norma se debe comparar el acto acusado, resultando de allí ostensible y manifiesta su violación, toda vez que ella consagra inhabilidad para ser elegido alcalde en quien ". . . dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar. . .".

Así se ve, por cuanto el señor Erazo Quinayas fue alcalde de Páez hasta el 30 de marzo de este año, siendo su nueva declaratoria de elección para ese cargo acto administrativo del 23 de abril siguiente, o sea, a menos de 30 días de haber cesado en el ejercicio de la autoridad civil y política de que lo investía el cargo de jefe de administración municipal.

Por ello la decisión del a-quo debe confirmarse, pues constituye cabal aplicación del instituto de la suspensión provisional del acto administrativo acusado en acción de simple nulidad, caso en el cual sólo se requiere que la infracción de ". . . una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma..." se observe prima facie, mediante una sencilla comparación o del examen

de los documentos públicos acompañados a la solicitud, sin necesidad de recurrir a disquisiciones jurídicas ni a la evaluación crítica de esas pruebas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE :

Confirmar el proveído apelado, de fecha junio 11 del año en curso, en cuanto suspendió provisionalmente el acto declaratorio de la elección del Sr. Oscar Elite Erazo Quinayas como alcalde de Páez (Cauca), contenido en el Acta Parcial del escrutinio efectuado por la Comisión Escrutadora Municipal con fecha 23 de abril próximo pasado.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente con excusa; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TERMINACION DEL PROCESO POR ABANDONO-Improcedencia/ **AUTO ADMISORIO/ NOTIFICACION/ NOTIFICACION POR EDICTO**

El artículo 233 del C.C.A. , modificado por el artículo 60 del Decreto 2304/89, tiene aplicación unicamente para las controversias relacionadas con la elección de miembros de Corporaciones Públicas y no cuando se trata de elecciones uninominales, como la de alcalde. En ambos casos la notificación del auto admisorio de la demanda debe hacerse por edicto, con la diferencia que si se hubiere de practicar nuevo escrutinio, siendo varios los elegidos por el acto cuya nulidad se pretende, todos ellos se extenderán demandados y a todos se le notifica por edicto publicado del modo que se extraña. Mal puede inferirse que siendo uno solo el elegido, aunque haya de practicarse nuevo escrutinio, subsista la obligación de la publicación en dos periódicos del edicto notificatorio del auto admisorio de la demanda, pues en ese evento no existen otros demandados a notificar por el dicho medio.

DEMANDA ELECTORAL-Requisitos/ **COPIA DEL ACTO**

El acto acusado es la declaratoria de elección de alcalde, constante en el acta parcial, y no en el acta general de escrutinio, que en relación con el acto acusado se limita remitirse a esa acta parcial.

DICTAMEN PERICIAL/ PRINCIPIO DE PUBLICIDAD/ PRINCIPIO DE CONTRADICCION

La omisión de requisitos como los de publicidad y contradicción del informe técnico-dactiloscópico se erige en claro y categórico desconocimiento de la ley procesal, máxime si se trata de requisitos que son garantía de la igualdad y lealtad de las partes. Considerar los informes técnicos rendidos por las entidades oficiales como documentos públicos para valorarlos por su mérito intrínseco es regresar a las

concepciones del Código Judicial/31, cuando el ordenamiento hoy vigente los asimila a dictamen pericial, cuya eficacia probatoria depende en primer término de su aporte a los autos con estricta sujeción a las disposiciones procedimentales, entre ellas las del traslado a las partes. Sólo así es dable pasar a valorarlo, en lo que el juez obra con la libertad que le confiere la sana crítica, para definir si por encontrarlo debidamente fundamentado y no existir otros medios de convicción que lo desvirtúen acepta sus conclusiones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. agosto primero (1°) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia : Expediente N° 0543. Actores : Jesús Eduardo Ortiz Pacheco y Pedro Juan Navarro Pacheco. Apelación de la sentencia de 22 de marzo de 1991, dictada por el H. Tribunal Administrativo del Magdalena.

Decide la Sala el recurso de apelación propuesto por el demandado opositor, por conducto de apoderado especial, contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró la nulidad del acto de elección del señor Octavio Alvarez Caballero como alcalde de Cerro de San Antonio para el período 1990-1992.

ANTECEDENTES :

I. De las demandas.

Los abogados Jesús Eduardo Ortíz Pacheco y Pedro Juan Navarro Pacheco, obrando a nombre propio y en ejercicio de la acción pública electoral, separadamente demandan la nulidad del acto de fecha 29 de marzo de 1990, mediante el cual los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral, para la circunscripción del Magdalena, declararon elegidos Alcalde de Cerro de San Antonio, para el período 1990-1992, al señor Octavio Enrique Alvarez Caballero, conforme consta en el acta parcial a que se contrae el formato oficial E-28 hoja 5, aportado a los autos en copias idóneas, con constancia aparte de publicidad y notificación estradal.

a) En el primero de esos procesos, radicado en el Tribunal de instancia al número 2628, el accionante Jesús Eduardo Ortiz Pacheco funda su pretensión sobre el supuesto de que son nulos, y así pide se declare, los votos y registros electorales correspondientes a las mesas números 1, 2 y 3 del corregimiento de Bellavista y 1 y 2 del corregimiento de Candelaria, de la advertida comprensión municipal, aduciendo que por lo menos el treinta por ciento de las cédulas habilitadas para dichas mesas fueron irregular o fraudulentamente inscritas, al parecer sin que estuvieran presentes los titulares de esos documentos, y que en las mismas se permitió el ejercicio del sufragio a personas que no figuraban en los respectivos

listados, procederes que estima violatorios de los artículos 1°, numerales 1 y 4, 78 y 85 del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral), lo que conduce a la estructuración de las causales de nulidad previstas en los numerales 5° del artículo 192 de la codificación en cita y 2° del artículo 223 del C.C.A., pues, en suma, resultan falsos o apócrifos los registros y elementos que sirvieron para la formación del acto acusado.

Para la verificación de esas anomalías pide se decrete y practique diligencia de inspección judicial, con intervención de peritos, sobre los originales de los registros y elementos electorales correspondientes a las mesas objetadas, estableciendo, previo cotejo, quiénes no tenían derecho a despositar el voto en esas urnas y quiénes lo hicieron fraudulenta e ilegalmente.

Que constatado lo anterior, se disponga la rectificación del resultado de los escrutinios para Alcalde de Cerro de San Antonio, con exclusión de los votos emitidos en las mesas cuestionadas, ordenando la cancelación de la credencial expedida al señor Octavio Enrique Alvarez Caballero y el otorgamiento de una nueva a quien corresponda.

b) En el segundo de esos procesos, radicado en el Tribunal bajo partida número 2635, el demandante Pedro Juan Navarro Pacheco pretende la anulación del acto de elección impugnado con base en la causal de inhabilidad a que se refiere el literal e), artículo 5° de la Ley 78 de 1986, adicionado por el artículo 1° de la Ley 49 de 1987, teniendo en consideración que el señor Octavio Enrique Alvarez Caballero, dentro de los tres meses anteriores a su elección como alcalde de Cerro de San Antonio, desempeñaba el cargo de Auditor Especial, Nivel Ejecutivo de Auditoría Especial, ante el Instituto de Comercio Exterior (Incomex) en Bogotá, esto es, que por tener la calidad de empleado oficial en ese lapso era inelegible como alcalde para el período en mención.

En aparte especial del libelo demandatorio el actor solicitó, con resultados negativos, la suspensión provisional de acto acusado.

II.- Contestación de las demandas.

Por medio de apoderado, el señor Alvarez Caballero contestó las demandas oponiéndose a sus pretensiones, en el primer caso, por estimar injustas y falaces las aseveraciones del actor, sin fundamento probatorio alguno, razones por las que -dice-, le denegaron las reclamaciones que en igual sentido elevó antes las respectivas comisiones escrutadoras de los votos depositados para alcalde con ocasión de los comicios del 11 de marzo en Cerro de San Antonio; y, en el segundo, por cuanto si bien detentó la calidad de empleado público, no se inhabilitó para acceder por elección popular al cargo de Alcalde, en la medida que hizo legal dejación del empleo antes de los tres meses a la fecha de esos comicios.

III.- Acumulación de los procesos.

Esa medida la dispuso el Tribunal a-quo por auto de 18 de diciembre de 1990, considerando que las pretensiones sobre que versan los procesos números 2628 y 2635, "...si bien tienen causales distintas están guiadas por el mismo propósito u objeto final, a saber, la nulidad de la elección de Octavio Caballero como Alcalde Municipal de Cerro de San Antonio; las demandas se refieren a la misma elección; y el demandado es el mismo. Concurren, por consiguiente, respecto de ellas, las causales 1ª y 3ª del artículo 238 del C.C.A. "; además, en ambos negocios "... se encuentra precluida la oportunidad probatoria ", lo que hace procedente y forzosa su acumulación para ser fallados en una sentencia.

IV.- La sentencia recurrida.

El Tribunal del Magdalena la profirió declarando la nulidad de los registros electorales correspondientes a las mesas de votación números 1, 2, y 3 del corregimiento de Bellavista y 1 y 2 del corregimiento de Candelaria, de la comprensión municipal de Cerro de San Antonio, correspondientes a los comicios del 11 de marzo de 1990 en cuanto a la elección de Alcalde; igualmente decretó la nulidad del acta parcial de escrutinio fechada a 29 de marzo de 1990, por la que los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon a Octavio Enrique Alvarez Caballero elegido Alcalde de Cerro de San Antonio.- Ordenó la práctica de nuevo escrutinio y dispuso, conforme a sus resultados, expedir la credencial a quien resultare elegido, previa cancelación de la anterior; también, librar las comunicaciones de rigor a las autoridades correspondientes y compulsar copias de lo pertinente con destino al juez penal, para la investigación de los posibles ilícitos en que se hubiere incurrido con ocasión de las anomalías advertidas.

Acogió, así, las pretensiones a que se contrae el proceso 2628, al tiempo que, en el punto séptimo y último de la parte resolutiva, negó las del proceso 2635.

Para lo primero consideró, con base en informe de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que ciertamente se demostró en autos, en relación con las cinco mesas cuestionadas, el acaecimiento de trece casos de inscripción irregular de cédulas, diez de las cuales se utilizaron para sufragar en los comicios del 11 de marzo, además de otras irregularidades e inconsistencias constitutivas de apocrifidad o falsedad de registros y elementos electorales, las que, a su vez, estructuran la causal de nulidad prevista por el numeral 2° artículo 223 del C.C.A.

Admite que los dictámenes o informes técnicos de los expertos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, tomados como fundamento del fallo, no fueron puestos en conocimiento de las partes, ni de ellos se les dio translado conforme lo mande el artículo 243 del C. de P. Civil, no obstante lo cual - aduce, tanto el demandante como el demandado actuaron con posterioridad y se refirieron expresamente a esas experticias, "...razón por la cual se considera que cualquier motivo de nulidad por tal omisión se encuentra saneado según lo establecido por el artículo 144 ordinales 1 y 4 del C. de P. Civil ".

Para lo segundo tuvo en cuenta, atendiendo certificación debidamente expedida por la Jefatura de Personal de la Contraloría General de la República, que el señor Octavio Enrique Alvarez Caballero desempeñó el cargo de Auditor Especial, Nivel Ejecutivo, de la Auditoría Especial ante el Incomex en Bogotá hasta el 3 de diciembre de 1989, desvinculándose con más de tres meses de antelación a la fecha de los comicios en que resultó elegido Alcalde de Cerro de San Antonio, por lo que no se hallaba incurso en la causal de inhabilidad a que se refiere el literal e), artículo 5° de la Ley 78 de 1986.

V.- Fundamentos del recurso.

El apoderado especial del demandado opositor apeló la sentencia, solicitando se la revoque para, en su lugar, dejar en firme el acto de elección acusado.

Manifiesta su inconformidad en cuanto a los siguientes aspectos :

1) Que a las demandas no se acompañó copias idóneas, del acto acusado, que a su juicio lo es el acta general de escrutinio expedida por los Señores Delegados del Consejo Nacional Electoral para la circunscripción del Magdalena y no el acta parcial contenida en el formato E-28 hojas 5, allegada a los autos.

2) Que el fallo fue proferido sin fundamento probatorio, sobre todo cuando la prueba técnica acogida, a la que se reconoció pleno valor demostrativo, nunca se puso en conocimiento de las partes ni de ella se les corrió traslado, pretermitiendo principios y mandatos procesales de imperativa observancia, sin que haya lugar al peregrino argumento, traído a colación por el juzgador, de que cualquier nulidad por ese concepto fue saneado por la posterior intervención de las partes y su expresa alusión a dicho medio de convicción.

3) Que respecto de los procesos acumulados se ha operado el fenómeno jurídico de la perención a que se contrae el tercer inciso, artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, subrogatorio del 233 del C.C.A. , en la medida que los demandantes no cumplieron el deber de publicar, en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral, el edicto notificatorio del auto admisorio de la demanda, pues que en los expedientes no obra prueba de esa circunstancia de procedibilidad para la que la ley no contempla excepciones.

4) Además, en el mismo escrito de sustentación del recurso propone la nulidad de lo actuado en ambos procesos a partir, inclusive, del auto admisorio de la demanda, por incompetencia funcional, de conformidad con el numeral 2° artículo 140 del C. de P. Civil, pues que en el expediente 2628 del auto inadmisorio y luego el admisorio fueron proferidos por el Magistrado ponente, cuando debieron serlo por la sala, y porque se dictó auto admisorio de la demanda atendiendo recurso de resposición improcedente, cuando lo viable era el de apelación para ante el Consejo de Estado, Corporación a la que correspondía resolver de la admisión o inadmisión.- Y en el expediente 2635, no obstante que al libelo demandatorio se acompañó solicitud de suspensión provisional del auto acusado, se la negó en sala

unitaria cuando ha debido serlo en sala de decisión; también el recurso de apelación interpuesto contra el proveído inadmisorio fue denegado en sala unitaria debiendo serlo en sala de decisión; y porque, finalmente, el Tribunal decidió admitir la demanda pese a que el auto que negó la apelación fue recurrido en reposición y en subsidio con solicitud de copias para recurrir de queja.

V.- Alegaciones de la parte demandante.

Mediante extenso escrito el actor Jesús Eduardo Ortiz Pacheco solicita la confirmación de la sentencia, estimando como mera "...porfía dilatoria..." las que califica de débiles e incongruentes razones en que se sustenta la inconformidad de la parte demandada.

VIII.- El concepto fiscal.

Considerando que en el proceso 2628 se omitió el trámite previsto en el artículo 246 del C. P. C. para la validez y legal apreciación del informe técnico-pericial allegado, esto es, que no fue sometido a los requisitos insoslayables de publicación y contradicción, y a que en el proceso 2635 se demostró fehacientemente que el demandado, para la época de su elección, no se hallaba incurso en la causal de inhabilidad alegada, la señora Fiscal Séptima colaboradora solicita se denieguen, las pretensiones de las demandas que dieron origen a los procesos acumulados, salvo que se acceda a decretar la nulidad de lo actuado conforme a la solicitud que al respecto se formuló.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

1ª. Como con ocasión de la sustentación del recurso de apelación en los mismos escritos la parte demandada reitera solicitud de nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto admisorio de la demanda en ambos procesos, por incompetencia funcional de quien profirió en cada caso esas determinaciones, remitiéndose al efecto a lo previsto en el numeral 2° del artículo 140 del C. de P. Civil, basta decir que en cuanto al proceso número 2628 la alegación en ese sentido resulta repetitiva, dirigiéndose a revivir cuestión que en su oportunidad fue controvertida y decidida en autos, acudiendo para ello a los mismos argumentos aducidos en esa anterior ocasión : proveído de 18 de diciembre de 1990, visto a folios 225 y siguientes del cuaderno principal de la actuación acumulada.

Y en lo que hace relación al proceso 2635, atacado por el impugnante a pesar de favorecerlo sus resultados, vale la pena anotar que en aras de lo pretendido se traen a colación actuaciones constitutivas de irregularidades procedimentales oportuna y validamente subsanadas, en nada afectadoras del debido proceso y de las garantías de la defensa.

Quiere la Sala, no obstante, referirse a esa pretensa causal de nulidad procesal, en razón de la obligación que le incumbe de analizar los planteamientos del impugnante.- Al respecto se observa que en el proceso radicado al número 2628,

el Magistrado a quien correspondió en reparto no inadmitió la demanda sino que concedió término para lo que consideró, erroneamente, se debía corregir, en auto que como lo expresa el inciso 2° del Art. 143 del C.C.A. , era susceptible de reposición.- No hubo, pues, resolución de inadmisión, recurrible en apelación por ser de dos instancias el proceso como lo alega el apelante, y cuando, reponiendo el proveído recurrido, el ponente resolvió admitir la demanda, ajustó su decisión a la previsión procedimental correspondiente (Art. 232 del C.C.A.).

En el proceso radicado al N° 2635 se dio una situación diferente.- El auto inadmisorio debió dictarlo la sala; lo hizo el ponente, siendo apelable esa decisión.

Equivocadamente, por estimar que el proceso sería de una sola instancia al no acompañarse a la demanda prueba del presupuesto municipal de Cerro de San Antonio, el ponente denegó la apelación.- Recurrido en reposición el auto que esto último dispuso, y en subsidio solicitadas las copias pertinentes para interponer el de queja ante esta Corporación, la Sala del Tribunal, como le correspondía por tener que pronunciarse acerca de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, admitió la demanda y denegó la suspensión provisional impetrada, subsanando, al asumir el conocimiento para dictar ese auto, los yerros procedimentales en que venía incurriendo el ponente.- De ese modo el proceso se encaminó en debida forma y resultaría cuando menos ilógico que por estar interpuesta inadecuadamente una apelación contra auto de sala unitaria, hubiera que mutilar el proceso y retrotraer la actuación para decidir de lo improcedente, máxime cuando, como ya se vio, dicho proceso culminó con fallo favorable al recurrente.

No sobra advertir, en lo atinente a la causal 2ª de nulidad del artículo 140 del C. de P. Civil, alegada por los apoderados del demandado opositor, que en el caso de autos no cabría afirmar incompetencia funcional, habida cuenta que la Ley 78 de 1986, en su artículo 29, atribuyó a los Tribunales Administrativos el conocimiento en primera instancia de las demandas de nulidad sobre la elección de alcaldes. El *a-quo* era, por, competente para conocer del proceso, competencia que ejerció forma en debida a partir del auto admisorio de la demanda y denegatorio de la suspensión provisional en el expediente 2635.

IIª. Solicita también el recurrente se declare la terminación del proceso por abandono y su archivo definitivo, conforme a lo preceptuado en el artículo 233 del C.C.A., modificado por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, en cuanto dicha norma así lo dispone con carácter imperativo si no se comprueba la publicación en la prensa del edicto notificatorio del auto admisorio de la demanda, dentro de los veinte días siguientes a la notificación al Ministerio Público.

Pues bien: contrario a lo que piensa el peticionario, la disposición citada tiene aplicación unicamente para las controversias relacionadas con la elección de miembros de corporaciones públicas y no cuando se trata de elecciones uninominales, como la de alcalde.- En ambos casos la notificación del auto admisorio de la demanda debe hacerse por edicto, con la diferencia que si se hubiere de practicar nuevo escrutinio, siendo varios los elegidos por el acto cuya nulidad se pretende,

todos éllos se entenderán demandados y a todos se les notifica por edicto publicado del modo que se extraña. - La norma es clara y terminante en este sentido.

Mal puede inferirse que siendo uno solo el elegido, aunque haya de practicarse nuevo escrutinio, subsista la obligación de la publicación en dos periódicos del edicto notificatorio del auto admisorio de la demanda, pues en ese evento no existen otros demandados a notificar por el dicho medio.- No se justificará lógica ni jurídicamente una exigencia de esa laya, cuando en sus efectos sería totalmente inocua.

De allí que deba rechazarse por improcedente la declaratoria de terminación por abandono del proceso y su archivo definitivo, como en equivocada interpretación de la norma y lo pretende el demandado opositor.

III^{a}. Esa parte también manifiesta su inconformidad respecto de la copia del acto acusado que se aportó a los procesos en referencia, advirtiendo que debió allegarse la del acta general de escrutinios practicados por los señores delegados del Consejo Nacional Electoral y no la del acta parcial de declaratoria de elección de alcalde, contenida en el formato oficial E-28 hoja 5.

Craso error en el que por ese concepto se incurre, pues, indudablemente, el acto acusado es la declaratoria de elección de alcalde, constante en el acta parcial en mención, y no el acta general de escrutinio, que en relación al acto acusado se limita a remitirse a esa acta parcial.

No prospera, entonces, ese cargo, máxime el acto acusado se aportó en copia hábil e idónea, debidamente autenticada y expedida por funcionario competente en cuyo despacho reposa el original del documento, por lo que ningún reparo admite.

IV^{a}. También se refiere el recurrente a grave omisión procesal, que desconoce su derecho de defensa, en que incurrió el *a-quo* respecto del informe técnico acogido o valorado como fundamental en el fallo.

En efecto, como reza la parte motiva de la sentencia apelada, dentro del período probatorio del proceso, 2628 y a petición del actor, se solicitó y obtuvo de la Registraduría Nacional del Estado Civil, ". . . informe sobre las incosistencias de los resultados obtenidos al efectuar los cotejos técnicos dactiloscópicos de los formularios E-3, inscritos en el Departamento del Magdalena, municipio de Cerro de San Antonio, corregimientos Candelaria y Bellavista, para elección de corporaciones públicas y de alcalde , del 11 de marzo de 1990 " (oficio remisorio, folio 139 del expediente 2628) A folios 141 y siguientes aparece la relación o detalle de dicho informe, mencionando trece casos de " inconsistencias", explicadas así : " La impresión del dedo índice derecho del formulario E-3, no corresponde a las impresiones tomadas en la tarjeta decadactilar ". Eso se constató por los señores peritos de la Registraduría Nacional del Estado Civil respecto de las inscripciones realizadas para sufragar en mesas de los corregimientos de Bellavista y Candelaria.

Con tal fundamento el *a-quo* concluyó : "...la inscripción fue hecha por persona diferente al titular o propietario de la cédula", lo que traduce, en criterio del fallador de primer grado, falsedad o apocrifidad de los registros y elementos electorales impugnados, como así lo consignó en la parte motiva de la sentencia (fl. 284 fte.), en virtud de lo cual accedió a las pretensiones de la demanda que dio origen al proceso comentado.

Solo que el a-quo no atinó a prever que la omisión de requisitos como los de publicidad y contradicción del referido informe técnico-dactiloscópico se erige en claro y categórico desconocimiento de la ley procesal, que los litigantes y también como es apenas lógico, los funcionarios jurisdiccionales están llamados a acatar y respetar, máxime si se trata de requisitos, como los echados de menos respecto de la prueba comentada, que son garantía de la igualdad y lealtad de las partes.

El juzgador de instancia, como atinadamente lo expresa el recurrente en lo escritos sustentatorios del recurso, no puede apreciar el mérito demostrativo de un elemento probatorio si este no fue sometido al trámite procesal que la ley contempla para su solicitud, admisión, conocimiento y contradicción. Es que no existen pruebas secretas u ocultas, ni pruebas secretas privilegiadas exentas de los requisitos anotados.

Considerar los informes técnicos rendidos por las entidades oficiales como documentos públicos para valorarlos por su mérito intrínseco es regresar a las concepciones del Código Judicial de 1931, cuando el ordenamiento hoy vigente los asimila a dictamen pericial, cuya eficacia probatoria depende, en primer término, de su aporte a los autos con estricta sujeción a las disposiciones procedimentales, entre ellas la del traslado a las partes para que, si a bien lo tienen, puedan pedir su adición, aclaración o complementación o tachar por error grave. Solo así dable pasar a valorarlo, en lo que el juez obra con la libertad que le confiere la sana crítica, para ver de definir si por encontrarlo debidamente fundamentado y no existir otros medios de convicción que lo desvirtuen acepta sus conclusiones.

La falta del traslado del dictamen pericial, o del informe técnico de entidad o dependencia oficial "...es indispensable, para que la prueba quede controvertida...Si no se da ese traslado, el dictamen carecerá de mérito probatorio, como lo ha dicho reiteradamente nuestra Corte Suprema..." (Devis Echandía.- Compendio, Pruebas Judiciales, Tomo II, 9ª. edición, pág. 353).

Por lo demás, no prevé la ley procesal que la omisión anotada sea saneable por convalidación de las partes, como erróneamente lo consiga el *a-quo ;* por lo mismo, advertida élla, mal se podría tener en cuenta la prueba afectada para con esa base y fundamento proferir sentencia de mérito, en detrimento, especialmente, de la parte contra la que se hizo valer, sin darle oportunidad para contradecirla y defenderse como la Constitución y la ley mandan.

Igual observación cabe hacer respecto del dictamen contenido en la diligencia de inspección judicial que en asocio de peritos practicó el sustanciador del proceso

sobre los formularios E-14 -lista de sufragantes, y E-15 -registro de votantes-, de las elecciones del 11 de marzo de 1990, correspondientes a las mesas 1, 2 y 3 del corregimiento de Bellavista, y 1 y 2 del corregimiento Candelaria, en la circunscripción municipal de Cerro de San Antonio.

De dicha experiencia, que se contrajo a dictaminar que algunos números de cédulas consignados en el registro de votantes de esas mesas no estaban incluidos en las respectivas listas de sufragantes, tampoco se corrió traslado a las partes conforme a lo previsto en el artículo 238 del C. de P. Civil y, por consiguiente, faltándole los requisitos de la publicidad y contradicción esenciales a todo medio probatorio, no es dable reconocer mérito alguno de convicción al dictamen proferido.

Pero es más : los números de cédulas objetados por no encontrárse en las listas de sufragantes, llevaron a concluir que los votos consignados con las respectivas cédulas inficionaron de falsedad las actas de escrutinio de las mesas atrás indicadas, por lo que se declaró la nulidad de los respectivos registros y la del acta parcial de escrutinio para la elección de alcalde, con aplicación de la causal prevista en el artículo 223, numeral 2, del C.C.A.

No obstante, aun de ser convalidable la ostensible falla en la producción de esa prueba pericial, habría que tener en cuenta, igualmente, sendos informes de organismos electorales, con los cuales se podrían aclarar, por lo menos en parte, las inconsistencias establecidas con el dictamen rendido en la inspección judicial.

Esa diligencia, oficiosamente, el Magistrado conductor del proceso dispuso complementarla con "...la respuesta que dé el señor Registrador Nacional del Estado Civil al oficio que se le enviará en solicitud de aclaración (sic) de nombres de los votantes que corresponden a los números de cédula observados como mal o erroneamente anotados o ilegibles, que podrían ser causas de error, a fin de establecer al máximo la situación presentada en cada una de las mesas materia de la inspección judicial practicada en este caso..." (Fl. 136 fte.).

Lamentablemente no se ordenó, también en orden a esclarecer las disimilitudes observadas al comparar los registros de votantes y las listas de sufragantes de las mesas cuestionadas, solicitar de los organismos electorales constancia acerca del número de cédula expedida a quienes aparecen sufragando con cédulas cuyos números no obran en la respectiva lista de sufragantes, con lo que, sin duda, habría mayor precisión acerca del cuestionamiento generado con la inspección judicial.- En efecto, respecto de quien sufragó en la mesa 1 del corregimiento Bellavista al N° de orden 236, se tiene que no se halló en el Formulario E-14 la cédula 4'923.224 con la que aparece sufragando Darío Rafael Hernández Ortiz.

Sin embargo, el informe del Registrador Nacional del Estado Civil obrante a folios 181 y 182 fte., hace saber que dicho ciudadano tiene la cédula vigente en Bellavista N° 4'993.224, o sea, que hubo error en la anotación del tercer dígito.

Posiblemente, de haber solicitado los números de cédulas correspondientes a quienes sufragaron al parecer ilegalmente, se habría aclarado otros casos de los que como falsedad en la votación se consigna en la citada inspección. Esta afirmación no es gratuita, pues milita en los autos, improcedentemente allegado, informe de la Registraduría Municipal del Estado Civil de Cerro de San Antonio (visible del fol. 178 a 180), en el cual, con relación a las cédulas anotadas en los registros de votantes cuyos números no obran en los listados de sufragantes de las 5 mesas cuestionadas, sin la menor dubitación se afirma: "se incurrió en un error numérico por parte de los señores jurados de votación, ya que al anotar el número de la cédula en el formulario E-15 Registro General de Votantes, omitieron y cambiaron varios dígitos de las series correspondientes (sic), pero el comparar los nombres y apellidos de los ciudadanos que votaron en la mesa, con el número que reposa en los archivos de esta Registraduría y que son los mismos que tiene el respectivo documento de identificación, encontramos que son totalmente distintos, pues varían sus series...".

Así resulta que en la Mesa 1 de Bellavista a José de las Mercedes Potes Potes se le anotó el número de cédula 1'698.098, siendo la suya la N° 1'697.098. A Ramón Eduardo Francia Ortiz se le anotó la cédula N° 4'997.074, teniendo vigente allí la N° 4'993.074; y a Braulio Heberto de la Hoz Potes la N° 4'993.298, siendo su cédula la 4'993.228.

En la mesa N° 2 de Bellavista podía votar Matilde Marriaga Palacio con la cédula 26'695.578, que no con cédula cuyo número se anota al punto 7 de la citada inspección, así : 26'695.598 ó 26.995.598 ó 26'895.598.- También podía hacerlo William de la Hoz Salas con cédula N° 4'993.392, habiendo anotado el jurado la N° 4'993.391.

En la mesa N° 3 podía votar Bertulia Josefa Agudelo Banquet con la cédula 26'695.941, habiendo anotado el jurado la N° 26'095.941; también Ester Cilia Ortiz Carranza con la cédula 26'696.007, habiendo anotado el jurado la N° 26'696.130.

Y en el corregimiento de Candelaria, en la mesa 1 podía votar Oscar Darío Meriño Jiménez con la cédula 4'993.832, habiendo anotado el jurado la N° 26'993.832. Allí también podía votar Amparo Raquel Páez Jiménez con su cédula N° 26'693.795, que no como lo hizo en la mesa 2 del mismo corregimiento habiendo faltando diligencia del jurado de votación para vetificar el número en el formulario E-14.- Ese hecho, solamente imputable al jurado de votación a quien se encomendó la verificación de los números de cédula en el citado formulario, no podría llevar a invalidar el respectivo registro, a menos de demostrarse que la citada Amparo Raquel también sufragó en la mesa N° 1, lo que no ocurrió (folios 34 a 36 fte. y vto.).

En la mesa 2 de Candelaria podían votar Mercedes Mesa Jiménez, con C.C. 26'696.088; Dosalisa Isabel León Aguilar, con C.C. 32'720.300; María Consuelo Mejía Castro, con C.C. 26'696.849 y Martín Jesús Salas, con C.C. 85'126. 042,

habiéndoles anotado el jurado los números de cédula 26'696.688; 26'720.300; 26'696.840 a 85'126.542, respectivamente.

Todo ello permite aseverar que hubo descuido de los jurados de votación que hicieron las anotaciones en los registros de votantes o, peor aun, que maliciosamente cambiaron las series de las cédulas o uno o más dígitos de los respectivos números, buscando la invalidación de la votación depositada en esos corregimientos. Esta duda no es posible dilucidarla al presente porque, como se desprende de lo atrás anotado, faltó producir los medios de convicción mencionados del modo estatuido en las normas procesales, lo que lamentablemente no se hizo.

En consecuencia, por el aspecto advertido el recurso de apelación está llamado a prosperar, pues la prueba que cimienta el cargo acogido carece de los requisitos de publicidad y contradicción a que alude el artículo 243 del C. de P. C., debiéndose revocar los numerales 1° a 6° de la parte resolutiva del fallo impugnado, que tienen que ver con las pretensiones consignadas en la demanda a que se refiere el proceso 2628; estas, en su lugar, serán denegadas.

En cambio, se impartirá confirmación al punto 7° de la parte resolutiva del fallo recurrido, en cuanto acertadamente por ese ordenamiento no se accede a las súplicas en torno a las cuales gira el proceso 2635.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la señora agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

F A L L A :

PRIMERO. Denegar, por improcedentes, las nulidades de orden procesal aducidas por el recurrente.

SEGUNDO. Negar la perención y archivo definitivo de los procesos acumulados de que se trata.

TERCERO. Revocar los puntos 1° a 6° de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, con fecha 22 de marzo de 1991, dentro de los procesos acumulados en referencia, y, como consecuencia, niéganse las pretensiones de la demanda radicada en esa Corporación bajo el número 2628.

CUARTO. Confirmar el punto 7° de la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto por el mismo se deniegan las demás súplicas, o sea, las consignadas en la demanda que dio origen al proceso N° 2635.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

El presente fallo fue discutido y aprobado por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Víctor Hernando Ardila,* Conjuez; *Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION EJECUTIVA/ PRESCRIPCION

En el caso de autos la exigibilidad se dio una vez el acto administrativo de reconocimiento de la obligación a cargo del contribuyente, así la obligación se hubiera causado con anterioridad por el ejercicio directo o indirecto de la actividad gravable. La obligación tributaria no es exigible al momento de su causación, sino cuando queda en firme el acto administrativo de liquidación o reconocimiento, generando el título que puede servir de fundamento a la ejecución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá. D.C. , agosto nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.

Referencia : Expediente Nº 0049. Jurisdicción Coactiva.- Partes : Santafé de Bogotá D.C. contra Editorial Italgraf S.A. Sentencia de excepciones.

Mediante Resolución Nº 000945 de 1990 (julio 18), la Tesorería del distrito de Bogotá reconoció y ordenó pagar a favor del citado ente territorial y a cargo de Italgraf S.A. la cantidad de tres millones trescientos ocho mil doscientos noventa y siete pesos ($3'308.297.oo), correspondientes a los impuestos de Industria y Comercio y Avisos por los años gravables de 1984 y 1985.

Dicha resolución sirvió de título al mandamiento de pago de 21 de septiembre de 1990, que profirió el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales ordenando a Italgraf S.A. pagar la suma liquidada más los intereses y costas, auto notificado al representante legal de esa sociedad el 26 de abril del año en curso (fl.51 fte).

En oportunidad, el representante legal propuso la excepción de mérito de prescripción de la acción, respecto de la cual aduce que, correspondiendo los impuestos cobrados a los años gravables de 1984 y 1985, al tenor de lo previsto en

el Art. 95 del Acuerdo Distrital N° 21 de 1983 se había extinguido la correspondiente acción ejecutiva.- Igual argumento esgrime en su alegación visible al fl. 87 fte.

Para resolver

SE CONSIDERA :

El Art. 95 del Acuerdo Distrital N° 21 de 1983, allegado en copia autenticada a los autos a petición de la parte demandada, textualmente dispone:

> " Artículo 95.- Prescripción de la Exigibilidad.- La acción para exigir el pago del tributo prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de su exigibilidad. La prescripción de la acción de cobro del tributo comprende las sanciones que se determinen conjuntamente con aquel y extingue el derecho a los intereses. La prescripción podrá decretarse de oficio o a solicitud del deudor".

Aunque la norma alude a la prescripción de la acción ejecutiva, es de entender que también comprende los correspondientes acción y derecho, que son los que primeramente se extinguen "... trayendo de consiguiente la desaparición de las acciones de que gozaba el acreedor o el titular del respectivo derecho...", como lo precisa el Tratadista Alvaro Pérez Vives en su obra Teoría General de las Obligaciones (V. III. Parte segunda, 2ª, edición Temis, pag 460).

Pero la prescripción extintiva de las acciones y derechos ajenos, dice el Art. 2535 del C. Civil, exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, agregando en su segundo inciso que " Se cuenta ese tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible ".

Josserand precisa ese principio así : "...La prescripción corre a contar del día en que el acreedor ha podido accionar; si corriese antes, existiría el riesgo de que el derecho se perdiese antes de que su titular estuviese en condiciones de ejecutarlo " (D. Civil, T. II, V. I. Teoría General de las obligaciones).-

Respecto del caso de autos esa exigibilidad se dio una vez ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de la obligación a cargo del contribuyente, así la obligación se hubiera causado con anterioridad por el ejercicio directo o indirecto de la actividad gravable (Art. 1° del Acuerdo N° 21 aludido).- La obligación tributaria no es exigible al momento de su causación, si no cuando queda en firme el acto administrativo de liquidación o reconocimiento, generando el título que puede servir de fundamento a la ejecución.

La Sección Cuarta de esta Corporación, en sentencia de 14 de noviembre de 1974, puntualizó ese aspecto en los siguientes términos :

" Bien sabido es, también porque así lo enseña el artículo 2535 (del C.C.), que el término de la prescripción debe contarse desde el día en que la respectiva

obligación se haya hecho exigible. O sea que si la obligación consiste en pagar un impuesto, el plazo comienza a correr en firme la liquidación correspondiente, porque sólo hasta entonces se conoce el monto concreto y definitivo del gravamen que debe satisfacer el deudor, sea allanándose a pagarlo o mediante cobro compulsivo a través de un juicio de ejecución fiscal..."(C. Ponente Dr. Juan Hernádez Suárez. Exp. 2955).

La norma invocada por el excepcionante, en cuanto determina en cinco (5) años el término de prescripción de la acción ejecutiva coincide en sus efectos con el Art. 68 del C.C.A., que estatuye la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo : ". . . 3° Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos".

En el caso en examen resulta que la resolución aducida como título del mandamiento de pago se ejecutorió el 27 de agosto de 1990 (fl.11), en tanto el mandamiento de pago se notificó al representante de la parte ejecutada el 26 de abril del presente año (fl. 51), cuando no había transcurrido el término para que se le dé la prescripción extintiva de la acción ejecutiva.- No prospera, entonces, la excepción propuesta, debiéndose ordenar que continúe la ejecución.

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

FALLA:

1.-Declárase no probada la excepción de prescripción de la acción aducida por la parte ejecutada contra el mandamiento de pago fechado a 21 de septiembre de 1990, que profirió el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales contra la sociedad Italgraf S.A. por la cantidad de $3'308.297.oo M/tce. más los intereses y costas que se causaren.

2.- Continúe la ejecución.-

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.- Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SENTENCIA-Aclaración/**SENTENCIA**-Adición/**GOBERNADOR**-Facultades

La Sala al disponer en la parte resolutiva de la sentencia que lo resuelto en ella sea comunicado al Gobernador del departamento del Magdalena, para los efectos previstos en el artículo 19 de la Ley 78 de 1986, entendió que al Presidente de la República corresponde designar reemplazo del Alcalde Mayor de la ciudad de Bogotá D.E. , y a los mandatarios seccionales (gobernadores, intendentes o comisarios) el nombramiento de los reemplazos de los demás alcaldes, de acuerdo con sus respectivas competencias territoriales. Es al Gobernador del Departamento del Magdalena a quien corresponde nombrar el reemplazo del Alcalde de la ciudad de Santa Marta en casos de falta absoluta, como cuando se ha producido la declaratoria de nulidad de la elección. No procede la aclaración pedida porque no hay conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. No se accede a la petición de adición de la sentencia porque en ella no se omitió la resolución de cualquiera de los extremos de la litis ni de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C , agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Referencia : Expediente N° 0535. Actor : Oswaldo Rafael Martínez Mindiola.

El Doctor José Ignacio Vives Echeverría, demandado en este proceso, obrando a nombre propio y con fundamento en el artículo 246 del C.C.A. , en la oportunidad legal solicita se aclare la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 27 de junio próximo pasado, al decidir recursos de apelación propuestos contra la sentencia de

primera instancia, pronunciada por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 28 de febrero de 1991. .

Como petición principal pide la aclaración en el siguiente sentido :

" 1°) Que el ordinal 6° de la parte resolutiva del fallo mencionado y proferido en la segunda instancia, *en lugar de expresar que* " Para los efectos previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986, lo aquí resuelto comuníquese (sic) al señor Gobernador del Departamento del Magdalena", d*iga que* "PARA LOS EFECTOS PREVISTOS EN LOS ARTICULOS 19 Y 20 DE LA LEY 78 DE 1986, LO AQUI RESUELTO COMUNIQUESE AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, PARA QUE LA AUTORIDAD QUE SEA COMPETENTE DESIGNE PARA EL RESTO DEL PERIODO EL ALCALDE MAYOR DE SANTA MARTA, DEL MISMO MOVIMIENTO Y FILIACION POLITICA DEL TITULAR JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, CUYA ELECCION HA SIDO ANULADA POR SENTENCIA JUDICIAL".

Y,

2°) Que el ordinal 8° de la parte resolutiva del fallo mencionado y proferido en la segunda instancia, e*n lugar de expresar que* " Devuélvase el expediente al Tribunal de origen", *diga que* " DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN PARA QUE EN EJECUCION DE ESTA SENTENCIA Y COMO ASI LO DISPONE EL SEGUNDO INCISO DEL ARTICULO 248 DEL C.C.A. PROCEDA A LIBRAR LOS OFICIOS RESPECTIVOS AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA".

Subsidiariamente pide se adicione la sentencia "...por haberse omitido en el ordinal 6° de esta providencia ordenar que la decisión tomada también se notificara - como yo lo he pedido - al señor Presidente de la República, porque así lo dicen expresamente los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986. En este evento procede entonces dictar la denominada *sentencia complementaria* o simplemente fallo adicional,... ";

Fundamentos de la petición

a.- Tras advertir que no solicita "...se revoque o reforme o modifique el fallo definitivo de segunda instancia...", manifiesta que en éste no se encuentra explicación del porqué se dispuso comunicar lo resuelto al Gobernador del Departamento del Magdalena y no al Presidente de la República, siendo que los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986, mencionados en el punto 6° de la parte resolutiva se refieren al "...Presidente de la República y los gobernadores, intendentes y comisarios" como autoridades a quienes corresponde la designación de los nuevos Alcaldes "...del

mismo movimiento y filiación política del titular" que debe ser reemplazado, caso concreto al cual se refiere el proceso en el que se expidió la sentencia cuya aclaración pide.

Lo dispuesto en los mencionados artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986, debe entenderse en el sentido de que la comunicación debe dirigirse "...a quien corresponda hacer el nombramiento teniendo en cuenta la clase de Alcaldía que debe ordenarse proveer y su ubicación territorial". Si, por ejemplo, la elección anulada hubiera sido la del Alcalde de la Ciudad de Bogotá o la del Alcalde de la Ciudad de Cartagena de Indias "...la competencia para nombrar estos Alcaldes DISTRITALES hubiera sido del Presidente de la república, pues tales Alcaldías no son municipales - sino DISTRITALES - por haber el constituyente erigido en DISTRITOS a Bogotá y Cartagena, según el artículo 199 de la Constitución Política vigente hasta el 4 de julio de 1991 y según el Acto Legislativo Nº 1 de 1987.

En el caso del Alcalde de Santa Marta que debe reemplazar al doctor Vives Echeverría, cuyo acto de elección fue declarado nulo, "...la competencia para nombrar ...corresponde al Presidente de la República y no al Gobernador del Departamento del Magdalena, ya que SANTA MARTA ES DISTRITO TURISTICO, CULTURAL E HISTORICO en virtud del Acto Legislativo Nº 3 de 29 de diciembre de 1989,...", y el hecho de no haberse reglamentado o desarrollado el Acto Legislativo citado no es impedimento, porque en el artículo 2º del mismo acto se dispuso dar al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta el tratamiento dado al Distrito Especial de Bogotá, conforme a los artículos 171, 182 y parágrafo del artículo 189, todos de la Constitución Nacional, y "...las normas constitucionales para que entren a regir no necesitan reglamentación o desarrollo sino simplemente que sean promulgadas". Por ejemplo, el hecho de que los artículos 22 y 29, entre otros, de la Constitución, no hayan sido reglamentados no significa que en Colombia ". . . no hay esclavos, ni existe la pena de muerte ".

A partir del momento en que por virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo Nº 3, de 1989 Santa Marta "...pasó a ser DISTRITO, al que se le deben aplicar, mientras no se expida una norma especial, las norma legales propias del Distrito Especial de Bogotá", tales como el artículo 25 del Decreto 3133 de diciembre 16 de 1968, el reemplazo del Alcalde cuya elección fue anulada corresponde "...en sana hermenéutica" al Presidente de la República, pues no otra interpretación pueda darse a los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986. Lo dicho se confirma con lo dispuesto en la Constitución Política promulgada el 4 de julio del año en curso.

Por las razones expresadas y "...ante la nulidad indiscutible de nuestra elección como ALCALDE MAYOR del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, que Ustedes decretaron por sentencia de fecha 27 de julio último" el nuevo Alcalde debe pertenecer "...a la misma filiación política y al mismo movimiento político del Alcalde saliente, nombramiento que compete al Presidente de la República " y en este sentido debe pronunciarse el Consejo de Estado que "...en ejercicio de sus legítimas competencias-yo así lo reconozco y no lo discuto-

decidió anular mi elección..." para no irrogarle innecesariamente un agravio a la ciudad de Santa Marta considerándola a un simple municipio y no Distrito como lo es.

La Sección Quinta "...carecía de competencia..." para decidir en la sentencia que la designación del nuevo alcalde le correspondía al Gobernador del Departamento, pues tal cosa no se desprende de la interpretación de los citados artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986. Por ello el fallo debe aclararse como lo solicitan pues con ello se evitarían "...nuevas demandas contra el Jefe del Gobierno de mi Ciudad natal ".

b.- Debe otra parte, la aclaración solicitada tiene por objeto ajustar el ordinal 6° de la parte resolutiva de la sentencia a las prescripciones concretas y expresas de los citados artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986, y sean el Presidente de la República y el Gobernador del Magdalena "...quiénes decidan entre ellos quién es el *competente* para nombrar el nuevo Alcalde Mayor de Santa Marta que ha de reemplazarme...".

Señalar, como lo hace la sentencia, que es el Gobernador quien debe designar el reemplazo, no es cosa distinta "...a decir por sentencia que el Presidente de la República no es competente para hacer ese nombramiento, señalamiento que contraría lo ordenado en los ya citados artículos 19 y 20. Además, porque la Sección Quinta"...carece de competencia para hacer ese señalamiento, pues esa competencia corresponde a la ley y ya ésta la hizo". El pronunciamiento que hizo la Sala podría traer como consecuencia el que estuviera impedida para pronunciarse en el proceso que pudiera originarse en la demanda de nulidad del nombramiento que pudiera hacer el Gobernador al designar nuevo alcalde "...de otro partido o movimiento político...". Por ello, lo mejor es aclarar la sentencia y sean el Presidente y el Gobernador quienes definan la competencia para nombrar al reemplazo.

c.- Aunque a tenor del artículo 309 del C. de P.C. la sentencia no puede revocarse ni formarse por virtud de la aclaración, de acuerdo con jurisprudencia contenida en sentencia dictada por la Sala Electoral del Consejo de Estado el 27 de marzo de 1987, expediente 016, se impone la corrección a la sentencia cuando "...queda prístino el sentido y querer de la misma...". En este caso "...la aclaración que pedimos - así implique una corrección de la parte decisoria del fallo -, ...". en nada modificaría ni afectaría la decisión principal del fallo "...en cuánto se relaciona a las peticiones hechas en las cuatro demandas acumuladas que se desataron con el fallo".

d.- Pide igualmente se aclare el ordinal 8° de la parte resolutiva de la sentencia "...o se adicione la decisión con sentencia complementaria ", para que el Tribunal Administrativo del Magdalena al cual corresponde la ejecución de la sentencia envíe desde Santa Marta al Presidente de la República y al Gobernador del Magdalena los oficios o comunicaciones con el objeto de que "...entre ellos se asuma la competencia..." para darle aplicación a los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986.

e.- Como petición subsidiaria, en caso "...de no prosperar la anterior petición de aclaración de la sentencia de primera instancia..." pide se adicione la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 27 de junio último "...por haberse omitido en el ordinal 6° de esta providencia ordenar que la decisión tomada también se notificara - como yo lo he pedido- al señor Presidente de la República porque así lo dicen expresamente los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986.- En este evento procede entonces dictar la denominada *sentencia complementaria* o simple fallo adicional ..." con base en las razones expuestas en las peticiones anteriores, acto procesal autorizado por el artículo 311 del C. de P. C.

Para resolver,

SE CONSIDERA :

El artículo 246 del C.C.A. invocado por la parte demandada en este proceso, es del siguiente tenor:

> " ART. 246.- Hasta los dos días siguientes a aquél en el cual quede notificada podrán las partes o el ministerio público pedir que la sentencia se aclare.
>
> También podrá aclararse por el tribunal de oficio, dentro de dicho término en el caso de que se hubiere incurrido en error aritmético o hubiere motivo de duda respecto de alguna de sus disposiciones.
>
> La aclaración se hará por medio de auto que se notificará por estado al día siguiente de dictado, y contra él no será admisible recurso alguno. En la misma forma se procederá cuando la aclaración se deniega.

El Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos contencioso administrativos por virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del C.C.A., para regular los aspectos no contemplados en éste y siempre y cuando no se presente incompatibilidad "...con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo", en su artículo 309 contiene la preceptiva aplicable en materia de aclaración de sentencias. Su texto es el siguiente :

> " ART. 309 *Aclaración.* La sentencia no es revocable ni reformable por el Juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella.
>
> La aclaración de auto procederá de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo término.".

De tal preceptiva, no contenida en el artículo 246 del C.C.A. , es evidente que la aclaración se refiere a "...los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo

de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella". Con otras palabras, la aclaración no puede buscar la reforma o la modificación de la decisión contenida en la sentencia porque, como bien lo señala el precitado artículo 309 del C. de P. C. "La sentencia no es revocable ni reformable por el Juez que la pronunció...".

Como ya se anotó, en este caso el demandado con la aclaración que pide pretende que la Sala agregue al ordinal 6° de la parte resolutiva de la sentencia por ella proferida en este proceso el 27 de junio próximo pasado, lo siguiente: que para los efectos previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986 "...LO AQUI RESUELTO COMUNIQUESE AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA..., PARA QUE LA AUTORIDAD QUE SEA COMPETENTE DESIGNE PARA EL RESTO DEL PERIODO EL ALCALDE MAYOR DE SANTA MARTA, DEL MISMO MOVIMIENTO Y FILIACION POLITICA DEL TITULAR JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, CUYA ELECCION HA SIDO ANULADA POR SENTENCIA JUDICIAL ".

Pretende también que se agregue al ordinal 8° de la parte resolutiva del mismo fallo la expresión "PARA QUE EN EJECUCION DE ESTA SENTENCIA Y COMO ASI LO DISPONE EL SEGUNDO INCISO DEL ARTICULO 248 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PROCEDA A LIBRAR LOS OFICIOS RESPECTIVOS AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA".

Subsidiariamente pide que la Sala dicte "...la denominada sentenc*ia complementaria* o simplemente fallo adicional..." para subsanar la omisión en la que se incurrió al no ordenar la notificación al Presidente de la República "...porque así lo dicen expresamente los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986".

Sostiene el demandado que de acuerdo con el contenido del Acto Legislativo N° 3 de diciembre 29 de 1989, la Ciudad de Santa Marta fue erigida en Distrito Turístico, Cultural e Histórico, lo que significa que el Alcalde de dicha Ciudad tiene el carácter del Alcalde Distrital, distinto del Alcalde Municipal, por lo que corresponde al Presidente de la República reemplazar al Alcalde cuya declaratoria de elección fue anulada. Y el hecho de que el mencionado Acto Legislativo no haya sido reglamentado o desarrollado no impide la competencia del Presidente de la República porque el artículo 2° del mismo Acto ordenó que "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.".

Por eso, "...ante la nulidad indiscutible de nuestra elección como Alcalde Mayor del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta,..." esta Sala "...carecía de competencia..." para decidir a quién corresponde hacer la designación de su reemplazo.

La Sala encuentra que, ciertamente, el Acto Legislativo N° 03 de 1989 erigió a la Ciudad de Santa Marta, capital del Departamento del Magdalena, "...en Distrito Turístico, Cultural e Histórico", pero no es menos cierto que la misma norma superior en su artículo1° dispone que dicha Ciudad '...será organizada como un Distrito Turístico, Cultural e Histórico, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de condiciones que fije la Ley, ...". Y aunque el demandado sostiene lo contrario, lo cierto es que hasta tanto el Legislador no "...reglamente o desarrolle", el Acto Legislativo no es posible que el Municipio de Santa Marta funcione en la forma pretendida por el Constituyente.

La Sala no comparte el argumento aducido por el demandado consistente en que por virtud de lo preceptuado en el artículo 2° del Acto Legislativo N° 3 de 1989, sea de competencia del Presidente de la República proveer el cargo de Alcalde de la Ciudad de Santa Marta de acuerdo a lo previsto en los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986, porque el hecho de que dicho Alcalde sea elegido directamente por los ciudadanos (art. 171 C.N.) y la circunstancia de que el artículo 182 de la Constitución Nacional consagre la independencia de los departamentos para la administración de los asuntos seccionales y el ejercicio de la tutela administrativa sobre los municipios "...necesaria para planificar y coordinar el desarrollo regional y local y la prestación de servicios..." así como la prescripción de que "...la ley, a iniciativa del gobierno, determinará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales,..." sobre ciertas bases, nada tienen que ver con el nombramiento de alcaldes cualquiera que sea su categoría; menos aún atañe a esa competencia lo dispuesto en el parágrafo del artículo 189 de la Constitución, que regula materia distinta.

En cambio, la Sala al disponer en el ordinal 6° de la parte resolutiva de la sentencia proferida en este proceso el 27 de junio del año en curso, que lo resuelto en ella sea comunicado al Gobernador del Departamento del Magdalena, para los efectos previstos en el artículo 19 de la Ley 78 de 1986, entendió que al Presidente de la República corresponde designar reemplazo de Alcalde Mayor de la Ciudad de Bogotá, D.E., hoy Santa Fe de Bogotá, D.C., y a los mandatarios seccionales (gobernadores, intendentes o comisarios) el nombramiento de los reemplazos de los demás alcaldes, de acuerdo con sus respectivas competencias territoriales, porque el Alcalde Mayor de la Ciudad de Bogotá, D.E., es el único Alcalde del país que no puede ser designado por un gobernador o cualquier otro mandatario seccional, porque Santa Fe de Bogotá es capital de la República y no depende para nada del Gobernador del Departamento de Cundinamarca, así la Ciudad de Bogotá sea la capital de ese Departamento. Además, con anterioridad a la Expedición del Acto Legislativo N° 1 de 1986 que consagró la elección popular de alcaldes, el único burgomaestre de libre nombramiento del Presidente de la República lo era el Alcalde Mayor de dicha Ciudad, por así disponerlo el artículo 15 del Decreto 3133 de 1968, expedido con base en las facultades extraordinarias dadas en el artículo 13 de la Ley 33 de 1968 al Presidente de la República y con base en el siguiente considerando : " Que el artículo 199 de la Constitución Nacional ordena que la Ciudad de Bogotá se organice como distrito especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley".

Y en la Constitución que hoy rige el destino del país, en el inciso cuarto del artículo 323 el Constituyente dispuso:

" En los casos taxativamente señalados por la ley, el Presidente de la República suspenderá o destituirá al Alcalde Mayor."

En cambio, nada dispuso al respecto el artículo 328 de la nueva Constitución al referirse al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta para los cuales tan solo consagra que " Conservarán su régimen y carácter.".

Esas las razones para que la Sala entendiera al proferir la mencionada sentencia, que es al Gobernador del Departamento del Magdalena a quien corresponde nombrar el reemplazo del Alcalde de la Ciudad de Santa Marta en caso de falta absoluta, como cuando se ha producido la declaratoria de nulidad de la elección (art. 13, Ley 78 de 1986), razones que no consideró necesario incluir en su decisión dado que el cumplimiento de lo dispuesto en los tantas veces citados artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986 es asunto que atañe a la correspondiente autoridad administrativa siendo, por ese motivo, de su incumbencia la interpretación de tales normas.

Por lo que hace a la aclaración del ordinal 8° de la parte resolutiva del fallo, no encuentra en él la Sala concepto alguno o frase "...que ofrezcan verdadero motivo de duda ", porque de acuerdo con el texto del artículo 248 del C.C.A. , que cita el demandado, es al Tribunal Administrativo del Magdalena a quien corresponde la ejecución del fallo, y no otra cosa entenderá el A-quo cuando reciba el expediente en cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado ordinal 8° de la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia.

De lo anotado hasta el momento, resulta que en los ordinales 6° y 8° de la parte resolutiva de la sentencia proferida por la Sala el 27 de junio próximo pasado en este proceso, no hay conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, por lo que no procede la aclaración pedida por el demandado.

Por lo que hace a la petición de adición de la sentencia, del examen de la misma la Sala observa que en ella no se omitió la resolución de cualquiera de los extremos de la litis ni de cualquier otro punto ". . . que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento " (art. 311, C. de P. C.). Por esa razón no se accederá a la petición del demandado.

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

RESUELVE :

1°.- No se acceda a aclarar los ordinales 6° y 8° de la parte resolutiva de la sentencia proferida en este proceso el 27 de junio de 1991.

2°.- No se accede a adicionar o complementar la sentencia a que se refiere el ordinal anterior.

3°.- En firme esta providencia, contra la cual no cabe recurso alguno, (artículo 309 C. de P.C.) remítase el expediente al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia, contra la cual tampoco procede ningún recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (artículo 6°, Ley 14 de 1988).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Antonio Barrera Carbonell,* Conjuez; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia/**LEY ESPECIAL/ ARTICULO POSTERIOR**

La Ley 14 de 1988 es de carácter especial, porque regula, al menos en parte, lo relativo a la tramitación de los procesos originados en el ejercicio de la acción pública electoral, sustanciación que a su vez incluye, también de manera especial, el C.C.A. en el Capítulo IV del Título XXVI, situación ésta que siguiendo la preceptiva sobre prevalencia de las leyes, conduce a concluir que aquella ley, relativa a un asunto especial, prefiere a la que tiene carácter general (Decreto 2304/89) y que en tratándose de disposiciones de una misma especialidad dentro de un mismo código, como es el caso de los artículos 130 y 231 del C.C.A., tiene preferencia este último por ser posterior en el artículado general. La reforma que introdujo el Decreto 2304 de 1989 en su artículo 21 al artículo 130 del C.C.A. se refiere al recurso de súplica contra autos y sentencias pronunciados en procesos distintos de los electorales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Referencia : Expediente N° 0535. Actor : Oswaldo Rafael Martínez Mindiola. Interposición de recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 27 de junio de 1991.

Mediante escrito presentado el 10 de julio del año en curso, el Doctor José Ignacio Vives Echeverría invocó recurso extraordinario de súplica contra la sentencia proferida por esta Sección el 27 de junio próximo pasado en el proceso de la referencia, para decidir sobre la validez del acto declaratorio de la elección del Alcalde para la Ciudad de Santa Marta, período 1990 a 1992.

Como bien lo expresó la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia del 23 de enero de 1990, pronunciada para tramitar el recurso de queja en el proceso incoado par obtener la declaratoria de nulidad de la elección del Alcalde de la Ciudad de Barranquilla período 1988 a 1990, corresponde a la Sección que pronunció la sentencia suplicada resolver si lo concede para que sea finalmente la Sala Plena quien decida sobre su prosperidad en caso de ser concedido.

Como la sentencia contra la cual se utiliza en este caso el recurso extraordinario de súplica aún no está en firme, requisito *sine qua non* a tenor del artículo 130 del C.C.A., procede la Sección Quinta a resolver sobre su viabilidad previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

El artículo 6° de la Ley 14 de 1988, que subrogó el artículo 231 del C.C.A., en su segundo inciso dispone:

"Contra las sentencias de la Sección Quinta no procederá ningún recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo".

Según esa preceptiva, el recurso extraordinario de súplica aquí propuesto por el Doctor José Ignacio Vives E*cheverría* contra la sentencia proferida por esta Sección Quinta del Consejo de Estado de 27 de junio del año en curso es improcedente. También lo era durante la vigencia de la Ley 96 de 1985, en cuyo artículo 67 se dispone :

" Art. 231. *Reparo en el Consejo de Estado.*

El Consejo de Estado tramitará y decidirá los procesos electorales mediante una Sala Contencioso Electoral integrada por dos consejeros de cada una de las secciones de la Sala Contenciosa. A estos consejeros se les abonarán en la respectiva sección los negocios que se les repartan en la Sala Electoral. La designación de los consejeros que deben integrar la sala Electoral se hará por la Sala Plena del Consejo de Estado y será de forzosa aceptación. Contra la sentencia de la Sala Electoral no cabrá recurso alguno. El Secretario General del Consejo actuará como Secretario de esta Sala".

Sobre este tópico la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia fehada el 31 de julio de 1987, Expediente S-015, manifestó :

" Cuando el art. 67 de la Ley 96 de 1985 manda de manera tajante e incuestionable que "Contra la sentencia de la Sala Electoral no cabrá recurso alguno", está determinado meridianamente que bajo ningún aspecto procede recurso de ninguna naturaleza contra los fallos de la Sala Contenciosa Electoral del Consejo de Estado. Es que sencillamente, donde la Ley no

distingue a nadie le es dable o lícito distinguir: *"ubi lex non distinguit nec et nos distinguere possumus".".*

En el caso concreto que hoy decide la Sala, aparece que el recurrente supone que el Decreto 2304 de 1989, artículo 21, derogó el ya citado artículo 6° de la Ley 14 de 1988, por lo que el recurso extraordinario de súplica cabe contra las sentencias pronunciadas por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Al respecto, se tiene que la Ley 14 en cita es de caráter especial porque regula, al menos en parte, lo relativo a la tramitación de los procesos originados en el ejercicio de la acción pública electoral, sustanciación que a su vez incluye, también de manera especial, el Código Contencioso Administrativo en el capítulo IV del título XXVI, situación esta que siguiendo la preceptiva sobre prevalencia de las leyes, contenida en el artículo 5° de la Ley 57 de 1887(Art. 10 C.C.), conduce a concluir que aquella Ley, relativa a un asunto especial, prefiere a la que tiene carácter general (Decreto 2304 de 1989), y que en tratandose de disposiciones de una misma especialidad dentro de un mismo código, como es el caso de los artículos 130 y 231 del Código Contencioso Administrativo, tiene preferencia este último por ser posterior en el artículo general.

De otra parte, no puede dejar de mencionarse el hecho de que al expedir la Ley 14 de 1988, anterior a la expedición del Decreto 2304 de 1989, el Congreso de la República reasumió la función legisladora, en cuanto a los recursos que proceden contra las sentencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que pudieran desprenderse de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República en materia de justicia en la Ley 30 de 1987. De lo contrario el Legislador ordinario se hubiera abstenido de legislar sobre la misma materia en lo tocante a los recursos contra las sentencias proferidas por esta Sección en esa clase de asuntos. Ese es el criterio que tuvo en cuenta la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al proferir auto de fecha 23 de enero de 1990 al resolver, por virtud del recurso de queja, sobre la denegatoria de la Sección Quinta a concederlos en el proceso para tramitar la demanda de nulidad del acto declaratorio de la elección del Alcalde de la Ciudad de Barranquilla. Dijo entonces la Sala Plena "...bien denegados los recursos extraordinarios de súplica contra las providencias de la Sección Quinta...".

Además, es procedente anotar que la Ley 30 de 1987 no concedió facultades para ampliar el recurso extraordinario de súplica sí, en cambio, en su artículo 1°, literal I, expresamente lo hizo para ampliar el de apelación y suprimir el de anulación; por consiguiente la reforma se introdujo el Decreto 2304 en su artículo 21al 130 del Código Contencioso Administrativo se refiere al recurso de súplica contra autos y sentencias pronunciadas en procesos distintos de los electorales.

Al proferir hoy esta decisión. La Sala se somete a la preceptiva contenida en el supracitado artículo 6° de la Ley 14 de 1988, siguiendo el mandato contenido en el artículo 230 de la Constitución Política vigente, y como criterio auxiliar de interpretación acepta lo expresado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en las decisiones atrás citadas.

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

RESUELVE :

No conceder, por improcedente, el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de junio de 1991.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Antonio Barrera Carbonel,* Conjuez; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ESCRUTINIO/ INSPECCION JUDICIAL-Valor Probatorio

Los cómputos consignados en los documentos de los escrutinios hechos por los jurados de votación constituyen la base única para los escrutinios posteriores. Por ello, las cifras consignadas en esos primeros registros deben tenerse por ciertas al no sufrir alteración posterior por recuento físico de votos. El acta de escrutinio de los jurados de votación del municipio de Cáqueza, es un documento público que hace fe de las declaraciones en él contenidas y se halla amparado por la presunción de legalidad, la que no fue desvirtuada al no merecerle a la Corporación valor probatorio la diligencia de inspección judicial y por ende los hechos allí confrontados, única prueba en la que apoya el a-quo su decisión dando por probado la causal de falsedad de dicho registro. La inspección judicial no es medio idóneo en el presente caso para establecer hechos que, dado el transcurso del tiempo y así se den por establecidos, crear desconfianza y duda en cuanto a su origen y realidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía

Referencia : Expediente N° 0554. Actores : Pedro Ignacio Fonseca Bello y otros. Apelación Sentencia.

Decide la Sala el recurso de apelación que por conducto de apoderado interpuso el Diputado Hilvo Cárdenas Ruiz, contra la sentencia del 23 de mayo de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró nulo el Acuerdo 09 del 13 de junio de 1990 sobre la elección de diputados a la Asamblea Departamental de Cundinamarca para el período 1990-1992.

ANTECEDENTES

Como se trata de procesos acumulados, para una mejor comprensión del tema objeto de decisión establecemos el siguiente orden :

Expediente N° 1018 -actor : MARIA CLARA LOPEZ OBREGON. En el escrito demandatorio que obra a folio 72 del cuaderno N° 4 solicita por conducto de apoderado, que por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se declare nulo el Acuerdo N°. 09 de junio 13 de 1990, por el cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de Diputados por la circunscripción electoral de Cundinamarca para el período 1990-1992, e igualmente nulos los registros electorales o actas de escrutinios de los Jurados de Votación o de cualquier otra Corporación que se hubieren computado contrariamente al sistema electoral que nos rige, y como consecuencia de esa declaración, se ordene practicar un nuevo escrutinio, se declare una nueva elección y se expidan nuevas credenciales de Diputados.

En apoyo de sus pretensiones dice en síntesis, que en las elecciones para Corporaciones Públicas del 11 de marzo de 1990, en la circunscripción electoral de Cundinamarca, en Bogotá D.E. ocurrieron los siguientes casos :

" a) Funcionaron mesas especiales sin que se hubiera proferido la correspondiente Resolución que las amparase.

b) Se crearon unas mesas especiales que pretendieron ser legalizadas a través de una resolución extemporánea y por consiguiente apócrifa, más concretamente la 186 A.

c) Personas que votaron sin haberseles expedido previamente el formulario E-16.

d) Ciudadanos que sufragaron con formulario E-16 en casos no contemplados por la ley.".

Igualmente, en algunas mesas ubicadas en distintas zonas de la Capital y distintos lugares del Departamento de Cundinamarca, se ejerció violencia física o se imposibilitó la labor fiscalizadora de los jurados de votación, contrariando los principios de publicidad e imparcialidad propios de cualquier certamen electoral.

Así mismo, fueron innumerables las mesas de votación en que las actas ni siquiera fueron firmadas por los propios jurados, lo mismo que no pocos los eventos en los que falta el número mínimo de firmas exigidas por la ley.

Estos hechos que de manera general expone la actora en la parte inicial del libelo demandatorio, los amplía y concreta en varios cargos, sumando los de la corrección de la demanda (folio 115 fte. y ss) para deducir violación del artículo 17 de la ley 62 de 1988 en sus numerales 2 y 4; artículos 1, 122 y 135 del Decreto 2241 de 1986 y artículos 1, 10 y 11 de la ley 6ª de 1990, y en los que respecta a la zona

19 de Bogotá (ciudad Bolívar) señala el hecho pero no la norma que considera infringida.

Expediente N° 1019. Demanda presentada en nombre propio por el ciudadano OSCAR RODRIGUEZ ORTIZ con el objeto de que se declare la nulidad del acto de elección de Diputados por la circunscripción electoral de Cundinamarca que consta en el Acuerdo N° 09 de junio 13 de 1990 expedido por el Consejo Nacional Electoral, notificado en sesión pública del 21 de junio del mismo año y consecuencialmente a esa declaratoria, se ordene la práctica de un nuevo escrutinio, se cancelen las correspondientes credenciales y se expidan las que resulten autorizadas después de este proceso.

Las anteriores súplicas las fundamenta el actor en los siguientes hechos :

a) Ejercicio de sufragio por personas que inscribieron la cédula irregularmente.

b) Inscripción sin requisitos legales en el municipio de Soacha.

c) Inscripciones fraudulentas que no se excluyeron del censo electoral.

d) Funcionamiento ilegal de mesas especiales en el Distrito Especial de Bogotá.

f) Carencia de firmas de Jurados de Votación en los formularios E-15 en el municipio de Soacha.

g) Inconsistencia entre los registros de las mesas de votación y los formularios E-24 en los municipios de Cáqueza, Guasca, San Francisco, Machetá y Sasaima.

h) Irregularidades notables en el municipio de Soacha sobre el formulario E-17.

Es de anotarse, que el actor sólo hace relación de hechos , pero ninguno de ellos está relacionado con alguna de las causales de nulidad consagradas en la ley, ni tampoco señala las normas quebrantadas. En escrito correctivo de la demanda (folio 65 fte. ss) se refiere a varias disposiciones del C.C.A, Código Electoral y Constitución Nacional en forma general, o sea, sin remitirlas específicamente a ninguno de los supuestos de hecho para precisar el concepto de violación.

Expediente N°. 1017. Actor : PEDRO IGNACIO FONSECA BELLO. Obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública electoral, este profesional del derecho, al igual que los demandantes anteriores, solicita la nulidad del Acuerdo N° 09 del 13 de junio de 1990, en cuanto declaró la elección de diputados por la circunscripción electoral de Cundinamarca para el período 1990-1992 y ordenó la expedición y entrega de credenciales, así mismo la nulidad de los registros electorales o actas de escrutinio de jurados de votación o cualquier otra Corporación, procediéndose a una nueva elección de Diputados.

Sostiene en apoyo de las pretensiones que "el 11 de marzo de 1990 se llevaron a cabo en el Territorio Nacional las elecciones para Corporaciones Públicas...".

Los escrutinios generales o Departamentales se realizaron por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, quienes en virtud de haberse impugnado sus decisiones se abstuvieron de hacer la declaratoria de elección de Diputados a la Asamblea Departamental de Cundinamarca, correspondiéndole hacerla al propio Consejo Nacional Electoral por medio de Acuerdo No. 09 de 13 de junio de 1990, acto notificado en estrados el 21 de junio siguiente.

" Tanto el cómputo de votos, las actas de escrutinio, los registros electorales y pliegos como el acto acusado cuya nulidad impetra, se hallan viciados por graves y ostensibles violaciones del 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 y registros apócrifos; se incurrió en errores aritméticos que deben ser corregidos; se omitió practicar el recuento de votos que era obligatorio y se cometieron otras irregularidades que la ley califica como causales de nulidad."

Precisa que la comisión escrutadora municipal del municipio de Cáqueza, según consta en el acta general de escrutinio municipal, declaró que el resultado final del escrutinio para elecciones de diputados fue el que detalla a folio 47 en cuya lista aparece EDGAR ALBERTO URREA PEREZ con un total de 3581 votos, presentándose así, sostiene el actor, un déficit de 87 votos en relación con los anunciados por las 27 mesas dispuestas para el municipio de Cáqueza que fueron en total de 3.668 votos.

Al efecto señala la votación correspondiente a cada mesa para destacar que en la No. 25 no aparece registrado ningún voto, no obstante que el presidente del jurado al anunciar la votación depositada en esa mesa pregonó como total 87 votos, presentándose ostensible discrepancia entre el guarismo anunciado por el jurado y la cifra anotada en el formulario respectivo, razón por la cual considera el registro falso o apócrifo. Durante el escrutinio municipal agrega, no hubo recuento de votos y por eso debe irse a la fuente de la votación examinando uno por uno para totalizarlos y así obtener el acta de escrutinio correspondiente a la mesa 25 del municipio de Cáqueza en lo que concierne a la lista encabezada por EDGAR ALBERTO URREA PEREZ para Asamblea.

Estima como normas violadas el artículo 223 del C.C.A. modificado por el artículo 65 de la ley 96 de 1985 en sus numerales 2 y 4, igualmente los artículos 134, 136, 142, 143 y 192 del Código Electoral.

Cada una de las demandas se notificó legalmente sin ser contestadas, agotándose la etapa probatoria en la cual se allegó una serie de documentos que fueron presentados y solicitados oportunamente.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia calendada el 23 de mayo de 1991, luego de referirse a los fundamentos de los demandantes negó todos los cargos formulados al acto administrativo impugnado en las demandas presentadas por los ciudadanos MARIA CLARA LOPEZ OBREGON y LUIS OSCAR RODRIGUEZ ORTIZ, al estimar el a-*quo* que no se probaron los hechos en los cuales apoyaron sus pretensiones, y lo declaró nulo acogiendo la pretensión del accionante PEDRO IGNACIO FIGUEROA BELLO, señalando la hora de la 10:00 a.m. del quinto día hábil siguiente a la ejecutoria del fallo para la práctica de nuevos escrutinios.

El Tribunal dijo:

" 3.1 El único hecho sobre el que se fundamentó el único cargo es el relativo al que en la mesa 25 del municipio de Cáqueza el candidato EDGAR ALBERTO URREA PEREZ obtuvo ochenta y siete (87) votos pero en el cómputo de votos se colocó cero (0) votos".

" Dicho hecho se hace derivar en violación al sistema electoral por cuanto hubo computación de actas y pliegos afectados de nulidad por esa causa, incursión en error aritmético y no recuento de votos ".

" En primer lugar la Sala debe poner de presente que la norma citada como infringida por el acto en este caso fue modificada por el artículo 17 de la ley 62 de 1988 que preceptúa:

" Las actas de escrutinio de los Jurados de Votación y de toda Corporación Electoral son nulos en los siguientes casos:

1...

2...

3...

4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computan con violación del sistema de cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República.".

" Modificando el numeral 4 del artículo 65 de la ley 96 de 1985 que preceptuaba "...la violación del sistema electoral".

Piensa el a-quo que la modificación tiene notable importancia dado que frente a la ley 62 de 1988 artículo 17, numeral 4 "sólo es dable alegar quebrantamiento de disposiciones legales y Constitucionales que consagran la forma para determinar el cuociente electoral a fin de asegurar la representación proporcional de los

partidos en los casos de elección popular. Sobre la base de que no todo vicio o irregularidad puede ser alegado como violación al sistema electoral, el Tribunal al analizar el concepto de error aritmético, con apoyo en jurisprudencia contenida en fallos proferidos en los expedientes números 0395 y 0397, expresa que la causal se refiere al equívoco de efectuar suma de votos. " En el caso presente, se *dejó de computar lo que debía computarse,* por ello la Sala concluye que tal hecho no se ubica dentro de la descripción que hace el numeral 11 del artículo 192 del Código Electoral, o sea que no se ajusta al concepto de error aritmético y por tanto el supuesto de hecho aducido ni siquiera configura causal de reclamación.

Respecto al argumento del actor en cuanto no hubo recuento de votos –no es aceptable - dice el *a-quo* — puesto que no hubo reclamación que hiciera posible dicho recuento, como tampoco aparece probada la situación descrita en el artículo 163 del Código Electoral para que así se hubiera procedido.

Al no acoger los cargos planteados como error aritmético y falta de recuento de votos por el actor, considera el Tribunal que: "como quiera que no está contemplado el tratamiento que debe darse en la vía gubernativa para cuando se presente el caso de votos que debieron computar (sic) no lo fueron es procedente el planteamiento de la demanda al arguir este hecho al amparo de la causal 2o. del artículo 17 de la ley 62 de 1988, que bien corresponde a la misma descripción que de dicha causal se hacía en el artículo 65 de la ley 96 de 1985, que es la norma citada en el libelo."

Con base en la inspección practicada a la oficinas de la Registraduría Nacional del Estado Civil el 7 de noviembre de 1990, dio por probado plenamente el hecho relacionado con los 87 votos que afirma el demandante se depositaron en la mesa No. 25 por el candidato Urrea Pérez y que en el formulario E-17 no se anotaron.

Concluye el Tribunal, que al no corresponder lo anotado en los registros electorales con la verdad de lo acontecido, tales registros resultan afectados de falsedad y como quiera que el agregar 87 votos al total varía el número de votos válidos, el cuociente electoral puede resultar afectado, lo mismo los residuos: " si el resultado electoral puede variar no es entonces inocua tal discrepancia con la verdad y por ende debe procederse a realizar por esta Corporación nuevos escrutinios ".

Da por probada entonces la causal 2oa. del artículo 17 de la ley 62 de 1988 o sea, la falsedad de los registros electorales, afirmando que fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto declaratorio de la elección.

EL RECURSO DE APELACION

Contra la sentencia de primera instancia, por conducto de apoderado el Diputado Hilvo Cárdenas Ruiz interpuso recurso de apelación debidamente sustentado, en cuyo escrito visible a folio 166 fte. del cuaderno principal, el inconforme alega como razones para su impugnación las siguientes:

" a) Una falsedad es un delito, y como tal debe ser investigado y sancionado por los jueces penales, que son los únicos que tienen la atribución de investigar, definir y sancionar los delitos. Y esto no ocurrió...".

" b) El formulario E-17 de la mesa No. 25 de Cáqueza, es el documento fundamental del proceso electoral, al cual debemos darle plena fe pues está suscrito por los miembros del jurado. Y consta que no se hizo, en el momento de contar los votos, ninguna objeción, ni observación...".

" c) El formulario E-24 no tiene firmas de los miembros del jurado. Y si hay constancia de que es fiel copia del original, es porque el original tampoco tiene firmas que lo hagan fehaciente. En cambio, este borrador en que se anotaron votos, si es evidente que fue hecho por diversas manos con diferentes lápices, un somero paso de los ojos, indica que la grafía es distinta y que los números no son iguales...".

" d) Lo que si es sumamente grave y merece una investigación penal, es la introducción fraudulenta de 87 votos del diputado, o candidato Urrea en el momento de la inspección judicial que hizo el Tribunal".

Con la denominación de "Hitos sustanciales del proceso electoral", el apoderado del impugnante aduce:

" a) El recuento o conteo de los votos en cada mesa de votación, se concreta en el formulario E-17. Si examinamos el acta de la mesa de votación No. 25 de Cáqueza, vemos que está debidamente firmada y contra ella no hubo ninguna observación de los testigos electorales o de otros ciudadanos. Mantiene la plenitud de su veracidad y la presunción de legalidad".

"b) Escrutinio municipal, realizado en Cáqueza no se hizo ninguna reclamación u observación de candidatos, de testigos o de ciudadanos interesados.".

" c) Escrutinio Departamental por los Delegados del Consejo Nacional Electoral. Según los actos que allí se cumplieron, no hubo intervención alguna en contra de las decisiones anteriores en la mesa No. 25 ni con la verificación del escrutinio municipal. ".

" d) Acuerdo No. 9 de junio 13 de 1990, del Consejo Nacional Electoral, es precisamente el acto cuya nulidad se pide. No aparece en él que el Consejo hubiere tenido que ocuparse de recurso alguno, ya fuese de apelación o de queja, en lo relacionado con la mesa No. 25 de Cáqueza o con el escrutinio de ese municipio."

Solicita por último se revoque la sentencia y en su lugar se nieguen las pretensiones de los actores.

El trámite de la segunda instancia se cumplió en forma legal, el apoderado de Hilvo Cárdenas Ruiz a folio 181 fte. solicita se decreten y practiquen algunas

pruebas, petición que es improcedente ya que de acuerdo al artículo 251 del C.C.A. en esta clase de procesos no existe término probatorio a petición de las partes.

Este mismo apoderado haciendo uso del término de traslado, en juicioso memorial ratifica sus opiniones expuesta al sustentar el recurso, aduciendo otras razones tendientes a que se deje vigente la resolución No. 09 de 13 de junio de 1990.

Dice al respecto, què de acuerdo al artículo 11 de la ley 6a. de 1990 " los testigos electorales supervigilarán las elecciones y podrán formular reclamaciones escritas...", indica expresamente los motivos para esas reclamaciones y advierte que las reclamaciones que tuvieren por objeto el recuento de papeletas, serán atendidas en forma inmediata por los jurados de votación, quienes dejaran constancia en el acta del recuento practicado.".

Agrega que " El formulario E-17 de la mesa de votación No. 25 o acta de instalación de escrutinios revela la siguiente votación: 37 votos para consulta popular; 187 votos para Concejo, 100 votos para Asamblea; 8 para Hilvo Cárdenas, cero (0) para Urrea y 184 para Senado.".

No hubo reclamación de los testigos electorales en esa mesa.

" Y los señores Delegados del Registrador Nacional, en el oficio No. ... de noviembre 27 de 1990 (folio 211), dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca informan lo siguiente: " Así mismo le informamos que en este despacho no reposa queja alguna de testigos electorales de los distintos partidos o movimientos políticos, en relación con las elecciones del 11 de marzo de 1990 ".

Hace otra serie de consideraciones es en relación con las normas que regulan el procedimiento eleccionario citando la jurisprudencia contenida en el fallo del 13 de octubre de 1988, expediente No. 0198, Consejero Ponente doctor JORGE PENEN DELTIEURE, sobre escrutinios para reiterar su petición de que se mantenga la virtud legal del acuerdo No. 09 de 1990.

EL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto de fondo la Fiscal Séptima del Consejo de Estado al referirse al expediente No. 1017, señala que al omitir contabilizar en la mesa No. 25 un número de 87 votos a favor del candidato Urrea Pérez, se dejaron de computar para el gran total esos votos incidiendo este error aritmético en el cuociente electoral, pues se dejó de computar lo computable y agrega:

" Para la Fiscalía también prospera la nulidad configurada en la causal segunda, en cuanto el resultado o registro electoral es nulo cuando se considera falso o apócrifo el documento en sí mismo o, simplemente porque dicho vicio proviene de cualesquiera de los elementos que lo constituyen " concluye"...que los hechos alegados fueron comprobados suficientemente debiendo ser despachado favorablemente el cargo propuesto.".

Respecto a los cargos alegados en los expedientes Nos. 1018 y 1019, estima que no fueron probados por los demandantes.

Al no observarse causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero observar que respecto a las demandas presentadas por MARIA CLARA LOPEZ OBREGON Y LUIS OSCAR RODRIGUEZ ORTIZ, expedientes Nos. 1018 y 1019, respectivamente, la Sala al analizar en forma acorde los diferentes puntos de la sentencia recurrida, encuentra que en los considerandos fueron rechazados todos y cada uno de los cargos formulados en ellas y al proferirse la parte resolutiva se debe considerar que las pretensiones de dichos libelos fueron negadas puesto que al sólo accederse a las pretensiones del proceso No. 1017 debe concluirse que los de las otras dos demandas fueron rechazadas.

Como los citados demandantes LOPEZ OBREGON Y RODRIGUEZ ORTIZ no apelaron de la sentencia de primera instancia ésta les quedó ejecutoriada y por ello no son materia de este recurso.

El Tribunal acogió las pretensiones de la demanda incoada a nombre propio por el doctor IGNACIO FONSECA BELLO, expediente citado, al dar por probada la causal de falsedad de los registros electorales consagrada en el numeral 2o. del artículo 17 de la ley 62 de 1 988, decisión que la Sala no comparte, por las siguientes razones:

Dijo esta Corporación en fallo de 13 de octubre de 1988, expediente No. 0198: " 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 ciertos, mientras no sufran alteración posterior por recuento físico de votos justificado y debidamente explicado por la comisión auxiliar. Y, ciertamente no se entenderá cómo los escrutinios posteriores realizados por los jurados de votación inmediatamente finalizada la jornada electoral, serán posibles sin tener en cuenta ese cómputo o recuento inicial.".

El acta de escrutinio de los jurados de votación de Cáqueza, formulario E-17, da fe de que en la mesa No. 25 el candidato para la Asamblea de Cundinamarca EDGAR ALBERTO URREA PEREZ no obtuvo ningún voto en las elecciones celebradas el 11 de marzo de 1990.

Se afirma por el actor que ese cómputo de cero (0) votos no corresponde a la realidad de la votación porque por Urrea Pérez se consignaron 87 votos que no fueron computados en esa mesa, hecho que considera una falsedad en el registro electoral por lo que solicita la nulidad del Acuerdo 09 del 13 de junio de 1990, por el cual se declara la elección para diputados por Cundinamarca.

Para demostrar la veracidad de su afirmación solicitó la práctica de una inspección judicial a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Esta diligencia se practicó el 7 de noviembre de 1990, o sea, escasos ocho meses después de verificada la elección.

Constató el Magistrado conductor del proceso que en un sobre abierto distinguido con el nombre de " mesa de votación número 25 de Cáqueza." con otra serie de documentos y sobres contentivos de votos, realmente existía un sobre con 87 votos a favor de EDGAR ALBERTO URREA PEREZ.

Además, en el formulario E-24 en el renglón correspondiente al mencionado candidato y con relación a la mesa No. 25 " se nota borradura que deja apreciar haberse anotado allí el No. 87".

Estos dos hechos: a) El conteo de votos realizado en la Registraduría, y b) la supuesta borradura del No. 87 en el formulario E-24 confirmados en la inspección judicial, son los que sustentan la falsedad alegada por el actor y aceptada por el Tribunal, desvirtuando la presunción de legalidad de un documento público como es el registro primario electoral.

Pero para la Sala es claro, que la inspección judicial no es medio idóneo en el presente caso para establecer hechos que, dado el transcurso del tiempo y así se den por establecidos, crean desconfianza y duda en cuanto a su origen y realidad. El conteo de votos practicado en esa diligencia a solicitud del actor, se asemeja más a un escrutinio que al medio probatorio en nuestra legislación procesal que tiene por fin verificar y dar claridad a hechos relacionados con el proceso. Los nuevos escrutinios sólo se autorizan en los casos previstos en los arts. 233 numeral 4 y 247 del C.C.A., por lo cual a la mentada inspección judicial no se le puede reconocer el valor probatorio que el Tribunal le dio para comprobar lo que el actor pretende, pues como ya se anotó, en el fondo lo que se llevó a cabo fue un escrutinio de votos cuya práctica sólo puede ordenarse en la sentencia que resuelva el proceso.

Ahora, si en el formulario E-17 que corresponde al acta de escrutinio de los jurados de votación del municipio de Cáqueza celebrados el 11 de marzo de 1990, aparece un cómputo de cero (0) votos en la mesa número 25, respecto al candidato EDGAR ALBERTO URREA PEREZ, no hay explicación legal para que en el formulario E-24 que se elaboró con posterioridad, aparezca un número de 87 votos, supuestamente borrado, cuando la información proviene precisamente de aquél, que es su fuente, como primer registro electoral, y más aún teniendo en cuenta que ese formulario E-24 sólo se utilizó en el segundo escrutinio realizado el día 13 de marzo siguiente, es decir, dos días después de las elecciones, para consignarse por los escrutadores designados por el Tribunal Superior de Bogotá, los resultados de la votación confrontándola con los cómputos del formulario E-17 y, como se puede apreciar a folio 100 del cuaderno principal, en el acta que da fe de este escrutinio tampoco se hizo constar ningún voto a favor del candidato URREA PEREZ.

Ahora bien, si tal como lo dispone el artículo 134 del C. E., inmediatamente después de cerrada la votación uno de los miembros del jurado leyó en alta voz el número de sufragantes, de cuyo pregón el actor escuchó mencionar 87 votos a favor de URREA PEREZ en la mesa No. 25 de Cáqueza, tal como lo afirma, no se explica el Consejo porqué al no aparecer esos votos en el formulario E-17 no se presentó la reclamación por los testigos electorales, quienes son los encargados de supervigilar las elecciones según el artículo 122 del C.E. y teniendo en cuenta que el artículo 121 ibídem, para garantizar la pureza y publicidad de las votaciones, otorga a los directorios o movimientos políticos el derecho a presentar como testigos a ciudadanos de reconocida honorabilidad.

Tampoco consta reclamo alguno con consideración a esa supuesta omisión en los documentos o actos que dan fe en sus diferentes etapas del procedimiento eleccionario, ni siquiera en el mismo Acuerdo 09 impugnado, acto en el cual se resolvieron motivos de queja, reclamaciones y apelaciones.

Es extraño este proceder cuando en materia de elecciones populares los candidatos y grupos políticos están muy atentos al resultado de la votación, porque cualquier voto que no se les compute por error, omisión o cualquier otra irregularidad puede incidir en la votación.

Como bien lo dicé el aparte de la jurisprudencia inicialmente citada, los cómputos consignados en los documentos de los escrutinios hechos por los jurados de votación constituyen la base única para los escrutinios posteriores. Por ello, la cifras consignadas en esos primeros registros deben tenerse por ciertas al no sufrir alteración posterior por recuento físico de votos, como se advierte en la misma.

El acta de escrutinio de los jurados de votación del municipio de Cáqueza, es un documento público que hace fe de las declaraciones en él contenidas y se halla amparado por la presunción de legalidad, presunción que no fue desvirtuada en el proceso al no merecerle a esta Corporación valor probatorio la diligencia de inspección judicial y por ende los hechos allí confrontados, única prueba en la que apoya el a-*quo* su decisión dando por probada la causal de falsedad de dicho registro.

Al no prosperar en esta instancia el único cargo formulado al Acuerdo 09 del 13 de junio de 1990 por el accionante en el proceso No. 1017, la sentencia debe ser revocada y consecuencialmente negada la pretensión.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Revócase la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 23 de marzo de 1991, por la cual

decretó la nulidad del Acuerdo No. 09 de 13 de junio de 1990, proferido por el Consejo Nacional Electoral en relación con la demanda correspondiente al proceso radicado en ese Tribunal con el No. 1017.

SEGUNDO: En consecuencia niéganse la pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO/ ACTO ADMINISTRATIVO-Eficacia/ **NOTIFICACION**

Se libró mandamiento ejecutivo con base en un título imperfecto, en la medida que, por lo que hace el acto administrativo que concurre en su constitución, no reúne los requisitos formales, careciendo de ejecutoriedad. La eficacia del acto administrativo está subordinada al cumplimiento de las exigencias para su perfeccionamiento, como son entre otras, la notificación, tratándose de actos dirigidos a un administrado en particular, y la promulgación o publicación si se trata de actos abstractos o de alcance general. Sin la plena observancia de requisitos como los señalados, el acto no alcanza firmeza y, en consecuencia, no es oponible a quien o quienes vaya dirigido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente No. 0086. Partes: La Nación contra Compañía Suramericana de Seguros S.A. Jurisdicción Coactiva. Apelación del mandamiento ejecutivo.

Tramitada la segunda instancia en legal forma decide la Sala el recurso de apelación, concedido en el efecto devolutivo, contra el interlocutorio de fecha 21 de septiembre de 1989 (fls. 14 y 15), por cuyo conducto el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago, a favor de la Nación y en contra de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., con Nit. 90.903.407, por la cantidad de dos millones de pesos ($ 2.000.000) M/cte., más los intereses y costas que se causaren.

ANTECEDENTES

I. Las copias del proceso, expedidas en debida forma por la División Primera Nacional de Ejecuciones Fiscales, acreditan que la firma Costeña de Importaciones Ltda., en su carácter de gestora de aduanas, constituyó póliza de seguro de cumplimiento a favor de la Dirección General de Aduanas, expedida en Medellín por la Compañía Suramericana de Seguros, vigente a partir del 13 de octubre de 1984 hasta igual fecha de 1985.

Esa garantía, distinguida con el No. 56182 y cobertura de dos millones de pesos ($ 2.000.000.oo) M/cte., aseguraba el cumplimiento por parte de la afianzada de las disposiciones legales frente al Estado, según el artículo 3o. del Reglamento General de Aduana No. 00345 de 13 de julio de 1981 (fls. 4 a 8), en su calidad de agente de aduanas.

II. La Dirección General de Aduanas, mediante Resolución No. 001575 de 23 de junio de 1987 (fls. 2, 3, 12 y 13), resolvió:

> " Primero. Cancelar la licencia de agente de aduana a la firma Costeña de Importaciones Ltda., por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1467 de 1951.
>
> " Segundo. Por Secretaría de la División Legal de esta Dirección, se notificará el contenido de la presente Resolución al señor Gerente de la agencia de aduana Costeña de Importaciones Ltda., como al representante legal de la Compañía Suramericana de Seguros.
>
> " Tercero. Contra la presente providencia procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo para ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el Decreto 1467 de 1951.
>
> " Cuarto. Ejecutoriada la presente Resolución, comuníquese a todas la aduanas del país y remítase fotocopia autenticada de la misma y el original de la póliza de cumplimiento No. 56182, de la Compañía Suramericana de Seguros, al Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales, para los fines pertinentes" (fls. 3 y 13).

III. El mandamiento ejecutivo fue notificado de manera personal a la apoderada de la mencionada compañía aseguradora el 31 de enero de 1990 (fl. 24), quien con escrito presentado ante el Juzgado ejecutor el 5 de febrero siguiente interpuso recurso de apelación contra esa orden de pago, para que se la revoque y en su lugar se disponga la cesación de la ejecución y el consiguiente archivo del expediente.

Sustenta la impugnación en la falta de firmeza de la resolución que, integrada a la póliza de garantía, constituye el título ejecutivo, porque la misma no se notificó

personalmente al representante legal de la Suramericana de seguros. La Aduana Nacional -dice la recurrente- se limitó a remitir al Juzgado de Ejecuciones Fiscales fotocopia autenticada de ese acto administrativo, sin la respectiva constancia de notificación personal, restándole a aquel, entonces, toda eficacia y por ende su exigibilidad. Y agrega "...La falta de notificación de la Resolución entraña la ausencia de título ejecutivo; en efecto, es evidente que sin la notificación no se inician los términos para la interposición de recursos ante la vía gubernativa, sin el transcurso de estos términos no es posible considerar ejecutoriada la Resolución, sin la ejecutoria el mandato no se encuentra en firme y por consiguiente la obligación no es exigible". "Corresponde a la Administración -concluye- acreditar la práctica de la notificación con el lleno de las formalidades legales".

Invoca, en apoyo de su petición, el artículo 64 del Decreto-ley 222 de 1983; los artículos 44, 45, 47, 48, 64, 68 y 76 numeral 7o. del C.C.A., Decreto 01 de 1984, y el 562 del C. de P. C.

También solicita tener como pruebas las copias de la Resolución No. 001575 aportadas y los demás documentos obrantes en autos.

CONSIDERACIONES :

Previamente a la expedición del mandamiento de pago, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales solicitó a la Dirección General de Aduanas copia auténtica de la diligencia de notificación de la Resolución 001575 de 23 de junio de 1987 mediante auto datado a 4 de julio de 1989 (fl. 9). En respuesta esa dependencia oficial se limitó a remitir "...fotocopia autenticada de la resolución en cita (fls. 11 a 13 fte).

Con posterioridad al mandamiento ejecutivo hizo llegar al Juzgado del conocimiento "...fotocopia debidamente autenticada del Edicto, por medio del cual se notificó la resolución No. 001575 de junio 23/87..." y otra vez fotocopia autenticada de la resolución. (fls. 49 a 52 fte.). Esos documentos acreditan la omisión, por parte de la dependencia administrativa que produjo la resolución que junto con la póliza de garantía integra el título del presente proceso ejecutivo, de los trámites previstos en los artículos 44 y 45 del C.C.A., previos a la notificación por edicto "...de las decisiones que pongan término a una actuación administrativa...". En efecto, de no haber otro medio más eficaz de informar al interesado para hacer la notificación personal del acto administrativo, "...se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha con tal finalidad. La constancia del envío de la citación se agregará al expediente. La citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto..." (Art. 44 inciso 3), y "Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto..." (Art. 45).

En el caso de autos se fijó el edicto, pero no existe prueba del envío de la citación por correo certificado y menos del transcurso de los términos que con respecto a esa comunicación prevén la normas parcialmente transcritas.

Se libró mandamiento ejecutivo contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A. con base, entonces, en título imperfecto, en la medida que, por lo que hace el acto administrativo que concurre en su constitución, no reune los requisitos formales, careciendo de ejecutoriedad.

La eficacia del acto administrativo está subordinada al estricto cumplimiento de las exigencias para su perfeccionamiento, como son, entre otras, la notificación, tratándose de actos dirigidos a un administrado en particular, y la promulgación o publicación si de actos abstractos o de alcance general. Sin la plena observancia de requisitos como los señalados, el acto no alcanza firmeza y, en consecuencia, no es oponible a quien o quienes vaya dirigido.

Como lo ha expresado esta Corporación, " Los requisitos de la notificación de las providencias en general y las del orden administrativo en particular, no constituyen un rito carente de sentido sino que corresponden al principio de ' publicidad ' en virtud del cual las autoridades deben dar a conocer sus decisiones y al de ' contradicción ' en virtud del cual los interesados tienen oportunidad de controvertir esas decisiones por los medios legales, principios estos consagrados en el artículo 3o. del Decreto 01 de 1984 como orientadores de las actuaciones administrativas. Esta es apenas una parte del fundamento de las disposiciones contenidas en los artículos 43 a 48 del Decreto 01 de 1984 y que ampliaron la reglamentación que sobre el mismo particular contenía el Decreto 2733 de 1959 y que por tal razón no puede calificarse de sistema novedoso o sorpresivo. Sin el lleno de tales requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ordena el artículo 48 y a continuación, ordena el artículo 48 y a continuación deduce como consecuencia que la decisión no producirá efectos legales, a menos que el ciudadano la acepte o utilice en tiempo los recursos legales..." (Consejo de Estado, fallo nov. 28/86, C. Ponente Dr. Jaime Abella Zárate).

Se dispondrá, entonces, la revocatoria del mandamiento de pago recurrido, para que se proceda a culminar el trámite por la vía gubernativa que se echa de menos.

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

RESUELVE :

Revocar el auto de fecha 21 de septiembre de 1989, por virtud del cual el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales dictó mandamiento ejecutivo en contra de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., por la cantidad de dos millones de pesos ($ 2.000.000.oo) M/cte., más intereses y costas que se causaren, como afianzadora de la agencia de aduanas Costeña de Importaciones Ltda. mediante la póliza No. 56182 de 3 de octubre de 1984.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO-Improcedencia

El juez ha debido identificar el deudor o deudores, antes de librar el mandamiento, según la exigencia del Tesorero Distrital, y no hacerlo después de proferido. En este caso, el título ejecutivo, en ningún momento vincula al Banco del Comercio. Por lo tanto no puede tenerse a tal entidad como sujeto pasivo de la obligación que se pretende cobrar ejecutivamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0005. Actor: D.E. De Bogotá C/ Ferroconcreto Ltda. Apelación de Auto.

Se decide el recurso de apelación subsidiario interpuesto por el Banco de Comercio S.A., por conducto de apoderado especial constituido al efecto, contra la providencia de 8 de julio de 1985, por medio de la cual el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago a favor de la Tesorería Distrital de Bogotá "y a cargo de: FERROCONCRETO LTDA. O ACTUAL PROPIETARIO por la suma de NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUARENTA PESOS M/cte. ($984.040.oo), más los intereses y costas del proceso desde que se hizo exigible la obligación, hasta cuando se verifique el pago total", correspondiente dicha suma al Impuesto Predial y Complementarios sobre el inmueble ubicado en la Carrera 68 D No. 13-74, Cédula Catastral No. 1368B7.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Fundamenta el apelante su recurso en las siguientes consideraciones:

1. El mandamiento de pago proferido tiene como fundamento el no pago del impuesto predial sobre un inmueble ubicado en la Carrera 68D No. 13-74 de Bogotá, y más exactamente sobre un espacio común, en el cual existe servidumbre de tránsito a favor de todos los predios en que se encuentra dividido el de mayor extensión.

2. Dicho predio pertenece a la sociedad FERROCONCRETO LTDA., según consta en la Escritura Pública No. 8.995 de 5 de diciembre de 1972 de la Notaría 6a. de Bogotá, cuyo folio de matrícula inmobiliaria en mayor extensión es 050-0051985 y su registro catastral el No. 13-68B-7.

3. El Banco del Comercio es propietario de un predio segregado del de mayor extensión mediante la Escritura Pública No. 8.995 de 5 diciembre de 1972 de la Notaría 6a. de Bogotá, de venta de FERROCONCRETO LTDA. a DEMETRIO FRANCO CONCISTRE, quien posteriormente lo dio en dación en pago al Banco y cuya dirección es Carrera 68 D No. 13-74, interior 3 y con registro catastral No. 13-68B-33, folio de matrícula No. 050-0119274 del Registro de Bogotá. Como se puede observar éste es totalmente distinto del predio respecto del cual se produjo el mandamiento de pago por no cancelar el impuesto predial.

4. Respecto del predio del Banco del Comercio existe recibo de paz y salvo por concepto de impuesto predial y complementarios No. 105173 expedido por la Tesorería Distrital de Bogotá, válido hasta el 31 de diciembre de 1990, por lo cual, encontrándose cancelado el impuesto predial, no hay fundamento para librar mandamiento de pago con relación a este inmueble.

5. El inmueble perseguido por el no pago del impuesto es de propiedad de FERROCONCRETO LTDA., y debe ser cancelado por esa sociedad, en su carácter de dueña del inmueble.

6. El Banco del Comercio, por encontrarse a paz y salvo por concepto del impuesto, respecto del inmueble ubicado en la Carrera 68D No. 13-74, Interior 3, no tiene porqué soportar el embargo que pesa en la actualidad sobre dicho inmueble y por cuenta de este proceso.

Como consecuencia de lo anterior, solicita la revocatoria del mandamiento de pago, respecto del propietario de dicho inmueble, que le fue notificado al Banco del Comercio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver se considera:

El mandamiento de pago debe dictarse con base en un título en el cual conste una obligación expresa, clara y exigible a cargo de una persona determinada y en favor de otra también específica.

En este caso, el título ejecutivo tiene como soporte una certificación emanada del Despacho del Señor Tesorero Distrital. Dicha certificación, con fecha 31 de mayo de 1985, expresa que el propietario del predio distinguido con la cédula catastral No. 13-68B-7 ubicado en la carrera 68 D No. 13-74, tiene una deuda con el Distrito Especial de Bogotá, por concepto de impuesto predial y complementarios.

Además, delega en el señor Juez Segundo de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería Distrital, "la facultad de iniciar y llevar hasta su terminación el proceso ejecutivo contra la persona (s) que conforme al certificado de libertad y tradición de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, tenga (n) el carácter de propietario (s) del predio a que se refiere la certificación anterior...".

Por su parte, el Juez Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales, con base en unas certificaciones emanadas de la Tesorería Distrital, específicamente el estado de cuenta predial y CAR, libra mandamiento ejecutivo a favor de la Tesorería Distrital y a cargo de FERROCONCRETO o ACTUAL PROPIETARIO.

Sólo después de haber proferido la providencia anterior, el *a-quo* se dedica a establecer quién es el real propietario de este predio, según se observa en el expediente.

Considera la Sala que el Juez ha debido identificar el deudor o deudores, antes de librar el mandamiento, según la exigencia del Tesorero Distrital, y no hacerlo después de proferido.

En este caso, el título ejecutivo, en ningún momento vincula al Banco del Comercio, como se corrobora en el informativo. Por lo tanto, no puede tenerse a tal entidad como sujeto pasivo de la obligación que se pretende cobrar ejecutivamente.

La existencia del mérito ejecutivo de los documentos base de cualquier recaudo, supone la estructura de una obligación en la que deben concurrir las condiciones del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

La falta de alguna de éstas, como el caso *sub-judice,* la de la claridad, niega la calidad de ejecutivo al título exhibido en contra de la apelante, razón esta suficiente para revocar el mandamiento de pago, objeto del recurso de apelación.

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

RESUELVE :

1. Revócase el mandamiento de pago proferido por el Juez Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales.

2. Cése la ejecución.

3. Levántese el embargo pendiente.

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 Sala; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Mejía Jaramillo, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/ EXCEPCIONES-Improcedencia

Las excepciones se entienden como un medio específico de defensa, de que hace uso el demandado para enervar la acción del demandante. Las previas tienden, entre otras cosas a postergar el desarrollo del juicio. Versan sobre cuestiones procesales y no sobre el derecho material alegado por el actor. Las de mérito son las que se proponen sobre el fondo mismo del asunto y se deciden en la sentencia. Cualquier otro cuestionamiento debe hacerse utilizando los demás medios de defensa que la ley pone a disposición de las partes, distinto del específico mencionado. No se puede tomar como medios exceptivos los planteados por el apoderado de Seguros Caribe, ya que ninguno encaja entre los que legalmente se consagran como excepción y por lo mismo, no pueden aceptarse como tales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0034. Actor: D.E. de Bogotá C/ Seguros Caribe S.A. y Jaime Eduardo Angulo Moscoso.
EXCEPCIONES

Se decide el escrito de excepciones de mérito, propuesto por el apoderado de SEGUROS CARIBE S.A., contra el auto de mandamiento de pago de 11 de enero de 1991 (folio 102), proferido por el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

Con el proveído ya mencionado se libró mandamiento de pago ejecutivo en contra de SEGUROS CARIBE S.A. y JAIME EDUARDO ANGULO MOSCOSO, a favor del DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, por la suma de $2.505.416.00, más las costas si se llegaren a causar.

Dicho auto fue notificado el 21 de febrero de 1991 a la curadora *ad-litem* que se nombró para representar a los demandados, quienes dejaron transcurrir el término previsto en el artículo 564 del C. de P. C. sin atender la correspondiente citación.

El 28 de febrero de 1991, el representante legal de SEGUROS CARIBE S.A. se presenta al Juzgado e interpone incidente de nulidad procesal, resuelto desfavorablemente por el *a-quo,* mediante auto fechado el 6 de marzo del mismo año.

El 5 de marzo de 1991, SEGUROS DE CARIBE S.A. propone recurso de reposición y, en subsidio, apelación contra el mandamiento de pago, recursos negados por haber sido presentados fuera del término legal, de acuerdo al auto de marzo 15 de 1991.

En escrito fechado el 5 de marzo de 1991, el apoderado de SEGUROS CARIBE S.A. presentó escrito de excepciones, proponiendo las siguientes:

1. FALTA DE TITULO EJECUTIVO. Sostiene el excepcionante que para que el título de recaudo preste mérito ejecutivo se exigen dos condiciones: el acto administrativo debidamente ejecutoriado y las pólizas.

Dichos actos deben estar debidamente notificados y debe agotarse, previamente, la vía gubernativa. Según el demandado, este último requisito no se cumple, pues la apoderada de la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA, en confesión hecha a folio 54, afirma " que el acto administrativo de liquidación del contrato fue recurrido por el contratista y la administración no ha fallado el recurso".

2. FALTA DE FIRMEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Como consecuencia de no haberse resuelto el recurso de reposición por la EMPRESA DE ENERGIA (de acuerdo con la " confesión " de su apoderada), el acto administrativo carece de firmeza.

3. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION. De acuerdo a la Resolución 020 de 1983, artículo 1o, estipulación 10, la Compañía de Seguros tiene un plazo de 60 días para el pago de la indemnización. Este plazo se empieza a contar al día siguiente a aquél en que el asegurado presente la reclamación. Esta última está constituída por la copia auténtica del acto y la Resolución ejecutoriada. Como la

Empresa no ha requerido a la Aseguradora, mal podría haber corrido el término para efectuar el pago.

4. FALTA DE COMPETENCIA. Con base en el artículo 5o. de la Ley 49 de 1987, la potestad de ejercer jurisdicción coactiva está centrada en cabeza del alcalde municipal. Este, a su vez, podrá delegar esta función en los tesoreros municipales, los cuales carecen de autonomía.

De acuerdo a lo anterior, esa delegación está limitada a lo establecido en el decreto de delegación, acto que a su vez es obligatorio probar por no estar amparado por la presunción de conocimiento general, hecho que no aparece en el expediente.

El tesorero, así esté ejecutando un acto delegado, no puede a su vez delegar en otro funcionario, así sea el juez de ejecuciones fiscales. De acuerdo a lo expuesto, este Juzgado carece de competencia funcional para tramitar el proceso ejecutivo.

5. COBRO EN EXCESO DEL LIMITE ASEGURADO. Alega el excepcionante que en el mandamiento ejecutivo se intenta cobrar un valor superior al valor asegurado máximo.

6. COBRO DE INTERESES INDEBIDO. No puede cobrarse mora, por cuanto no ha empezado siquiera a correr el término para el pago.

En auto fechado el día 26 de julio de 1991, la Sección Quinta del H. Consejo de Estado estudió la excepción previa por incompetencia y declaró que ésta debía declararse sin fundamento jurídico, razón por la cual no prosperó. Además, ordenó que una vez en firme esa providencia, volviera el expediente al Despacho para resolver sobre las excepciones de fondo propuestas.

El día 5 de agosto del mismo año, se dio cumplimiento al auto anterior, por lo cual la Sala procede a estudiar las excepciones de mérito propuestas por el apoderado de SEGUROS CARIBE S.A.

CONSIDERACIONES

Las excepciones se entienden como un medio específico de defensa, de que hace uso el demandado para enervar la acción del demandante. Las previas tienden, entre otras cosas, a postergar el desarrollo del juicio.

Versan sobre cuestiones procesales y no sobre el derecho material alegado por el actor. Las de mérito son las que se proponen sobre el fondo mismo del asunto y se deciden en la sentencia.

Como consecuencia de lo anterior cualquier otro cuestionamiento debe hacerse utilizando los demás medios de defensa que la ley pone a disposición de las partes, distintos del específico mencionado.

Ahora bien, de conformidad con el numeral 2 del artículo 509 del C. de P. C., cuando el título consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las siguientes excepciones:

Pago

Compensación

Confusión

Novación

Remisión

Prescripción o transacción

Estos actos jurídicos mencionados deben basarse en hechos acaecidos con posterioridad a la respectiva providencia que sirve de título ejecutivo.

LA DE NULIDAD cuando el hecho que la origina se refiere a indebida representación de las partes y,

Cuando no se practican en forma legal la notificación a personas determinadas o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes.

Por último, la pérdida de la cosa debida.

Como se observa, no se puede tomar como medios exceptivos los planteados por el apoderado de SEGUROS CARIBE S.A., ya que ninguno encaja entre los que como excepción consagra el mencionado artículo 509 y, por lo mismo, no pueden aceptarse como tales por lo que se verá a continuación:

1. FALTA DE TITULO EJECUTIVO. Ante todo, esta Corporación quiere dejar en claro que, en ningún momento, se puede tomar como confesión la aseveración de la apoderada de la Empresa de Energía de Bogotá, en el sentido de que se interpuso el recurso de reposición y no fue resuelto por la Administración, operando el silencio administrativo (fl. 21).

La confesión, como medio de prueba, requiere de una serie de requisitos para que sea aceptado como tal.

Estas exigencias, previstas en el artículo 195 del C. de P. C., no se cumplen, razón por la cual no se puede tomar como elemento probatorio.

En segundo lugar, no existe constancia alguna que demuestre que, efectivamente se haya interpuesto un recurso de reposición y que no se haya resuelto

Por último, aún estando demostrado, el hecho no sería fundamento de excepción.

En este orden de ideas la excepción propuesta debe declararse como no probada.

2. FALTA DE FIRMEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Esta aseveración queda desvirtuada con los mismos argumentos del punto anterior, ya que es una consecuencia de éste y, por lo mismo, la excepción se declarará no probada.

3. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION. El ejecutado tuvo la oportunidad de alegar la falta de requerimiento cuando se le notificaron las dos resoluciones expedidas por la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA, y no hay prueba en el expediente de que hubiere hecho uso de ello.

El artículo 561, inc. 2o. del C. de P. C., expresa claramente que en los procesos de ejecución por jurisdicción coactiva para el cobro de créditos fiscales, a favor de entidades públicas, no pueden debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa. Por lo tanto, no puede alegarse ello en esta oportunidad.

La excepción, en consecuencia, debe declararse no probada.

4. COBRO EN EXCESO DEL LIMITE ASEGURADO. La discusión sobre el monto establecido en el mandamiento ejecutivo es materia propia del recurso de apelación contra el auto que libró la orden de pago y no puede, por lo mismo, proponerse por la vía de las excepciones, limitada en la forma prevista al comienzo de estas consideraciones.

De lo anterior se deduce que la excepción propuesta debe declararse como no probada.

5. COBRO DE INTERESES INDEBIDO. Observa la Sala que este punto ha debido ser discutido por el demandado en la vía gubernativa y no en esta instancia, puesto que ellos fueron señalados en el acto administrativo que sirvió de título ejecutivo.

En tales condiciones la excepción propuesta debe declararse como no probada.

Como consecuencia de todo lo anterior, 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,

F A L L A :

Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente 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; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL/ EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES-Directivos/ **CONCEJO MUNICIPAL**-Representante/ **VACANCIA**

Desde el 1o. de agosto de 1990 se hallaban vacantes las dos representaciones del Concejo en la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales, entendiendo por vacante la circunstancia de estar sin proveer las dos posiciones que allí corresponden al Cabildo. Esta vacancia en el *sub-judice* no se interrumpió con el nombramiento hecho porque no hubo posesión de la misma, ni ejercicio de la función; ni siquiera expresó su aceptación de ella. Por ende, bien podía el cabildo efectuar otra elección reemplazándolo sin necesidad de declarar vacante el cargo, pues dicha declaración se hace poner fin a la expectativa de posesión del elegido o nombrado, que en el caso de autos no se daba por el fallecimiento del nombrado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0563. Actor: Carlos E. Campillo Parra. Apelación de la sentencia fechada a mayo 15 del año en curso, por la cual el H. Tribunal Administrativo del Valle negó la declaratoria de nulidad de la elección de un miembro principal de la Junta Directiva de las E.E.P.P. Municipales de Buenaventura.

Con la sentencia de la referencia, el H. Tribunal Administrativo del Valle negó las peticiones de la demanda instaurada en su propio nombre por el abogado Carlos E. Campillo Parra, encaminada a obtener la declaración de nulidad del acto de elección del señor Roberto Riascos H. como miembro principal de la junta directiva de las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura, efectuada por el Concejo Municipal de este distrito en sesión del 27 de agosto de 1990.

Contra el fallo interpuso el actor, oportunamente, recurso de apelación que concedido dio lugar a esta segunda instancia, habida cuenta que obra en los autos certificado del monto del presupuesto municipal de Buenaventura para la vigencia en curso, superior a $ 70.000.000.oo (Decreto 597 de 1988, art. 4o).

No observando en lo actuado motivo alguno de invalidez se pasa a decidir lo que en derecho corresponde, partiendo del examen de los siguientes

ANTECEDENTES :

I. La demanda. Sostiene el actor que el Concejo Municipal de Buenaventura agotó la facultad de elección de representantes suyos en la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de ese lugar, para el período 1990-1992, por cuanto en sesión verificada el 6 de agosto de 1990, según consta en el Acta 02 de esa fecha, eligió representantes en la citada junta, así:

Principales	*Suplentes*
Guillermo Valencia Quiñonez	Eugenio Ruiz Vallejo
Eusebio Muñoz Perea	Omar Torres Angulo

Entonces, habiendo fallecido el miembro principal Eusebio Muñoz Perea, como es de público conocimiento, debe entrar a ejercer sus funciones el respectivo suplente Sr. Omar Torres Angulo, siendo ilegal la elección que para reemplazar al precitado Muñoz Perea efectuó ese cabildo en sesión de agosto 27 de 1990, de la que da cuenta acta sin número que en copia autenticada se allegó a los autos, recaída en el también concejal Roberto Riascos Hurtado.

La declaratoria de nulidad de la elección del Sr. Riascos H. como miembro de la citada Junta Directiva la fundamenta el actor en el artículo 27 del Decreto 700 de 1987, reglamentario del Título IX del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), por cuanto dicha norma " dispone que en caso de muerte o cualquiera otra causal de vacancia absoluta el representante principal será reemplazado por su suplente personal hasta el vencimiento del período..." (fl. 33 fte.).

También solicitó, en el mismo libelo demandatorio, la suspensión provisional del acto acusado, denegada por el *a-quo*.

II. La sentencia de primera instancia. Una vez allegado el concepto fiscal, favorable a las pretensiones de la demanda, el *a-quo* profirió el fallo denegatorio de las peticiones del actor. Consideró, al efecto, que no habiendo alcanzado el concejal Eusebio Muñoz Perea a tomar posesión como miembro principal de la Junta Directiva de las E.E.P.P. de Buenaventura, su fallecimiento no produjo "vacancia alguna que permitiera su seguido reemplazo por parte de su suplente

personal..." y, por tanto el Concejo Municipal "bien podía efectuar una nueva designación..." (fl. 103 fte.).

III. Del recurso de apelación. En escrito visible a folios 106 a 108 fte., sostiene el recurrente que a pesar de no haber alcanzado a posesionarse el Dr. Muñoz Perea de la representación que le confirió el concejo, ese hecho no devolvió a dicha corporación la competencia para elegir representante principal en la citada junta, que ya había agotado. A manera de ejemplo señala a los concejales principales, cuyas ausencias llenan los suplentes. Cita, en apoyo de su tesis, los artículos 248, 249 y 252, inciso final, de la Ley 4a. de 1913, anotando que el Concejo no hizo declaratoria de vacancia del cargo de miembro de la aludida junta, por el fallecimiento del Dr. Muñoz Perea, pues que era imposible hacerlo ante el hecho evidente de existir suplente que lo reemplazaba.

IV. Concepto del Ministerio Público. La señora fiscal octava colaboradora prohija el fallo recurrido y la fundamentación que le dio el *a-quo,* cual es la de que la muerte del Dr. Muñoz Perea no produjo vacancia en la Junta Directiva de las E.E. M.M. de Buenaventura, por cuanto el fallecimiento de aquél se produjo antes de que se hubiera posesionado de esa representación.

CONSIDERACIONES :

1. Es de observar, en primer término, que habiendo indicado la demanda como norma violada la contenida en el Art. 27 del Decreto 700 de 1987, la invocación que se hace al sustentar la apelación de varias disposiciones de la Ley 4a. de 1913, contenidas en el Cap. II del Título VIII bajo el epígrafe de " Nombramiento, aceptación, juramento y posesión de empleados ", no puede tener alcance distinto al de servir de apoyo al cargo formulado, que no el de constituir presupuesto de violación legal capaz de sustentar por sí sola la invalidez del acto acusado, por la obvia circunstancia de ser el libelo demandatorio el marco delimitante de la *litis.*

Dichos preceptos de la citada ley 4a. de 1913, aún vigentes en cuanto normatividad de régimen político, puesto que lo atañadero al régimen municipal se encuentra recogido integramente en el Decreto 1333 de 1986 y disposiciones posteriores relacionadas con la materia, cabe tenerlos en cuenta en el caso *sub-lite* en cuanto reguladoras de la designación, aceptación y posesión de una función pública, como es la que desempeñan los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas municipales, que no en relación a empleos públicos, pues los miembros de las citadas juntas no lo son en razón de esa función, como lo estipula el artículo 162 del aludido Decreto 1333, que textualmente expresa:

> " Art. 162. Los miembros de las juntas directivas aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos".

Por igual razón tampoco cabe acoger el argumento del apoderado del demandado, que fundamenta en el Art. 100 del tantas veces citado Decreto 1333 de 1986, como que esa norma se refiere a la elección de funcionarios por parte del concejo, entre

quienes precisamente no es dable incluir a los representantes de esa corporación en las juntas directivas de entidades descentralizadas municipales.

2. En lo que constituye el meollo del cargo contra el acto electoral acusado se tiene que su base legal es, como ya se vió, lo preceptuado en el Art. 27 del Decreto 700 de 1987, que textualmente reza:

> " Art. 27. En caso de muerte, renuncia, incapacidad permanente, separación del cargo como consecuencia de sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación, o cualquier otra causal de vacancia absoluta, el representante principal será reemplazado por su suplente personal hasta el vencimiento del período. Cuando la vacancia absoluta sea del principal y del suplente, simultánea o sucesivamente, el Concejo Municipal designará sus nuevos representantes, principal y suplente.
>
> Los nuevos representantes designados actuarán hasta el vencimiento del período del concejo que representan".

El actor afirma la violación de esta norma con el acto administrativo acusado, o sea, el que efectuó el Cabildo de Buenaventura en sesión del 27 de agosto de 1990, al elegir al concejal Roberto P. Riascos como su representante principal en la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales en reemplazo del doctor Eusebio Muñoz Perea. Sostiene que habiendo elegido el concejo, en sesión del 6 de agosto, al citado Muñoz como principal para esa función pública con la suplencia del Dr. Omar Torres, al producirse la vacancia absoluta por la muerte del primero debió reemplazarlo su suplente hasta el vencimiento del período, lo que desconoció el Cabildo no obstante el " debate donde el propio interesado, Dr. Omar Torres Angulo expuso su criterio sobre la imposibilidad jurídica de que se hiciera el nombramiento por el concejo, pues él era el suplente legalmente elegido..." (fl. 107 fte.).

Pero la Sala se aparta de este criterio para compartir el de su colaboradora del Ministerio Público, que es el mismo plasmado en el fallo recurrido. Así, por cuanto la vacancia absoluta en la representación del Cabildo de Buenaventura en la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales no se produjo con la muerte del Dr. Eusebio Muñoz Perea, recien elegido miembro principal de ella y quien no hizo manifestación de aceptación de esa representación, ni se posesionó como tal y menos la desempeñó, sino por el vencimiento del período de los anteriores representantes del concejo en esa junta, ocurrido el 31 de julio de 1990.

El inciso segundo del Art. 159 del Decreto 1333 de 1986 dispone que " Su período -el de los representantes de los concejos en las juntas directivas a que se viene aludiendo- no podrá ser mayor del que corresponde al concejo que representan.

Entonces, como el concejo elegido para el período 1988-1990 concluyó sus labores ordinarias el 31 de julio del año ultimamente nombrado, según la previsión

del Art. 79 del Decreto 1333 en mención, también en esa fecha concluyó el período de los representantes que ese Cabildo pudo tener en las juntas directivas de las entidades descentralizadas municipales, produciéndose la vacante absoluta de las representaciones por cuanto, como lo ha expresado esta Corporación "...En nuestra organización política el principio de la desinvestidura del cargo público por vencimiento del período es la regla general..." (Sentencia de agosto 31 de 1954, Anales Nos. 377-381, pag. 85).

Las excepciones a esa regla tienen que ser expresas, sin que entre ellas cuente lo previsto en el Art. 281 del Código de Régimen Político, puesto que esa norma "...no prescribe en manera alguna la prórroga indefinida de los períodos en el evento allí contemplado, sino que -para evitar la discontinuidad en la administración- prohibe al empleado cuyo período ha concluido, abandonar el puesto hasta tanto se presente la persona que deba reemplazarlo por nombramiento hecho, en propiedad, por quien deba proveer el empleo (Art. 250 del Código de Régimen Político), o en interinidad, por la primera autoridad política del lugar (Art. 249 Ibídem) ... Cosa análoga sucede al empleado a quien se le ha vencido el período. Por ese hecho su investidura se torna precaria y se produce la vacante del cargo, mas no puede abandonarlo hasta tanto no se presente la persona que deba reemplazarlo..." (Sentencia y Anales citados, pag. 86).

Producida la vacante en la fecha dicha -31 de julio de 1990- la elección que en sesión del 6 de agosto realizó el Concejo de Buenaventura, en ausencia del elegido Dr. Eusebio Muñoz Perea, como su representante principal en la junta de las empresas municipales no alteró esa situación, de cesación del ejercicio de la función pública, habida cuenta que el elegido no se posesionó y ni siquiera desempeñó de hecho la función correspondiente. Su fallecimiento se produjo, como está acreditado en autos, con anterioridad a la posesión de los miembros de la citada junta, ocurrida el 17 de agosto de 1990 (folios 51 del c. principal y 3 al 13 del c. de pruebas de la parte demandada), en la que se dio la curiosa situación de haber concurrido, como representante del concejo, el citado Roberto Pastor Riascos cuando aún no se le había elegido.

En síntesis: desde el 1o. de agosto de 1990 se hallaban vacantes las dos representaciones del Concejo en la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales, entendiendo por vacante la circunstancia de estar sin proveer las dos posiciones que allí corresponden al Cabildo, según la significación 2 que de ese participo activo da el diccionario de la Real Academia. Esa vacancia, en cuanto a la plaza para la que fue designado como principal el Dr. Eusebio Muñoz Perea no se interrumpió con dicho nombramiento, por las razones ya anotadas: no se posesionó de la misma ni ejerció la función. Ni siquiera expresó su aceptación de ella. Por ende, bien podía el Cabildo efectuar otra elección en reemplazo del Dr. Muñoz sin necesidad de declarar vacante el cargo, como lo cree indispensable el actor, pues dicha declaración se hace para poner fin a la expectativa de posesión del elegido o nombrado, que en el caso de autos no se daba por el fallecimiento del Dr. Muñoz. Declarar la vacante era innecesario, superfluo.

Finalmente, sin duda que el suplente pudo ocupar la vacante hasta tanto lo desplazara el principal que se eligiera, pues persona alguna ejerció esa función como tal en propiedad a partir del 1o. de agosto de 1990.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en pleno acuerdo con el concepto de la colaboradora fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

Confírmase la sentencia de fecha mayo 15 del año en curso, por virtud de la cual el H. Tribunal Administrativo del Valle denegó las súplicas de la demanda de nulidad de la elección del Sr. Roberto P. Riascos como miembro principal de la Junta Directiva de las E.E. M.M. de Buenaventura.

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

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/ EXCEPCION DE PAGO

La excepción de pago basada en hechos posteriores a la providencia que conlleva ejecución, ciertamente constituye un medio de defensa susceptible de alegarse en proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, pero para que sea oponible exige la demostración de haberse satisfecho plenamente la obligación que se cobra. En el caso de autos aunque ha sido acreditado que la sociedad canceló impuestos de industria y comercio en otros municipios, lo cierto es que tales pagos no pueden servir para dar término a la ejecución porque con ellos no se comprobó que al efectuarlos se hubieran imputado a la deuda por la cual se adelanta el proceso, y mientras no se satisfaga su cancelación, la excepción alegada sobre la multa impuesta, no está llamada a prosperar porque la Sociedad no comprobó su pago.

JURISDICCION COACTIVA/ SUSPENSION DEL PROCESO- Improcedencia

No corresponde a esta jurisdicción resolver sobre la procedencia de la suspensión del proceso, sino al juez del conocimiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0037. Partes: Distrito Especial de Bogotá contra Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A.

Decide la Sala el incidente de excepciones propuesto mediante apoderado por la Sociedad SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A., contra el auto de mandamiento de pago proferido por el Juzgado Quinto Distrital de Ejecuciones Fiscales el 11 de enero de 1991.

ANTECEDENTES

La Resolución No. 300 de diciembre 21 de 1989, dictada por la Junta Distrital de Hacienda, según la cual al desatar el recurso de apelación confirmó la Resolución No. 562 de junio 12 de 1939 de la Dirección Distrital de Impuestos, referente a la liquidación oficial contra la Sociedad mencionada por el año gravable de 1986, vigencia 1987, por concepto de diferencias y sanciones a favor de la Tesorería en cuantía de $9.392.425, sirvió de título ejecutivo para que el Juzgado Quinto Distrital de Ejecuciones Fiscales librara la respectiva orden de pago el 11 de enero de 1991.

Surtida la notificación personal del auto anterior al señor apoderado especial de la Sociedad ejecutada, éste propuso incidente de excepciones, así:

1. " Interposición de demanda de nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo", explicando que cursa una demanda contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos por el año de 1986. En prueba de ese aserto anexa fotocopias autenticadas del auto admisorio de la demanda y de la constitución de la póliza, y constancia expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre el estado del proceso.

2. " Pago e inexigibilidad de la obligación por la cual se libra mandamiento de pago ", con apoyo en los hechos acontecidos desde la época de presentación de la declaración de industria, comercio y avisos en el año de 1987 por la Sociedad Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A., durante el tiempo correspondiente a las diligencias cumplidas por la Dirección Distrital de Impuestos y hasta cuando fueron resueltos los recursos que interpuso la Sociedad contra los actos de la Administración con fundamento en que " ... el municipio o Distrito Especial a cuyo favor nace el crédito fiscal por concepto de Impuesto de Industria y Comercio es aquél donde en desarrollo de una actividad se ejecute la prestación de cargo del contribuyente y a cambio de la cual éste adquiere el derecho a exigir el consiguiente ingreso de parte del beneficiario de la prestación ..." (fl. 71), afirmando que la Sociedad en cuyo nombre actúa y de conformidad con las pruebas que adjunta "... ha presentado declaraciones de Industria, Comercio y Avisos correspondientes al año de 1986, por ingresos causados en la ejecución de obras en municipios diferentes al Distrito Especial de Bogotá y efectuado los correspondientes pagos así:

	BASE GRAVABLE	VALOR IMPUESTO PAGADO
Municipio de Maicao (Guajira)	$905.595.113.oo	$2.725.785.oo

Municipio de Nobsa (Boyacá)	$293.480.878.oo	330.443.oo
Municipio del Colegio (Cundinamarca)	$377.233.399.oo	$1.131.700.oo
		$ 169.755.oo
Municipio de Yondó (Antioquia)	$373.219.923.oo	$ 281.267.oo
		$1.875.116.oo
Municipio de Sonsón (Antioquia)	$112.499.473.oo	$ 517.500.oo
Municipio de Arauca (Arauca)	$497.746.894.oo	$2.486.334.oo
		$ 373.310.oo
TOTAL PAGADO		$9.891.210.oo

... " (fl. 71).

CONSIDERACIONES

A) LA "INPERPOSICION DE DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO".

La invoca el apoderado de la ejecutada como excepción, y no es ciertamente una de las de mérito que pueden proponerse en juicios de jurisdicción coactiva, pues a tenor del artículo 509, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, cuando el título ejecutivo consista en sentencia de condena o en otra pendiente que conlleve ejecución, unicamente pueden alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción basadas siempre en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos de los numerales 7 y 9 del artículo 140 y la de pérdida de la cosa debida.

Acontece en el presente asunto que la operación administrativa comprendida en la Resolución No. 562 de junio 12 de 1939, confirmada en la Resolución No. 300 de diciembre 21 de 1989, que determinó las diferencias y sanciones en la declaración del impuesto de industria, comercio, y avisos por el año gravable de 1986, a favor de la Tesorería Distrital de Bogotá y a cargo de de la Sociedad ejecutada, en cuantía

de $9.392.425, conlleva ejecución, por lo que no puede alegarse como excepción de fondo la que aquí se plantea.

La Sala estima conveniente advertir sobre el contenido del numeral 2 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el juez decretará la suspensión del proceso cuando la sentencia que deba dictar dependa de la decisión que haya de adoptarse en otro proceso, " ... o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo ...". Sin embargo, no corresponde a esta jurisdicción resolver sobre la procedencia de la suspensión del proceso, sino al juez del conocimiento de conformidad con el artículo 171 del citado Código, que en este caso lo es el Juzgado Quinto de Ejecuciones Fiscales.

Por lo anteriormente dicho no procede la excepción.

B) PAGO E INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION POR LA CUAL SE LIBRA MANDAMIENTO DE PAGO.

La excepción de pago basada en hechos posteriores a la providencia que conlleva ejecución, ciertamente constituye un medio de defensa susceptible de alegarse en proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva (artículo 509, numeral 2, Código de Procedimiento Civil), pero para que sea oponible exige la demostración de haberse satisfecho plenamente la obligación que se cobra.

En el presente caso debe tenerse en cuenta, ante todo, que la Resolución No. 562 de junio 12 de 1989, que junto con la No. 300 de 21 de diciembre del mismo año son la base del título ejecutivo, en su parte resolutiva determinó la liquidación oficial contra la Sociedad Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A., en virtud de no haber demostrado el contribuyente con pruebas idóneas la veracidad de sus afirmaciones referentes a ingresos obtenidos en 1986 en ejercicio de actividades gravadas con impuesto de industria y comercio, realizadas fuera del Distrito Especial de Bogotá, lo que condujo a mantener la base gravable establecida por la Administración, con fundamento en la cual resultaron diferencias a favor de la Tesorería Distrital de Bogotá por valor de $3.428.977 y sanciones por inexactitud en cuantía de $5.963.448, que en total ascienden a la cantidad de $9.392.425, suma que debía cancelar la Sociedad mencionada.

La no consignación oportuna del monto indicado originó que la Tesorería persiguiera el recaudo de estos dineros por la vía del cobro coactivo, remitiendo con este propósito las diligencias al Juzgado de Ejecuciones Fiscales, dando, así, lugar a proferir el 11 de enero de 1991 auto de mandamiento de pago.

Examinadas las pruebas allegadas por el excepcionante en la oportunidad que ahora corresponde examinar, en la modalidad de reproducciones mecánicas debidamente autenticadas, previo cotejo con el original, se pudo establecer que, efectivamente, la Sociedad ejecutada realizó en 1986 actividades gravadas con impuesto de industria y comercio, avisos y tableros, en municipios distintos a

Bogotá. En efecto, se comprobó mediante recibo de caja serie " A " No. 18336 de la Tesorería Municipal de Maicao (Guajira), que el 4 de abril de 1990 la Sociedad pagó impuestos de industria, comercio, avisos y tableros, año 1.986 por valor de $2.725.785 (fl. 74); recibo de caja serie "B" No. 0182 de la Contraloría Municipal de Nobsa (Boyacá), que canceló industria y comercio, año de 1 986 por $880.443 (fl. 84) y formulario de declaración de impuesto de industria, comercio y avisos, vigencia 1986, Tesorería Municipal de Nobsa (fl. 85). Recibo de El Colegio, (Cundinamarca), serie -I No. 138054 de fecha 3 de mayo de 1990, en el cual consta que la mencionada Sociedad pagó la suma de $1.131.700 por impuesto de industria y comercio en 1986 por servicios de construcción, y recibo de caja No. 138053 de la misma fecha, por $169.755, valor impuestos de avisos y tableros, año 1986 (fls. 86 y 87). Certificación del Tesorero Municipal de El Colegio, Cundinamarca, expedida el 3 de mayo de 1990, que indica que la Compañía " ... canceló Impuesto de Industria y Comercio y de Avisos, por valor de $1.301.455.oo por el año de 1986, sobre una base de $377.233.399.oo quedando a Paz y Salvo con el Municipio. " (fl. 86). Certificación del Tesorero Municipal de Yondó (Antioquia) de fecha mayo 8 de 1990, que demuestra que ha cancelado impuestos de Industria y Comercio por valor de $1.875.116, Avisos y Tableros por valor de $281.267 de las vigencias de 1986 y 1987 por contratos realizados por Ecopetrol en cuantía de $468.778.82, y comprobante de caja "C" No. 5700673 de abril 30 de 1990 de la Tesorería de Rentas Municipales de Yondó por la suma de $2.156.383 (fls. 90 y 89). Comprobante de caja "C" No. 5551413 de mayo 5 de 1990 de la Tesorería de Rentas Municipales de Sonsón (Antioquia) por valor de $517.500 por concepto de industria y comercio de montajes eléctricos, año 1986, y correspondiente declaración de industria y comercio (fls. 91 y 92).

Empero, aun cuando ha sido acreditado que la Sociedad canceló impuestos de industria y comercio en otros municipios, lo cierto es que tales pagos no pueden servir para dar término a la ejecución porque con ellos no se comprobó que al efectuarlos se hubieran imputado a la deuda por la cual se adelanta este proceso; y mientras no se satisfaga su cancelación, la excepción alegada sobre la multa impuesta en la Resolución No. 562 de junio 12 de 1989, confirmada en la No. 300 de diciembre 21 de 1989, no está llamada a prosperar porque la Sociedad no comprobó su pago.

Los argumentos expuestos por el señor apoderado en su escrito buscan ciertamente invalidar dichos actos administrativos y quizá le asiste la razón, pero no es ésta la oportunidad ni la vía procesal apropiadas para este fin, sino las que la ley señala para ser ejercitados ante la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria.

En cuanto al otro aspecto que plantea el excepcionante, consistente en la inexigibilidad de la obligación por la cual se libra mandamiento de pago, las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, siempre que en ellas conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible están definidas por el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo en cuyo numeral 3), y en idénticos términos el artículo 562, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil,

se incluyen " Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes ...".

En el caso que nos ocupa la obligación a favor del Estado reúne estas condiciones porque está contenida expresamente en las mencionadas Resoluciones Nos. 562 y 300 de junio 12 y diciembre 21 de 1989, respectivamente, y en ellas se determina claramente la suma que debe pagar la Sociedad Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A. a favor de la Tesorería Distrital de Bogotá. Y es exigible porque no está sujeta a plazo ni condición.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de la Sección Quinta de su Sala Contenciosa, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la ley,

FALLA :

1o. Rechazar, por improcedente, la excepción de interposición de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo propuesta por el apoderado de la Sociedad Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A., contra el auto de mandamiento de pago proferido el 11 de enero de 1991 por el Juzgado Quinto Distrital de Ejecuciones Fiscales.

2o. Declarar no probada la excepción de pago e inexigibilidad de la obligación por la cual se libra mandamiento de pago invocada por el representante judicial de la citada Sociedad contra el mismo auto.

3o. Continúe la ejecución.

4o. Condénase en costas a la Sociedad ejecutada, las que se liquidarán con el crédito.

5o. Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE-Inhabilidades/ **EMPLEADO OFICIAL/ ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS/ ASOCIACION COLOMBIANA DE INDUSTRIAS LICORERAS**-Naturaleza Jurídica

La Asociación Colombiana de Industrias Licoreras está integrada por empresas industriales y comerciales de distintos departamentos del país y su patrimonio está compuesto si no en su totalidad, sí en gran proporción con dineros provenientes de los respectivos departamentos o, lo que es lo mismo, con bienes públicos, circunstancias éstas que unidas al objeto o finalidad que, en parte, tiene la asociación, le dan el carácter de ente público descentralizado. Los sueldos asignados al personal que presta sus servicios en dicha asociación provienen de los aportes de las licoreras afiliadas a ella, y como ese personal está sujeto al régimen jurídico de las empresas Industriales y Comerciales del Estado, forzoso es concluir que el cargo de Director Ejecutivo lo desempeñó un trabajador oficial, y, por ende, vinculado por contrato de trabajo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. tres (3) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0533. Actor: William Giraldo Giraldo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandante contra la sentencia por medio de la cual el H. Tribunal Administrativo de Caldas denegó las súplicas de la demanda el 12 de febrero del año en curso.

ANTECEDENTES

La demanda

Se pide en la demanda hacer las siguientes declaraciones:

" *PRIMERA:* Que es nula la elección del Alcalde Municipal de Filadelfia, Caldas HERMAN ZULUAGA SERNA, habida cuenta del cómputo de votos en su favor cuando él no reunía las calidades constitucionales o legales para ser electo.

SEGUNDA: Que es nula el acta parcial de escrutinios - formulario E 28 - mediante la cual la Comisión Escrutadora Municipal el 13 de Marzo de 1990 lo declaró electo como ALCALDE POPULAR del Municipio de FILADELFIA, CALDAS para el período 1990 - 1992.

TERCERA: Que se ordene, en consecuencia, la cancelación de la credencial que como ALCALDE POPULAR le expidieron.".

El demandante fundamenta su pretensión en el hecho de que el Alcalde elegido, Doctor Herman Zuluaga Serna, al momento de la elección se hallaba inhabilitado a tenor del parágrafo segundo del artículo 1o. de la Ley 49 de 1987 porque como Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras era empleado oficial conforme a la noción que de este concepto contiene el artículo 14 del Decreto 1001 de 1988. La mencionada Asociación, legalmente reconocida por el Ministerio de Justicia, mediante Resolución No. 2325 del 13 de julio de 1966, que aglutina Industrias Licoreras Oficiales Departamentales "... no es más que una derivación, una institución que proyecta las actividades industriales y comerciales oficiales que desarrollan las licoreras", de cuyos ingresos "...se cancelan los sueldos del Director Ejecutivo y del personal subalterno, lo mismo que los gastos de funcionamiento provienen del Erario Público, ya que son aportados por las licoreras departamentales". De otra parte, el Director Ejecutivo de dicha Asociación "...es subalterno de los Gerentes, funcionarios públicos de las Licoreras que la conforman".

Como por "...razón del origen, de la composición de su patrimonio, de las empresas que la integran y de la funciones que desempeña la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras participa de todas las características de una Empresa Pública y por ende su Director Ejecutivo es una persona vinculada a la Asociación en virtud de una relación contractual oficial, la que no desvirtúan su condición de Empleado Oficial", por lo que el Doctor Herman Zuluaga Serna como Director Ejecutivo de la misma participó en política y se inscribió y fue elegido Alcalde popular de Filadelfia cuando estaba inhabilitado.

Como normas violadas invoca el artículo 15 de la Constitución Nacional, el Decreto 1732 de 1960, el artículo 12 de la Ley 19 de 1953, el artículo 7o. del Decreto 2400 de 1968, el artículo 14 del Decreto 1001 de 1988, el artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 y el artículo 1o., parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987.

Al explicar el concepto de la violación, manifiesta que para los efectos del sufragio debe existir igualdad para todos aquellos que participan en el debate

electoral, ya sea como electores ya como elegidos, situación de igualdad que deja de existir cuando quienes pretenden ser elegidos ejercer funciones públicas, pues en el ejercicio de los cargos pueden ejercer influencias que ponen en desventaja a los candidatos que no están colocados en las mismas condiciones. Esa la razón para que se hayan establecido las inhabilidades y las incompatibilidades. Las normas que regulan el status del empleado público son muy claras al respecto como lo son también las disposiciones constitucionales y legales que consagran esas inhabilidades e incompatibilidades. De ahí que todos los empleados públicos estén sometidos a las limitaciones y prohibiciones que para ellos determinan la Constitución y la ley, entre ellas la de la participación activa en debates de carácter electoral. Al respecto, cita concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 1o. de marzo de 1 984, radicación No. 2083.

El demandante pidió la suspensión provisional del acto demandado, aportó fotocopia debidamente autenticada de éste y pidió la práctica de algunas pruebas.

La sentencia apelada

En su sentencia de fecha 12 de febrero de 1991, objeto del recurso de apelación que hoy decide esta Sala, en su parte resolutiva el Tribunal Administrativo falló, así:

" DECLARASE imprόspera la excepción de inepta demanda.

NIEGANSE las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido en acción de nulidad electoral contra el acto que declaró electo al Doctor HERMAN ZULUAGA SERNA como Alcalde Municipal de Filadelfia (Caldas), por el período comprendido entre 1990 y 1992, expediente radicado bajo el número 86-41 ".

Para llegar a esa decisión el A-q*uo* hace primeramente el estudio de la excepción de inepta demanda consistente en habérsele permitido al demandante corregir la demanda extemporaneamente. Al respecto, el H. Tribunal Administrativo concluye por " desestimar " la excepción propuesta, porque si bien en el proceso electoral el C.C.A. no señala término para dictar auto admisorio de la demanda, para llenar el vacío debe aplicarse el artículo 143 del mismo, que es precisamente lo que se hizo en el caso en estudio.

Para decidir " EL FONDO DE LA *LITIS* ", es decir, sobre la nulidad del acto que declaró elegido Alcalde popular del Municipio de Filadelfia (Caldas) al Doctor Herman Zuluaga Serna, el *A-quo* hizo el estudio de los antecedentes que dieron origen a la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras, sus estatutos, la naturaleza de la misma, de su capital y sus bienes y el fin perseguido, para concluir que no se demostró la calidad de empleado público del mencionado señor Zuluaga Serna. El *A-quo* examinó las normas legales sobre la creación y organización de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales, Departamentales y Municipales así como las que regulan el status del empleado oficial, invocadas por el demandante, para concluir que de la prueba aportada al proceso no aparece demostrada la

inhabilidad de que trata el artículo 1o, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987, que adicionó el artículo 5o. de la Ley 78 de 1986. Especialmente el A-*quo* examinó la naturaleza jurídica entre "... las personas morales públicas y privadas ..." a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, el artículo 44 de la Constitución Nacional, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, el artículo 633 del Código Civil, y los Decretos 1050, 3130 y 3135 de 1968, 130 de 1976 y 1222 de 1986, para concluir que la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras "... no ejerce o desarrolla actividades o tareas de naturaleza industrial o comercial para sí misma que pueda ubicarla en la entidad de segundo grado prevista en este artículo (7o, Decreto 130/76), como tampoco fue constituida como tal mediante una escritura con el correspondiente registro en la Cámara de Comercio". Se trata de un ente "... que se rige por las normas del derecho privado", de donde "... se desprende que el DIRECTOR EJECUTIVO DE ACIL ES UN TRABAJADOR PARTICULAR ".

El recurso

Al interponer y sustentar el recurso, el demandante se reafirma en los cargos de la demanda e insiste en que la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras asocia entidades oficiales que producen, comercializan y venden licores y alcoholes como actividad monopolística para los departamentos, que alimentan el fisco con el producido de esas actividades para financiar gastos de funcionamiento e inversión y servicios públicos de salud y de educación, entre otros.

La mencionada Asociación conforme al literal a) del artículo 4o. de sus estatutos desarrolla su actividad ajustándola " ... estrictamente a las normas legales y decisiones administrativas de la nación, los departamentos y los municipios, conforme al inciso segundo del artículo 4o. de tales estatutos.".

El hecho de que la mencionada Asociación esté constituida como "... una persona jurídica, sin ánimo de lucro, características propias de las personas morales de derecho público ", no significa que ACIL no sea "... una entidad descentralizada indirecta, de naturaleza asociativa a la cual, por mandato del artículo 7o. del Decreto 130 de 1976, se le aplican las normas previstas para los establecimientos públicos, porque reúne las condiciones de no tener ánimo de lucro, estar conformada por entidades públicas únicamente, tener por finalidad la cooperación con el cumplimiento de funciones administrativas, gozar de personería jurídica y haberse sometido a la ley y a sus estatutos, condiciones señaladas en la sentencia. De ahí que está "... sometida a las normas aplicables a los establecimientos públicos" y "...debe sujetarse a la clasificación legal genérica de " Empleados Oficiales" ", por lo que el señor Herman Zuluaga Serna, al desempeñar el cargo de Director Ejecutivo de ACIL " ... tuvo la calidad de Empleado Oficial vinculado por contrato de trabajo al ESTABLECIMIENTO PUBLICO "ACIL" hasta el 31 de mayo de 1990", como está probado en autos, por lo que a tenor del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 y 1o. de la Ley 49 de 1 987, en concordancia con el artículo 14 del Decreto 1001 de 1988, estaba inhabilitado, lo que hace que su elección debe ser declarada nula, tal como se pidió en la demanda.

El Ministerio Público

Luego de analizar el contenido de la demanda, la sentencia recurrida y la prueba aportada, la distinguida Colaboradora Fiscal Séptima del H. Consejo de Estado concluye " ... que la Sentencia de primera instancia debe ser CONFIRMADA".

Teniendo en cuenta los estatutos de la Asociación, especialmente el objeto de la misma, y el hecho de que los asociados sean industrias licoreras, afirma:

" En el presente caso se observa que las entidades reunidas para crear la ACIL son entidades públicas por tratarse de industrias licoreras departamentales pero no aparece demostrado cuál es el fin, al cual se dedicaba para establecer si, a su vez, el objeto de la entidad creada responde a las previsiones del Decreto 130 de 1976.

Así las cosas, el único elemento de juicio con el que se cuenta son los estatutos de la Asociación, presentados cuando le fue otorgada la personería jurídica por parte del Ministerio de Justicia (ver fl. 63 del C. de Pruebas), mediante Resolución No. 2354 del 2 de julio de 1982 y cuya reforma fue autorizada por la Alcaldía Mayor de Bogotá por Resolución No. 0231 del 2 de mayo de 1989 (fl. 5 del C. de Pruebas).

...

...

Del recuento anterior se deduce que la naturaleza de la entidad es de derecho privado, naturaleza que no se altera por el hecho de que las industrias afiliadas sufraguen los gastos de funcionamiento de la Asociación, como parece indicarlo el actor-apelante.

En forma adicional, debe observarse que en los estatutos de la asociación no aparece mención de que las industrias licoreras hayan sido autorizadas para la creación de la asociación en los términos previstos en el Art. 21 del Decreto 130 de 1976; autorización que tampoco aparece demostrada en las restantes piezas del informativo. Tampoco aparece previsto el control a que se refiere el Art. 8o. ibídem (sic).

Así las cosas, y teniendo como base los elementos de juicio que aparecen en el proceso, la Fiscalía debe concluir que las Industrias Licoreras Departamentales se reunieron para crear una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro que, por lo mismo, está regida por las normas del derecho civil, y no una asociación de derecho público de las previstas en el Decreto 130 de 1976, por lo cual no puede considerarse como establecimiento público como lo ordena el citado decreto.

Ahora bien, si conforme a lo previsto el régimen legal que rige la asociación es privado, quienes desempeñan cargos en la misma deben ser considerados como trabajadores privados y en ningún caso como empleados oficiales porque no hay lugar a tal calificación.

En tales condiciones quien desempeñó el cargo de Director Ejecutivo de la asociación no es un empleado oficial y, por lo mismo no está incurso en la inhabilidad a que se refiere el demandante. En consecuencia el cargo de la demanda debe ser despachado desfavorablemente.".

No observando la Sala motivo que invalide la actuación en este proceso, procede a fallar con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

En el proceso se discute la validez del acto por medio del cual las autoridades electorales declararon elegido Alcalde popular del Municipio de Filadelfia, Departamento de Caldas, al señor Herman Zuluaga Serna. Afirma el demandante que a tenor de los artículos 5o, literal e) de la Ley 78 de 1986 y 1o. parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987 en concordancia con el artículo 14 del Decreto 1001 de 1988, reglamentario de dichas leyes, el elegido, señor Zuluaga Serna, se desempeñó como empleado oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de su elección.

En el proceso está probado lo siguiente:

Con fotocopias autenticadas, visibles a los folios 3, 4, 19 y 20, la existencia del acta parcial del escrutinio de los votos depositados para la elección de Alcalde del Municipio de Filadelfia el 11 de marzo de 1990, y con documentos de la misma índole, la solicitud de inscripción de candidato a alcalde y el acta de inscripción.

La existencia de la ASOCIACION COLOMBIANA DE INDUSTRIAS LICORERAS "ACIL" está plenamente demostrada con fotocopia autenticada, así:

a. Certificación expedida por el Secretario de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.E. el 3 de abril de 1990, según la cual "LA ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO DENOMINADA: ASOCIACION COLOMBIANA DE INDUSTRIAS LICORERAS", tiene personería jurídica reconocida mediante Resolución No. 2325 de fecha 13 de julio de 1966 expedida por el Ministerio de Justicia (fl. 2).

b. Certificación expedida por el mismo funcionario de la Alcaldía Mayor de Bogotá, según la cual la mencionada Asociación " ... tiene Personería Jurídica reconocida mediante Resolución No. 2354 del 2 de julio de 1 982, proferida por el Ministerio de Justicia ", y que de acuerdo con los Estatutos "... vigentes ..." de la misma Asociación su patrimonio " ... se forma con el valor del derecho de admisión que paga cada industria a su ingreso, con las cuotas de sostenimiento ordinarias o extraordinarias, y con cualesquiera otros ingresos " (fls. 32 y 33).

c. Los Estatutos de la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras " ACIL" aparecen acreditados con las fotocopias debidamente autenticadas que constituyen los folios 5 a 33 del cuaderno No. 2 de pruebas. Y con documento de la misma índole está acreditada la calidad de los gerentes que representan a las respectivas Empresas de Licores en la mencionada Asociación.

d. Con Oficio No. AJ-4026 de fecha 30 de julio de 1990, suscrito por el Abogado Sustanciador de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.E., que constituye los folios 102 y 103 del cuaderno No. 2 de pruebas, está demostrado que el señor Herman Zuluaga Serna "... desempeñó el cargo de Director Ejecutivo de "ACIL" entre el 20 de febrero de 1987 y el 20 del mismo mes de 1988 y entre el 26 de febrero de 1988 y el 26 del mismo mes de 1989, según inscripciones que reposan en los archivos de esta Alcaldía ". Y con documento expedido por el Presidente de "ACIL" el 2 de octubre de 1990, según el cual "... el Doctor Herman Zuluaga Serna fue Director Ejecutivo de la Asociación ... del 8 de julio de 1987 al 31 de mayo de 1990".

*e. Con Ofi*cio No. 119/91 de julio 10 de 1991, suscrito por la Asesora Jurídica de la Empresa de Licores de Cundinamarca, " ... Entidad que preside la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras " ACIL",", por solicitud de esta Sala, según auto para mejor proveer, informó que " ... el personal que presta sus servicios a la Asociación de acuerdo con los Estatutos que la rigen cuya fotocopia adjunto, es vinculado por Contrato de Trabajo y los sueldos asignados provienen de los aportes de las Licoreras afiliadas a dicha Asociación ".

De la lectura de los Estatutos de la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras " ACIL", resulta sin lugar a dudas que se trata de una Asociación constituida como tal " ... sin ánimo de lucro ...", integrada por industrias licoreras de algunos Departamentos, cuyo patrimonio, según el artículo 5o. del capítulo II, " ... se forma con el valor del derecho de admisión que paga cada industria a su ingreso, con las cuotas de sostenimiento ordinarias o extraordinarias y con cualquiera otros ingresos". Es decir, que la dicha Asociación Colombiana de Industrias Licoreras "ACIL" está conformada por algunas empresas industriales y comerciales departamentales, entes éstos que de acuerdo con la preceptiva del Decreto Extraordinario 1050 de 1968, son organismos creados para desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Características propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son tener personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, el producto de éstos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Así, pues, la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras tiene constituido su patrimonio con fondos públicos comunes, es decir, provenientes del Tesoro Público. Y las cuotas de sostenimiento ordinarias o extraordinarias aportadas por esas empresas industriales y comerciales departamentales, que son las Empresas

Licoreras Departamentales, provienen igualmente de los dineros públicos que forman parte del capital de tales empresas.

En este proceso las partes han debatido ampliamente alrededor de la naturaleza de la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras "ACIL", con el objeto de precisar si el cargo de Director Ejecutivo de la misma es un empleo oficial y, por consiguiente, quien lo desempeñe tiene el carácter de empleado oficial a tenor del artículo 14 del Decreto 1001 de 1988, referido a la inhabilidad de que tratan los artículos 5o, literal e) de la Ley 78 de 1986 y 1o, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987.

Los Agentes del Ministerio Público en sus conceptos de fondo y el Tribunal de la primera instancia hacen girar sus argumentos alrededor del mismo tópico, para concluir que la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras "ACIL" a la luz de la preceptiva legal sobre la materia (Decretos 1050, 3130 y 3135 de 1.968 y 130 de 1976), no es entidad pública, denominación genérica esta que consagra el Decreto 130 de 1976, sí, en cambio, una persona jurídica de derecho privado que cumple su finalidad sin ánimo de lucro. De esa conclusión dedujeron no estar probado el ejercicio de un empleo oficial por parte del demandado, señor Herman Zuluaga Serna, en el cargo de Director Ejecutivo que desempeñó en tal Asociación.

Del examen del material probatorio aportado al proceso y de los Estatutos de la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras " ACIL ", se llega a las conclusiones siguientes:

1. Se trata de persona jurídica de aquellas a las que se refiere el artículo 633 del Código Civil.

2. Su constitución tiene base legal en el artículo 7o. del Decreto Ley 130 de 1 976, norma que prevé la asociación exclusiva de entidades públicas " ... con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, ... ", entendiendo por entidades públicas "... la Nación, las entidades territoriales, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales o Comerciales y las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen previsto para las Empresas ", según la definición contenida en el artículo 20 del mismo Decreto 130 de 1.976.

3. La Asociación tiene por finalidad u objeto, entre otros, "... contribuir a la solución de los problemas que puedan surgir entre éstas (las industrias asociadas) y las autoridades administrativas nacionales, departamentales y municipales ", " Propender por la conservación de las buenas relaciones entre las industrias licoreras asociadas y los distribuidores expendedores y público en general ... ", y " Promover campañas de carácter institucional tendientes a procurar un mayor éxito comercial de las Industrias afiliadas ... ", actividades estas que implican la cooperación en el cumplimiento de funciones administrativas propias de cada una de las empresas afiliadas, cuya razón de ser es precisamente el monopolio en la producción y venta de licores, para lo cual deben desplegar actividades administrativas consistentes,

por ejemplo, en obtener ventas mediante la colocación de los licores a través de "distribuidores expendedores", según texto de los Estatutos de la Asociación.

4. El patrimonio de la Asociación "... se forma con el valor del derecho de admisión que paga cada industria a su ingreso, con las cuotas de sostenimiento, ordinarias o extraordinarias, y con cualesquiera otros ingresos" (art. 6o. de los Estatutos), lo que se traduce en el hecho de que ese patrimonio está conformado, en parte, con dineros provenientes del capital de las industrias licoreras que no son otra cosa que Empresas Industriales y Comerciales de las correspondientes entidades territoriales, cuyo patrimonio o capital no es privado sino público.

5. El gobierno de la Asociación está a cargo de la Asamblea General, integrada por los " ... Gerentes o Representantes de las Industrias afiliadas", es decir, por los representantes legales de las Empresas (art. 25 Decreto 1050 de 1968) y por la Junta Directiva elegida por la Asamblea General. A su vez el Director Ejecutivo es nombrado por la Junta Directiva y a él corresponde entre otras funciones la de "llevar la administración general de la Asociación y coordinarlas con las actividades de las Industrias afiliadas y con las de las entidades que dependen de aquella " y "Dirigir la marcha y las actividades de la Asociación de acuerdo con las orientaciones dadas por la Junta Directiva en armonía con la presidencia de la misma". Igualmente, corresponde al Director Ejecutivo manejar los fondos de la Asociación a través de entidades financieras legalmente constituidas de acuerdo con las orientaciones dadas por la Junta Directiva y en armonía con la presidencia, con la firma del Revisor Fiscal. Estas funciones son, indudablemente, " ... actividades de dirección y confianza" que a tenor de la preceptiva del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 puedan ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

6. No obstante tratarse en este caso de una " asociación exclusiva de entidades públicas " como lo son las Empresas de Licores de los Departamentos afiliadas, (arts. 7o. y 20, Decreto Ley 130 de 1976), en los Estatutos de la Asociación se omitió dar cumplimiento a lo estatuido en el artículo 8o. del mencionado Decreto 130 de 1976, toda vez que en ellos no se precisó, para efectos de la tutela de la Asociación, "... su pertenencia a los órdenes nacional, departamental o municipal".

Conclusión de la apreciado por la Sala con base en las pruebas y los Estatutos de la Asociación, es que ésta está integrada por empresas industriales y comerciales de distintos departamentos del país y que su patrimonio está compuesto si no en su totalidad sí en gran proporción con dineros provenientes de los respectivos Departamentos o, lo que es lo mismo, con bienes públicos, circunstancias estas que unidas al objeto o finalidad que, en parte, tiene la Asociación, le dan el carácter de ente público descentralizado.

De otra parte, como lo comunica la Asesora Jurídica de la Empresa de Licores de Cundinamarca, " Entidad que preside la Asociación Colombiana de Industriales Licoreras "ACIL", los sueldos asignados al personal que presta sus servicios en dicha Asociación " ...provienen de los aportes de las licoreras afiliadas " a ella, y como

ese personal está sujeto al régimen jurídico de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, forzoso es concluir que el cargo de Director Ejecutivo lo desempeñó un trabajador oficial, y, por ende, vinculado por contrato de trabajo, atendidas las voces del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, puesto que en los Estatutos no se precisa "... qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleado público". Entender que el cargo de Director Ejecutivo de una Asociación constituida por " entidades públicas " con base en el artículo 7o. del Decreto Ley 130 de 1976, con patrimonio proveniente del Erario Público y para cumplir, en parte, funciones administrativas propias de las mismas entidades públicas asociadas, es un empleado privado, va más allá de la interpretación que debe darse a la normatividad legal que regula la organización y funcionamiento de las que el artículo 20 del tantas veces citado Decreto 130 de 1976 define como " entidades públicas", comprendidas en ellas las Empresas Industriales o Comerciales del Estado, ya sean nacionales, departamentales o municipales.

Corolario de todo lo dicho es que el señor Herman Zuluaga Serna se desempeñó como empleado oficial, (trabajador oficial) en el cargo de Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras " ACIL" dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de su elección como Alcalde, y, por consiguiente, a tenor de los artículos 5o, literal e), de la Ley 78 de 1986 y 1o, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987, en concordancia con el artículo 14 del Decreto 1001 de 1988, reglamentario de dichas leyes, estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde del Municipio de Filadelfia, Departamento de Caldas.

El Código Electoral en su artículo 1o. consagra los principios orientadores en la interpretación y aplicación de las leyes, con miras a proteger la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos en el ejercicio del derecho de sufragio para los efectos previstos en el artículo 171 de la Constitución Nacional vigente al momento de la elección del señor Herman Zuluaga Serna, es decir, para garantizar la transparencia en el proceso electoral del ejercicio del sufragio. Entre estos, el principio de la imparciabilidad según el cual " ... ningún partido o grupo político podrá derivar ventaja ... en las votaciones y escrutinio ", que indudablemente se quebranta cuando un empleado oficial interviene en política, intervención que rompe el equilibrio por el ascendiente que la vinculación al servicio público permite presumir respecto del elector, de ahí que en el caso de la elección de alcaldes el Legislador estableciera la inhabilidad de que trata el literal e) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, modificado por el parágrafo segundo del artículo 1o. de la Ley 49 de 1987. En el caso sub-examine se quebrantó el mencionado principio de imparcialidad porque al momento de su inscripción como candidato y para la fecha de su elección como alcalde, el señor Herman Zuluaga Serna era empleado oficial en la forma y por las razones atrás expuestas.

Por lo que hace a la no prosperidad de la excepción de inepta demanda, la Sala está de acuerdo con la decisión adoptada por el *A-quo*.

En consecuencia, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1o. Confírmase la sentencia apelada en cuanto declaró " impróspera la excepción de inepta demanda ".

2o. Revócase la sentencia apelada en cuanto niega " las súplicas de la demanda".

3o. Declárase nula el Acta Parcial del Escrutinio de votos para Alcalde del Municipio de Filadelfia, Caldas, período 1990 - 1992, en cuanto declaró elegido Alcalde para dicho Municipio al ciudadano Herman Zuluaga Serna.

4o. Cancélase la credencial de Alcalde que le fue expedida en su oportunidad al ciudadano Herman Zuluaga Serna.

5o. Para los efectos previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley 78 de 1986, por el Tribunal Administrativo de Caldas, envíense comunicaciones al señor Gobernador del Departamento de Caldas.

6o. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha, veintiocho (28) de Agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *José Roberto Herrera Vergara,* Conjuez; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CARGA DE LA PRUEBA/ ACTO ADMINISTRATIVO/ PRESUNCION DE LEGALIDAD

El fenómeno de la inversión de la carga de la prueba tiene fundamento en la ley y no en la doctrina. La presunción de legalidad que ampara el acto administrativo mientras no sea declarado nulo por autoridad judicial no significa que para obtener tal declaratoria no puedan aplicarse los medios de prueba conforme a las reglas de procedimiento, en este caso las contenidas en el C. de P. C. aplicables al proceso administrativo por remisión expresa del C.C.A. si así no fuera no habría manera de probar la ilegalidad de un acto administrativo.

ALCALDE-Requisitos/ **DOMICILIO/ VECINDAD**

De las pruebas que obran en el proceso de desprende que el alcalde que fue elegido no nació en el municipio de la Calera ni ha sido vecino de este municipio durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato a la Alcaldía, ni lo fue durante un período mínimo de tres años consecutivos en cualquier época.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., Once (11) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0530. Actor: Urbano Almeciga Martínez.

Procede la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de febrero del año en curso, por medio de la cual declaró " ... la nulidad de la elección como Alcalde especial de la Calera, Cundinamarca, para el período 1990 - 1992, del señor Antonio Abuchaibe Manrique", y dispuso la cancelación de la correspondiente credencial.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Dentro del término de caducidad el ciudadano Urbano Almeciga Martínez en ejercicio de la acción pública electoral demandó " ... la nulidad de la declaratoria de elección del señor Antonio Abuchaibe Manrique ... como Alcalde del Municipio de La Calera, Departamento de Cundinamarca, para el período 1990 - 1992, hecha el día 14 de marzo de 1990 por la respectiva Comisión Escrutadora Municipal y la Cancelación de la respectiva credencial ...".

Afirma el demandante que el señor Antonio Abuchaibe Manrique, elegido Alcalde del mencionado Municipio, nació " ... en la población de Valledupar, Cesar " el 29 de junio de 1944, que " ... vive en la Vereda el Verjón Bajo, jurisdicción de la Alcaldía menor de Chapinero, Bogotá, D.E., ... ", que no fue vecino de la Calera durante el año anterior al 3 de febrero de 1990, fecha de su inscripción como candidato a alcalde, y que "... nunca ha sido vecino de La Calera, Cundinamarca, durante tres años consecutivos", por lo que "... no reúne las calidades necesarias para ser Alcalde especial de la Calera ... " siendo, en consecuencia, nula su elección. Al respecto el demandante afirma:

> " ... el señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE, no es nacido en el Municipio de la Calera, Cundinamarca, no ha sido vecino del mismo por tres años consecutivos ni un año antes de su inscripción como candidato a la Alcaldía municipal de La Calera. Por el contrario, se sabe que su vecindad está ubicada en la vereda El Verjon Bajo, jurisdicción de la Alcaldía Menor de Chapinero, Distrito Especial de Bogotá, que aunque vecina al Municipio de La Calera, son jurisdicciones territoriales diferentes.".

Como fundamentos de derecho invoca:

> " Decreto 01 de 1984 y normas que lo modifican; en especial los artículos 223, numeral 5o, 227, 228; Ley 62 de 1.968 (sic); Decreto 2241 de 1.986; artículo 2o. de la Ley 49 de 1987.".

Como normas violadas señala el " ... Artículo 2o. de la Ley 49 de 1.987 en concordancia con el numeral 5o. del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo ".

A la demanda acompañó copia fotostática expedida por la Registradora Municipal con la correspondiente nota de autenticación del acta parcial del escrutinio de los votos para Alcalde con la declaratoria de elección del ciudadano Antonio Abuchaibe Manrique y otros documentos. Coadyuvó la demanda el ciudadano Efraín Valencia Castillo.

2. La contest*ación de la demanda*

Por medio de apoderado el señor Antonio Abuchaibe Manrique respondió la demanda. Aceptó los hechos relacionados con su elección como Alcalde especial de La Calera, aceptó que vive en la Vereda " Verjón Bajo ", advirtiendo que " ... está por demostrar " el que pertenezca a la jurisdicción de Bogotá, Distrito Especial, y no aceptó los hechos relacionados con la no vecindad con La Calera. Sostuvo que "... tiene su residencia y domicilio en la Vereda " Verjón Bajo ", ubicada en la zona rural del Municipio de La Calera, desde el mes de diciembre de 1986 en donde vive con su familia ... ", que "... fue vecino del Municipio de La Calera también en otra época, en forma contínua desde el mes de febrero de 1953 y hasta el mes de junio de 1958 ...", por circunstancias familiares. Termina por afirmar que conforme a derecho reúne las calidades para ser Alcalde por lo que no debe prosperar la demanda.

Finalmente, propone la excepción de caducidad de la acción y manifiesta que el demandante obró con " ... mala fe y temeridad ...".

3. La sentencia recurrida

Tras declarar que no prospera la excepción de caducidad alegada por el demandante, el *A-quo* parte de la base de que el cargo de nulidad de la elección por violación del artículo 2o. de la Ley 49 de 1987 " ... plantea tres hipótesis dispuestas alternativamente por la norma sustantiva, ...", así: ser oriundo del respectivo municipio, o haber sido vecino del mismo durante el año inmediatamente anterior a la fecha de inscripción como candidato, o haberlo sido durante un período mínimo de tres años consecutivos en cualquier época.

Como la parte actora afirma que el elegido demandado "... no se encuentra dentro de ninguna de las anteriores situaciones, ... ", el A-*quo* deduce " ... que el debate se centra en tres negaciones indefinidas, acerca de las cuales la carga probatoria corresponde al opositor tal como la jurisprudencia lo ha deducido...", y cita providencia de fecha mayo 26 de 1987, pronunciada en el expediente No. E - 032, sobre ponencia del Consejero Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.

Como el hecho de no haber nacido el demandado en el Municipio La Calera fue aceptado por el apoderado de aquél, conforme al artículo 197 del C. de P. C. es hecho probado mediante la cofesión. Partiendo el H. Tribunal de " ... la noción de vecindad ... " acogida por esta Sección Quinta en sentencias proferidas el 25 de noviembre y el 16 de diciembre de 1988 en los Expedientes E - 225 y E - 232, respectivamente, analiza la prueba para concluir que no está demostrado el avecindamiento del demandado, señor Antonio Abuchaibe Manrique, en el Municipio La Calera en ninguna de las hipótesis contempladas en el artículo 2o. de la Ley 49 de 1987, es decir, durante el año inmediatamente anterior a la fecha de inscripción de la candidatura a alcalde o durante un período mínimo de tres años consecutivos en cualquier época.

Afirma el A-q*uo* "... que se omitió demostrar con prueba idónea cuál es el lugar de habitación del Alcalde cuya declaratoria de elección se cuestiona ...".

La prueba documental es contradictoria porque mientras el Departamento Administrativo de Planeación Distrital " ... contesta que el predio indicado se encuentra fuera del perímetro del Distrito ... ", el Instituto Geográfico Agustín Codazzi remitió " ... el plano a escala del área implicada, en el cual la línea divisoria entre el sector rural perteneciente al Distrito y el que está afuera, deja dentro de aquél la Zona de las Veredas el Verjón, Vereda Verjón Bajo y Vereda El Hato, ... " y, de otra parte, el Departamento Administrativo de Acción Comunal del Distrito afirma " ... que la Vereda El Verjón Bajo sí pertenece al Distrito Especial ... ", en tanto que el Jefe de Planeación Municipal de la Calera informa a folios 153, que " ... las Veredas El Líbano y El Hato pertenecen a la jurisdicción de La Calera; mientras que El Verjón pertenece a la jurisdicción de Bogotá, ... ". De otra parte, la " ... Inspección Ocular con recepción de testimonios " no permitió ni identificar plenamente el predio " ... por los medios documentales procedentes donde conste que el inmueble que se inspecciona como cuerpo cierto tiene determinada identificación catastral y matrícula inmobiliaria, ... " con la correspondiente área y linderos.

En cuanto a la prueba testimonial, el Tribunal la encuentra imprecisa cuando no sospechosa, amén de que algunos de los testigos fueron impugnados.

No existiendo " ... un contrato de arrendamiento, un certificado de tradición y libertad, una declaratoria judicial de pertenencia, una escritura de adjudicación, o al menos un testamento demostrativo del título bajo el cual se ocupa el predio, con los linderos debidamente señalados, en donde conste que el inmueble donde reside el impugnador se ubica ciertamente en el sitio que a lo largo del proceso se afirma pertenece a la jurisdicción de La Calera ", la vecindad del demandado en dicho Municipio no está demostrada y "... el testimonio no suple la prueba solemne que sobre un hecho determinado deba aducirse ..." conforme a la preceptiva del C. de P. C. en su artículo 232.

Por lo que hace al avecindamiento del demandado durante un período mínimo de tres años consecutivos en cualquier época en el Municipio La Calera, los documentos y los testimonios obtenidos durante la diligencia de inspección judicial llevada a cabo en dependencias de la Empresa Industrias e Inversiones Samper S.A. en dicha localidad, demuestran que allí trabajó el señor Nicolás Abuchaibe Williams, padre del demandado, entre el 21 de febrero de 1953 y el 22 de junio de 1958, mas no que éste - el demandado - tuviera vecindad durante un mínimo de tres años consecutivos en aquél tiempo.

Con base en el razonamiento que ha quedado aquí resumido, el H. Tribunal de instancia decidió anular la elección del señor Antonio Abuchaibe Manrique como Alcalde especial del Municipio de La Calera y cancelar la credencial respectiva.

EL RECURSO

En su alegato de conclusión el apoderado del señor Abuchaibe Manrique, que divide en dos capítulos que denomina " LOS ERRORES DE LA SENTENCIA" y

"DEMOSTRACIONES Y CONCLUSIONES", pide " ... sea revocada la sentencia y en su lugar se denieguen las peticiones de la demanda", con argumentos que a continuación resume la Sala dando así cumplimiento a lo preceptuado en el tercer inciso del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, aquí aplicable por virtud de la remisión de que trata el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

La sentencia apelada, partiendo de la base de que el demandado afirmó que el señor Antonio Abuchaibe Manrique ni nació en el Municipio de La Calera, ni fue vecino del mismo durante el año anterior a su inscripción como candidato a ser elegido Alcalde, ni nunca ha sido vecino de tal localidad durante tres años consecutivos, y " vive en la Vereda El Verjón Bajo, jurisdicción de la Alcaldía Menor de Chapinero, Bogotá, D.E. ", entendió que la carga de la prueba correspondía al demandado porque el debate se centra en tres negaciones indefinidas, conforme a jurisprudencia contenida en sentencia pronunciada por la Sala Electoral del Consejo de Estado en el Expediente S - 032, el 26 de mayo de 1987, sobre ponencia del Consejero Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Aplicó el Tribunal "... el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba en el caso de las negaciones o afirmaciones indefinidas, con base en la doctrina, para desconocer la presunción de legalidad del acto administrativo de elección, presunción que tiene su origen en el artículo 192 de la Constitución y está consagrada también en los artículos 179, 180 y 111 del Código de Régimen Político y Municipal así como en los artículos 64 del Código Contencioso Administrativo y 12 de la Ley 153 de 1887. Consecuencia de lo anterior es que " Corresponde al actor probar la ilegalidad del acto administrativo ... así haya expresado afirmaciones o negaciones indefinidas ". La inversión de la carga probatoria, que es propia del proceso civil, "...no opera en el contencioso administrativo, porque prima el principio de legalidad, o la presunción de legalidad o la legalidad intrínseca del acto, que son normas y principios de orden y de Derecho públicos".

De otra parte, en mayor error incurrió el A-quo cuando consideró "... que la negación del actor, consistente en que el ALCALDE ABUCHAIBE no ha tenido vecindad en La Calera, es indefinida cuando se trata de una proposición negativa determinada o definida porque encierra en correspondencia una afirmación o negación determinada o determinable. Del texto de la demanda, de memoriales del demandante y de pruebas practicadas resulta que éste - el demandante - " ... niega esa vecindad en La Calera porque considera que la tiene en Bogotá", pues " ... afirmar que no la tiene en La Calera es afirmar que la tiene en otra parte, en este caso en Bogotá", lo cual no se ha demostrado, sí, en cambio, está demostrado que tuvo la vecindad en la Siberia durante algo más de tres años y en la Vereda Verjón, que corresponde a la jurisdicción municipal de La Calera. Quien afirma que allí no la tiene está obligado a demostrar donde la tiene.

Así las cosas, el Tribunal de instancia incurrió en errores en la sentencia, porque relevó al actor de la carga de la prueba, le dio "...el carácter de confesión a la manifestación del apoderado del demandado en cuanto consideró que no era controvertible el hecho de que el señor Abuchaibe Manrique no había sido vecino de La Calera durante el año anterior a su inscripción como candidato, manifestación

que no hizo el poderdante ...", olvidando el A-*quo* que el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil consagra una presunción legal cuando la confesión proviene del " apoderado judicial", lo que hace que sea desvirtuable, y desconociendo además, que las pruebas demuestran que la propiedad que el demandado posee desde hace más de un año está ubicada en jurisdicción del mencionado municipio. Pasó por alto también el A-*quo* que la confesión admite prueba en contrario según el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil; por último, omitió " ordenar oficiosamente pruebas para verificar hechos litigiosos, como subsidiariamente lo ordena el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil."

El *A-quo* confundió " ... el requisito de " vecindad " en el último año anterior a la inscripción para ser candidato hábil, con el " domicilio " y con la " residencia " ", porque desconoció que el demandado " es propietario y habitante de una finca en jurisdicción de La Calera desde hace varios años", y que durante esos años ha intervenido activamente en actividades sociales y políticas, por lo que " se le tiene como líder cívico en favor de la comunidad ..." de lo contrario, no hubiera logrado el elevado número de votos al ser elegido Alcalde, como consta en el expediente. Esas circunstancias demuestran la vecindad que exige el artículo 2o. de la Ley 49 de 1987, vecindad que no puede confundirse con el domicilio, como lo hizo el A-*quo* que habla de " residencia" y de " lugar de habitación". Lo anterior condujo a que el *A-quo* olvidara que " la vecindad se puede acreditar no solo con prueba documental". Y con los testimonios de Ana Susana Vargas, José del Carmen Suárez, Adán Clavijo, " y otros" se probó que el demandado Antonio Abuchaibe vive desde un año antes de su inscripción como Alcalde en jurisdicción del Municipio de La Calera.

En la sentencia apelada se le dio credibilidad a algunas de las declaraciones en cuanto a la ubicación del " inmueble" donde se dice habita el señor Abuchaibe sin darle aplicación al artículo 180 del Código de Procedimiento Civil para aclararlas en cuanto a ese aspecto, y anula la elección porque aquél no ha " residido" en el tantas veces citado Municipio, porque está domiciliado en Bogotá. Parte de la base de que el demandado debió probar " la residencia" cuando, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil tal cosa corresponde al actor.

Y equivocada nuevamente la noción de " domicilio " con la de " vecindad", afirma el *A-quo* que el demandado está domiciliado en Bogotá por ser socio y gerente de la Empresa " Industria de Equipos y Conectores Eléctricos I.E.C.E.L. Ltda", como si el hecho de ser socio y gerente de una sociedad " ... no acredita vecindad si en otro lugar tiene su residencia ...". Y, aunque el *A-quo* acepta que esa calidad de socio y gerente de empresa con domicilio en Bogotá no indica que " no pudo tener vínculos de vecindad con La Calera", correspondía al opositor demostrar esos vínculos.

El *A-quo* al suponer que correspondía para demostrar la vecindad probar " la existencia de otra sociedad con domicilio en La Calera ... " o tener abierta tienda, botica o colegio, pasó por alto el hecho de que a tenor del artículo 83 del Código Civil " ... una persona puede tener varios domicilios civiles o vecindades ... y que

los vínculos comerciales no son los únicos factores que demuestran la vecindad", porque a tenor de los artículos 78, 79 y 83 del Código Civil no puede deducirse que " ... la ley dice que no se presume, pero la sentencia tomó el hecho de tener negocios en Bogotá como presunción de domiçilio civil", por lo que " ... de esa manera se violó dicho artículo". Del Acta de la Diligencia de Inspección Judicial se desprende claramente que en el inmueble " ... reside el señor Antonio Abuchaibe Manrique", inmueble, agrega el recurrente, " ... que está ubicado en la Vereda el Verjón del Municipio de La Calera " en el que tiene su " hogar doméstico ". Este hecho está también acreditado con la declaración de Beatriz Ayala de Copete, en la que se afirma que el señor Abuchaibe reside allí desde hace más de siete años " ... y que ha sido un líder cívico ... ".

Por lo que hace a la vecindad del demandado durante tres años en cualquier época en el Municipio de La Calera, aunque se demostró que residió allí, en la Fábrica de Cementos Samper cuando su padre, el señor Nicolás Abuchaibe Williams trabajó allí entre el 21 de febrero de 1953 y el 22 de junio de 1958, hecho este que se desprende de la documentación que se conserva en los archivos de dicha Empresa y de los testimonios de Salustiano Garzón y Germán Silva Gómez, el A-*quo* demerita esa prueba al confrontarla con otros testimonios no obstante coincidir con la prueba documental y porque, además, desconociendo el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil acoge la tacha de sospecha "que hizo extemporaneamente el actor ", después de recibida la declaración. De igual manera resultó sospechoso para el A-*quo* el testimonio de Ana Susana Vargas Cifuentes"porque trabajó como profesora en la Escuela de Cementos Samper desde 1958 y porque *participó* en la campaña electoral " del señor Abuchaibe Manrique. Olvidó el Tribunal que el testimonio debe ser analizado a pesar de la tacha del testigo, a fin de *sopesar* la credibilidad, sin embargo, los desechó sin analizar " el contexto de la declaración".

Respecto de la prueba documental, que incide especialmente para la demostración de que la casa de habitación del señor Abuchaibe Manrique se encuentra ubicada en jurisdicción bien del Municipio de La Calera, bien del Distrito Especial de Bogotá, el *A-quo,* afirma el recurrente, " ... concluyó que tales pruebas carecen de valor puesto que se omitió demostrar con prueba idónea cuál es "el lugar de habitación del Alcalde".". Igualmente anota que los testimonios son contradictorios sobre si el inmueble corresponde a uno de los municipios atrás mencionados.

Lo cierto es que tanto la certificación del Jefe de la Oficina de Planeación Municipal de la Calera como la expedida por la Acción Comunal del Distrito Especial de Bogotá, no son suficientes para demostrar que la casa de habitación del señor Abuchaibe Manrique no está ubicada en jurisdicción de la Calera. La primera certificación porque " ... no da las razones de su afirmación", la segunda porque la Junta de Acción Comunal no tiene " competencia para señalar límites entre los Municipios". Y los planos provenientes del Instituto Agustín Codazzi"... sin explicación suficiente..." no son prueba idónea, sin embargo, el Tribunal los interpretó a su manera haciendo para ello " ... las voces de perito ...", cuando

ciertamente se requería el auxilio de peritos. En cambio, " ... no se le dio validez..." a la certificación de la Oficina de Planeación Distrital que sí "... tiene competencia para certificar sobre los aludidos linderos". De otra parte, observa el apoderado del demandado, que no se aportaron al proceso " ... el texto de la Ordenanza que creó el Municipio de La Calera con sus linderos, ni las inspecciones judiciales que se practicaron sin intervención de peritos, a pesar de haberlo solicitado". La certificación de marras " ... es documento público que merece toda credibilidad" y en ella aparece claro " ... que la Vereda Verjón Bajo no corresponde al Distrito, o sea que es jurisdicción de La Calera".

Concluye su alegato el señor apoderado del recurrente afirmando que su poderdante sí vivió " en la Vereda de La Siberia " del Municipio de La Calera cuando tenía nueve años de edad y su padre trabajó allí durante más de cuatro años al servicio de la Fábrica de Cementos Samper, hecho que consta documentalmente con certificaciones expedidas por dicha Empresa y con las declaraciones de Ana Susana Vargas, Adán Clavijo, Germán Silva, Gustavo Cifuentes, Salustiano Garzón, José del Carmen Suárez, Ignacio de J. Maya y Jorge E. Escobar. De la prueba documental resulta que el padre del demandado suscribió contrato de arrendamiento por aquella época con la Empresa y tuvo, además, amparada con póliza de seguro a su familia por cuenta de dicha Empresa, familia que residía en el inmueble objeto del contrato de arrendamiento. No demerita lo así probado el contrato de trabajo suscrito el 1o. de septiembre de 1954 por el Ingeniero Abuchaibe Williams, en el que dio " ... como su dirección residencial una de Bogotá", porque como era apenas lógico al momento de suscribir ese contrato laboral aún no se había instalado en predios de la Empresa en la Siberia, lo que sí ocurrió posteriormente. Está también demostrado, dice el recurrente, que el señor Abuchaibe Manrique "...vive con su familia desde 1986 en una finca situada en la Vereda Verjón Bajo, que es de la jurisdicción de La Calera", hecho este que no se contradice en nada con la circunstancia de tener dicho ciudadano "... domicilio comercial..." para efectos de la empresa industrial constituida mediante la Escritura No. 3.158 de la Notaría 25 del Círculo Notarial de Bogotá el 27 de julio de 1988. Como se desprende de la legislación sobre la materia una persona puede tener varios domicilios.

Mal pudo el A-quo valorar como lo hizo las inspecciones judiciales porque éstas no se realizaron con el auxilio de peritos " ... para precisar los linderos entre La Calera y el Distrito Especial de Bogotá" y así determinar la ubicación de la vivienda del demandado en una de las dos jurisdicciones territoriales. Además, como ya no anotó anteriormente, se dio valor probatorio que no tiene a certificaciones expedidas por la Oficina de Planeación Municipal de La Calera y la Junta de Acción Comunal, en cambio, no le dio el valor que sí tiene a la certificación dada por la Oficina de Planeación Distrital.

Al analizar la prueba testimonial desconoció que ésta acredita " ... los múltiples nexos que en los últimos años ha tenido con La Calera el señor Abuchaibe Manrique, consistentes en las gestiones que ha realizado para obtener instalaciones de teléfonos, construcción de carreteras, amparo a la niñez y otras obras cívicas, gracias a las cuales, precisamente, fue elegido alcalde, *con votos de todos los*

sectores políticos de esa localidad. Precisamente la Ley 49 de 1987 impide la elección de "paracaidistas políticos", precisamente esta colaboración cívica y política anterior a la elección de alcalde " fue tenida en cuenta por la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 16 de diciembre, en el Expediente E - 232, la cual transcribe el recurrente, " nadie que fuera un extraño desconocido podría obtener el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos, incluyendo entre ellos a muchos del partido tradicional distinto al suyo".

Concluye pidiendo la revocatoria de la sentencia apelada " ... porque desconoció pruebas, no ordenó otras para aclarar puntos dudosos, invirtió la carga de la prueba, ignoró hechos demostrados, y decidió sobre posibilidades, cuando debía hacerlo sobre certeza. En subsidio pide se decreten oficiosamente pruebas consistentes en librar " nuevo oficio al Instituto Geográfico Agustín Codazzi insistiendo en una respuesta a oficio que le fue remitido el 30 de julio de 1.990, pidiendo copia del acta y planos de linderos y amojonamientos del Municipio de La Calera"; y una nueva inspección judicial " en asocio de peritos ", para identificar la ubicación de la casa de habitación del demandado dentro de la Vereda Verjón Bajo y el citado Municipio de La Calera, toda vez que la inspección anterior se llevó a cabo con desconocimiento de los artículos 180 y 233 del C. de P. C., diligencia durante la cual " pudo obtenerse la exhibición de las Escrituras Públicas Nos. 1291 de 31 de marzo de 1989 y 001 de 2 de enero de 1.990, ambas de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá" para acreditar, recibiéndole también testimonio al señor Carlos Ospina Reyes, que la mencionada Vereda " El Verjón" pertenece al territorio del Municipio de La Calera. Pide, también, se solicite copia auténtica " ... de la Ordenanza que creó el Municipio de La Calera, con sus linderos y de aquellas Ordenanzas que los hayan modificado.".

Afirma el recurrente que procede el decreto de pruebas dando aplicación al artículo 169 del C.C.A., según " ... el tratadista Miguel González Rodríguez", en su obra Código Contencioso Administrativo, parte segunda, 1990, Librería Wilches, página 1194. Además, la práctica de pruebas es posible conforme al artículo 242 del C.C.A.

A su turno, el actor al descorrer el traslado para alegar de conclusión, pide " ...se confirme la providencia apelada en todas y cada una de sus partes". Insiste en que el demandado Antonio Abuchaibe no es oriundo del Municipio de La Calera, no residió en él durante el último año anterior a la declaratoria de su elección como Alcalde ni en cualquier época durante tres años. De acuerdo con la prueba documental y teniendo en cuenta la inversión de la carga de la prueba, el demandado no demostró " que su casa de habitación queda situada" en la Vereda Verjón Bajo, como lo afirmó al contestar la demanda. Las certificaciones expedidas por la Oficina de Planeación de dicho Municipio demuestran que la mencionada Vereda no pertenece al Municipio de La Calera y la contradicción que surge entre " las constancias expedidas por el Departamento de Acción Comunal ... sobre si el Verjón Bajo pertenece o no al Distrito Especial no es importante, por cuanto no se trata de determinar si la Vereda El Verjón Bajo pertenece al Distrito sino si ella pertenece o no al Municipio de La Calera. Lo cual queda ampliamente demostrado

con las constancias de la Oficina de Planeación Municipal de La Calera". De ahí que el demandado se opuso a exhibir la escritura de propiedad de su casa de habitación, oposición que resulta " ... sospechosa en su contra ... " ya que de haberla exhibido habría desaparecido cualquier duda al respecto. Esa oposición tiene fundamento en el hecho de que el inmueble en cuestión está ubicado en la comprensión municipal de Bogotá. Y agrega el demandante: " Si un inmueble cancela sus impuestos en una ciudad es porque está ubicado en esa ciudad y no en otra".

Respecto " a la vecindad política, aceptada como una forma de domicilio, ella también debe cumplir con el requisito de tener más de un año, no basta hacer una campaña para un cargo de elección popular para que dicho requisito se cumpla. Siendo como se trata de afirmaciones negativas, correspondía al demandado probar que dicha clase de vecindad tenía un año o más de antigüedad, sin embargo nada en el proceso lo prueba ", ni el hecho de que la hija del demandado hiciera política en el Municipio de La Calera, hasta lograr ser elegida Concejal, no demuestra la vecindad política del señor Abuchaibe Manrique en el Municipio de La Calera, por lo que se trata de " un evidente caso de paracaidismo".

La afirmación negativa de no haber residido durante tres años consecutivos en ninguna época en el Municipio de La Calera, no fue desvirtuada por el demandado, así en la contestación de la demanda sostuviera lo contrario. Los documentos provenientes de la Empresa Cementos Samper no prueban que el señor Abuchaibe Manrique residiera durante tres años mientras su padre trabajó en ella como Ingeniero, sí, en cambio, del contrato de trabajo resulta que su familia " vivía en Bogotá en la Calle 44 No. 8 - 50", documento firmado el 21 de abril de 1954 y del cual se deduce que el empleado Abuchaibe Williams " ... fue contratado desde el 21 de febrero de 1953". Otro tanto surge del documento que obra al folio 205 del expediente " ... relacionado con el pago del seguro" del cual resulta claro "... que la familia del demandado y beneficiaria del seguro vivía en la Calle 44 No. 8 - 50 de Bogotá.".

La documentación allegada al proceso " ... a instancia del demandado mismo...", manifiesta el demandante, no logró desvirtuar las afirmaciones negativas hechas en la demanda. Y los testimonios tampoco demuestran lo contrario. Las contradicciones en las que incurrieron los declarantes fueron puestas de presente por el A-quo en la sentencia y en "mi alegato de conclusión que obra al expediente". " No es el número de los testigos el que prueba un hecho, como pretende obtener el apoderado del actor sino la calidad del testimonio, y la verdad es que todos los testimonios son sospechosos o se contradicen entre sí" y con el resto de las pruebas traídas por el demandado. En todo caso los testimonios " ... no son suficientes para probar la residencia durante tres años del demandado durante 1953 y 1958 como lo alega la parte demandada".

Los documentos, afirma el demandante, que la parte demandada "... continúa aportando ... sin autenticar y sin estar autorizados por auto, para tratar de desvirtuar los cargos de la demanda y para darle peso a su apelación, porque seguramente se

da cuenta que ella es evidentemente dilatoria ", carecen de valor probatorio y confirman lo que aparece en las declaraciones de la parte actora en el sentido de que " ... el padre del demandado residió en la Casa de Ingenieros y no en la casa adjudicada sólo a él".

EL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Octava de esa Corporación, en su concepto de fondo luego de referirse a los antecedentes procesales opina que, ciertamente, no se configura la excepción de caducidad de la acción, propuesta por el opositor porque excluyendo los días inhábiles la demanda fue presentada en tiempo.

Sobre el fondo del asunto manifiesta que los cargos propuestos en la demanda constituyen una negación indefinida que releva al actor de la carga de la prueba, "desplazándola al demandado".

Conforme al contenido de los artículos 78, 79 y 80 del Código Civil para los efectos del artículo 2o. de la Ley 49 de 1987, " ... los hechos de que se origina la presunción de que una persona tiene ánimo de establecerse en un lugar pueden ser varios ... ". En la contestación de la demanda el demandado aceptó no ser oriundo del Municipio de La Calera, y afirmó tener " su domicilio y residencia en la Vereda Verjón Bajo, en la zona rural del Municipio de La Calera desde el mes de diciembre de 1986" y desde entonces participar "activamente" en obras comunitarias en el citado Municipio. Sin embargo, tal cosa no está acreditada en el proceso porque la constancia expedida por la Oficina de Planeación de La Calera, que a juicio de la Fiscalía indica que la Vereda " Verjón parte baja " no pertenece a la división territorial de La Calera. A esto se agrega el hecho de que el apoderado del opositor admite que " los impuestos del inmueble se cancelen en el Distrito Especial de Bogotá " y que " la Escritura de Constitución de la Sociedad Industria de Equipos y Conectores Eléctricos Limitada IECEL Ltda " a la cual pertenece el demandado señor Abuchaibe Manrique como socio, está " domiciliada en Bogotá", lo cual está también corroborado con la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Los " testimonios rendidos en el proceso sobre el domicilio del opositor en el Municipio de La Calera, en el lapso comprendido entre el año de 1953 a 1958 posiblemente por el interés de favorecer a cada una de las partes", hizo que la Fiscalía tuviera en cuenta unicamente "la prueba documental obrante a los folios 184 a 246 ... " para deducir que el padre del demandado tan solo estuvo vinculado como Ingeniero en la Fábrica Cementos Samper, cita en el Municipio de La Calera entre el 21 de febrero de 1953 y octubre de 1957, porque " ... a partir de noviembre de ese año se ordenó el pago de sueldos en Bogotá ". Y en el documento que obra al folio 213 vuelto del expediente " donde se consignó la novedad de promociones y ascensos con fecha 1o. de febrero de 1956 con respecto al Ingeniero Abuchaibe Williams, seguía como domicilio de su familia la ciudad de Bogotá". Y "entre esta fecha y octubre de 1957" cuando el Ingeniero fue trasladado a Bogotá tan sólo transcurrió el lapso de un año y ocho meses "... de donde se deduce que el señor

Abuchaibe Manrique no estuvo avecindado en La Calera durante tres (3) años como lo afirma".

Consecuente con el análisis anterior la Representante del Ministerio Público pide que el Consejo de Estado mantenga la sentencia apelada.

Como el factor de competencia se da plenamente a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986 y del examen del expediente no se aprecia motivo de nulidad que invalide la actuación, la Sección Quinta del Consejo de Estado procede a dictar sentencia de segunda instancia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

De los antecedentes que han quedado consignados en esta providencia resulta claro que el demandante, en ejercicio de la acción pública electoral, pretende la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual la Comisión Escrutadora Municipal de La Calera declaró elegido Alcalde para el período 1990 a 1992 al ciudadano Antonio Abuchaibe Manrique, quien obtuvo 2794 votos de un total de 5476 votos depositados durante la jornada electoral que tuvo lugar el 11 de marzo de 1990.

Con tal objeto el demandante afirma que el mencionado ciudadano no reúne para ser Alcalde las calidades indicadas en el artículo 2o. de la Ley 49 de 1987 porque no nació en el Municipio de La Calera, ni fue vecino del mismo durante el año inmediatamente anterior a la fecha de su inscripción como candidato, ni lo fue durante un período mínimo de tres años en cualquier época.

En la sentencia objeto del recurso el *a-quo* partió de la base de que correspondía al demandado aportar la prueba necesaria para demostrar esas calidades, porque la demanda propone "... tres negaciones indefinidas...". Al respecto expresó: "Como la parte actora afirma que el Alcalde cuya elección se demanda, no se encuentra dentro de ninguna de las anteriores situaciones, (las indicadas en el artículo 2o. de la Ley 49 de 1987) quiere decir que el debate se centra en tres negaciones indefinidas, acerca de las cuales la carga probatoria corresponde al opositor tal como la jurisprudencia lo ha deducido". Para ello se apoya en la jurisprudencia contenida en providencia proferida por la antigua Sala Electoral del Consejo de Estado el 26 de mayo de 1987, en el Expediente No. E - 032, sobre ponencia elaborada por el Consejero Doctor Simón Rodríguez Rodríguez, que transcribe.

Como el apoderado del demandado en su alegato de conclusión afirma que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en error al considerar que "...el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba en el caso de las negaciones o afirmaciones indefinidas, ..." se daba respecto de los cargos contenidos en la demanda que dio origen a este proceso, porque esa tesis de la inversión de la carga de la prueba "es de doctrina" y, por consiguiente, no puede aplicarse para desvirtuar " ... la presunción de legalidad, que es propia del Derecho público, es precepto constitucional y legal o regla general de Derecho" conforme a los artículos 192 de

la Constitución vigente al momento de la presentación de la demanda y 111, 179 y 180 de la Ley 4a. de 1913, 64 del Código Contencioso Administrativo y 12 de la Ley 153 de 1887, la Sala se ocupará inicialmente de ese tema.

Ciertamente, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la carga de la prueba y se aplica a los procesos que tramita la Jurisdicción Contencioso Administrativa por así disponerlo expresamente el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo,

> " incumbe a las *partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".*

Con vista en el contenido del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que acaba de transcribirse, puede afirmarse que al principio general de que corresponde a las partes probar los hechos por ellas alegados se han consagrado dos excepciones en cuanto a los hechos notorios y a las afirmaciones o negaciones indefinidas que " no requieren prueba ". La regulación contenida en esta norma desvirtúa lo afirmado por el señor apoderado del recurrente en el sentido de que " ... el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba en el caso de las afirmaciones o negaciones indefinidas es de doctrina, ...". Lo cierto es que la regulación tiene origen legal porque está contenida en un Decreto - el 2282 de 7 de octubre de 1989 - expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso de Colombia en la Ley 30 de 1987, decreto que, por consiguiente, tiene rango de ley.

Tampoco tiene razón el señor apoderado del recurrente cuando afirma que la presunción de legalidad que ampara " ... el acto administrativo de elección ... " está consagrado en la Constitución Nacional porque, como él mismo lo manifiesta, el artículo 192 de la Constitución - hoy derogada - se refiere unicamente a las ordenanzas y a los acuerdos, y está bien que así sea porque no se entendería como la " legislación proveniente de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales " no obligara de la misma manera que la ley debe ser obligatoria a nivel nacional mientras no sea declarada inexequible, derogada, etc., etc.

Y los artículos 111, 179 y 180 de la Ley 4a. de 1913 se refieren también a la obligatoriedad de las ordenanzas y de los acuerdos " mientras no sean anulados por la autoridad judicial". En cambio, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, que cita el recurrente, se refiere a la obligatoriedad de " Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en el ejercicio de la potestad reglamentaria ... mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable". Y el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo se refiere tan solo a la suficiencia de los actos "...que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo ... para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento...".

Pero pretender que del contenido del canon constitucional y de las disposiciones legales se deriva la imposibilidad de darle aplicación al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en los procesos a cargo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es ir más allá de la preceptiva contenida en esas normas, porque la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo mientras no sea declarado nulo por autoridad judicial no significa que para obtener tal declaratoria no puedan aplicarse los medios de prueba conforme a las reglas de procedimiento, en este caso las contenidas en la Sección Tercera, del Título XIII, Capítulo I del Código de Procedimiento Civil, aplicables precisamente al proceso electoral por remisión expresa que en su artículo 186 hace el Código Contencioso Administrativo. Si así no fuera no habría manera de probar la ilegalidad de un acto administrativo. La presunción de legalidad no depende de quien aporte la prueba sino del contenido de la misma, porque será con base en ella que el juez administrativo decidirá sobre la validez del acto. Es cierto que la presunción de legalidad, como lo afirma el apoderado del demandado, es noción propia del derecho público, pero no es menos cierto que las disposiciones en materia probatoria aplicables al proceso contencioso administrativo son las contenidas en el Código de Procedimiento Civil, y hasta tanto no se consagre normatividad expresa sobre la materia en el Código Contencioso Administrativo, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil debe aplicarse en el trámite de tales procesos, que es lo que hizo el A-quo en este proceso del que hoy conoce la Sala por virtud del recurso de apelación propuesto contra la sentencia de primera instancia.

Estando claro que "... el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba ..." tiene fundamento en la ley y no en la doctrina, y que su aplicación no entraña el desconocimiento de la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, procede estudiar si en el *sub-lite* se da o no el caso de la negación indefinida. Sobre este tópico expresó el Consejo de Estado - Sala Electoral - Expediente E-032, en sentencia de mayo 26 de 1987, lo siguiente:

> " Para la Sala la afirmación de que el demandado no reúne la exigencia de la práctica de su profesión de médico por el lapso de 5 años mínimo, constituye una negación indefinida y por lo tanto el fardo de la prueba corre a cargo del demandado.
>
> Como lo tiene definido la jurisprudencia y convenido la doctrina, no es la circunstancia afirmativa o negativa de las proposiciones lo que determina que como excepción a los principios generales se invierta la carga de la prueba, sino el carácter de indefinido de los hechos, entendiéndose por ellos los que han podido ocurrir en numerosos lugares o en un largo espacio de tiempo o en ambas cosas simultaneamente, lo que de suyo no permite o dificulta grandemente el suministro de la prueba. Ello descarta la presencia de cualquier circunstancia que a su vez entraña una afirmación opuesta, indirecta o implicitamente".

Con anterioridad la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de octubre 26 de 1977, Expediente 317, sobre ponencia del Consejero Doctor Bernardo Ortiz Amaya, había sostenido:

" ... en defecto de las partes, no obstante que, según el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el artículo 282 del C.C.A. les incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen el juez puede y debe decretar oficiosamente la práctica de pruebas si " las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes " (artículos 179 del Código de Procedimiento Civil y 282 del C.C.A.): si el procedimiento civil permite decretar pruebas oficiosamente, a *fortiori* ello es posible en los juicios, como los electorales, adelantados mediante acción de nulidad, en los cuales su finalidad consiste en hacer prevalecer el orden público. En esta forma se pueden comprobar hechos que si para el actor son afirmaciones o negaciones indefinidas, de todos modos son verificables por activa o por pasiva, teniendo en cuenta que, según el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, sirven como pruebas, además de las que se pueden considerar como corrientes " cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez ". En este orden de ideas, si se pide la nulidad de un acto de elección de un senador, principal o suplente con fundamento en que no reúne los requisitos prescritos por el artículo 94 de la Constitución, en relación para los hechos que para el actor constituyen negativas indefinidas, bien puede el juez solicitar al elegido, háyase o no constituido como parte en el juicio, en un plazo prudencial allegue las pruebas que demuestren lo contrario, del mismo modo que frecuentemente solicita a la administración numerosas probanzas con el fin de establecer la verdad procesal. Si la persona a quien se solicita las pruebas, no obstante ser la única que está en posibilidad de suministrarlas, no las aduce, el juez debe evaluar el alcance probatorio de su omisión y, en consecuencia, decidir lo que fuere pertinente".

Los hechos de la demanda que interesan al tema, es decir, los que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca entendió circunscribían el debate a tres negaciones indefinidas, acerca de las cuales la carga probatoria corresponde al opositor, son del siguiente tenor:

" 4o. El señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE nació el día 29 de junio de 1944 en la población de Valledupar, Cesar.

5o. El señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE vive en la vereda El Verjón Bajo, jurisdicción de la Alcaldía Menor de Chapinero., Bogotá, D.E.

6o. El señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE no fue vecino de La Calera, Cundinamarca, durante el año anterior a su inscripción como candidato, el 3 de Febrero de 1990.

7o. El señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE nunca ha sido vecino de La Calera, Cundinamarca, durante tres años consecutivos.

8o. El señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE no reúne las calidades necesarias para ser Alcalde Especial de La Calera, Cundinamarca.".

Respecto del primero de ellos el opositor al contestar la demanda manifestó: "Al hecho 4o., es cierto". Y posteriormente acompañó partida eclesiástica de bautismo en la cual consta que fue bautizado en Bogotá en la Parroquia de las Nieves, el 24 de mayo de 1947.

Al hecho 5o. en la contestación de la demanda se dijo: " ... es cierto en cuanto a que el actor vive en la Vereda " Verjón Bajo"; que pertenezca a la jurisdicción de Bogotá, D.E. está por demostrar".

Nótese que al contestar este hecho se hace referencia a que es " el actor" quien vive en la Vereda Verjón Bajo, no el demandado.

A los hechos 6o., 7o. y 8o. el demandado manifestó no ser ciertos.

La Sala encuentra que los cargos 6o. y 7o., en el sentido de que el demandado "no" fue vecino de La Calera durante el año anterior a su inscripción como candidato el 3 de febrero de 1990 ni "nunca" ha sido vecino de dicha localidad durante tres años consecutivos constituyen, a juicio de la Sala, negaciones indefinidas de acuerdo con la citada jurisprudencia del Consejo de Estado, dado que en tales cargos se hace referencia a hechos indefinidos porque pudieron ocurrir en distintos lugares y en largos espacios de tiempo, lo que en la práctica se traduce en la dificultad que se le presenta al demandante para aportar la prueba, dificultad que no tendrá el demandado para demostrar lo contrario si los hechos no son ciertos, ya que se trata de situaciones personales bien conocidas por él, como en este caso, su avecindamiento en cierta época y en determinado lugar. Y esto generalmente ocurre cuando la demanda parte de la base de que el elegido no reúne calidades, proque éstas casi siempre se refieren a situaciones personales desconocidas para el actor o que requerirían indagaciones a nivel regional, como por ejemplo la obtención de certificaciones o constancias sobre la existencia o no de registro civil de nacimiento, etc... En cambio, no se presenta el fenómeno de las negaciones indefinidas cuando, por ejemplo, quien demanda afirma que el demandado fue condenado a pena privativa de la libertad o no nació en determinado lugar, etc, porque la afirmación implica el conocimiento cierto del hecho y consecuentemente la aportación de la prueba.

Lo afirmado lleva a la Sala a concluir que en el caso de los cargos 6o. y 7o. de la demanda, no correspondía conforme al contenido del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil probar al actor, por lo que la carga de la prueba se desplazó necesariamente a la parte demandada que, dicho sea de paso, así lo entendió como se desprende de las pruebas que pidió al contestar la demanda y a las cuales se referiría la Sala más adelante.

Corolario de lo anterior es que el A-quo no se equivocó cuando entendió el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba por contener la demanda cargos que constituyen negaciones indefinidas, así se hubiera apoyado en la jurisprudencia.

Para el análisis de la prueba la Sala tendrá en cuenta el orden de los cargos formulados por el demandante en los puntos 4o., 5o., 6o., 7o. y 8o. del libelo demandatorio (fls. 6 a 10).

Respecto del primero de dichos cargos se observa que el demandante acompañó a la demanda (fl. 4) la certificación expedida el 5 de abril de 1990 por la Registradora Municipal del Estado Civil de La Calera, en el sentido de que en los libros referidos "...a los registros civiles de nacimiento que reposan en este Despacho..." correspondientes a los años 1937 a 1950, " ... no se encontró el acta de registro a nombre del Doctor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE ". Y al folio 249 aparece la partida canónica de bautizo expedida por el Párroco de Nuestra Señora de las Nieves de Bogotá, en la que consta que el señor Antonio Abuchaibe Manrique fue bautizado allí el 24 de mayo de 1947. Es decir, que está debidamente probado que el demandado, Alcalde Antonio Abuchaibe Manrique, no nació en el Municipio de La Calera y fue bautizado en la Ciudad de Bogotá el día 24 de mayo de 1947. Consecuencia de lo probado es que el precitado ciudadano no reúne la calidad de " haber nacido en el Municipio para el cual fue declarado elegido Alcalde mediante el acto cuya nulidad se pretende en este proceso.

En cuanto al cargo del punto 5o., según el cual "el señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE vive en la Vereda El Verjón Bajo, jurisdicción de la Alcaldía Menor de Chapinero, Bogotá, D.E.,", en materia probatoria se tiene:

Al folio 5 obra, aportada por el demandante, constancia suscrita por el Jefe de Planeación Municipal del Municipio de La Calera, según la cual " ... la Vereda el VERJON PARTE BAJA, no pertenece a la división territorial del Municipio de La Calera ".

El demandado al contestar la demanda manifestó respecto de este cargo que tiene "... su residencia y domicilio en la Vereda " Verjón bajo ", ubicada en la zona rural del Municipio de La Calera".

Y en el mismo documento pidió pruebas " Con el ánimo de desvirtuar las afirmaciones hechas por el demandante en los hechos 6, 7, 8, y el punto 9 del libelo de la demanda". Y al efecto pidió la práctica de una " inspección ocular a la residencia del demandado para constatar que ésta está situada en la Vereda Verjón Bajo, entre la Vereda El Hato y Verjón Alto, situadas en el Municipio de La Calera". Tal parece que el demandante entendió que al demostrar tener " su residencia y domicilio en la Vereda Verjón Bajo, ubicada en zona rural del Municipio de La Calera, desde el mes de diciembre de 1986 en donde vive con su familia ..." desvirtuaba el cargo contenido en el punto 6o. en el sentido de que no fue vecino de La Calera durante el año inmediatamente anterior a su inscripción como candidato el 3 de febrero de 1990. Por ello la Sala hace a continuación el estudio de la diligencia de inspección judicial decretada en el punto 4o. del auto fechado el 8 de junio de 1990, con la advertencia de que quien la solicitó, como bien puede observarse a los folios 32 y 40, en ningún momento pidió la intervención de peritos, contrariamente a lo afirmado por el distinguido apoderado del recurrente a los

folios 407 y 408, así: " ..., ni las inspecciones judiciales se practicaron con la intervención de peritos a pesar de haberlo solicitado". En ninguno de los memoriales presentados tanto por el demandante, como por el coadyuvante y por el representante legal del demandado, se pidió que la "Inspección Ocular" (fl. 32), caso del demandado, y la " Inspección Judicial " (fl. 40), caso del coadyuvante, cuya práctica, se repite, fue ordenada en el punto 4o. del auto del 8 de junio de 1990, se llevara a cabo con intervención de peritos, y haciendo parte el proceso contencioso administrativo de la denominada justicia rogada, cuyo fallo debe concretarse exclusivamente a resolver sobre lo pedido en la demanda, mal podría modificarse, de oficio, el querer de las partes intervinientes, y así lo entendió el juez de la primera instancia.

De acuerdo con el acta de la diligencia de inspección judicial que realizó el Tribunal Administrativo - Sala Unitaria -, el 15 de agosto próximo pasado, fecha previamente señalada mediante el correspondiente auto (fls. 105 a 122) y en lugar también previamente indicado, con intervención personal del demandante, del coadyuvante y del apoderado del demandado, se tiene que el inmueble "... donde reside el señor Antonio Abuchaibe Manrique", linda por el norte " con MARIELA DE RODRIGUEZ", por el sur " con la carretera de penetración del Hato", al oriente con " el dr. Jaime Rey, un carreteable " y por el occidente " con la misma carretera de penetración antes señalada en toda la extensión del predio". Igualmente quedó establecida la naturaleza de la construcción, a la cual se llega por la carretera que de Bogotá conduce a La Calera con desviación de la misma a mano derecha a aproximadamente " 700 u ochocientos metros ", desviación a la derecha por un carreteable durante "... tres a tres y medio kilómetros".

Intervino el apoderado del demandado para afirmar que el inmueble está ubicado en " una zona de la influencia total y en absoluto con claridad meridiana para el Municipio de La Calera". Que el señor Antonio Abuchaibe Manrique ha venido colaborando de tiempo atrás con los moradores de la región quienes " ... no se dirigen a los mandatarios de Bogotá, en especial al Alcalde Menor de Chapinero, sino a él como colaborador cívico y en la actualidad en su condición de Alcalde de La Calera".

Que los campesinos de la región " ... por estar más cerca, por decirlo así, adjunto a la Vereda El Hato, bautizan sus hijos, realizan sus matrimonios, abren sus cuentas corrientes y de ahorro en la Caja Agraria de La Calera y no a la de Chapinero", por razón de la distancia y porque "todo el medio vivendus (sic) está en esta zona".

Pidió el señor apoderado del demandado fueran oídos en declaración Beatriz Ayala de Copete y Gustavo Cifuentes Tovar, presentes al momento de la diligencia, con el objeto de que manifiesten bajo juramento si corroboran lo afirmado por él - el apoderado del demandado - y si " ... es cierto o no que el Muncipio de La Calera fue creado con pocas veredas y hoy en día se han incluido otras veredas, que es factible no aparezcan en el Agustín Codazzi". A la recepción de las declaraciones se opuso el coadyuvante porque los testimonios "... no tienen relación directa con el objeto de la inspección judicial que nos ocupa, la cual es determinar que la

residencia del demandado está situada en la Vereda Verjón Bajo, entre la Vereda El Hato y Verjón Alto, situadas en el Municipio de La Calera según lo afirma el memorial de contestación de la demanda", mientras que las preguntas "... hacen relación a las circunstancias de buena vecindad y a las condiciones personales del demandado". Ordenadas las declaraciones, fueron oídos Beatriz Ayala de Copete y Gustavo Cifuentes Tovar, de cuyas versiones no es posible deducir con certeza si la Vereda Verjón Bajo pertenece a la jurisdicción del Municipio de La Calera o a la de Santafé de Bogotá D.C., pues hacen referencia a la existencia de caminos de penetración y a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Hato - Monserrate. En todo caso estos declarantes no tienen certeza sobre la jurisdicción municipal a la cual pertenece el terreno donde se levanta la edificación en la cual vive con su familia el demandado.

También fue oído en declaración, por solicitud del coadyuvante, el ciudadano Victorio Venegas Beltrán, diligencia esta tendiente a verificar " ... si el Ingeniero Nicolás Abuchaibe Williams y su familia residieron en alguna oportunidad en la urbanización de la Fábrica de Cementos Samper".

El testigo manifestó no conocer a " ... ninguna familia Abuchaibe que viviera o tuviera casa de habitación en la urbanización de la Empresa Cementos Samper que allí era para los empleados de mediana categoría ..." entre 1948 y 1960 cuando fue trabajador en la dicha Empresa. Relata cómo fue vinculado a aquella y la tarea que le correspondió realizar. Acepta haber conocido por aquella época " ... a una persona que la llamaban Nicolás Abuchaibe, le decíamos Dr. o Sr. Abuchaibe, él viajaba todos los días de lunes a sábado porque en ese tiempo no habían puentes de Bogotá a la Siberia, que llegaba más o menos de las 7 a las 8 de la mañana y regresaba de las 4 a las 5 de la tarde aproximadamente ", en compañía de un Dr. Batiste a quien " titulaban Jefe Ingeniero Electricista "... ". Afirma que cuando se quedaba en la Empresa dormía en la Casa de Ingenieros " ... que la Empresa les tenía asignada a cada Ingeniero que no tenía familia allá en Siberia para una emergencia de tener que posar y dentro de esos Ingenieros mencionados dos de ellos que a mí me consta el Dr. Batiste y el Dr. Abuchaibe en cuanto a la parte eléctrica, el resto lo dejo muy en claro nunca tuvieron residencia ninguno de los dos en Siberia".

Interrogado por el apoderado del demandado, manifestó no pertenecer " ... a ningún grupo de politiqueros" sino a la sociedad en general.

Finalmente el testigo afirmó no saber si la Urbanización de la Fábrica Samper tenía algún nombre, aunque sí que en ella " ... había un colegio de niños y niñas" pero no sabía el nombre del colegio por no ser asunto de su incumbencia. Fue negada la recepción del testimonio del ciudadano Miguel Pinzón, pedida por el coadyuvante, quien finalmente desistió de esta declaración así como " ... de la inspección a la Junta de Acción Comunal de la Vereda El Hato por mí solicitada ", por estimar que las pruebas incorporadas al proceso y las que habrán de agregarse " ... son suficientes para llevar una certeza jurídica sobre los hechos alegados". Como bien se observa, esta diligencia llamada " Inspección Ocular" por el apoderado del demandado, quien la solicitó, no sirvió para probar lo que se

pretendía, es decir, si el lugar donde se encuentra ubicado el inmueble donde vive con su familia el demandado, pertenece a la jurisdicción del Municipio de La Calera, tan solo demostró su alinderamiento.

Como acaba de anotarse, el coadyuvante desistió de la diligencia de inspección judicial que había pedido y decretó el A-quo, con miras a verificar en libros y documentos en la Oficina de Acción Comunal de la Vereda El Hato "... todo lo relacionado con la vecindad del demandado Antonio Abuchaibe Manrique".

Con el objeto de precisar la jurisdicción territorial de la Vereda el Verjón Bajo, respecto de los Municipios de La Calera y Bogotá, D.E., se allegaron documentos, así:

1. Oficio No. 11.877 de octubre 8 de 1990 (fl. 175) con el cual el Jefe de la División Zona Occidental Sur del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, informa al Tribunal " ... que revisados los archivos del Departamento y la Plancha No. 247, escala 1:25.000 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi ... " se comprobó " ... que el predio que usted indica ...se encuentra ubicado fuera del Distrito, no siendo competencia de este Departamento". El Tribunal pidió (fl. 90) " ... una certificación sobre si la Vereda " El Verjón Bajo " corresponde al territorio del Distrito Especial de Bogotá ". Al respecto, la Sala encuentra el enfrentamiento que se presenta entre la constancia (fl. 5) expedida por el Jefe de Planeación Municipal de La Calera y lo informado por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, es decir, que ninguna de estas comunicaciones aclara lo pretendido con esas pruebas.

2. El Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación de Cundinamarca, en respuesta al Oficio No. 90-342 (fl. 168) enviado por el *A-quo,* manifiesta haber dado traslado de la solicitud al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, seccional catastro, Cundinamarca, por no tener en su poder el acta y los planos de los linderos y amojonamientos del Municipio de La Calera, con sus señalamientos topográficos hechos por dicho Instituto, que fue lo pedido por el Tribunal.

3. El Sub-Director Nacional de Catastro - Instituto Geográfico Agustín Codazzi -, en respuesta al Oficio 90-263 enviado por el *A-quo* remitió los siguientes documentos:

" - Planchas, escala 1:25.000, números 228-I-C/D; 228-III-A/B/C/D; 228-IV-C y 247-I-B.

- Ordenanza 36 de 1945, artículo 11, literal C, por la cual se ratifica el deslinde entre los Municipios de La Calera y Chía.

- Decreto 441 de 1950 de la Gobernación de Cundinamarca y No. 1510 de 1951 del Gobierno Nacional, por el cual se ratifica el deslinde de La Calera con Usaquén (hoy Bogotá) y Sopó.

Para el Instituto Geográfico Agustín Codazzi estos límites se consideran definitivos, por haber sido ratificados por la entidad competente. El IGAC no ha realizado su amojonamiento.

Igualmente me permito remitirle copia de las siguientes actas de deslinde:

- La Calera-Guasca, del 24 de junio de 1966. Antes del acta no existía ordenanza, decreto o ley que fijara el límite, y después del acta no se dictó ordenanza que la ratificara. Los municipios no reconocieron un límite único y dejaron constancia de sus pretensiones. Estas versiones son las que se han dibujado en el mapa adjunto y así se mantendrán hasta la superación del litigio limítrofe.

- Junín - La Calera, del 28 de mayo de 1976; La Calera-Choachí del 24 de julio de 1.976; Fómeque-La Calera, del 14 de julio de 1976. Antes de estas actas no existía ordenanza, documento o ley que fijara el límite y después del acta no se dictó ordenanza que lo ratificara. Los tres límites coinciden con los respectivos límites fiscales o catastrales. No se han amojonado oficialmente.

- Bogotá-La Calera, del 23 de julio de 1943. El límite descrito en esta acta acalara y complementa el fijado por la ordenanza 31 de 1935. Este documento no ha sido ratificado mediante ordenanza. El IGAC no ha realizado oficialmente su amojonamiento.".

Las " Planchas " así enviadas son planos levantados de la región comprendida entre el Municipio de La Calera y la Ciudad de Santafé de Bogotá, destinados al parecer a un mapa general del país, de las cuales resulta imposible al juez deducir si la Vereda El Verjón Bajo pertenece a la jurisdicción del Municipio de La Calera o a la de Santafé de Bogotá, pues no tiene estampados de manera clara y precisa los linderos entre ambos municipios, y para la Sala resulta imposible hacer la interpretación de esas planchas cartográficas y la parte que las solicitó (fl. 32) no pidió la intervención de peritos. En consecuencia, esas planchas (cuaderno No. 2) no demuestran si la casa de habitación del señor Abuchaibe Manrique está ubicada en jurisdicción bien del Municipio de La Calera bien del Municipio de Santafé de Bogotá.

De otra parte, la Ordenanza No. 36 de julio 31 de 1945 "por la cual se ratifican los deslindes de los municipios de Girardot, Nariño, Facatativá, Subachoque, San Francisco, La Vega, Sasaima, Zipacón, Tenjo y Chía no permite al juez administrativo establecer si el inmueble donde vive el demandado pertenece a la jurisdicción del Municipio de La Calera o a la del Municipio de Santafé de Bogotá, toda vez que en ella se hace referencia a linderos arcifinios y otros puntos de referencia, cuya comprobación tan solo puede ser objeto de una inspección judicial con intervención de peritos que las partes no pidieron y no era posible decretarla de oficio porque tal verificación no constituye punto dudoso de la controversia, que permitiera proferir auto para mejor proveer, tal como está previsto en el artículo 242 del Código Contencioso Administrativo. Es necesario distinguir entre las pruebas que las

partes piden y el juez decreta y " los puntos dudosos" que del conjunto del acervo probatorio arrimado al proceso surgen, cuya disipación puede buscar el juez, administrativo en este caso, mediante auto para mejor proveer. Que fue lo que hizo precisamente esta Sala al proferir auto el 11 de julio próximo pasado disponiendo librar oficios a los señores Tesoreros de la Ciudad de Bogotá y del Municipio de La Calera y a los Jefes de las Oficinas de Catastro de las mismas localidades para que informaran si el demandado señor Antonio Abuchaibe tiene registrados bienes de su propiedad y tributa por concepto de impuesto predial. Buscó la Sala eliminar el punto dudoso que de todo el acervo probatorio emerge respecto de la jurisdicción territorial a la cual pertenece el sitio o lugar donde está ubicada la edificación en la que se afirma vive con su familia de manera permanente el demandado.

Por lo que hace al Decreto 441 de 1950, por medio del cual el Gobernador de Cundinamarca decreta los límites entre los Municipios de Chaguaní, San Antonio de Tena, Usaquén, Anapoima, Tocaima, Ricaurte, Nilo, Tibacuy, La Mesa, El Colegio, San Cayetano, Gachancipá, Sesquilé, Suesca, Nemocón, Sopó, Sutatausa, Cucunubá, Ubaté y Viotá, por las mismas razones aducidas respecto del entendimiento de la Ordenanza 36 de 1.945, a esa Sala le resulta imposible precisar a través de él la jurisdicción territorial a la cual pertenece el lugar donde está ubicada la casa de habitación donde vive el demandado señor Abuchaibe Manrique inmueble que, como quedó visto, fue objeto de reconocimiento de linderos a nivel simplemente local, entre vecinos.

Por igual razón las actas de deslinde remitidas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en la forma indicada no permiten hacer la misma comprobación, la cual solamente es factible haciendo el recorrido territorial correspondiente para precisar con la ayuda de expertos los límites arcifinios y las señales artificiales de que dan cuenta los mencionados documentos (ordenanza, decreto, actas de deslinde), límites que, además, tampoco es posible verificar en las planchas o planos o mapas que envió él tantas veces mencionado Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

En resumen, la documentación remitida por el precitado Instituto no permite probar en qué jurisdicción territorial está ubicado el inmueble en el que según la inspección judicial practicada habita con su familia el demandado. Es más: no permite establecer en cual de las Veredas está situada, si en el Verjón Bajo, el Verjón Alto o El Hato.

Y si bien es cierto que el apoderado del demandado mediante escrito presentado el 7 de noviembre de 1990 pidió al A-quo " nombrar un perito experto en cartografía" para que con sus conocimientos técnicos dedujera del estudio de la documentación remitida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi con oficio No. 10-068 del 21 de septiembre de 1990, que reiteró con memorial de diciembre 3 del mismo año, lo cierto es que en el proceso electoral las pruebas deben practicarse conforme a la solicitud que en la oportunidad procesal hacen las partes, por manera que la petición de designación de peritos hecha inicialmente el 7 de noviembre, es decir, aproximadamente mes y medio después de agregada la documentación al expediente y el 3 de diciembre, la segunda vez, es decir dos meses y diez días después, fue

extemporánea porque para esas fechas había ya precluido el término probatorio señalado en veinte días en el auto del 8 de junio de 1990, cuya ampliación no fue solicitada por ninguna de las partes. Acceder a decretar un dictamen pericial pedido en la forma que ha quedado relatada, sería ir contra el espíritu que animó al Legislador al consagrar un procedimiento breve - comparado con el procedimiento ordinario - para el trámite de las demandas presentadas en ejercicio de la acción pública electoral, espíritu que no es otro distinto al de imprimirle celeridad a la definición del derecho en los casos en los que es necesario definir oportunamente la legalidad del proceso electoral, fundamental para preservar el derecho al ejercicio del voto como pilar esencial del sistema democrático de gobierno.

4. Al folio 145 aparece certificación expedida por el Sub-Director del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital en el sentido de que " ... la Vereda El Verjón Bajo pertenece al Distrito Especial de Bogotá ", certificación expedida el 13 de agosto de 1 990. Sobre el valor probatorio de este documento la Sala encuentra que no corresponde a esa dependencia del Distrito expedir esa clase de certificaciones. Y aunque tuviera esa competencia la certificación no está motivada. Por manera que no es idónea para probar el hecho pretendido, es decir, que la casa de habitación del demandado está ubicada en la Jurisdicción del Municipio de La Calera.

5. Al folio 183 obra el oficio No. D.C-948/90 de octubre 22 de 1990, con el cual el Jefe de la División Cartográfica del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, en respuesta a comunicaciones libradas por el A-*quo,* informa que de acuerdo con la " Copia heliográfica de la Plancha Escala 1:25.000 donde se encuentran ubicadas las Veredas El Verjón bajo, El Líbano, El Hato, El Verjón Alto, que no pudieron ser delimitadas ya que en la Oficina de Catastro de Cundinamarca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, no se encuentran definidas claramente dichas Veredas ".

6. Al folio 153 aparece el oficio 0107-90 de septiembre 4 de 1990 en el cual la Jefe de Planeación del Municipio de La Calera informa con destino a este proceso electoral que " ... las Veredas El Líbano y El Hato pertenecen a la jurisdicción de La Calera; mientras que el Verjón pertenece a la jurisdicción de Bogotá" sin explicar los elementos de juicio que tuvo en cuenta para dar esa información.

Para resumir: La Sala encuentra que de la prueba documental que ha quedado atrás descrita y del acta de la diligencia de inspección judicial llevada a cabo el 15 de agosto de 1 990 (fls. 105 a 122) " ... a la residencia del demandado, para constatar que ésta está situada en la Vereda Verjón Bajo, entre la Vereda el Hato y Verjón Alto, situadas en el Municipio de La Calera" (fl. 32), no es posible determinar si dicho inmueble está situado en jurisdicción del Municipio de La Calera o en jurisdicción de Santafé de Bogotá, lo que conduce a afirmar que no está probado el punto 5o. de los hechos de la demanda en el que se afirma que la Vereda El Verjón Bajo, en la cual " vive" el demandado pertenece a la " jurisdicción de la Alcaldía Menor de Chapinero, Bogotá, D.E.". Conduce igualmente a la conclusión de que tampoco está probada la afirmación hecha por el demandado en el sentido de que

por estar ubicada su vivienda en la Vereda El Verjón Bajo está avecindado en el Municipio de La Calera. Es decir, que las pruebas que han quedado analizadas no desvirtúan el cargo formulado por el demandante en el punto 6o. de la demanda, consistente en que el señor Antonio Abuchaibe Manrique " ... no fue vecino de La Calera, Cundinamarca, durante el año anterior a su inscripción como candidato, el 3 de febrero de 1990" o, lo que es lo mismo, no reúne esa calidad a la que se refiere el artículo 2o. de la Ley 49 de 1987 en concordancia con el artículo 78 del Código Civil.

Esta Sala con el ánimo de aclarar el " punto dudoso " que presenta la prueba respecto de la jurisdicción territorial a la que pertenece la Vereda El Verjón Bajo, dando aplicación al artículo 242 del Código Contencioso Administrativo, para mejor proveer en auto de 11 de julio próximo pasado dispuso, como atrás se dijo, pedir a las autoridades correspondientes de los Municipios de Santafé de Bogotá y La Calera informar si el demandado, señor Antonio Abuchaibe Manrique, con Cédula de Ciudadanía No. 15.236.037 de Maicao, figura inscrito como propietario de bienes inmuebles en dichos municipios y como tal tributa en ellos por concepto de impuesto predial.

Entendió la Sala que si es propietario, como se afirma en este proceso, de bien inmueble situado en la jurisdicción territorial del Municipio de La Calera, allí estaría inscrito como propietario en el respectivo catastro, o que de estar ubicado el bien en territorio de la comprensión municipal de Santafé de Bogotá, también aparecería inscrito en la misma oficina, y en todo caso tributaría el correspondiente impuesto predial.

Al respecto, el Director del Departamento Administrativo de Catastro Distrital con oficio 1486 de julio 17 de 1990 (fl. 434) informó que realizada la búsqueda por el archivo de cédulas de ciudadanía, por el de nombres " y una a una las 380 cédulas catastrales del archivo físico, que conforman la "Vereda El Verjón", en ninguno de tales archivos figura el señor Antonio Abuchaibe Manrique "... como propietario actual o anterior de predio alguno. Y el Tesorero de Santafé de Bogotá con oficio de julio 26 de 1991 (fl. 457) informa que si de acuerdo con lo manifestado por el catastro distrital el mencionado ciudadano no figura " como propietario de bienes inmuebles en Santafé de Bogotá, D.C." no puede ser contribuyente del impuesto predial en esta ciudad.

Por su parte, el Jefe de Planeación del Municipio de La Calera, con oficio 1530-91 de julio 25 del año en curso (fl. 437) comunica que " ... una vez revisados los libros de registro" comprobó que a nombre del demandado, señor Antonio Abuchaibe Manrique, " no aparece inscrito bien inmueble alguno en esta oficina".

En la misma comunicación el citado Jefe de Planeación manifiesta que como en la Oficina a su cargo reposan documentos públicos (Escrituras Públicas) en las que se afirma que las Veredas Verjón Alto o Bajo pertenecen a la jurisdicción de esa Municipio, - La Calera - " ... esta oficina dispuso solicitar al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, a fin de aclarar el límite con el Distrito Capital de Santafé de

Bogotá", y adjuntó " ... fotocopias tomadas de fotocopias auténticas que reposan en esta oficina, bajo el número de radicación ON-477 Inversiones y Construcciones Volga Ltda " y otros documentos en los que figura la Vereda El Verjón Bajo ubicado en jurisdicción del Municipio de La Calera.

Como se ve los documentos remitidos por los citados funcionarios no permiten despejar el "punto dudoso " que halló la Sala, al igual que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto a la jurisdicción territorial municipal a la que pertenece la tantas veces mencionada Vereda El Verjón Bajo. Y los documentos, no pedidos por la Sala, que llegaron agregados a la comunicación del Jefe de Planeación del Municipio de La Calera, no son los llamados a probar el hecho, entre otras razones, porque no fueron pedidos como prueba ni aportados regularmente al proceso. Simplemente enviados por un funcionario a quien se le pidió un dato concreto.

A su vez, el Jefe de la Comisión de Catastro del Municipio de La Calera dio respuesta a esta Sala con oficio fechado el 30 de julio del año en curso (fl. 462) comunicando que " ... revisado el listado de propietarios que reposa en la Tesorería Municipal correspondiente al año de 1 991 ... no aparece inscrito inmueble alguno a nombre del ciudadano Antonio Abuchaibe Manrique", y agrega que en la actualidad están haciendo la actualización del catastro de ese municipio " lo cual implica la verificación de los límites del Municipio con todos sus vecinos", estando pendientes del informe que suministre al respecto la Comisión Técnica de la Sección de Deslindes del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. A su vez, la Tesorera Municipal de La Calera, con oficio No. 033-91 de julio 30 próximo pasado, manifiesta que " ... revisado el listado de propietarios correspondiente a este Municipio no aparece inscripción alguna a nombre del señor Abuchaibe Manrique", listado que, agrega, proviene de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca recibida a comienzos de 1 991.

No pudo, pues, la Sala despejar el punto dudoso con los informes provenientes de los funcionarios del Municipio de La Calera.

Por lo que hace al valor probatorio de las declaraciones recibidas a Salustiano Pinzón, Germán Silva, Adán Clavijo y Susana Vargas, pruebas decretadas por petición del demandado (fl. 33), se tiene:

- *Salustiano Pinzón (fls. 124 a 127)*

Este testimonio fue tachado de falso " o por lo menos sospechosa la declaración", por el demandante, en cuanto que afirma que el señor Antonio Abuchaibe Manrique estudió en el Colegio Santa Teresita por los años de 1953 a 1958, cuando su padre, el señor Nicolás Abuchaibe trabajó para la Empresa Cementos Samper en La Calera. Para probar la falsedad de la declaración pidió fuera oída en declaración Nohora Silva de Corredor quien por aquella época sí estudió en dicho colegio.

A su vez, el apoderado del demandado impugnó la tacha por no haber sido formulada conforme al artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, es decir, por escrito antes de la audiencia. Rechazada la tacha de falsedad continúo la diligencia.

Para la Sala este testimonio no arroja resultado positivo alguno para demostrar a cual jurisdicción territorial pertenece la Vereda Verjón Bajo.

- *Germán Silva (fls. 128 a 130)*

No contiene su declaración dato alguno respecto de la ubicación territorial de la Vereda Verjón Bajo.

- *Adán Clavijo (fls. 130 a 133)*

Manifiesta que no conoce la residencia del señor Antonio Abuchaibe Manrique pero ha oído decir " ... que vive en la Vereda del Hato pero no conozco".

- *Ana Susana Vargas (fls. 133 a 136)*

Manifestó tener conocimiento de en donde vive el señor Antonio Abuchaibe Manrique y de haber estado varias veces en la Casa, la cual " por los comentarios que se han hecho creo que está en los límites entre La Calera y Bogotá, no sabría explicar claramente porque no conozco bien los límites".

Afirma que en todo caso en esa casa vive desde hace cuatro años.

La Sala encuentra que la prueba testimonial aportada por petición del demandado no demuestra que éste tenga su casa de habitación en la jurisdicción territorial del Municipio de La Calera.

Las declaraciones de los ciudadanos Angelino Rodríguez Salazar (fls. 136 a 139) y de Jorge Enrique Escobar Escobar (fls. 140 a 143), pruebas pedidas por el demandante (fl. 52), tampoco suministran dato alguno indicador de la jurisdicción territorial a la que pertenece la Vereda Verjón Bajo.

La prueba a la cual se ha venido refiriendo la Sala no destruye el cargo formulado por el demandante en el sentido de que el señor Antonio Abuchaibe Manrique "... no fue vecino de La Calera, Cundinamarca, durante el año anterior a su inscripción como candidato, el 3 de febrero de 1990", siendo forzoso concluir que el demandado no reúne esa calidad a la que se refiere el artículo 2o. de la Ley 49 de 1987.

Examinará a continuación la Sala la prueba relacionada con el cargo 7o. de la demanda, según el cual " el señor ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE ha sido vecino de La Calera, Cundinamarca, durante tres años consecutivos ".

Para contrarrestar este cargo en la contestación de la demanda se pidió obtener certificación de la Gerencia de la Empresa Cemento Samper S.A. " ... sobre si el señor Nicolás Abuchaibe W. trabajó en la Fábrica de Cemento ubicada en el Municipio de La Calera desde el 21 de febrero de 1953 hasta el mes de junio de 1958, se pidió " inspección ocular" sobre los libros de la mencionada Fábrica para verificar el mismo hecho, oír en declaración a los ciudadanos Salustiano Garzón, Germán Silva, Adán Clavijo y Susana Vargas y se acompañó" constancia informal" (fotocopia) del Sub-gerente de la Fábrica Cemento Samper en la que consta que el señor Nicolás Abuchaibe Williams trabajó en esa Fábrica desde el 21 de febrero de 1953 hasta el 22 de junio de 1958 como Ingeniero Electricista.

La Inspección Judicial

Esta diligencia (fls. 184 a 246) pedida por el demandado y decretada por auto de septiembre 8 de 1990 (fl. 170), se inició el 25 de octubre del mismo año en dependencias de la Empresa Industrias e Inversiones Samper S.A. en jurisdicción del Municipio de la Calera, y se continúo el 2 de noviembre de dicho año. Durante la diligencia funcionarios de la mencionada Empresa exhibieron la documentación que allí reposa, agregada al expediente, sobre la vinculación del señor Nicolás Abuchaibe Williams entre los años de 1953 y 1958 como Ingeniero Electricista. Según esa documentación el precitado ciudadano ingresó como empleado el 21 de febrero de 1953 y se retiró el 22 de junio de 1958, es decir, después de prestar servicios durante cinco años, cuatro meses y dos días (fl. 186), a paz y salvo bajo el punto de vista de sus derechos laborales, lo que se desprende del recibo que al respecto firmó el 23 de junio de 1958 (fl. 185). Consta que mediante documento suscrito el 1o. de septiembre de 1954 en su calidad de empleado celebró contrato de arrendamiento por un término de noventa días prorrogable automáticamente, de la casa número tres (3) de la Urbanización Buenos Aires que la Empresa tiene en La Siberia, jurisdicción del Municipio de La Calera, comprometiéndose el arrendatario a que en dicha casa habitaran unicamente su esposa y sus hijos, y a que las mensualidades por concepto del canon de arrendamiento serán pagadas por "mensualidades anticipadas" que serán deducidas " ... de los pagos de salarios, gratificaciones o prestaciones sociales que por cualquier concepto le haga la Fábrica". No se allegó ni durante la diligencia ni posteriormente documento o recibo alguno de descuentos por ese concepto. Al folio 210 aparece fotocopia de certificación de la Fábrica de Cementos Samper según la cual ésta "... se obliga a pagar el valor de este seguro a Luz Abuchaibe, Antonio, Luisa, Patricia, y Roberto Abuchaibe. Esposa e hijos residentes en Bogotá Clle. 44 No. 8 - 50...", certificación expedida el 21 de febrero de 1953. También se obtuvieron fotocopias del respectivo contrato de trabajo suscrito el 21 de abril de 1954 así como de un documento denominado " volante de admisión" (fl. 212), en el cual consta que la familia del contratado reside en la dirección antes anotada. Como anteriormente se dijo, de la planilla de sueldos y prestaciones pagados al señor Nicolás Abuchaibe no aparecen descuentos hechos por concepto de pagos del canon de arrendamiento.

De toda la documentación proveniente de la Empresa Industrias e Inversiones Samper S.A., tanto recopilada con ocasión de la diligencia de inspección judicial

o aportada por las partes o enviada por la misma Empresa, no existe prueba de que el señor Antonio Abuchaibe Manrique hubiera residido entre 1953 y 1958 un mínimo de tres años consecutivos en jurisdicción del Municipio de La Calera, ni antes ni después, y de las declaraciones de los ciudadanos Ignacio de Jesús Maya Muñoz y José del Carmen Suárez Avila (fls. 245 y 246) tampoco se desprende prueba positiva al respecto, como tampoco del texto de las declaraciones dadas por los testigos Salustiano Garzón, Germán Silva Gómez, Adán Clavijo y Susana Vargas (fls. 124 a 136) porque bien vistas y leídas, en ellas no hay precisión en cuanto al lapso en el que se dice el señor Antonio Abuchaibe Manrique acudió a la Escuela. Y la testigo Ana Susana Manrique acudió a la Escuela. Y la testigo Ana Susana Vargas Cifuentes cuya versión de los hechos parece ser la más precisa, al referirse a la época en que jugaba con los alumnos de la Escuela, en dependencias de la Fábrica Cementos Samper, y concretamente con Antonio Abuchaibe Manrique, manifiesta que eso ocurrió "...durante dos años o tres años anterior fue que lo conocí en la entrada de la Fábrica, para luego recordarlo también cuando ya ingresé a la empresa. porque el (sic) dicha escuela había unos rodaderos y a (sic) ese joven siempre iba allá a jugar, también recuerdo que ellos hicieron una fiesta de despedida esta familia se iba de La Siberia". (folio 134). Más adelante al ser preguntada durante cuánto tiempo conoció antes de 1958 al señor Antonio Abuchaibe Manrique " CONTESTO: pues más o menos dos o tres años".

De otra parte, la Sala concuerda con lo expuesto por su Colaborador Fiscal en el concepto de fondo, en el sentido de que "...los testimonios contrapuestos rendidos en el proceso sobre el domicilio del opositor en el Municipio de La Calera, en el lapso comprendido entre el año de 1.953 a 1,958 ...", no son suficientes "...posiblemente por el interés de favorecer a cada una de las partes ". Apreciación esta que también llevó al A-quo a no darle a esa prueba el valor pretendido por la parte demandada.

Del análisis hecho por la Sala en relación con el resultado de la inspección judicial de marras, de los documentos allegados provenientes de la Empresa empleadora del señor Nicolás Abuchaibe Williams y de las declaraciones mencionadas, deduce que no está probado en el proceso el hecho de que el señor Antonio Abuchaibe Manrique hubiera sido vecino del Municipio de La Calera durante un período mínimo de tres años consecutivos entre 1953 y 1958, cuando su padre trabajó como Ingeniero al servicio de la Fábrica Cementos Samper en aquella localidad, ni antes ni después, lo que lleva a afirmar que dicho ciudadano no reunió otra de las calidades de que trata el artículo 2o. de la Ley 49 de 1987.

De todo lo que ha quedado expuesto se desprende que el señor Antonio Abuchaibe Manrique no nació en el Municipio de La Calera ni ha sido vecino de ese Municipio durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato a la Alcaldía, ni lo fue durante un período mínimo de tres años consecutivos en cualquier época por lo que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en los numerales 2o., 3o., y 4o. de su parte resolutiva. También deberá ser confirmada en su numeral 1o. en cuanto declaró NO PROBADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD PROPUESTA POR LA PARTE IMPUGNADORA Y LA

FISCALIA", porque como bien se declaró en auto del 22 de abril de 1991, confirmado por la Sala mediante auto del 10 de mayo del mismo año, con los cuales se decidió sobre nulidades propuestas por el distinguido apoderado del demandado, no se dio el fenómeno de la caducidad de la acción pública electoral.

Finalmente, la Sala encuentra conveniente referirse a la petición que el mismo apoderado hace en su alegato de conclusión, en el sentido de que si la sentencia no es revocada en subsidio "... procede decretar oficiosamente" las pruebas que precisa en dicho escrito (fls. 411 a 413).

El proceso electoral está reglado de manera especial en los artículos 223 a 251 del Código Contencioso Administrativo y unicamente por remisión expresa de disposiciones de este mismo Estatuto es posible acudir al Código de Procedimiento Civil para llenar " aspectos no contemplados" en él y " en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ". Si bien es cierto que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil " en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterio de valoración" y " en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código " (C.C.A.,) no es menos cierto que el artículo 251 ibídem, que regula la segunda instancia del proceso electoral, no contempla término probatorio alguno, lo que concuerda con la filosofía que informa la brevedad en el trámite de los procesos electorales, a través de los cuales se busca el pronto restablecimiento de la legalidad en el ejercicio del sufragio, cuyo objeto no es otro que el de respetar y hacer respetar la eficacia del voto ciudadano como base fundamental del sistema democrático de gobierno, como tantas veces lo ha expresado el Consejo de Estado. Por manera que en el proceso electoral las partes deben pedir las pruebas en la demanda o en el escrito de corrección de la misma, y fuera de esta oportunidad solo le cabe al juez la posibilidad de dictar " ... auto para mejor proveer con el fin de aclarar los puntos dudosos de la controversia".

Consecuencia de lo anterior es que no es posible complacer al señor apoderado del demandado, menos aun cuando pretende reabrir la etapa probatoria del proceso en caso de que la sentencia no sea revocada, porque resultaría contrario a la normatividad procesal y abiertamente ilegal que después de fallado el proceso en primera y segunda instancia se lo reabriera para practicar pruebas tendientes a desvirtuar o a confirmar los hechos sobre los cuales conforme al derecho hubo pronunciamiento judicial en la oportunidad legal correspondiente.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y de acuerdo con el concepto de su Colaboradora Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

1o. Confirmar en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este proceso el 21 de febrero de 1991.

2o. Devolver el expediente al Tribunal de Origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha, seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTA-Valor probatorio/ **ACTO DE ELECCION/ PERSONERO MUNICIPAL**-Requisitos

El hecho de que el acta carezca de la firma del Presidente del Concejo no le resta validez a la elección efectuada por el Cabildo. El acto de elección, en sí mismo, existe. Tal vez, el acta donde se encuentra registrado carezca de ciertas formalidades, pero este hecho no podría encuadrarse dentro de la excepción alegada por el actor. La elección tanto del personero principal como del personero suplente recayó en personas que no reunían las calidades exigidas legalmente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0561. Actor: Nestor Darío Marín. Apelación Sentencia.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte impugnadora, contra la sentencia de 30 de mayo de 1991, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en relación con la acción de nulidad del acto de declaratoria de elección, en interinidad, de los señores RESURRECCION MENDEZ BELTRAN Y DIOMEDES BERNAL, como personeros, principal y suplente, respectivamente, del municipio de Medina (Cundinamarca), por la cual se declaró nula esa elección, que tuvo efecto en la sesión ordinaria del 18 de agosto de 1990.

I. EL FUNDAMENTO DE LAS PRETENSIONES

Considera el accionante que los señores RESURRECCION MENDEZ BELTRAN Y DIOMEDES BERNAL están inhabilitados para ocupar los cargos de

Personero Municipal, principal y suplente, en su orden, por carecer de los requisitos exigidos por la ley para poder desempeñar estas funciones, conforme a los artículos 135, inciso final, y 137 del Código de Régimen Municipal.

A pesar de que estos ciudadanos fueron nombrados en interinidad, incurriendo en una desviación de poder, pues esta figura sólo se prevé para casos urgentes (falta absoluta del empleado) de acuerdo a lo estipulado por el artículo 249 del Código de Régimen Municipal, deben cumplir con las exigencias previstas por la norma para desempeñar el cargo.

Por providencia fechada el 8 de octubre de 1990, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la suspensión provisional de los efectos de los actos de elección como Personeros, principal y suplente, del municipio de Medina, de los señores MENDEZ BELTRAN y BERNAL, por considerar que esta petición no fue debidamente sustentada.

El 13 de noviembre del mismo año, los demandados, a través de apoderado, contestaron la demanda y plantearon la excepción de fondo denominada "INEXISTENCIA DEL ACTO ACUSADO", por carecer el acta dentro de la cual se realizó la elección, de los requisitos legales exigidos.

II. FUNDAMENTO DE LA DECISION IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por sentencia fechada el 30 de mayo de 1990, decide declarar improbada la excepción y anular la elección de los demandados.

Respecto de la excepción, sostiene el Tribunal, que en el caso de los actos administrativos emitidos por las Corporaciones debe allegarse, con la demanda, copia del acta que dé fe de la existencia del acto particular que se acusa.

En caso de que, aún careciendo de este requisito, se admita la demanda en cuestión y se ordene darle trámite, la parte opositora debe hacer uso de los mecanismos que la ley le brinde para obtener la revocatoria del auto admisorio. En caso de no hacerlo, queda saneada la irregularidad. El actor no ha debido esgrimir la excepción de Inexistencia del Acto, sino la excepción de ineptitud de demanda.

En cuanto al aspecto de fondo, considera la Sala que el Concejo Municipal de Medina no podía efectuar la elección en interinidad, para proveer los cargos, pues en ningún momento se trataba " de cubrir la ausencia temporal o absoluta y emergente, de los funcionarios en cuestión, durante el transcurso de tal período ". Sólo por este aspecto, el acto sería ilegal.

Pero, además, el artículo 137 del Código de Régimen Municipal exige unas calidades específicas para poder ocupar el cargo de personero. En este caso, no se comprobó si los personeros, tanto principal como suplente, reunían los requisitos, por lo cual ha de prosperar la nulidad.

III. EL RECURSO DE APELACION

Se sustenta así:

El acto acusado no reúne los requisitos legales para que sirva como prueba fundamental para decretarse la nulidad de la elección.

El artículo 139 del C.C.A. exige copia del acto acusado para darle curso a la demanda y así poder proferir una providencia de fondo. Pero como en este caso, el Acta carece de la firma del Presidente del Concejo Municipal de Medina, éste no es válido.

Por lo tanto, no existe el acto acusado, por carecer de los requisitos exigidos por la ley para su existencia y validez.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su vista de fondo, la Doctora Fiscal Séptima de la Corporación solicita la confirmación de la sentencia apelada.

En síntesis, sostiene:

1. La excepción de fondo, propuesta por la parte actora, no debe prosperar pues, efectivamente, los actos no aparecen firmados por el Presidente del Concejo Municipal sino por la Secretaria y el Consejo de Estado considera que la prueba en los nombramientos efectuados por la Corporación, es el Acta de la sesión de la fecha, dicho documento no es, sin embargo, la condición de su validez, ni su prueba.

Si el vicio es de forma y no de fondo, no es sustancial, pues, no conduce a obtener la pretensión del demandante.

2. En cuanto al fondo del negocio, manifiesta con base en los artículos 137 del Decreto 1333 de 1986; 1 y 2 de la Ley 03 de 1990, que los señores RESURRECCION MENDEZ BELTRAN Y DIOMEDES BERNAL, no reunían las calidades exigidas por la ley, para desempeñar los cargos de Personero principal y suplente, respectivamente.

CONSIDERACIONES

Competencia de la Corporación

La Sala es competente para conocer del recurso, conforme a lo previsto en los artículos 131-3 y 132-4 del Decreto 01 de 1984, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, y por el documento, que figura a folio 24, allegado por el actor.

La Excepción Planteada

Tal como ya se reseñó, se propone la inexistencia del acto acusado porque el acta en la cual se da cuenta de la realización de la elección y de su declaratoria, carece de la firma del Presidente del Concejo Municipal.

Al respecto debe precisar que las actas constituyen la memoria que se deja de una actuación verbal y, por lo mismo, no pueden confundirse con el acto mismo; son solamente la prueba de su realización, y los vicios de que adolezca dicha prueba no tienen la virtud de tornar en inexistentes las actuaciones realizadas.

En el presente caso se observa que el Secretario quien a términos de lo previsto por el artículo 76 del Decreto 1333 de 1986, debe levantar las actas correspondientes, expidió copia auténtica del acta No. 2 del 18 de agosto de 1990.

La copia en cuestión fue allegada con la demanda, y en ella que, efectivamente, no lleva la firma del presidente, consta que en la sesión se realizó y declaró la elección que ahora se impugna. Para que prosperara la excepción tendría que aparecer demostrado no que el documento tiene el vicio que se le endilga, porque tal vicio no produce el efecto de considerar que no hubo tal elección, sino que en la sesión no se realizó la elección cuestionada y que, por lo mismo, el acto acusado es inexistente, que es el fundamento de la excepción propuesta.

Que hubo elección aparece confirmado por el hecho de que, con en el Acta No. 2 de agosto de 1990, el Alcalde dio posesión al señor Personero del municipio de Medina, elegido por el Concejo, en calidad de interino.

El acto de elección, como bien lo observa el a-*quo,* puede probarse por medio del Acta, pero éste no es el único medio de prueba de la existencia del mismo. En el presente caso obra en autos la constancia suscrita por la Secretaría del Concejo Municipal de Medina (Cundinamarca) en la cual da fe del nombramiento del Personero y de la fecha de iniciación del período. Este es un documento público que como no ha sido infirmado, es plena prueba en el proceso y acredita la elección del funcionario.

Ahora bien, el hecho de que el Acta carezca de la firma del Presidente del Concejo no le resta validez a la elección efectuada por el Cabildo. El acto de elección, en sí mismo, existe. Tal vez, el acta donde se encuentra registrado carezca de ciertas formalidades, pero este hecho no podría encuadrarse dentro de la excepción alegada por el actor, como ya se explicó.

Por último, y como simple anotación, el ejemplo planteado por el apoderado de los demandados no puede ser tomado en cuenta, pues la firma del Presidente de la República es obligatoria en un decreto-ley, ya que es él quien lo sanciona. Este fenómeno no sucede con la falta de la rúbrica del Presidente del Concejo en un acta, ya que la entidad nominadora es el Concejo y no el Presidente, quien vota como un miembro más de la Corporación y, mientras en el primer caso el procedimiento es escrito, en el segundo es eminentemente verbal y el acta correspondiente se constituye en la memoria de lo sucedido, como ya se explicó.

En tales condiciones la Sala concluye que en este aspecto la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

El Fondo Del Negocio

El problema en el presente caso se reduce a establecer si la elección en forma interina de personero principal y suplente realizada por el Concejo Municipal de Medina (Cundinamarca) recayó en personas que no reunían las calidades para desempeñar los cargos en mención y, en caso afirmativo, si procedía el nombramiento de los funcionarios en interinidad.

El primero de los interrogantes planteados se resuelve en forma afirmativa.

En efecto, en la parte pertinente del acta de 18 de agosto de 1990 quien postuló al señor RESURRECCION MENDEZ BELTRAN manifiesta que lo hace para que se nombre como interino mientras se encuentra un profesional. (fl. 4 vto.)

De otro lado en el acta de posesión del personero principal (fl. 10) no aparece relación alguna que demuestre que dicho funcionario acreditó en tal oportunidad las calidades exigidas por la ley para desempeñar el cargo.

En relación con la falta de calidades de quien fue elegido personero suplente se observa que tal hecho se acepta en la contestación de la demanda.

A lo anterior se suma el que en el curso del proceso no fue presentada prueba alguna que demostrara que los funcionarios nombrados tenían las calidades que la ley exige para desempeñar los correspondientes cargos.

Está fuera de toda duda, entonces, por aparecer claro en el informativo, que la elección tanto del personero principal como del personero suplente, recayó en personas que no reunían las calidades requeridas por el art. 137 del Decreto 1333 de 1986 en concordancia con el inciso 3o. del art. 1o. de la Ley 3a. de 1990 y por lo mismo, por este sólo aspecto sería procedente declarar la nulidad de tal elección.

Aclarado lo anterior se procede a resolver el segundo de los interrogantes planteados:

La parte demandada encamina su defensa a justificar la forma que revistieron los nombramientos (en interinidad) sobre la base de que en la localidad no hay personas que reunan las calidades exigidas por la ley para ser nombradas personero principal y personero suplente en propiedad.

No obstante, aparece demostrado que quien se desempeñaba como personero en propiedad a la fecha de la elección y podía seguir haciéndolo en interinidad de terminarse su período, reunía las calidades legales para ocupar el citado cargo y fue postulado para serlo en la misma elección, luego no podía ser reemplazado por un candidato que no acreditaba tales condiciones.

Ahora bien, el art. 92 del Decreto 1333 de 1986 atribuye a los Concejos la elección de los personeros municipales. A su vez, la Ley 3a. de 1990 en su artículo 2, que en caso de ausencia del principal, el suplente lo reemplazará mientras se provee nuevamente el cargo. En este evento, los personeros, tanto principal como suplente, debían iniciar período el 1 de septiembre de 1990, por un lapso de dos años (art. 2o. de la ley 3 de 1990), y se entiende que en propiedad porque, se repite, no se dan las condiciones para hacer los nombramientos en interinidad.

La explicación de que la forma del nombramiento tuvo como fin subsanar la irregularidad consistente en que ninguno de los elegidos reuniera los requisitos exigidos por la ley no es suficiente razón para efectuar los nombramientos, como se hizo, porque no se dan los fundamentos legales para adoptar tal procedimiento.

En tales condiciones por este aspecto procede confirmar la providencia de primera instancia.

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, de acuerdo con el concepto de la Fiscal Séptima de la Corporación,

RESUELVE :

Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fechada el día 30 de mayo de 1991.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO EJECUTIVO-Ejecutoriedad/ **MANDAMIENTO DE PAGO**-Improcedencia

La manera como en el caso de autos la Dirección General de Aduanas hizo la notificación está indicando que omitió los requisitos previos al edicto que la ley señala para tal fin. No existiendo prueba de que funcionario idóneo hubiese certificado acerca de los motivos que impidieron realizar la notificación en forma personal al interesado, ni documento alguno que acredite el envío de la citación por correo certificado, ni el transcurso de los términos indicados, no puede tenerse por hecha la notificación, ni la decisión producir efectos legales. De manera que el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales al proferir el auto de mandamiento de pago, lo hizo con base en un título carente de ejecutoriedad que no presta mérito ejecutivo y, por lo mismo, no puede pretenderse que se exija al demandado el cumplimiento de la obligación allí contenida.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0103. Partes: La Nación contra Chaid Neme Hermanos S.A.

Admitida en legal forma la segunda instancia en auto de fecha agosto 20 de 1990 (fl. 61), conforme a las reglas de competencia que señalan los artículos 3 y 4 del Decreto 597 de 1988, modificatorios respectivamente de los artículos 129 numeral 3o. y 265 del C.C.A., y en consideración a la época en que fueron interpuestos los recursos, corresponde a la Sala desatar el de apelación, subsidiario del de reposición que no prosperó, contra el auto proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales con fecha 10 de abril de 1989, en virtud del cual

libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y en contra de la Sociedad Chaid Neme Hermanos S.A., con NIT 60.000.537 por la suma de $837.241.oo

ANTECEDENTES

La Resolución No. 835 de octubre 10 de 1985, por medio de la cual la Dirección General de Aduanas ordenó el cobro de la suma de $837.241.oo por concepto de la cuenta adicional No. 692, formulada con ocasión de la mercancía despachada para consumo con manifiesto de importación No. 33135 de 1983, constituye el título de recaudo que dio origen al mandamiento de pago de fecha 10 de abril de 1989 (fl. 24).

Notificado personalmente el auto anterior el apoderado especial de Chaid Neme Hermanos en diligencia cumplida el 26 de mayo del mismo año, oportunamente interpuso recursos de reposición y subsidiario de apelación.

En proveído de fecha 22 de octubre de 1990, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales no repuso el auto recurrido, concedió el recurso de apelación, y reconoció personería adjetiva al apoderado de la Sociedad ejecutada.

Señala el apelante que el mandamiento de pago está incompleto, pues se basa unicamente en la Resolución No. 835 de octubre 10 de 1985, porque no se incluyó la Resolución No. 1173 de mayo 22 de 1987, ni el Auto 002 de enero 13 de 1988, que forman parte del título.

Afirma, también, que respecto de cada resolución se incumplieron los trámites señalados en el artículo 44 del C.C.A., en cuanto al deber y forma de notificación personal de los actos administrativos al interesado, señalando que la Aduana Interior de Bogotá de manera arbitraria procedió a hacer la notificación directamente por edicto, contraviniendo las disposiciones legales y dejando sin validez las actuaciones realizadas.

Para resolver, se cons*idera :*

Precisa ante todo señalar que aun cuando equivocadamente el memorialista manifiesta que interpone recurso de reposición y en subsidio apelación "...contra el mandamiento de pago de febrero 13 de 1986 ... " (fl. 34), fecha que ciertamente no corresponde, debe entenderse que la impugnación está dirigida contra la providencia de abril 10 de 1989, según la cual el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales expidió la orden respectiva (fl. 24) en contra de la Sociedad que representa.

Previamente a esta actuación la Dirección General de Aduanas dictó la Resolución No. 835 de octubre 10 de 1985, ordenando el cobro de la cuenta adicional No. 692 por un total de $837.241.oo, que debía cancelar la Sociedad Chaid Neme Hermanos S.A. a favor de la Aduana Interior de Bogotá.

Dicha Resolución, que conforme al mandamiento de pago constituye el título ejecutivo, fue notificada por medio de edicto obrante en el expediente a folio 21 en fotocopia autenticada.

Si bien existe un principio de prueba de haberse intentado notificar personalmente la citada Resolución a los representantes legales de Chaid Neme Hermanos S.A., según lo hizo constar una empleada de la propia Sociedad en documento fechado el 11 de octubre de 1 985 (fl. 20), lo cierto es que la Dirección General de Aduanas cuando profirió la Resolución No. 835 omitió seguir el procedimiento que para la notificación de los actos administrativos ordena el artículo 44 del C.C.A., antes de hacerlo por medio de edicto.

En efecto, de acuerdo con la norma citada las decisiones que pongan término a una actuación se notificarán personalmente al interesado, su apoderado o representante. Pero prevé que " ... Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquel haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío de la citación se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto ... " (art. 44, inciso 3o.). Y " ... si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto ..." (fl. 45 ibídem).

La manera como en el presente caso la Dirección General de Aduanas notificó la Resolución 835 está indicando que omitió los requisitos previos al edicto que la ley señala para tal fin. No existiendo prueba de que funcionario idóneo hubiese certificado acerca de los motivos que impidieron realizar la notificación en forma personal al interesado, ni documento alguno que acredite el envío de la citación por correo certificado, ni el transcurso de los términos indicados, no puede tenerse por hecha la notificación, ni la decisión producir efectos legales. (Art. 48 C.C.A.).

De manera que el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales al proferir el auto de mandamiento de pago el 10 de abril de 1989, lo hizo con base en un título carente de ejecutoriedad que no presta mérito ejecutivo y, por lo mismo, no puede pretenderse que se exija al demandado el cumplimiento de la obligación allí contenida.

En conclusión, econtrando que tiene razón el apelante en cuanto a que no se cumplió con el deber y forma de notificación personal de la Resolución Nq. 835 de 10 de octubre de 1985, que constituye el título ejecutivo, habrá la Sala de revocar la providencia apelada.

Finalmente, respecto de que el título ejecutivo es incompleto por no contener las otras providencias que cita el impugnante, baste señalar que la Resolución No. 001173 de mayo 22 de 1987, que tiene que ver con la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 835, resuelta negativamente, y el Auto No. 002 de enero 13 de 1988, por medio del cual la Dirección General de Aduanas rechazó por

improcedente la excepción de pérdida de ejecutoriedad propuesta contra la Resolución No. 001173 mencionada, no afectaron la Resolución No. 835 tantas veces citada, que en su oportunidad la entidad administrativa consideró en firme porque se había agotado la vía gubernativa en virtud de la notificación por edicto como ya se vio, y no haberse interpuesto contra ella ningún recurso, lo que la hacía suficiente por sí misma para que la Administración adelantara de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento, según lo dispuesto en el artículo 64 del C.C.A., por lo que no cabe revocar el mandamiento de pago por esta razón que alega el apelante.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE :

1o. Revocar el auto de fecha 10 de abril de 1989, en virtud del cual el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales dictó mandamiento de pago en contra de la Sociedad CHAID NEME HERMANOS S.A., con NIT 60.000.537, por la cantidad de $837.241.oo.

2o. Devolver el expediente a la Oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL/ COMISIONES REGLAMENTARIAS

En la integración de las Comisiones Reglamentarias de la Asamblea Departamental se omitió el requisito de la elección y se dejó de aplicar el sistema del cuociente electoral, contrariando las disposiciones constitucionales y ordenanzales, alterando por consiguiente el ordenamiento tendiente a mantener la representación proporcional de los partidos, por lo que el acto demandado debe sancionarse con la anulación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0557. Actor: Henry González Meza.

Procede la Sección Quinta del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación interpuesto por el impugnante Doctor Carlos Alberto Gómez Bermúdez en nombre propio, contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 1991, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Quindío, que declaró la nulidad de la Resolución No. 051 de octubre 8 de 1990, en virtud de la cual la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío integró las Comisiones Permanentes para el período legal comprendido entre el 1o. de octubre de 1990 hasta el 30 de septiembre de 1992.

ANTECEDENTES

I. En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Quindío el 18 de octubre de 1990, el Doctor Henry González Meza obrando en su propio nombre, hizo las siguientes peticiones:

"PRIMERA: Declarar que es nula la Resolución No. 051 de octubre 8 de 1990 proferida por la Mesa Directiva de la H. Asamblea Departamental del Quindío

y por medio de la cual se integraron las Comisiones Internas Permanentes de la citada Corporación.

SEGUNDA: Comunicar la decisión que tome ese Honorable Tribunal a la presidencia de la Honorable Asamblea Departamental del Quindío.

TERCERA: Comunicar la misma decisión al señor Gobernador del Departamento del Quindío." (fl. 1, cuaderno No. 2).

II. Como fundamento de hecho el actor enunció varios, que se pueden sintetizar así:

Luego de las elecciones de Diputados el 11 de marzo de 1990, la Asamblea Departamental del Quindío con el voto de los asistentes y aplicando el sistema del cuociente electoral, eligió la Comisión del PLAN en su sesión del día 5 de octubre de 1990, que consta en el Acta No. 002 de la misma fecha.

Mediante Resolución No. 051 de octubre 8 de 1990, la Mesa Directiva de la Asamblea, sin competencia para ello y de manera irregular, procedió a integrar las Comisiones Internas Permanentes de Hacienda y Crédito Público, de Presupuesto y Cuentas, de Educación y Asuntos Sociales, de Obras Públicas y de Códigos y Reglamentos, sin contar con el voto de los asistentes y, por tanto, sin aplicar el sistema del cuociente electoral, incurriendo también en otras anomalías al disponer que dichas Comisiones estarían integradas por ocho diputados entre Principales y Suplentes, con desconocimiento del artículo 43 de la Ordenanza No. 01 de octubre 3 de 1990, que prevé su conformación con cuatro Diputados Principales, designando, además, en algunas en calidad de principales a quienes en las elecciones populares del 11 de marzo de 1990 habían sido elegidos Diputados Suplentes y viceversa, y asignando a algunos principales suplentes que no fueron elegidos Diputados en dichos Comicios.

III. Considera el demandante como disposiciones violadas los artículos 172 y 187 ordinal 11 de la Constitución Nacional, entonces vigentes, los artículos 2 y 3 del Decreto 01 de 1984, el artículo 60, ordinal 11, del Decreto Ley 1222 de 1986, los artículos 1 y 7 del Código Electoral y artículos 43, 50 y 63 de la Ordenanza No. 01 de 1989 de la Asamblea Departamental del Quindío.

IV. En el mismo escrito el demandante pidió la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue decretada por el Tribunal de Primera Instancia en auto de fecha 6 de noviembre de 1990. Surtida la notificación por edicto, se constituyeron como partes impugnantes Isabela Pava Rivera y Carlos Alberto Gómez Bermúdez, quienes interpusieron el recurso de apelación contra la providencia citada, recurso que luego de admitido fue resuelto por la Sección Quinta del Consejo de Estado en proveído de fecha 22 de marzo de 1991, confirmando la decisión del A-q*uo.*

V. La interviniente Pava Rivera presentó incidente de nulidad procesal, por falta de competencia, contra el auto admisorio de la demanda de noviembre 6 de

1990, resuelto negativamente por el Tribunal Administrativo del Quindío en providencia de 7 de febrero de 1991.

Por su parte, el Doctor Carlos Alberto Gómez Bermúdez contestó la demanda afirmando unos hechos y negando otros, para lo cual adujo que " El Demandante, no tuvo en cuenta la verdadera facultad que tiene la Mesa Directiva de la Honorable Asamblea Departamental para haber dictado la Resolución No. 051 de octubre ocho (8) de 1990, ... " (fl. 1, cuaderno No. 3), pues conforme a la Ordenanza No. 01 de octubre de 1990, le corresponde el nombramiento mediante resolución de los miembros de las Comisiones Reglamentarias y Permanentes, en apoyo de lo cual transcribe apartes de jurisprudencia que estima pertinente y solicita la revocatoria del auto admisorio de la demanda, y " ... al Honorable Magistrado Ponente, se sirva declararse impedido por la carencia de competencia por parte del Honorable Tribunal para conocer del presente proceso, ya que, no se trata de la Comisión del Plan". (fl. 6, cuaderno No. 3).

VI. El Tribunal Administrativo del Quindío por medio de su sentencia de fecha 15 de mayo de 1991, declaró la nulidad de la Resolución No. 051 de octubre 8 de 1990, porque considero que " la Mesa Directiva de la Duma del Quindío integró las Comisiones Internas Permanentes de la misma Corporación, mediante nombramiento, sin que la Asamblea en pleno procediera a la elección con el voto de los Diputados conforme lo consagra el artículo 50 de la Ordenanza 01 de 1989, que hace referencia a la elección por la Asamblea de las Comisiones Reglamentarias, y las Comisiones Reglamentarias son las estatuidas en el artículo 42 de la citada Ordenanza, esto es, las mismas que integró la Mesa Directiva de la Duma Departamental por medio de Resolución, careciendo de facultad para ello. Como el hecho fundamental es que la Mesa Directiva de la Duma carecía de competencia para integrar las Comisiones Internas de la Asamblea Departamental del Quindío, resulta a simple vista la violación de la norma ordenanzal estudiada, por tanto, estima la Sala innecesario seguir el análisis de las demás normas invocadas por el actor y que estima violadas". (fl. 125, cuaderno No. 2).

VII. Contra el fallo interpuso recurso de apelación el interviniente Carlos Alberto Gómez Berrmúdez, quien para ello repitió las razones que al contestar la demanda expuso, así como también reprodujo la misma jurisprudencia sobre integración de las Comisiones de las Asambleas Departamentales, Comisión del Plan y Reglamentos Internos, que afirma, es del Consejo de Estado.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Séptima Colaboradora de esta Corporación ha conceptuado que se confirme la decisión recurrida, conclusión a la que llega luego de puntualizar sobre la conformación de las distintas Comisiones de las Corporaciones Públicas, el sistema del cuociente electoral y la manera irregular como se integraron las Comisiones de la Asamblea Departamental del Quindío.

CONSIDERACIONES

Ante todo debe tenerse en cuenta que el motivo de inconformidad con el fallo de primera instancia, alegado por el recurrente en su memorial de apelación, lo hace consistir en que la Ordenanza No. 01 de 1990 contiene el actual Reglamento Interno de la Asamblea Departamental del Quindío, cuyo artículo 32 faculta a la Mesa Directiva para nombrar por medio de Resoluciones las Comisiones Reglamentarias y Permanentes, y según los artículos 74 y 75, respectivamente, surte efectos legales a partir del 1o. de octubre de 1990 y deroga la Ordenanza No. 01 de 1989 y demás normas que le sean contrarias.

Sin embargo, ocurre que cuando la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío expidió la Resolución No. 051 de octubre 8 de 1990, para nombrar con base en la Ordenanza No. 01 de 1990 los miembros de las Comisiones Reglamentarias y Permanentes, dicha Ordenanza aún no estaba vigente y regía y era de obligatorio cumplimiento la Ordenanza No. 01 de 1989. En efecto, revisadas las probanzas aportadas al proceso, se establece que la citada Ordenanza No. 01 de octubre 3 de 1990, allegada en fotocopia (fls. 14 a 49, cuaderno No. 4) debidamente autenticada por el Secretario General de la Asamblea del Departamento del Quindío, no había entrado a regir el 8 de octubre de 1990. Esto se desprende de la constancia suscrita por el Secretario General el 26 de noviembre de 1990, del siguiente tenor:

> " El suscrito Secretario General de la Asamblea General del Quindío, se permite certificar: El Proyecto de Ordenanza por medio del cual se adopta el Reglamento de la Asamblea del Departamento del Quindío, para su organización y funcionamiento y se dictan otras disposiciones sufrió dos debates reglamentarios así; el primer debate el día 6 de octubre de 1990, el segundo debate el día 12 de octubre de 1990".

Así pues, cuando la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental expidió el 8 de octubre de 1990 la Resolución No. 051 para integrar las Comisiones Reglamentarias y Permanentes, cuya nulidad se pretende en este proceso, la Ordenanza No. 01 de octubre 3 de 1990, aducida por el recurrente para impugnar la decisión de la primera instancia, aún no había sido objeto del debate del 12 de octubre que se menciona en la constancia secretarial transcrita. (Art. 34, Decreto 1222 de 1986).

Establecido como está que la Asamblea Departamental del Quindío el 8 de octubre de 1990 se hallaba sujeta al cumplimiento de la Ordenanza No. 01 de 1989, es necesario referirse al tema de las Comisiones de la Duma conforme al contenido de esta Ordenanza.

Su artículo 38 dispone que las Comisiones se dividen en legales, reglamentarias y accidentales, siendo las REGLAMENTARIAS (art. 42) las de Hacienda, Presupuesto, Educación, Obras Públicas, Códigos y la Comisión de la Mesa. De otra parte, su artículo 50 preceptúa que "La Asamblea elegirá las Comisiones Reglamentarias a más tardar dentro de los ocho (8) primeros días de iniciado el

correspondiente período legal de las sesiones; exceptuando la Comisión de la Mesa que se elegirá el día de la instalación de la Asamblea.".

El 18 de marzo de 1990, fueron elegidos los Diputados a la Asamblea Departamental del Quindío, como así lo hacen constar los Delegados del Registrador Nacional en documento obrante en el expediente a folio 6 del cuaderno No. 2.

El día 8 de octubre siguiente, mediante Resolución No. 051, la Mesa Directiva de la Duma resolvió integrar las Comisiones de Hacienda, Presupuesto, Educación, Obras Públicas y Códigos (fls. 21 y 22 del cuaderno No. 2), lo que debió hacerse en la forma prevista en el artículo 50 de la Ordenanza No. 01 de 1989, es decir, mediante elección por los votos de los Diputados de la Asamblea. Esta forma de integrar las Comisiones Reglamentarias también vulneró el artículo 172 de la Constitución Nacional vigente en la época de los hechos, porque el sistema aplicable era el del cuociente electoral "A fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote, por dos o más individuos en elección popular o en una Corporación Pública ... ". También se quebrantó el artículo 7o. del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral, de idéntico contenido.

El recurrente, el apoyo de sus afirmaciones, también acude a jurisprudencia que asegura es del Consejo de Estado, pero no precisa la fuente. Primordialmente se refiere a determinar si la competencia para declarar la nulidad de la designación de las Comisiones de la Asamblea, en ese caso del Departamento del Tolima, le corresponde a la Duma, por ser ellas de orden interno, o si, por el contrario, es de la jurisdicción contencioso administrativa, lo que lleva a la conclusión de que esa jurisprudencia no guarda relación con el asunto debatido.

En el caso sub-judice lo cierto es que en la integración de las Comisiones Reglamentarias de la Asamblea Departamental del Quindío se omitió el requisito de la elección y se dejó de aplicar el sistema del cuociente electoral, contrariando las disposiciones atrás citadas, alterando por consiguiente el ordenamiento tendiente a mantener la representación proporcional de los partidos, por lo que el acto demandado debe sancionarse con la anulación, lo que conduce a la confirmación de la sentencia apelada.

Como este cargo prospera, no se requiere hacer más análisis en cuanto a las otras irregularidades que el actor ha planteado en su demanda.

Finalmente, la Sala debe observar que los preceptos del Código de Régimen Municipal que cita la Agente del Ministerio Público no son pertinentes, porque se refieren a los Concejos Municipales y no a las Asambleas Departamentales. Para estas últimas Corporaciones están previstas normas similares en el Decreto 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental. También debe puntualizar que cuando en dicho concepto se hace referencia al "Concejo Municipal del Quindío", debe entenderse Asamblea Departamental del Quindío.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de acuerdo parcialmente con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en este proceso el 15 de mayo de 1991.

2o. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Víctor Hernando Alvarado Ardila,* Conjuez; *Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/ JUICIO EJECUTIVO/ SUSPENSION DEL PROCESO

El proceso de ejecución por jurisdicción coactiva es autónomo del de nulidad y restablecimiento del derecho, con la única salvedad en cuanto a que la tramitación de éste puede dar lugar a la suspensión de aquél bajo las causales y en la etapa prevista los artículos 170 y 171 del C. de P. C., respectivamente, lo que corresponde decidir al juez que conoce del proceso en su oportunidad.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C., venticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0116. Partes: La Nación contra Corporación de Ahorro y Vivienda " Ahorramas". Jurisdicción Coactiva.

No habiendo prosperado el recurso de reposición, la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales concedió el de apelación subsidiariamente interpuesto contra el mandamiento ejecutivo calendado a mayo 24 del año en curso, notificado personalmente al apoderado judicial de la sociedad ejecutada el 29 del mismo mes, en virtud del cual ordenó a " Ahorramás", Corporación de Ahorro y Vivienda, pagar a favor del Tesoro Nacional la cantidad de dos millones quinientos mil pesos ($2.500.000.oo) por concepto de multa que le impuso la Superintendencia Bancaria, más las costas que se causaren.

ANTECEDENTES :

En este proceso el título ejecutivo lo constituye la Resolución de la Superintendencia Bancaria determinada al No. 3570 de octubre 27 de 1989, con la que impuso a Ahorramás multa a favor del Tesoro Nacional por la suma de

$2.500.000.oo M/cte., por contravención a lo ordenado en Circular Externa No. 052 de 1988. Esa resolución fue confirmada en su integridad con la No. 0113 de enero 12 de 1990.

Fundamento del Recurso .

La inconformidad con el mandamiento de pago la sustenta el recurrente, en memorial de fecha mayo 30 del año en curso visible en estas copias del fl. 21 al 24 fte., aduciendo que habiendo Ahorramás demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho la resolución que sirve de título a la ejecución, a pesar de estar ejecutoriada carece de mérito ejecutivo por no constar en ella una obligación actualmente exigible.

A esa conclusión llega con apoyo en el Art. 140 del C.C.A., por cuanto el administrado que ejerce la acción aludida "... no está obligado a pagar las sanciones de Resoluciones que aún encontrándose ejecutoriadas, están pendientes de decisión ante lo Contencioso Administrativo..."; no exigiéndolo norma especial le "...bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago de los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto...".

Concluye afirmando que el título ejecutivo objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho "...no puede ser cobrado hasta tanto no haya un pronunciamiento definitivo en derecho...".

En idéntico sentido se expresa en el alegato de segunda instancia (fls. 40 a 43), anticipándose a objetar el criterio de la Sala en cuanto ha venido sosteniendo que la existencia de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el acto administrativo que sirve de título al mandamiento ejecutivo, es causal de suspensión del proceso por prejudicialidad pero no de inexigibilidad de la obligación.

En su concepto la ejecución por jurisdicción coactiva mantiene la condición de actuación administrativa orientada por los principios del Art. 3o. del C.C.A., que resultarían contrariados por el embargo que en aquél se haga de dineros del ejecutado de llegarse a disponer la suspensión del proceso, por el perjuicio que con ello se causaría al administrado si le llegare a ser favorable el fallo del contencioso. Concluye afirmando:

> "...una Resolución expedida por la Superintendencia Bancaria es exigible dentro de un proceso ejecutivo, cuando no medie un proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la misma, además de corresponderle estar en firme. Es por ello que a la administración le corresponde antes de iniciar un proceso ejecutivo, verificar o comprobar que en el caso del cobro de sanciones, no se haya iniciado la correspondiente acción de nulidad. Esto es posible si se tiene en cuenta que al funcionario responsable del cobro la ley lo autoriza para realizar acciones coactivas diferentes del proceso ejecutivo..." (fl. 42 fte.).

Para decidir

SE CONSIDERA :

Al tenor del Art. 68 del C.C.A., presta mérito ejecutivo todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación la obligación de pagar una suma líquida de dinero, siempre que en el respectivo documento conste esa obligación en forma clara, expresa y actualmente exigible.

En el caso de autos la resolución que constituye el título del mandamiento ejecutivo alcanzó firmeza, por cuanto fue decidido, confirmándola, el recurso de reposición que contra ella se interpuso por la vía gubernativa. Además, esa resolución no ha perdido fuerza ejecutoriada, toda vez que no se ha dado -al menos de ello no existe prueba- alguno de los eventos previstos en el Art. 66 del C.C.A. Por consiguiente, la multa allí impuesta es de obligatorio pago, que al no haberse hecho en el término que para el efecto se otorgó en la prementada resolución No. 3570 de octubre 27 de 1989, permite a la Nación proceder por la vía de la jurisdicción coactiva. Así lo autoriza el Art. 64 del C.C.A., sin que tenga fundamento la afirmación del recurrente en el sentido de que antes de acudir a aquélla debe la administración -en este caso la Nación- establecer si contra el acto administrativo en firme cursa acción de nulidad y restablecimiento del derecho.- Tesis tan peregrina no encuentra asidero de orden legal y ni siquiera práctico, como que sería ilógico que al acreedor se impusiera la tarea previa de establecer que no se contradice por vía jurisdiccional la validez de su título.

Otra cosa es que el administrado, agotada la vía gubernativa, resuelva discutir la legalidad de la obligación que le resulta del acto administrativo en firme. Por ello deberá satisfacer lo ordenado en el Art. 140 del C.C.A. para que sea admisible la demanda, sin que la consignación previa de la suma liquidada o debida, o la caución cuando ley especial no exija aquélla, sea bastante a enervar la exigibilidad de la obligación tornándola en no ejecutiva.

El proceso de ejecución por jurisdicción coactiva es autónoma del de nulidad y restablecimiento del derecho, con la única salvedad en cuanto a que la tramitación de este puede dar lugar a la suspensión de aquél bajo las causales y en la etapa prevista en los artículos 170 y 171 del C. de P. Civil, respectivamente lo que corresponde decidir al juez que conoce del proceso en su oportunidad.

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

RESUELVE :

Confirmar el mandamiento de pago proferido en contra de "Ahorramás" Corporación de Ahorro y Vivienda por la División Segunda de Ejecuciones Fiscales con fecha mayo 24 del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1991

Págs.

A

ABEL GUEVARA VARGAS 79
ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. 263
AGUSTIN GARCIA OSPINA Y OTROS 210
AGUSTINA ISABEL VILLAMIL RAMIREZ 319
ALFONSO VALBUENA BASTIDAS 958
ALMACENES PAGUEMENOS LTDA. Y CIA. S.C.A. 536
ALMACENES ROCA S.A. 732
ALVARO GONZALEZ RESTREPO 252
ANIBAL ZAPATA Y OTROS 462
ANIBAL OROZCO CIFUENTES 19
ANTONIO HABEICH GUZMAN 454
ANTONIO DUVAN HERNANDEZ 998
ARNALDO MARQUEZ GALUE 885
ARTEMO FRANCO MEJIA Y CIA. 799

C

CAJAS PLASTICAS S.A. 564
CALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A. 938
CARLOS E. CAMPILLO PARRA 1059
CEDULAS COLON DE CAPITALIZACION COLSEGUROS S.A. 672
CINE COLOMBIA S.A. 773
CIRO GOMEZ MEJIA 126, 148
COMPAÑIA INDUSTRIAL DE AUTOPARTES LTDA. 609
COMPAÑIA DE SEGUROS BOLIVAR 760

COMPAÑIA COLOMBIANA DE SEGUROS DE VIDA S.A. 678
COMPAÑIA SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. 711
COMPAÑIA UPJOHN S.A. 850
CON–GENIAR LTDA.– 65
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS 866
COUNTRY CLUB DE BOGOTA 947

D

DISTRIESPUMAS DEL LLANO LTDA. 639
DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA 967, 986, 1049, 1053
DORIS STELLA DELGADO ZAMORA Y OTROS 173
DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A. 857

E

EDITORIAL MERCURIO S.A. 597
ELENA MEJIA DE VILLEGAS 804
ELIAS JAIMES CASTILLO 841
EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA 380
ESTHER BODMER VDA. DE GARAVITO 150

F

FASECOLDA Y ACORDES 645
FELISA AMADO DE DIAZ 491
FERNANDO SALAZAR MEJIA 809
FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES 167
FERRETERIA SURTINIPLES LTDA. 487, 459, 716
FINANCIACOOP 582
FLORAMERICA S.A. 923

G

GABRIEL ANCHICOQUE ARDILA Y OTROS 432
GENEROSO MANCINI & CIA. LTDA. 495
GREAT LAKES DREDGE & DOCK COMPANY 592
GUILLERMO ARANGO Y SUCESORES LTDA. 556

H

HENRY GONZALEZ MEZA 1122
HILANDERAS S.A. 511
HOECHST COLOMBIANA S.A. 664
HUGO A. RESTREPO MONTOYA 720, 725
HUMBERTO RODRIGO PELAEZ ROLDAN 192

I

IGNACIO CHIAPPE LEMOS Y OTRA 501
INMOBILIARIA INDUSTRIAL Y COMERCIAL LTDA. 696
INTERNATIONAL EMERALD Y CO. LTDA. 931
INVERSIONES METROPOLIS LTDA. 792

J

JESUS EDUARDO ORTIZ PACHECO Y OTRO 1003
JOAQUIN GRANADOS MELO 156
JORGE MONTOYA PAZ 9, 261
JOSE JESUS LAVERDE OSPINA 297
JOSE CELIANO CABIEDES Y OTROS 283
JUAN DIEGO VELEZ MAYA 561
JULIO ROMULO ORDOÑEZ ANACONA 51

K

KALIL Y CIA. LTDA. SOMMEIL 745

L

LA NACION 524, 970, 978, 944, 1044, 1065, 1118, 1128
LEGISLACION ECONOMICA S.A. 769
LUIS MARIO DUQUE 740

M

MALTERIAS DE TECHO S.A. 529
MAO'S PHISICAL FINTESS CLUB LTDA. 603

MARIA ODILIA MUÑOZ Y OTROS 449
MARIA ESMIR SUAREZ AGUILAR Y OTROS 267
MARISTI PEREIRA LTDA. 704
MARTHA CECILIA FORERO DE GALAN 944
MARTIN ALBERTO GONZALEZ Y OTROS 341
MAZCO BOGOTA S.A. 520
MELIDA INES DOMINGUEZ DE MEDINA Y OTROS 406
MORRISON KNUDSEN INTERNATIONAL CO. INC. 624
MUNICIPIO DE NEIVA 974
MUNICIPIO DE MEDELLIN 990

N

NESTOR DARIO MARIN 1112

O

OLIVERIO REYES PINEDA 302
OSWALDO RAFAEL MARTINEZ MINDIOLA 1019, 1028

P

PEDRO SILVIO PULIDO PINTO 614
PEDRO IGNACIO FONSECA BELLO Y OTROS 1032
PEREIRA MOTORS S.A. 575
PETROFERT IMPORT EXPORT LTDA. 757
PROCINAL LTDA. 622
PRODUCTORA ANDINA DE DULCES S.A. 633
PROSALUD Y BINESTAR LTDA. 654

R

RAFAEL ESPINOSA HERMANOS Y CIA. LTDA. 785
RICARDO TOVAR Y CIA. LTDA. 544
ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ Y OTROS 357
ROYANTAS LTDA. 506
RUBEN PEREZ 42

S

SANTA FE DE BOGOTA D.C. 1016
SERVIMOTOR LTDA. 550
SINGER SEWING MACHINE COMPANY 891
SOCIEDAD PHIDIA INVESTMENT ANSTALT 93
SOCIEDAD PROVISEGUROS LTDA. –ASESORES DE SEGUROS– 119
SOCIEDAD OLIVETTI COLOMBIANA S.A. 326
SOCIEDAD ATUESTA GUARIN & POMBO LTDA. 228
SOCIEDAD ALMACENES DURAN S.A. 307
SOCIEDAD HELIVALLE LTDA. 727

T

TELECOM 753
TOMAS A. BADILLO DE ANGEL Y OTROS 420
TRANSPORTES SODISMAL LTDA. 845
TRANSPORTES CHINCHILLA MORA Y CIA. LTDA. 779
TRANSPORTES LASER LTDA. 88
TRANSPORTES ARIMENA S.A. 156

U

URBANO ALMECIGA MARTINEZ 1082

V

VICTOR SAMUEL OLIVEROS LUJAN 393
VIMODERNAS S.A. 541

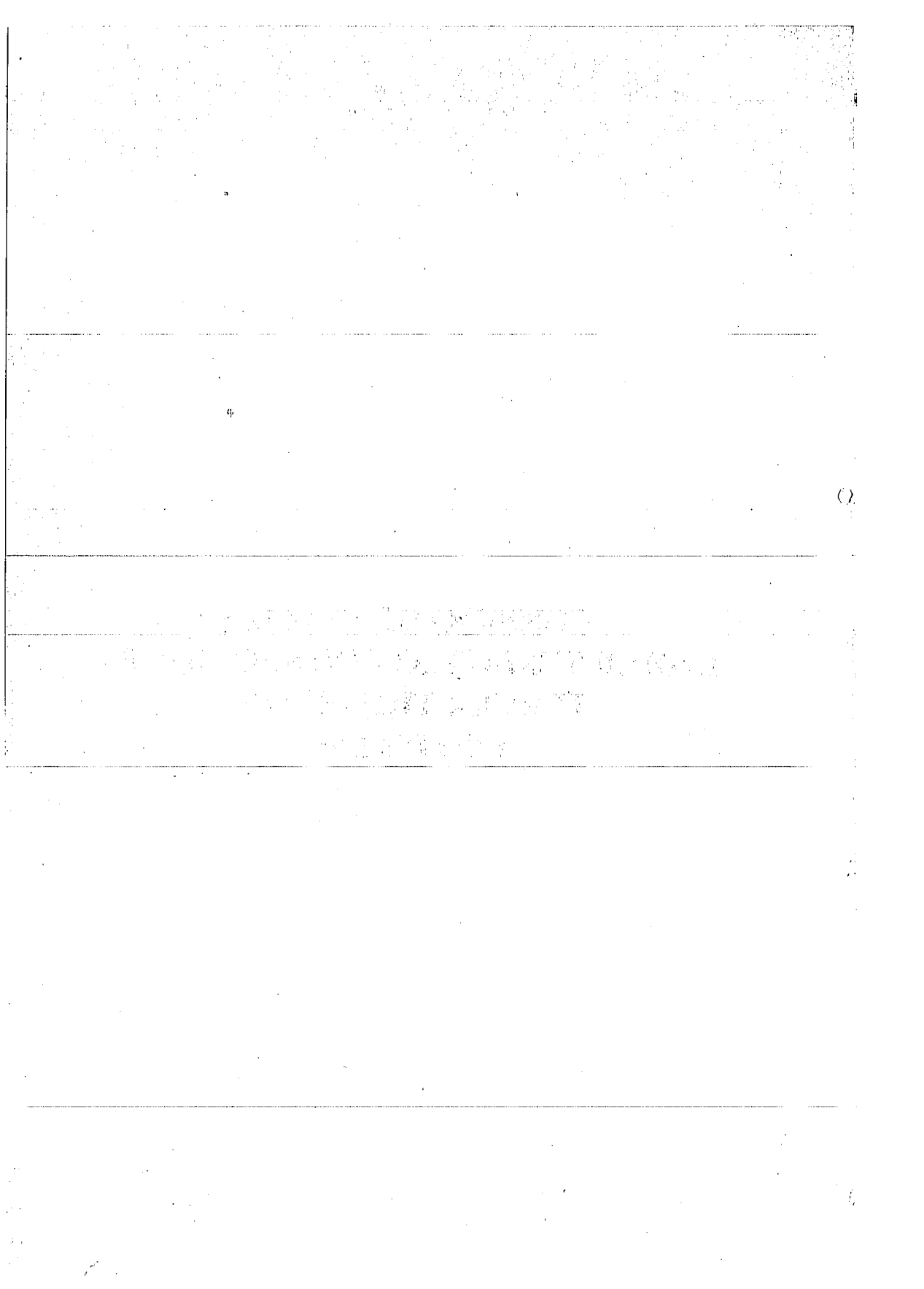
W

WILLIAM GIRALDO GIRALDO 1071

Y

YOLANDA AZOUTH ROA Y OTRO 812

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1991



SECCION TERCERA

A

ACCION DE NULIDAD– Improcedencia: 297
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 79
ACCION DE REPARACION DIRECTA: 51
ACCION IN REM VERSO: 326
ACTO ADMINISTRATIVO: 228
ACTO ADMINISTRATIVO– Firmeza: 79
ACTO COMPLEJO: 42
ACTO DE ADJUDICACION– Naturaleza: 9
ACTO DE EJECUCION: 228
ACTO SEPARABLE: 9
ACTUACION ADMINISTRATIVA: 210
ACUMULACION DE PRETENSIONES: 192
AUTO ADMISORIO: 261
AUTO DE CUMPLIMIENTO: 150

B

BALDIOS– Adjudicación: 454
BANCO DE LA REPUBLICA: 432

C

CADUCIDAD: 51, 88, 302
CARGA DE LA PRUEBA: 319

COMPETENCIA: 119, 380
CONCILIACION: 263
CONCURRENCIA DE CULPAS: 319, 432
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO: 9
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Inhabilidades: 64
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Perfeccionamiento: 64
CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION: 167
CONTRATO DE INTERVENTORIA: 380
CONTRATO DE TRANSPORTE: 88
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: 64, 88, 297
CORRETAJE: 119
CUMULO DE INDEMNIZACIONES: 357, 406

D

DEMANDA– Interpretación: 192
DEMANDA– Admisión: 9
DEMANDA– Inadmisión: 9
DEMANDA– Ineptitud: 42
DEMANDA– Ineptitud (Salvamento de voto): 148
DEMANDA– Requisitos: 42, 79
DERECHO DE PROPIEDAD– Afectación: 126

E

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: 326

F

FALLA DEL SERVICIO: 126, 319
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA– Arma Oficial: 462
FALLA DEL SERVICIO ADUANERO: 51
FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS: 192
FALLA DEL SERVICIO DE ALMACENAJE: 307
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA: 173, 267, 393
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO: 341
FALLA DEL SERVICIO MEDICO: 406
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA– Inexistencia: 319
FALLA PERSONAL DEL AGENTE– Inexistencia: 173

G

GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA: 252
GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA: 64

I

IMPEDIMENTO MORAL: 64
INCORA: 454
INDEMNIZACION A FORFAIT: 357, 406
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS: 210, 357, 380
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO: 42
INSPECCION JUDICIAL: 454
INTERVENCION DE TERCEROS: 297
IURA NOVIT CURIA PARTES– Inexistencia: 192

J

JUICIO EJECUTIVO: 228
JURISDICCION CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVA: 119

L

LEGITIMACION EN LA CAUSA: 267
LEGITIMACION PROCESAL: 19, 297
LEGITIMACION POR PASIVA: 192
LESION RESARCIBLE: 93, 156
LESION RESARCITORIA: 19
LUCRO CESANTE: 357

N

NULIDAD: 64, 210
NULIDAD PROCESAL– Improcedencia: 449

P

PARENTESCO: 64
PERJUICIOS MATERIALES: 267

PERJUICIOS MATERIALES (Salvamento de voto): 148
PERJUICIOS MORALES A HERMANOS: 341
PERJUICIOS MORALES A HERMANOS– Determinación: 283,
PERJUICIOS MORALES– Determinación: 341
PERJUICIOS MORALES– Improcedencia: 462
PLIEGO DE CONDICIONES– Contenido: 252
PLIEGO DE CONDICIONES– Naturaleza Jurídica: 167
POSESION: 19
PREJUDICIALIDAD PENAL– Improcedencia: 173
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS: 64
PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS: 19, 93, 420
PRUEBA TRASLADADA– Valor probatorio: 173
PRUEBAS: 454

R

RECURSO DE APELACION: 261
RECURSO DE REPOSICION– Límites: 79
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION: 302
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA: 449
RECURSOS: 9, 261
RELACION DE CAUSALIDAD: 406
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: 380
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: 432
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO: 126
RESPONSABILIDAD OBJETIVA: 19
RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE: 307
RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL: 19, 93, 156, 420
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: 432
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO: 210
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO– Improcedencia: 79

S

SENTENCIA PENAL– Valor probatorio: 173
SENTENCIA– Cumplimiento: 228
SUSPENSION PROVISIONAL: 9, 261
SUSPENSION PROVISIONAL– Procedencia: 167

T

TERMINO: 252
TESTIMONIO: 454

SECCION CUARTA

A

ACREEDOR EXTRANJERO: 501
ACTIVO FIJO– Naturaleza: 792
ACTO ADMINISTRATIVO: 581, 850
ACTO ADMINISTRATIVO– Firmeza: 487
ACTO ADMINISTRATIVO– Ineficacia: 727
ACTO ADMINISTRATIVO– Inexistencia: 581
ACTO COMPLEJO: 799
ACTO DEFINITIVO: 850
ACUERDO MUNICIPAL– Vigencia: 841
ADMINISTRACION TRIBUTARIA: 592
ADMINISTRACION TRIBUTARIA– Facultades: 744
ANEXOS: 710. 792
ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS– Efectos: 529
ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: 760

B

BASE GRAVABLE: 740, 792
BASE GRAVABLE– Determinación: 779, 785
BENEFICIO TRIBUTARIO– Naturaleza: 624

C

CADUCIDAD: 592
CADUCIDAD– Cómputo: 603
CADUCIDAD– Iniciación: 581
CARGA DE LA PRUEBA: 678
CAUCION– Obligatoriedad: 757
CERTIFICADO BIMESTRAL: 639
CERTIFICADO DE CONTADOR– Ineficacia: 857

CHEQUE NO NEGOCIABLE: 720, 944
CHEQUE NO NEGOCIABLE (Aclaración de voto): 720
CHEQUE NO NEGOCIABLE (Salvamento de voto): 725
CIRCULAR DE SERVICIO: 581
CIRCULAR EXTERNA: 501, 720
COMERCIANTE– Obligaciones: 495
COMPAÑIA DE SEGUROS: 678
COMPAÑIA DE SEGUROS– Vigilancia: 645
COMPARACION DE PATRIMONIOS: 529
COMPRAS– Rechazo: 744
COMPROBANTE DE CONTABILIDAD: 891
COMPETENCIA: 672
COMUNICACION: 581
CONSULTA: 603
CONTABILIDAD POR CAUSACION: 511
CONTABILIDAD POR CAUSACION (Aclaración de voto): 511
CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE– Terminación: 720
CONTRIBUCION DE VALORIZACION: 947
CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL: 812
CONTRIBUYENTE– Deberes: 732
CONTROL DE PRECIOS– Efectos: 850
COSTO PRESUNTIVO– Procedencia: 490
COSTO– Rechazo: 931
CREDITO EN MONEDA EXTRANJERA: 501

D

DECLARACION TRIBUTARIA: 564
DEDUCCION: 678, 792
DEDUCCION POR SALARIOS– Improcedencia: 857
DEDUCCION POR AGOTAMIENTO DE MINAS– Cálculo: 938
DEDUCCION POR INTERESES (Aclaración de voto): 511
DEDUCCION POR INTERESES– Improcedencia: 857
DEDUCCION POR INTERESES– Procedencia: 511
DEDUCCION– Improcedencia: 891
DEDUCCION– Requisitos: 744
DEDUCCION– Rechazo: 891
DEMANDA: 710
DEMANDA– Corrección: 520

DEMANDA– Interpretación: 744, 845
DEMANDA– Rechazo: 520
DEMANDA– Requisitos: 710, 792, 799
DEPOSITO FRANCO: 958
DESISTIMIENTO: 622
DEVOLUCION: 947
DIN: 672
DISTRIBUIDOR DE COMBUSTIBLE: 779
DOCUMENTO INTERNO: 891
DOCUMENTO EXTERNO: 891

E

EGRESO– Realización: 614
EMPRESA EDITORIAL– Requisitos: 597
ERROR ARITMETICO: 556
ERROR ARITMETICO– Naturaleza: 654
ERROR DE TRANSCRIPCION– Efectos: 654
EXCEPCIONES: 524
EXENCION TRIBUTARIA: 785, 958
EXPORTACION: 785, 958

F

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL: 561, 740, 804, 841, 885
FACTURA– Requisitos: 744
FALLO INHIBITORIO– Improcedencia: 581, 710

G

GESTION ADMINISTRATIVA– Control: 866

H

HONORARIOS– Naturaleza: 760

I

IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS: 773
IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS: 740

IMPUESTO DE FOMENTO CINEMATOGRAFICO: 773
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO: 785, 792
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO– Cali: 804
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO– Cúcuta: 841
IMPUESTO DESCONTABLE: 931
IMPUESTO DESCONTABLE– Improcedencia: 923
IMPUESTO DESCONTABLE– Procedencia: 923
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO: 541, 664, 779, 958
IMPUESTO SOBRE LA RENTA: 511, 624, 744, 857, 931, 938
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS: 536, 757, 923
IVA: 923
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO: 799
INFORMACION DEL CONTRIBUYENTE– Improcedencia: 678
INFORMACION TRIBUTARIA: 678
INGRESO EN MONEDA EXTRANJERA– Estimación: 624
INGRESO NETO– Cálculo: 549
INGRESO POR EXPORTACION: 785
INGRESOS– Omisión: 891
INSPECCION TRIBUTARIA: 727
INTERES CORRIENTE: 672
INTERES MORATORIO: 672, 885
INTERES COMERCIAL: 947
INTERMEDIACION FINANCIERA: 720

J

JUICIO EJECUTIVO: 524
JURISDICCION COACTIVA: 524

L

LEY PROCESAL– Aplicabilidad: 575
LEY PENAL– Inaplicabilidad: 866
LIBROS DE CONTABILIDAD: 495, 544
LIBROS DE CONTABILIDAD– Pérdida: 639
LIQUIDACION DE CORRECCION– Improcedencia: 556
LIQUIDACION DE IMPUESTOS– Efectos: 753
LIQUIDACION DE OPERACIONES: 501

LIQUIDACION DE REVISION– Término: 575, 633, 732
LIQUIDACION OFICIAL: 549
LIQUIDACION PRIVADA– Pago: 609

M

MEDIOS PROBATORIOS: 511
MEDIOS PROBATORIOS– Prelación: 678
MERCANCIA RECUPERADA– Costo: 891
MONEDA EXTRANJERA: 501

N

NORMA LOCAL: 710, 792
NORMA LOCAL (Aclaración de voto): 710
NOTIFICACION: 581, 727
NOTIFICACION TRIBUTARIA: 727
NULIDAD PROCESAL: 727
NULIDAD Improcedencia: 549

O

OBJETO SOCIAL– Determinación: 678

P

PAGO– Improcedencia: 524
PARTES– Designación: 744, 845
PASIVOS– Rechazo: 544, 696
PERIODO GRAVABLE– Individualización: 633
PODER ESPECIAL– Otorgamiento: 624
POLICIA ADMINISTRATIVA: 720, 866
POTESTAD REGLAMENTARIA: 720
PRESCRIPCION: 732, 769
PRESCRIPCION– Improcedencia: 524
PRESUNCION DE INGRESO– Improcedencia: 744
PRESUNCION DE VERACIDAD: 564, 696
PRIMA CEDIDA: 678
PRINCIPIO DE CELERIDAD: 716

PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL (Aclaración de voto): 581
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD– Improcedencia: 732
PRODUCCION PRIMARIA: 804
PROVISION PARA PRESTACIONES SOCIALES: 891
PROVISION PARA PENSIONES DE JUBILACION: 891
PRUEBA CONTABLE: 544, 891
PRUEBAS: 511
PRUEBAS DE OFICIO: 678
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA: 529
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA– Improcedencia: 792
PRUEBAS– Oportunidad: 710
PRUEBA DOCUMENTAL: 779
PRUEBA DOCUMENTAL– Ineficacia: 696, 744
PRUEBA TESTIMONIAL: 779
PUNTO NUEVO: 549

R

RECHAZO DE SERVICIOS PAGADOS: 760
RECURSO DE APELACION: 520, 659
RECURSO DE APELACION– Improcedencia: 716
RECURSO DE APELACION– Oportunidad: 541
RECURSO DE APELACION– Presentación: 664
RECURSO DE APELACION– Procedencia: 622
RECURSO DE APELACION– Sustentación: 664
RECURSO DE RECONSIDERACION– Requisitos: 609
RECURSO DE REPOSICION: 520
RECURSOS ADMINISTRATIVOS: 592
RELACION DE CAUSALIDAD: 744
RENTA BRUTA– Determinación: 678
RENTA BRUTA– Adición: 891
RENTA EXENTA– Cálculo: 938
RENTA EXENTA– Improcedencia: 597
RENTA PRESUNTIVA: 850
RENTA PRESUNTIVA– Disminución: 549
RENTA PRESUNTIVA– Reducción: 850
REQUERIMIENTO ESPECIAL: 633
REQUERIMIENTO ORDINARIO: 654
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA– Evolución: 704

RETENCION EN LA FUENTE: 614
RETENCION EN LA FUENTE– Salarios: 857
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO: 659
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO– Efectos: 716
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO– Requisitos: 487

S

SALDO A FAVOR– Imputación: 536
SANCION DE AFORO: 769
SANCION POR MORA: 885
SANCION POR INEXACTITUD: 490, 769
SANCION POR INEXACTITUD– Improcedencia: 639
SANCION POR LIBROS: 495
SANCION POR LIBROS– Procedencia: 760
SANCION TRIBUTARIA: 678, 732, 769
SANCION TRIBUTARIA– Improcedencia: 490
SENTENCIA– Motivación: 866
SERVICIO DE COMPUTACION: 760
SERVICIO GRAVADO: 923
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO– Improcedencia: 603, 664
SISTEMA CONTABLE DE CAJA: 614
SISTEMA DE CAUSACION: 614
SOCIEDAD EXTRANJERA– Representación: 696
SOFTWARE: 760
SUPERINTENDENCIA BANCARIA– Facultades: 501, 581, 645, 720, 866
SUPERINTENDENTE BANCARIO– Facultades: 720
SUPERINTENDENTE BANCARIO– Facultades (Aclaración de voto): 720
SUSPENSION PROVISIONAL (Aclaración de voto): 720
SUSPENSION PROVISIONAL (Salvamento de voto): 725
SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia: 753, 812
SUSPENSION PROVISIONAL– Oportunidad: 809
SUSPENSION PROVISIONAL– Procedencia: 561, 841, 944

T

TARIFA: 841
TASA: 672

TITULO EJECUTIVO: 524
TRANSITO DE LEGISLACION: 575, 592

V

VENTAS A PLAZOS: 891
VENTA DE CARTERA: 891
VENTAS IN BOND: 958
VIA GUBERNATIVA– Agotamiento: 487, 541, 549

SECCION QUINTA

A

ACCION EJECUTIVA: 1016
ACTA– Valor probatorio: 1112
ACTO ADMINISTRATIVO: 1082
ACTO ADMINISTRATIVO– Eficacia: 1044
ACTO DE ELECCION: 1112
ALCALDE– Inhabilidades: 998, 1071
ALCALDE– Requisitos: 1082
ARTICULO POSTERIOR: 1028
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL: 1122
ASOCIACION COLOMBIANA DE INDUSTRIAS LICORERAS– Naturaleza Jurídica: 1071
ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS: 1071
AUTO ADMISORIO: 1003
AUTORIDAD CIVIL: 998
AUTORIDAD POLITICA: 998

C

CARGA DE LA PRUEBA: 1082
COMISIONES REGLAMENTARIAS: 1122
CONCEJO MUNICIPAL– Representación: 1059
CONTRATO DE SEGURO: 986
COPIA DEL ACTO: 1003

D

DEMANDA ELECTORAL– Requisitos: 1003
DEMANDA– Ineptitud: 967
DICTAMEN PERICIAL: 1003
DOMICILIO: 1082

E

EMPLEADO OFICIAL: 1071
EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES– Directivos: 1059
ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL: 1059
ESCRUTINIO: 1032
EXCEPCIONES: 967, 970, 974
EXCEPCIONES– Improcedencia: 1053

G

GOBERNADOR– Facultades: 1019

I

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES: 967
INSPECCION JUDICIAL– Valor Probatorio: 1032
INTERES MORATORIO: 986

J

JUICIO EJECUTIVO: 967, 1128
JURISDICCION COACTIVA: 1053, 1128

L

LEGITIMACION EN LA CAUSA: 994
LEY ESPECIAL: 1028

M

MANDAMIENTO DE PAGO: 970, 994

MANDAMIENTO DE PAGO– Improcedencia: 1049, 1118
MEDIDAS CAUTELARES– Oportunidad: 978

N

NOTIFICACION: 1003, 1044
NOTIFICACION POR EDICTO: 1003

P

PERSONERO MUNICIPAL– Requisitos: 1112
PRESCRIPCION: 1016
PRESUNCION DE LEGALIDAD: 1082
PRINCIPIO DE CONTRADICCION: 1003
PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL: 967
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD: 1003

R

RECURSOS DE APELACION: 970
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Improcedencia: 1028

S

SENTENCIA– Aclaración: 1019
SENTENCIA– Adición: 1019
SUSPENSION DEL PROCESO: 1128

T

TERMINACION DEL PROCESO POR ABANDONO– Improcedencia: 1003
TITULO EJECUTIVO: 974, 990, 994, 1044
TITULO EJECUTIVO– Ejecutoriedad: 1118

V

VACANCIA: 1059
VECINDAD: 1082

CONSEJO DE ESTADO
INDICE DE NORMAS DEMANDADAS
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1991

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETO REGLAMENTARIO 0400 DE 1987: artículo 8o. (Anulado) 614

RESOLUCIONES

RESOLUCIONES 0316 Y 3918 DE 1988, expedidas por la Superintendencia Bancaria (Anulado) 645

RESOLUCION 051 DE 8 DE OCTUBRE DE 1990, proferida por la mesa directiva de la Asamblea Departamental del Quindío por medio de la cual integró las comisiones internas permanentes de la misma Corporación 1122

RESOLUCION 81 DE 28 DE DICIEMBRE DE 1990, expedida por la Junta Monetaria 809

CIRCULARES

CIRCULAR D–020 DE 9 DE MARZO DE 1983, expedida por la Superintendencia Bancaria; aparte de la Instrucción 3 (Confirma Suspensión) 501

CIRCULAR EXTERNA 044 DE 17 DE MAYO DE 1987, expedida por la Superintendencia Bancaria (Anulada) 720

CIRCULAR EXTERNA 026 DE 1991, expedida por Superintendente Bancario (Suspendido) 944

ACUERDOS DISTRITALES

ACUERDO 21 DE 1983, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá; artículo 86 parágrafo, literal e) (Confirma Anulación) 885

ACUERDO 16 DE 1990, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá; artículos 1o. al 14 (Revoca Suspensión) 812

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDO 143 DE 10 DE DICIEMBRE DE 1987, expedido por el Concejo Municipal de Cali; artículo 1o. (Confirma Suspensión) 740

ACUERDO 016 DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 1990, expedido por el Concejo Municipal de Chigorodó-Antioquia; artículo 1o. (Suspendido) 561

ACUERDO 050 DE 1990, expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta-Norte de Santander 10, 90, 106 y 120 (Suspendido) 841